

Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual

Repercusiones de la reforma del Código penal
por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023

María Marta González Tascón



Derecho Penal
y Procesal Penal

**LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS
A PERSONAS EN EDAD LEGAL DE CONSENTIMIENTO SEXUAL.
REPERCUSIONES DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL
POR LAS LEYES ORGÁNICAS 10/2022 Y 4/2023**

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

**LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS
A PERSONAS EN EDAD LEGAL
DE CONSENTIMIENTO SEXUAL.
REPERCUSIONES DE LA REFORMA
DEL CÓDIGO PENAL
POR LAS LEYES ORGÁNICAS 10/2022 Y 4/2023**

MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN

DERECHO PENAL
Y PROCESAL PENAL
COLECCIÓN
29

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: octubre de 2025.

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de I+D+I PID2022-138770OB-I00. *Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica II.*

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, la autora
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-146-7 (edición en papel)
144-25-147-2 (edición en línea, PDF)
144-25-148-8 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3098-5
Depósito legal: M-21587-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	9
I. INTRODUCCIÓN	11
II. UNAS NOTAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL	17
1. El alcance de las reformas penales de 2022 y 2023	17
2. El bien jurídico protegido: la libertad sexual	22
3. El consentimiento	33
4. La significación sexual de la conducta	45
III. TIPOS CUALIFICADOS DE LA AGRESIÓN SEXUAL	57
1. Observación previa	57
2. Las circunstancias agravantes específicas del artículo 178.3 del Código penal	59
2.1 Introducción	59
2.2 El empleo de violencia o de intimidación	60
2.3 La ejecución sobre víctima que tiene anulada por cualquier causa su voluntad	68
3. El delito de violación	72

	Páginas
4. Las circunstancias agravantes específicas del artículo 180 del Código penal	82
4.1 Observaciones generales	82
4.2 Análisis particular de las circunstancias	92
4.2.1 Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas	92
4.2.2 Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio	113
4.2.3 Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181 del Código penal	131
4.2.4 Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia	139
4.2.5 Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima	152
4.2.6 Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 del Código penal, sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 194 bis	160
4.2.7 Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto	169
5. La circunstancia agravante del artículo 192.2 del Código penal ...	172
6. El impacto de la cláusula concursal del nuevo artículo 194 bis del Código penal	173
IV. UNA BREVÍSIMA REFLEXIÓN FINAL	185
V. BIBLIOGRAFÍA	187
VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CONSULTADAS	203

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
<i>art./arts.</i>	<i>artículo/artículos</i>
<i>ATS</i>	<i>auto del Tribunal Supremo</i>
<i>AT SJ</i>	<i>auto del Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>BOCG</i>	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CD</i>	<i>Congreso de Diputados</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>cit.</i>	<i>citado/a</i>
<i>coord.</i>	<i>coordinador/a</i>
<i>CP</i>	<i>Código penal</i>
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
<i>dir.</i>	<i>director/a</i>
<i>DLL</i>	<i>Diario La Ley</i>
<i>EPC</i>	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
<i>ed.</i>	<i>edición</i>
<i>Ed.</i>	<i>editorial</i>
<i>El Cronista</i>	<i>El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho</i>
<i>et al.</i>	<i>y otros</i>
<i>FFICP</i>	<i>Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales</i>
<i>F.J.</i>	<i>fundamento jurídico</i>
<i>id.</i>	<i>el mismo</i>
<i>InDret</i>	<i>InDret. Revista para el Análisis del Derecho</i>
<i>LECr.</i>	<i>Ley de enjuiciamiento criminal</i>
<i>LGTBI</i>	<i>colectivo de personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales</i>
<i>LOGILS</i>	<i>Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual</i>
<i>LOPIAV</i>	<i>Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia</i>

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica del poder judicial</i>
<i>LOPJM</i>	<i>Ley Orgánica de protección jurídica del menor</i>
<i>LORPM</i>	<i>Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor</i>
<i>LP</i>	<i>Ley Penal</i>
<i>n.º</i>	<i>número</i>
<i>not.</i>	<i>nota a pie de página</i>
<i>p./pp.</i>	<i>página/páginas</i>
<i>passim</i>	<i>en lugares diversos</i>
<i>P. Cr.</i>	<i>Perfil Criminológico. Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad de la Fiscalía General del Estado de Ecuador</i>
<i>Polít. Crim.</i>	<i>Política Criminal</i>
<i>RAE</i>	<i>Real Academia Española</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Penal</i>
<i>RDPCrUNED</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
<i>RDPP</i>	<i>Revista de Derecho y Proceso Penal</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>RGDL</i>	<i>Revista General de Derecho Penal (Iustel)</i>
<i>RIDP</i>	<i>Revista d'Internet, Dret i Política</i>
<i>SAP</i>	<i>sentencia de la Audiencia Provincial</i>
<i>SJCP</i>	<i>sentencia del Juzgado Central de lo Penal</i>
<i>SJI</i>	<i>sentencia del Juzgado de Instrucción</i>
<i>STS</i>	<i>sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>STSJ</i>	<i>sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>STEDH</i>	<i>sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TIC</i>	<i>tecnologías de la información y de la comunicación</i>
<i>vid.</i>	<i>véase</i>
<i>vol.</i>	<i>volumen</i>

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LOGILS), aprobada en respuesta al clamor popular que acompañó al tildado periodísticamente caso de «La manada» (2016-2019)¹, efectuó, a través de su disposición final cuarta, una nueva modificación de nuestro derecho penal sexual, cuyo contenido nuclear se encuentra recogido en el título VIII del libro II del Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (arts. 178 a 194 bis). Un título que, a resultas, recuperó su originaria rúbrica, «Delitos contra la libertad sexual», al omitirse la alusión que a la indemnidad sexual se hacía en él desde la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código penal².

¹ En primera instancia el caso se resolvió por sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, n.^º 38/2018, de 20 de marzo, que dio pie a una pluralidad inusitada de comentarios doctrinales; vid., por ejemplo, Faraldo Cabana, P. y Acalé Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Contra la misma se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, cuya sentencia desestimatoria n.^º 8/2018, de 30 de noviembre, fue recurrida ante el Tribunal Supremo, quien dictó la sentencia n.^º 344/2019, de 4 de julio, poniendo fin a la vía procesal ordinaria. Esta última sentencia suscitó también mucho interés en la doctrina; vid., por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», en *DLL*, 2019, n.^º 9500, pp. 1-13; MONGE FERNÁNDEZ, A., «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio (“Sólo sí es sí”)», en Abel Souto, M. et al. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 949-972. A mayor abundamiento, GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El precio de una reforma penal fruto de la presión social», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023, pp. 17-55; o GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Del caso de “La manada” y de algunas de sus repercusiones legislativas en el orden penal», en Piloñeta Alonso, M. (dir.), *Temas y casos de derecho vivo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 349-382.

² También desaparecerá tal mención de la descripción típica del delito de agresión sexual; no así de aquellas otras disposiciones normativas, penales o no, anteriores a la LOGILS.

Con la LOGILS no se habría culminado, sin embargo, la remodelación de la regulación legal de los delitos sexuales. Las expectativas que los responsables políticos de esta ley generaron en la ciudadanía sobre las virtudes de su contenido penal concerniente a las agresiones sexuales se verían menguadas ante la propia realidad aplicativa del derecho³, pues la entrada en vigor de sus disposiciones penales comportaría, por mor del principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo, establecido como derecho en el artículo 2.2 del Código penal, la revisión de las condenas impuestas por delitos de abuso sexual y de agresión sexual, arrojándose en ocasiones un resultado inesperado e incomprensible para el gran público. Nos estamos refiriendo en concreto a la reducción de la duración de la pena de prisión impuesta⁴, que en algún caso acentuaría el malestar social al conllevar la excarcelación del condenado⁵. Una consecuencia previsible sobre la que habían advertido los órganos consultivos con motivo de la gestación de la ley⁶. Se evidenciaba en definitiva públicamente que la reforma penal también había supuesto en términos comparativos con la anterior regulación la introducción de algunas disposiciones penales menos gravosas para el condenado por delito de agresión sexual. Algo muy difícil de aceptar en sociedades como la nuestra, en las que, en contra de la opinión generalizada de la doctrina penal, campa el populismo punitivo, la idea de que la privación de libertad en un establecimiento penitenciario es la garantía de la seguridad y el mito de que los agresores sexuales no se reinsertan en la sociedad⁷.

³ Su responsable político fue el Gobierno de Coalición PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU; principalmente su ministra de igualdad, perteneciente a la formación Unidas Podemos. La LOGILS contó, no obstante, para su aprobación con el apoyo de otros grupos parlamentarios.

⁴ Como anécdota, cabría recordar que el condenado por el caso de «La manada» que solicitó la revisión de su condena se benefició de la reforma penal por auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 18/2023, de 11 de septiembre. Esta sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo n.º 698/2024, de 3 de julio. En 2025 los medios de comunicación informaron que otros dos de los condenados iban a recurrir su condena.

⁵ El Consejo General del Poder Judicial ha venido haciendo un seguimiento del número de revisiones de condena favorables al reo. En el último comunicado que nos consta, de 24 de noviembre de 2023, se habían acordado, hasta el día 1 de noviembre, al menos 1.233 de reducciones de pena en aplicación de LOGILS por los tribunales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales). Ello ha supuesto al menos 126 excarcelaciones.

⁶ Así, el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 25 de febrero de 2021, p. 88, quien expresamente recordó que «la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente»; el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 2 de febrero de 2021, p. 74; y el Consejo de Estado, en su dictamen sobre el anteproyecto de LOGILS, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, p. 101.

⁷ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inocuizadora en detrimento del tratamiento resocializador», en Roca de Agapito, L. (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo xxi*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 381-384 y 415-432.

En un escenario como este, era de esperar, aunque los responsables de la aprobación de la LOGILS parecen que no lo vieron venir, que se formase, como así aconteció, un clima de opinión negativo en torno a la reforma penal acaecida y un gran revuelo político, que no habría dejado ver con claridad si los promotores de la ley en realidad erraron en la previsión legal de la pena para algunas modalidades de agresión sexual o si estaba en su voluntad proceder a limitar excesos punitivos en el castigo de los delincuentes sexuales⁸. Postura esta que no tuvieron la valentía necesaria para defender cuando estalló la reducción de la duración de las penas a los ojos de todos. Una rebaja en el *quantum* de la pena de prisión que, seguida puntualmente por los medios de comunicación, motivó por parte de algunos políticos la descarga de la responsabilidad de lo que estaba pasando una vez más en los jueces; mostrando al tiempo su confianza en que la Fiscalía General del Estado se opusiera a la aplicación retroactiva de la nueva ley penal. Como así sería en el marco de lo dispuesto en un primer momento en su Decreto de 21 de noviembre de 2022 relativo a la fijación de las pautas concretas a seguir por los fiscales en los procesos de revisión de sentencias condenatorias firmes por delitos contra la libertad sexual. Su argumento básico para evitar la aplicación retroactiva de la reforma, la aplicación de la disposición transitoria 5.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁹, sería, no obstante, rechazado por el Tribunal Supremo¹⁰.

⁸ Téngase presente que las sucesivas reformas del Código penal provocaron el sobredimensionamiento de las penas en los delitos sexuales, como destaca el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, 2021, p. 4. Tal es así, que es frecuente, por ejemplo, que se demande por la doctrina la reducción de los límites máximos de la pena de prisión prevista en estos delitos para, entre otros motivos, evitar su equiparación valorativa con el delito de homicidio doloso. Así, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación “por actuación conjunta” (art. 180-2.^a CP)», en *CPC*, 2021, n.^o 131, p. 51; y, más recientemente, GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la Ley del “solo sí es sí” y su problemática aplicación retroactiva», en *RDPCrUNED*, 2023, n.^o 30, p. 122. Opinión compartida por el propio Consejo de Estado, *Dictamen* n.^o 393/2021, de 10 de junio, cit., p. 111.

⁹ Con posterioridad, se aprobó la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en la que ya no se invoca la aplicación de la mencionada disposición transitoria, pero si se sostiene que su contenido es la plasmación de «la interpretación auténtica efectuada por el legislador acerca de los términos en los que procede aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable a las sentencias condenatorias firmes, regla que precisa que si la pena a la que el reo fue condenado es imponible con arreglo a la nueva norma no será factible su revisión por no ser considerada la nueva norma más beneficiosa para el reo», pp. 93-94.

¹⁰ La controversia jurídica existente sobre el particular daría lugar también a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se reuniese *ex profeso* en un pleno jurisdiccional, estableciendo el 7 de junio de 2023 su criterio sobre los recursos del Ministerio Fiscal contra las resoluciones judiciales que aplicaban retroactivamente la nueva ley al considerar que era más favorable para los penados. Una de sus conclusiones ha sido que «la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 deriva y debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código Penal, quedando acotada la operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 a aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y

En cualquier caso, una vez más la reacción social condicionó la reforma de nuestro derecho penal sexual y a los pocos meses de que las normas penales de la LOGILS comenzaran a desplegar sus efectos jurídicos (el 7 de octubre de 2022) vio la luz una nueva ley¹¹, promovida por el Grupo Parlamentario Socialista¹², la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en los delitos contra la libertad sexual, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor¹³. Esta ley, en vigor desde el 29 de abril de 2023, servirá, asimismo, para corregir algunos defectos técnicos de la LOGILS, que únicamente se explicarán por un marcado descuido en su elaboración¹⁴.

sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, estuvieran todavía entonces en proceso de efectivo cumplimiento y no fueran penas pecuniarias». Esta se recoge, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, n.º 487/2023, de 21 de junio (FJ. 2.º), en la que se aplica también otro de los acuerdos alcanzados: «la imposición de la pena en el grado mínimo con arreglo a la anterior regulación, con o sin motivación adicional, conlleva la revisión de la pena conforme a la LO 10/2022 y la imposición de la pena en el mínimo de la ley actual más favorable, como en los supuestos de conformidad en que se acuerda la pena en su mínimo legal», por no concurrir circunstancias especiales (FJ. 3.º). Sobre este punto es de gran interés la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, n.º 523/2023, de 29 de junio (FJ. 2.º y 3.º), y de sus votos particulares. Más recientemente se recoge su doctrina, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 15/2024, de 11 enero (FJ. 2.º). Vid. el estudio realizado por MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 38-68, que incluye el problema de las conformidades; o SERRANO GÓMEZ, A., «Aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 10/2022 (ley del sólo sí es sí)». Pleno jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6-7 junio 2023», en *RDPCrUNED*, 2025, n.º 33, pp. 403-426.

¹¹ Y así se reconoce en el preámbulo de la ley: «es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma...».

¹² La proposición de ley reformadora se publicó en el BOCG, CD, sección B, n.º 318-1, de 17 de febrero de 2023. Su principal socio en el Gobierno, Unidas Podemos, votó en contra de la reforma.

¹³ Vid. sobre las repercusiones de estas leyes en el sistema de justicia penal de menores, COLÁS TURÉGANO, M. A., «Punitivismo y justicia de menores: la reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000), por la Ley del “solo sí es sí” (LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual)», en *RECP*, 2023, n.º 25-26, pp. 1-39.

¹⁴ Tal serían la derogación del delito de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos de agresión sexual a menores de dieciséis años (art. 189 bis) o la previsión imperativa de la medida de internamiento en régimen cerrado para los menores de edad responsables penalmente de delitos de agresión sexual con independencia de su gravedad (art. 10.2 LORPM). Adviéntase, no obstante, que las modificaciones dispuestas en la LOGILS concernientes a la LORPM, contenidas en su disposición final 7.ª, como ha señalado ya, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *RECP*, 2023, n.º 25, p. 14, no han sido aprobadas con rango de ley orgánica, no ajustándose, por tanto, a las exigencias constitucionales (vid. disposición final 17.ª). En su trabajo se denuncian otros errores técnicos y no se duda en calificar esta forma de legislar de «enloquecida» (p. 16). La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, por su parte, sólo ha vuelto sobre el

Ambas leyes han incidido en los tipos cualificados o agravados del delito de agresión sexual. Un delito que con la LOGILS ha sido objeto de una nueva configuración legal, si bien sigue sin describirse de forma única, perpetuándose la opción de una diferente redacción del tipo penal en función del hecho de que la víctima sea o no una persona que haya cumplido la llamada edad legal de consentimiento sexual; fijada esta, de forma muy cuestionada por la doctrina debido, entre otros¹⁵, a su distanciamiento de la edad de inicio de la persona en la realización de actos sexuales con terceros¹⁶, en 16 años desde la reforma del Código penal obra de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En concreto, la modalidad básica del delito de agresión sexual con víctimas en edad legal de consentimiento sexual se describe como la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento (art. 178.1, con el que se inicia el capítulo I «De las agresiones sexuales», arts. 178 a 180), mientras que si la víctima es menor de 16 años la agresión sexual se define como la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años, precisándose en este caso que se considerarán aquí incluidos los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancias del autor (art. 181.1, que da comienzo al capítulo II «De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años», arts. 181 a 183 bis)¹⁷.

artículo 10.2, sin incidir en los artículos 7.5, 13.1 y 19.2 de la LORPM. Tampoco ha revisado su artículo 15, que contiene una norma específica sobre la prescripción de determinados delitos sexuales.

¹⁵ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.º: Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», en Álvarez García, J. (dir.) *Tratado de Derecho penal español. Parte especial I. Delitos contra las personas*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1302, dudan de la proporcionalidad de esta limitación desde el prisma del libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental de la intimidad personal, utilizando como criterio de comparación la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, n.º 99/2019, de 18 de julio, relativa al impedimento de la minoría de edad para instar la modificación registral del sexo.

¹⁶ Un apunte sobre esta realidad en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros», en González Tascón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 116-120.

¹⁷ En este capítulo también se tipifican otras figuras delictivas (arts. 182 y 183) y se contempla para todas ellas una cláusula de exención de responsabilidad criminal en atención al consentimiento libre del menor de esa edad aplicable cuando el autor es una persona próxima a este por edad y grado de desarrollo o madurez física o psíquica (art. 183 bis). Esta cláusula ha suscitado importantes críticas por parte de la doctrina, destacadamente las relativas a la falta de seguridad jurídica y a la desigualdad de trato. Ampliamente, por ejemplo, GONZÁLEZ AGUDELO, G., *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Y más recientemente, FUERTES IGLESIAS, C., *La cláusula «Romeo y Julieta» en el Derecho español (art. 183 bis CP). Las fronteras de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales de los menores*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

En estas líneas nos ocuparemos únicamente del análisis jurídico del conjunto de tipos cualificados del delito de agresión sexual a personas que ya habrían alcanzado los 16 años en el momento del hecho delictivo¹⁸. Teniendo en cuenta las rúbricas de los mencionados capítulos, nos referiremos simplemente a esta infracción penal como delito de agresión sexual, utilizando la denominación de delito de agresión sexual a menores de dieciséis años en alusión al delito tipificado en el artículo 181. Y lo haremos con la mirada especialmente puesta en las repercusiones que la LOGILS y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, han tenido en la regulación legal de las circunstancias agravantes específicas que ahondan en el contenido de injusto de la agresión sexual; circunstancias que, a la luz de la evolución legislativa de los delitos sexuales, se habrían visto especialmente potenciadas desde la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Pero antes de descender a estos particulares, y en aras de su mejor comprensión, nos detendremos, aunque sea de forma somera, en la esencia de la nueva tipificación del delito de agresión sexual y en algunas cuestiones básicas relativas a esta figura delictiva, como son, en concreto, el bien jurídico penalmente protegido, el consentimiento y la significación sexual de la conducta.

¹⁸ Analiza en su conjunto la regulación legal de las agresiones sexuales a menores de la edad de consentimiento sexual tras las últimas reformas, PARRILLA VÉRGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 181 CP)*, Ed. JM Bosch, España, 2024, pp. 173-322; o DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 71-116.

II. UNAS NOTAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

1. EL ALCANCE DE LAS REFORMAS PENALES DE 2022 Y 2023

Es *vox populi* que el pilar central de la reforma penal operada por la LOGILS en orden a fortalecer la salvaguarda de la libertad personal en la esfera sexual se encuentra en la reconfiguración legal del delito de agresión sexual. Esta respondía en concreto a la voluntad de introducir un nuevo modelo de tratamiento de las acciones a su amparo desvaloradas caracterizado por situar el núcleo de la antijuridicidad de la conducta en la ausencia del consentimiento jurídicamente válido al acto sexual con independencia de los medios o métodos empleados para cometer el delito. Elemento este último de relevancia trascendental, sin embargo, en la regulación precedente, que, como no podía ser de otra forma en atención al contenido de la libertad sexual, estaba igualmente basada en la ausencia de ese consentimiento, pero que trazaba desde el primer momento una primera distinción entre las conductas típicas; constitutivas unas del delito de agresión sexual y otras del delito de abuso sexual, precisamente, en atención al contenido de injusto aportado por determinados medios utilizados en el ataque.

Esas infracciones penales, acuñadas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se diferenciaban, por consiguiente, en sus medios comisivos, exigiendo el delito de agresión sexual en particular del uso de la violencia o de la intimidación para realizar el atentado contra el bien jurídico penalmente protegido; perfilándose además esto como un elemento esencial del delito¹. A

¹ Anterior artículo 178: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación...».

través de estos medios, se evidenciaría una mayor intensidad en el ataque a la libertad, que hacía que el delito fuese merecedor de una pena abstracta más grave, sin perjuicio del reconocimiento, a la luz de los respectivos marcos penales de la pena típica de uso más generalizado en este ámbito delictivo, la pena de prisión, de la existencia de abusos y agresiones sexuales de gravedad equiparable.

La racionalidad que impregnaba la estructura de la regulación penal de estos delitos, muy respaldada por la doctrina penal, a pesar del cuestionamiento de la infravaloración de algunos atentados contra la libertad sexual, no habría facilitado, sin embargo, que la violencia y la intimidación continuasen siendo con la LOGILS elementos centrales de la graduación de la gravedad de estos atentados contra la libertad sexual. Esta ley, bajo la intensa influencia de las críticas vertidas desde planteamientos feministas contra el entonces delito de agresión sexual, al estimar que su construcción legal favorecía la victimización secundaria², y contra el coetáneo delito de abuso sexual, al entender que su denominación no era lo suficientemente expresiva de la gravedad de la violencia sexual que sufre la mujer, apostó por terminar con la señalada diferenciación entre agresión y abuso sexual por vía de la unificación del tratamiento de esas conductas al amparo de una única figura, el nuevo delito de agresión sexual. En este camino adoptó además el criterio de establecer idéntica pena legal abstracta para todas las conductas en él subsumibles, sin perjuicio de la previsión de un amplio elenco de circunstancias agravantes específicas del delito. Asistíamos así a la paradoja de ver cómo se concedía al órgano judicial, cuya labor había sido puesta en tela de juicio por el movimiento reformador, un amplio margen de arbitrio en el proceso de individualización de la pena³.

² Vid., por ejemplo, MARCO FRANCIA, M. P., «Delitos sexuales y victimización secundaria», en *P. Cr.*, 2023, n.º 34, pp. 14-19. En relación con la consecución del citado objetivo, se han adoptado en la LOGILS otro tipo de medidas que merecen una valoración positiva; destacadamente, las contempladas en sus títulos III a VI. Entre ellas, y por lo que afecta al sistema de justicia penal, las que atañen a la especialización de los profesionales que intervienen en estos asuntos y al acompañamiento de estas víctimas. En este marco, se ha incidido también en la regulación de la proscripción de las preguntas impertinentes (art. 709 LECr), cuestión sobre la que el órgano judicial estaba ya facultado para adoptar medidas que evitasen la formulación a la víctima de preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tuviesen relevancia para el hecho delictivo enjuiciado. En concreto, la LOGILS ha reformado el precepto procesal para resaltar en particular las relativas a la intimidad sexual.

³ Han apoyado la reconfiguración del delito de agresión sexual llevada a cabo ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma», *Igualdades*, 2021, n.º 5, pp. 467-485; FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en Monge Fernández, A. (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 273-275; en relación con la violación, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción», en Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 204-205; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones

sexuales», en Abel Souto, M. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., pp. 695-696; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023, p. 34; Marín de ESPINOSA CEBALLOS, E. M., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *RECPC*, 2023, n.º 25-24, p. 16. La nueva denominación fue positivamente valorada por el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 65. De momento, han sido, sin embargo, más abundantes las opiniones críticas, así GIL GIL, A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «A propósito de «La Manada»: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales», en *El Cronista*, 2018, n.º 77, pp. 4-15; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Las huellas de la manada», en *El Cronista*, 2018, n.º 77, pp. 19-21; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, 2019, n.º 21-10, p. 11; MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», en *RP*, 2019, n.º 43, p. 955, y en *Derecho penal. Parte especial*, 24.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 232 y 234; el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, cit., p. 2; RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”», en *Igualdades*, 2021, n.º 5, p. 509; CARUSO FONTÁN, V., «Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos», en Abel Souto, M. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., *passim*; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», en *DLL*, 2022, n.º 10.007, pp. 1-20; DE LA MATA BARRANCO, N. «Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)», en <https://almacendedederecho.org/>, octubre de 2022 (consulta 10 de noviembre de 2022); ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. B. y Esquinias Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 211-212; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», en *CPC*, 2022, n.º 1, p. 27; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal», en *EPC*, 2023, n.º 43, *passim*; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, cit., pp. 239-241; Escudero García-Calderón, B., «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, cit., p. 167; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en Muñoz Sánchez, J. *et al.* (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1269-1287; MOYA FUENTES, M. del M., «Lección 19.^a Agresiones sexuales sobre adultos», en Álvarez García, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial I. Delitos contra las personas*, cit., pp. 1154-1155. También el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 79 y 80, habría cuestionado la unificación pretendida en base al principio de proporcionalidad. Ha habido también autores que, valorando positivamente la reforma, no compartirían que los ataques a la libertad sexual con violencia o intimidación no fuesen susceptibles de un castigo comparativamente mayor. Así, JERICÓ OJER, L., «Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 11, 2020, pp. 15-19; GUÍASOLA LERMA, C., «Acerca del movimiento de reforma de los delitos sexuales: el papel del consentimiento de la víctima», en Abel Souto, M. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., p. 765; RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desacuerdo de la reforma de los delitos sexuales», en GARCÍA ÁLVAREZ, P. y CARUSO FONTÁN, V., *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, cit., pp. 362-371; o GARCÍA

En el propio preámbulo de la ley se alude a esos motivos al destacarse la funcionalidad de esa decisión modificadora para evitar el riesgo de revictimización o victimización secundaria. Decisión legislativa que se vincula también aquí al cumplimiento por nuestro país de las obligaciones jurídicas asumidas con la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, (en adelante Convenio de Estambul), en vigor para España desde el 1 de agosto de 2014. Adviértase, no obstante, que ni este convenio ni la normativa supranacional relativa a la protección de las personas menores de edad en la esfera sexual imponen a los Estados Parte una forma concreta de articulación legal de los delitos sexuales. Como tampoco les obliga a utilizar una denominación común para designar las conductas que deben de ser objeto de criminalización⁴. Si así fuera, siguiendo el razonamiento legislativo, procedería hacer notar que la nueva ley se distanciaría, por ejemplo, del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (en adelante Convenio de Lanzarote), donde se utiliza la denominación de abuso sexual (vid., por ejemplo, su artículo 18).

Al amparo de la reforma auspiciada por la LOGILS, la trascendencia jurídica de una serie de elementos susceptibles de concurrir en la agresión sexual, que se expresan, a partir de ahora, de forma conjunta en el artículo 178.2, pasaría a ser idéntica⁵, si bien, dependiendo de la edad de la víctima, su tratamien-

CÍA SÁNCHEZ, B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la Ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva», cit., pp. 123-124 y 134. De la misma opinión se mostraron otros, que, sin reconocer importancia a la denominación del delito, comprendían su unificación, así Agustina, J. R. y Panyella-Carbó, M. N., «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», en *Polit. Crim.*, 2020, vol. 15, n.º 30, p. 573, o Agustina, J. R., «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la «confusión típica» a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, cit., p. 43. Asimismo, otros habrían destacado su flexibilidad para dar respuesta a la multitud de formas que puede revestir la agresión sexual, así CÁNCIO MELIÁ, M., «Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *FFICP*, 2022, n.º 3, p. 309.

⁴ Ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul», en Pérez Manzano, M. et al. (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocido*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2020, pp. 223-233. De otra opinión, ACÁLE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma», cit., p. 472; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción», cit., p. 204; FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», cit., p. 275; o MONGE FERNÁNDEZ, A., «*Las manadas* y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 295.

⁵ Ha de hacerse notar que con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, se suprime la expresión que daba inicio al artículo 178.2, «a los efectos del apartado anterior», seguramente a raíz de la construcción sobre alguno de los hechos allí descritos de nuevos tipos cualificados.

to jurídico sería diferente. Se trata exactamente de la realización del hecho empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, su ejecución sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y su realización sobre persona que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. En el caso de la agresión sexual a víctima de dieciséis años en adelante, su presencia, por sí sola, ni modificaría la naturaleza básica de la agresión sexual (art. 178.1) ni sería óbice para aplicar la modalidad atenuada de la agresión sexual (art. 178.3), mientras que en el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años la concurrencia de cualquiera de ellas determinaría la aplicación de un tipo cualificado (art. 181.2 p. 1), operando además la utilización de violencia o intimidación como impedimento para la apreciación de la agresión sexual atenuada (art. 181.2 p. 2)⁶.

La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, revisó en parte este planteamiento y ejecutó modificaciones en la previsión legal de algunas de las penas con el mencionado fin de evitar el efecto de la devaluación comparativa de la gravedad de la agresión sexual. Por lo que atañe al delito de agresión sexual se vuelve a reconocer mediante la reforma del Código penal una mayor gravedad al hecho si se comete empleando violencia o intimidación, equiparándose a este en gravedad, como gran novedad, la acción realizada sobre una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier causa (art. 178.3)⁷. Estas circunstancias devienen además impeditivas de la apreciación del tipo atenuado (art. 178.4), recibiendo, en consecuencia, a estos efectos la misma consideración que las circunstancias agravantes específicas del artículo 180. En cambio, tratándose de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, todas ellas siguen funcionando como tipos cualificados de igual gravedad (art. 181.2)⁸, observándose como novedad la incorporación, entre las circunstancias impeditivas de la aplicación de la modalidad atenuada (hasta entonces que en la agre-

⁶ Se le atribuía, en consecuencia, el mismo efecto que a las circunstancias agravantes específicas recogidas entonces en el artículo 181.4 y ahora en el artículo 181.5.

⁷ Nótese que en la doctrina penal se venía insistiendo sobre la necesidad de equiparar el uso finalista de la violencia y la intimidación y el uso, con igual fin, por parte del sujeto activo de la agresión sexual, de drogas destinadas a anular la voluntad de la víctima. El Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, cit., p. 2, por su parte, consideraba como casos merecedores de una mayor respuesta penal, por ejemplo, la anulación de la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas u otros medios equivalentes o la privación de sentido a la víctima.

⁸ Obsérvese que, desde la LOGILS, la concurrencia de alguna de estas circunstancias en el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años determina la existencia de un tipo cualificado castigado con pena de prisión de 5 a 10 años (art. 181.2), mientras que en su modalidad básica la pena de prisión es de 2 a 6 años (art. 181.1). Por otra parte, no se entiende bien la referencia al artículo 178.3 desde el momento en que los casos expresados en este se siguen recogiendo en el también mencionado artículo 178.2.

sión sexual mediase violencia o intimidación o que se realizase con la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas en el artículo 181.5)⁹, del hecho de que la agresión se realice sobre una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier causa (art. 181.3)¹⁰.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA LIBERTAD SEXUAL

A raíz del gran debate doctrinal en la década de los sesenta sobre el objeto de protección de los delitos sexuales, y respaldado por la transformación profunda de nuestro modelo de convivencia social, el valor de la libertad sexual pasaría a ocupar un lugar central en la tipificación penal de conductas concernientes a la sexualidad humana; desplazando paulatinamente a otras realidades que respondían a conceptos más abstractos, genéricos y fuertemente delimitados en su significación por una determinada moral social, excluyente y opresora, de imposible engranaje en los esquemas de una sociedad plural¹¹. Así, por ejemplo, el pudor, la decencia pública y, muy destacadamente, la honestidad, cuya protección habría contribuido a perpetuar a través de los siglos un orden social marcado por la desigualdad de los sexos especialmente restrictivo de derechos para la mujer¹², a quien se le asignaba la identidad de sujeto dependiente, pasivo, vulnerable, necesitado

⁹ Adviértase otra incongruencia legislativa: en las agresiones sexuales atenuadas del capítulo I se hace una referencia en bloque al artículo 180, lo que supone, en su lectura literal, que también el hecho de prevalerse de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, prevista en su número dos a los efectos de adicionar una pena de inhabilitación especial, sea obstativa de su apreciación; mientras en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años la remisión se hace al artículo 181.5, donde no está esa circunstancia, sobre la que versa el artículo 181.7. No olvidemos que el prevalimiento de tal condición no siempre implicaría la apreciación de la circunstancia agravante específica del artículo 181.5 e.

¹⁰ La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, ha producido además la vinculación de la modalidad atenuada de la agresión sexual, que, de forma completamente incomprensible, se asociaba hasta entonces al tipo cualificado del artículo 181.2. p.1 (art. 181.2. p.2), a la modalidad básica (art. 181.3).

¹¹ Vid., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 12-117 y 202-226; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 22. No obstante, MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la libertad sexual (título IX, libro II del Código penal)», en *EPC*, 1988-1989, n.º 13, p. 278, con motivo del análisis de la reforma de los delitos sexuales de 1989, concluiría que la libertad sexual no era ni el único ni el más importante de los bienes jurídicos protegidos en esos delitos, sino una aspiración político-crímenal y una pauta para la interpretación de los tipos penales. Décadas después, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, cit., pp. 223-227, seguirá sosteniendo la existencia de delitos sexuales que sólo en un sentido muy amplio pueden ser calificados como delitos contra la libertad sexual.

¹² Obsérvese que el enunciado «De los delitos contra la honestidad» se introduce en el Código penal de 1848 y no desaparece hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal.

del control y de la protección por parte de una figura de autoridad masculina (padre, esposo, religioso) y a la que se atribuía una función social ligada a la procreación dentro del matrimonio, donde se encasillaba su desarrollo en la esfera sexual. Esta distinta visión de la persona en función de su sexo biológico, hombre o mujer, contra la que pretende luchar la LOGILS, propiciaría además una manera diferente de entender el comportamiento en el ámbito sexual de uno y de otra, que sigue sin superarse completamente a pesar de la conquista del valor de la igualdad entre los sexos y la proclamación de la libertad sexual, favoreciendo todavía la victimización sexual de la mujer y la impunidad de su agresor.

De aquella discusión entre expertos perduraría en el tiempo, no obstante, un elemento de discrepancia sobre la idoneidad del bien jurídico libertad sexual para explicar adecuadamente la protección penal frente a los ataques de naturaleza sexual de los que son objeto las personas que carecen de la capacidad de autodeterminación sexual, esto es, de la capacidad de decidir autónomamente su desenvolvimiento en el plano sexual (así, en relación con determinadas personas menores de edad y algunas personas con discapacidad intelectual).

A la suficiencia de la libertad sexual defendida por algunos se opuso la defensa de la dicotomía libertad sexual y, principalmente, indemnidad sexual¹³; haciéndose eco a lo largo del tiempo el Código penal de ambas tesis. Así, si en el momento de la ruptura legal con el pasado de estos delitos¹⁴, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, los agrupó bajo el título «Delitos contra la libertad sexual», aludiendo en su preámbulo al hecho de «... respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado», y con motivo de la aprobación del Código penal en 1995, que no afectó a ese enunciado (título VIII, libro II), se afirma en su exposición de motivos que con la nueva regulación de los delitos contra la li-

¹³ Recoge las posiciones doctrinales antes de la LOGILS, CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 37-74, quien aboga por la libertad sexual; y más recientemente FUERTES IGLESIAS, C., *La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo derecho penal sexual*, tesis doctoral leída en la Universidad de Zaragoza, 2023, pp. 246-324, quien defiende la complementariedad de ambos bienes jurídicos.

¹⁴ Nótese, no obstante, que la libertad sexual ya había pasado a situarse unos años antes en el centro de atención, como observaría BOIX REIG, J., «Del estupro», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 340-342, en alusión a la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto.

bertad sexual se pretende «adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos», en la reforma de este ejecutada por la ya mencionada Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la indemnidad sexual se añade a la libertad sexual en el frontispicio de la regulación legal de los delitos sexuales al tiempo de su incorporación en la descripción típica del delito de abuso sexual¹⁵; expresándose en la Exposición de motivos de esta ley que «los bienes jurídicos en juego» «no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos». Este posicionamiento legislativo tendrá repercusiones en posteriores reformas del Código penal; concretamente a través de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶; de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal¹⁷; de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal¹⁸; de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código

¹⁵ Sobre la injustificada incorporación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido vid., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 233-242. Por su parte, BOIX REIG, J. y ÓRTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1016, entendían que el añadido en el rótulo no aportaba nada; considerando, por su parte, ACÁLE SÁNCHEZ, M., *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 161, que los cambios operados no tendrían más efectos que el simbólico.

¹⁶ Esta incorporó la alusión a los delitos contra la indemnidad sexual en el artículo 57, dedicado a regular el régimen de aplicación de las denominadas genéricamente penas de alejamiento, y en el artículo 132.1 sobre la prescripción de los delitos.

¹⁷ Se observa en el artículo 74.3, relativo al régimen penológico del delito continuado.

¹⁸ En este último caso con ocasión de otorgar un tratamiento independiente a determinadas formas de victimización sexual de las personas menores de la llamada edad legal de consentimiento sexual como se aprecia en la redacción originaria del artículo 183 en el que se tipificaban los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en la cláusula concursal expresa de los delitos relativos a la prostitución de personas menores y personas con determinada discapacidad (art. 187.5) y en la configuración de los tipos más graves de los entonces novedosos delitos de organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis 3 y 570 ter 1 a).

penal¹⁹; de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo²⁰; y de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²¹.

El proceso de gestación de esta última norma coincidió parcialmente en el tiempo con la elaboración de la que sería finalmente la LOGILS, la cual habría roto, sin embargo, con esa tónica legislativa; recuperando la rúbrica originaria del citado título VIII, «Delitos contra la libertad sexual», prescindiendo de cualquier referencia a la indemnidad sexual en la descripción de los tipos penales de naturaleza sexual y omitiendo su mención en las disposiciones de nuevo cuño que afectan a esa tipología delictiva, donde aparecen nombrados únicamente los delitos contra la libertad sexual (arts. 83.2 y 182)²². La propia ley significaría el cambio de paradigma ya en su denominación oficial y al declarar que su finalidad es la protección del derecho a la libertad sexual (art. 1.1).

Estas idas y venidas en el enunciado legal que engloba la tipificación penal de los delitos sexuales han servido a los autores para sustentar su respectiva tesis sobre el bien jurídico protegido, pero, así como es cierto que generalmente aquel trata de servir de elemento de unión sistemática de los delitos que ponen en peligro o lesionan un mismo bien jurídico penal y expresa la voluntad legislativa, no lo es menos que no se trata de un elemento determinante o concluyente en la identificación del bien jurídico penal dogmático debido al hecho de que *de facto* la tutela penal está condicionada por la forma concreta en la que se tipifica el delito²³. En cualquier caso, no es espe-

¹⁹ Aunque esta reforma prescinde de describir la conducta típica del abuso y de la agresión sexual a un menor (menor de diecisésis años) por referencia a la indemnidad sexual (art. 183.1) e incluso crea una exención particular, aunque parcial, de responsabilidad penal en atención al consentimiento libre del menor de diecisésis años (art. 183 *quater*), sigue esa estela, mencionando a los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales en una pluralidad de preceptos. En concreto, los artículos 57, 89.4 (sustitución de la pena privativa de libertad a los ciudadanos extranjeros por expulsión del territorio español), 90.3 (nuevo régimen atenuado de la libertad condicional), 129 bis (toma de muestras biológicas de la persona en orden a la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial), 132.1, 166.2 b (nuevo tipo cualificado de las detenciones y secuestros en las que no se da razón del paradero de la víctima) y 188.5 (anterior 187.5).

²⁰ La nueva redacción del delito de terrorismo se refiere a la libertad e indemnidad sexuales (art. 573.1).

²¹ Tal es el caso de su artículo 7 dedicado al registro central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos, así como de aquellas disposiciones modificadoras de otras leyes referidas a esta clase de delitos.

²² No así en el resto de preceptos del Código penal que la contemplaban con anterioridad, subsistiendo asimismo la referencia que a ella se hacía en otras leyes, en lo que parece ser una consecuencia colateral de la acostumbrada escasa atención que se presta a la armonización legislativa que a una decisión deliberada. Vid., por ejemplo, los artículos 23 LOPJ, 17 bis LOPJM, 92 CC, 57 LOPIAV y una pluralidad de artículos de la LECE.

²³ De ahí que ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 15-16, concluyesen ya que el cambio de rótulo del título VIII no terminaba con la discusión doctrinal.

rable que la nueva rúbrica cierre el viejo debate doctrinal sobre el objeto de tutela en estos delitos; discusión en la que, a veces, también se entremezcla el ser normativo con el deber ser.

A nuestro juicio, la aprobación de esta ley ha supuesto una revitalización legislativa de la capacidad del bien jurídico libertad sexual para aglutinar a toda forma de victimización sexual con independencia del estado o situación evolutiva en la que se encuentre la persona²⁴. Este bien, de naturaleza individual y personalista, en el que confluye la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, pone el acento en la autodeterminación de la voluntad personal en el plano sexual. El espectro de la libertad sexual, no obstante, sería en realidad más amplio como expresa, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, quien entiende que «no solo se relaciona con el contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE sino que constituye también una específica modalidad de libertad que se imbrica en el contenido del derecho contemplado en el artículo 17.1 CE, más allá de formar parte de la libertad general de autodeterminación, ahora proyectada a la esfera sexual...», alcanzado transversalmente a otros derechos fundamentales (así, el derecho a la integridad física y moral, a la vida y los derechos reconocidos en los artículos 18.1,3 y 4, 20.1, 24.1 y 2, 25.1 y 2, y 27.2 CE)²⁵. Estos vínculos de la libertad sexual son especialmente importantes para la configuración del contenido de este valor ante la ausencia de una referencia expresa a la misma en la Constitución Española (1978), si bien no nos consta que esta labor haya sido emprendida por el Tribunal Constitucional español. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, dispensa protección a la libertad sexual apelando al derecho a la vida privada proclamado en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950); en cuya concepción amplia ya se encuentra incorporada la garantía de la libertad sexual (STEDH, Sección 1.^a, de 17 de mayo de 2021, asunto J. L. c. Italia, § 134²⁶;

²⁴ Ya se manifestaba en esta dirección el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 78, al observar críticamente que el cambio de rúbrica iba a suponer prescindir de una doctrina consolidada sobre el contenido de la indemnidad sexual. Distinta era la valoración que hacía el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 62, favorable a la modificación. Por su parte, el Consejo de Estado, Dictamen n.º 393/2021, de 10 de junio, cit., p. 101, entendía que esta no tendría ninguna repercusión sustantiva, al advertir que «el bien jurídico “libertad sexual” protegido en el Código Penal en su vertiente negativa, como prohibición de interferencia no consentida, se considera en la doctrina y la jurisprudencia desde el prisma de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, en cuyo marco se sitúa lo que se venía denominando la “indemnidad sexual”».

²⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 9-10.

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena a Italia por no proteger a la demandante (víctima de una agresión sexual grupal) de su victimización secundaria durante el procedimiento penal.

STEDH, Sección 5.^a, de 25 de julio de 2024, asunto M. A. y otros c. Francia, § 138²⁷; y STEDH, Sección 5.^a, de 23 de enero de 2025, asunto H. W. c. Francia, § 62, 71, 86-87, 89²⁸²⁹.

Ciñendo la mirada a su contenido esencial, la libertad sexual comprende-ría sin discusión el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad y el derecho a abstenerse de la realización de actos sexuales. Cabría, por tanto, distinguir, y así se hace en la doctrina penal, entre una dimensión positiva o dinámica de la libertad sexual, en relación con la cual se destaca en especial la facultad de la persona para decidir la opción sexual, el tipo de acto sexual, las condiciones de su práctica, el desarrollo en solitario o con otra u otras personas libremente elegidas que consientan en ello o la disponibilidad del cuerpo con fines sexuales; y una dimensión estática, que incide en particular en el derecho a no verse involucrado en contextos sexuales no queridos.

Esta segunda faceta de la libertad sexual es la que ha suscitado el interés del derecho penal sexual por mor del principio rector de *última ratio*, aspirando a la prevención de las conductas de índole sexual que tienen en común el haber prescindido de la voluntad de la persona, entre ellas la agresión sexual³⁰.

²⁷ En esta sentencia analiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si la criminalización en Francia de la conducta del cliente de prostitución (comprar actos sexuales) constituye una injerencia en el derecho a la vida privada, la autonomía personal y la libertad sexual de las partes en ese negocio.

²⁸ Considera este tribunal que el hecho de la existencia en la legislación francesa de una modalidad de divorcio basada en el incumplimiento grave de los deberes y obligaciones matrimoniales imputable a uno de los cónyuges, entre los que se incluiría, de acuerdo con una doctrina antigua, pero constante del Tribunal Supremo francés, el débito conyugal, de la que se deriva además unas concretas consecuencias económicas, constituye una injerencia estatal en el derecho a la vida privada, en la libertad sexual y en el derecho a disponer del propio cuerpo. Injerencia que no se encuentra justificada en la medida en que no tiene en cuenta que la libertad sexual exige del consentimiento de la persona para las relaciones sexuales. Recuerda el tribunal que todo acto sexual no consentido es constitutivo de una forma de violencia sexual y que los Estados tienen la obligación de crear y aplicar un marco jurídico que otorgue protección contra los actos de violencia que puedan cometer los particulares, aludiendo en concreto a las obligaciones que impone el Convenio de Estambul para erradicar la violencia sexual. Así las cosas, concluye que la existencia del débito conyugal es contraria a la libertad sexual, al derecho a disponer del propio cuerpo y a la obligación positiva de los Estados de prevenir la violencia doméstica y sexual.

²⁹ Con anterioridad, ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había analizado las obligaciones positivas de los Estados para prevenir y sancionar el delito de violación desde el prisma del artículo 3 (proscripción de los tratos degradantes e inhumanos) y del artículo 8. Así, en su sentencia de la Sección 1.^a, de 4 de diciembre de 2003 (asunto M. C. c. Bulgaria), en la que en distintos momentos (así, § 166) se refiere a la protección de la autonomía sexual.

³⁰ Nótese que se ha empezado a plantear si no debería también el derecho penal sexual actuar frente a otros atentados a la libertad sexual positiva como el sometimiento a terapias de reconversión sexual o a inspecciones de virginidad, así GONZÁLEZ AGUDELO, G., *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, cit., p. 105. En relación con el tratamiento jurídico de las terapias de reconversión sexual, prohibidas expresamente por el artículo 17 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, se ha publicado, en el BOCD, Serie B, de 28 de febrero de 2025, n.^o 190-1, la Proposición de Ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para castigar la práctica de terapias de conversión y garantizar la protección de las víctimas, presen-

La protección penal de la libertad sexual estaría, en consecuencia, dirigida exclusivamente a garantizar que la actividad sexual se ejerza en condiciones de libertad sancionando las conductas de terceros no consentidas por el titular del bien jurídico protegido³¹. Y bajo este prisma, la libertad sexual es susceptible de abarcar tanto la libertad sexual actual, aquella que la persona puede ejercer por sí misma, como la libertad sexual potencial o *in fieri*³², que se predicaría de las personas que carecen de la capacidad de obrar en el orden sexual por carecer de la capacidad de autodeterminación sexual, respondiendo, por consiguiente, los tipos penales a la preservación de las condiciones básicas del libre desarrollo de la personalidad en el plano sexual. Otros autores, en cambio, junto con la libertad sexual verían necesaria alguna precisión ulterior como la referencia a la salvaguarda de su adecuado proceso de formación³³, cuando no, como se apuntó, su sustitución principalmente por la indemnidad sexual; pudiéndolos asimismo encontrar con propuestas combinadas³⁴.

En aras de fundamentar la legitimidad de los delitos de agresiones sexuales con independencia de la capacidad de autodeterminación de la víctima en relación con la sexualidad, no sería, a nuestro juicio, necesario recurrir a un ulterior valor social que funcione de complemento o de sustituto de la libertad sexual. La ausencia de la libertad de decisión de la persona al respecto de la

tada por los Grupos Parlamentarios Mixto, Euskal Herria Bildu, Republicano y Plurinacional SUMAR, donde la cuestión se aborda desde el prisma de la integridad moral.

³¹ Así lo expresa de forma convincente, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», *RDPCrUNED*, 2000, n.º 6, pp. 69-111. Planteamiento que asumiría en su mayor parte, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 60-61.

³² Comparten, por ejemplo, esta visión de la libertad sexual comprensiva de la libertad sexual *in fieri*, CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 164-179; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1273-1274; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 106; ACALE SÁNCHEZ, M., *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., p. 161; CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., p. 48; LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., pp. 233-234, 236 y 237; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 73.

³³ Así ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, cit., *passim*.

³⁴ Por ejemplo, RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 18-19, defendía la indemnidad sexual unida a la interferencia en el proceso de formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, que harían peligrar que en el futuro se adoptasen con plena libertad las decisiones de naturaleza sexual.

acción de un tercero de contenido sexual determina por si sola la imposibilidad de la validación jurídica de cualquier expresión favorable al acto sexual, al margen de que aquella tenga o no capacidad de obrar en la esfera sexual de forma transitoria o definitiva debido a que esa acción se realiza en un contexto sexual donde no concurren las condiciones de libertad. Se conculcaría, por tanto, la libertad sexual.

No debemos olvidar, por otra parte, que la defensa de la libertad sexual como idea rectora de la configuración legal de los delitos sexuales ha logrado producir una serie de efectos que se han valorado muy positivamente. En este sentido, cabría recordar la alteración radical del significado de los delitos sexuales, que supuso un paso decisivo en la conquista de la ansiada igualdad entre hombres y mujeres y entre las personas independientemente de su orientación sexual; la localización del núcleo de la conducta típica en el atentado contra la voluntad de la víctima, que significó el reconocimiento de que el desvalor del hecho descansaba exclusivamente en el comportamiento del ofensor, evitando con ello que la conducta de la víctima se instrumentalice como un criterio de determinación del delito³⁵; o la puesta a disposición del legislador de un parámetro desde el que medir la gravedad los hechos.

Todo ello denotaría la importancia del mantenimiento de una visión integradora del bien jurídico protegido en los delitos del título VIII, facilitada por la concepción de la libertad sexual propuesta por Díez Ripollés, que, además de no prestarse a hacer pedagogía penal sobre lo sexualmente correcto, sirve al ulterior objetivo de reforzar la condición de sujeto de derecho de todos los seres humanos, en la medida en que la condición de tales les hace titulares de los mismos derechos humanos sin discriminación alguna; en particular, por lo que aquí concierne, por razón de la edad o de una discapacidad. Distinto es que la concreta situación de la persona no permita su ejercicio personal, pero esto no puede llevarnos a confundir los valores sociales de referencia de la intervención penal frente a la agresión sexual.

Esta línea de pensamiento está presente en la LOGILS, que entraña con la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, cuyas dos versiones asumían con claridad la concepción amplia de la libertad sexual apuntada³⁶. Así se observa en su definición de la libertad sexual como «derecho humano y bien ju-

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, cit., p. 167.

³⁶ BOCG, CD, Serie B, n.º 297-1, de 20 de julio de 2018, y n.º 318-1, de 15 de octubre de 2018. Nótese que su propuesta estaba destinada a proteger de manera integral la libertad sexual de las mujeres, pero sólo eran aplicables a las mujeres mayores de diecisési años. Vid. artículo 2.

rídico de especial protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, y cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho a decidir sobre la propia sexualidad, con las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. La libertad sexual está intrínsecamente relacionada con la dignidad humana. Todas las personas tienen derecho a la Libertad sexual, lo que se traduce en la necesaria salvaguarda del libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad, así como a la protección de la libertad de la persona, para ejercer su derecho en libertad, tanto en su esfera positiva como en la negativa, sin más límite que el respeto a los derechos de terceros» (art. 4.1). El Gobierno de coalición formado tras las elecciones de generales de noviembre de 2019 (PSOE/PSC, Unidas Podemos/CatComú y PCE/IU) redactó el ALOGLS sobre esta, recogiendo semejante definición en el artículo 2.1 de su versión originalia³⁷, pero no en la que se sometería finalmente a los obligados informes consultivos³⁸, no incorporándose tampoco ninguna definición al respecto durante la tramitación parlamentaria al texto aprobado finalmente como LOGILS³⁹. Ello no debería ser interpretado, a nuestro juicio, como un distanciamiento de la destacada concepción de la libertad sexual. Sintomático de que efectivamente esto no habría sido así sería además el cierre de la discusión abierta sobre el particular durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOGILS a raíz de una serie de enmiendas en defensa de la distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual. Estas se dirigían en concreto a mantener en los tipos penales la referencia a la indemnidad sexual (enmienda n.º 286 del Grupo Parlamentario Popular), al señalamiento de esta, junto con la libertad sexual, como objeto de protección de la ley (enmienda n.º 68 de Pilar Calvo i Gómez –Grupo Parlamentario Plural–, n.º 398 del Grupo Parlamentario Republicano) y a la introducción de un apartado nuevo en el artículo dedicado al ámbito de aplicación de la Ley. Su tenor era el siguiente: «En el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad

³⁷ AGUADO LÓPEZ, S., «Las reformas proyectadas de los delitos contra la “indemnidad sexual” en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de “child grooming” y “sexting”» (artículo 183 ter)», en González Cussac, J. L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 64.

³⁸ En este punto el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 62-63, se detenía en la defensa de la libertad sexual, en la que quedaría, a su juicio, integrada la indemnidad sexual. A raíz de otra cuestión jurídica, en el voto concurrente al Dictamen n.º 393/2021 del Consejo de Estado, Juan Antonio Ortega y Díaz Ambrona, ponía como ejemplo la siguiente definición de la libertad sexual: «1- La libertad personal, garantizada a todos por la Constitución, comprende el derecho a establecer entre personas relaciones íntimas y consentidas de naturaleza erótico-sexual. Tiene como límite el libre ejercicio del mismo derecho por parte de los demás».

³⁹ Esta se inicia con el proyecto de ley, publicado en BOCG, CD, Serie A: Proyectos de ley, n.º 62-1, de 26 de julio de 2021.

sexual, la indemnidad sexual, bien jurídico protegido de aplicación a los delitos sexuales cometidos contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, y que debe ser entendido como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas», (enmiendas n.º 79 de Pilar Calvo i Gómez –Grupo Parlamentario Plural–, n.º 237 del Grupo Parlamentario Popular, n.º 311 del Grupo Parlamentario Republicano)⁴⁰. Sólo estas últimas lograría un ligero cambio en el texto del proyecto mediante la incorporación de una enmienda transaccional en el Informe de la Ponencia del Congreso de Diputados, dando origen al que es hoy el artículo 3.4 de la LOGILS. Sin capacidad para remover el anclaje de la bandera de la libertad sexual, se dispone simplemente aquí que «en el marco de la legislación vigente, habrá que tomar en consideración, junto con la libertad sexual, la protección frente a las violencias sexuales cometidas contra menores o contra personas con capacidad jurídica modificada, como manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceras personas»⁴¹. El silenciamiento de la indemnidad sexual es, a nuestro juicio, consecuencia del viraje hacia la rehabilitación a efectos penales del valor de la libertad sexual, que, como vemos a través de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, (art. 3.1) o de la LOGILS (art. 1.1), disfruta del reconocimiento expreso como derecho de titularidad individual del ser humano, vinculado al ejercicio de la libertad, la intimidad y la autonomía de la voluntad; siendo distorsionadora, además de poco útil en términos generales⁴², la distinción comentada entre bienes jurídicos penales en consideración a que el ejercicio personal de los derechos no sea factible por estar condicionado por la propia capacidad de obrar del titular del derecho⁴³.

⁴⁰ Consecuentemente, también se referirán a la indemnidad sexual junto con la libertad sexual en otras enmiendas (así, por ejemplo, la n.º 282 y 294, Grupo Parlamentario Popular o la n.º 365 del Grupo Parlamentario Republicano).

⁴¹ BOCD, Serie A: Proyectos de ley, de 19 de mayo de 2022, n.º 62-4.

⁴² Son varios los autores que han subrayado que el debate es más teórico que práctico; alienándose con ellos recientemente FERNÁNDEZ CABRERA, M., *El menor como agresor sexual: hacia una respuesta penal racional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 165.

⁴³ En la doctrina han valorado positivamente al hilo del proceso de reforma la supresión de la referencia a la indemnidad sexual, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., p. 5; AGUADO LÓPEZ, S., «Las reformas proyectadas de los delitos contra la “indemnidad sexual” en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de “child grooming” y “sexting” (artículo 183 ter)», cit., p. 65; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLAL-

El propio Tribunal Supremo, acostumbrado a manejar la distinción entre libertad e indemnidad sexual, ha afirmado asimismo en alguna de sus sentencias que «en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos a los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente en conductas de contenido sexual que no quiere» (STS n.º 311/2020, de 15 de junio, FJ. 8.º). De lo que se desprende que ambos bienes jurídicos tendrían, a su juicio, un elemento común cifrado en el reconocimiento de que las personas no pueden ser sometidas a contextos sexuales no queridos; unos lo identificarían con la libertad sexual y otros con la indemnidad sexual.

A partir del análisis de la violencia sexual desde la perspectiva de género se sumaría al debate sobre el bien jurídico protegido la formulación de otras propuestas sobre el particular que alumbrarían hacia otros intereses de referencia, sin embargo, estas no han tenido tanta repercusión⁴⁴. Desde esta última óptica, aunque sin incidencia en el bien jurídico merecedor de la tutela penal, se ha imprimido a la LOGILS del halo de la conceptuación social y estructural de la violencia sexual contra la mujer ligada estrechamente a una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios de la mujer, que, en su intento de erradicar esta violencia, deja a su suerte, de forma incomprensible e incoherente, a nuestro juicio, con la defensa de la libertad sexual y del valor de la igualdad y de la no discriminación, a una

BA LÓPEZ, N., «Lección 20.º: Agresiones sexuales sobre menores de diecisésis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., pp. 1302-1303. Más adelante, identificarán a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*. *Claves de la polémica*, cit., p. 361; PARRILLA VERGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de diecisésis años (Art. 181 CP)*, cit., pp. 142-140. Se alinean en la diferenciación entre libertad sexual e indemnidad sexual, no obstante la reforma legal, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales», cit., p. 693, o en «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del modelo del consentimiento», en Muñoz Sánchez, J. et al. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, cit., pp. 1429-1432; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, cit., pp. 224-225, 234, 252; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., pp. 23-26; DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores*, cit., p. 49; o FUERTES IGLESIAS, C., *La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo derecho penal sexual*, cit., pp. 310-322.

⁴⁴ Con mayor atención en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el título VIII del libro II del Código penal rubricado “Delitos contra la libertad sexual”», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*. *Claves de la polémica*, cit., pp. 57-93.

parte de las víctimas de la violencia sexual por el hecho de ser víctimas masculinas, con la única excepción de los varones que no hubiesen alcanzado la adulterz⁴⁵.

3. EL CONSENTIMIENTO

En el delito de agresión sexual, la tutela penal de la libertad sexual, en coherencia con la naturaleza disponible de este bien jurídico en una sociedad como la nuestra y la subordinación de la función protectora del derecho penal al desarrollo del ser humano, está prevista para hacer frente a las acciones de terceros que se ejecutan sin el consentimiento del titular de la libertad sexual. La ausencia del consentimiento sexual se revela, en consecuencia, como un elemento nuclear del delito de agresión sexual, que, al igual que sucede con el resto de los elementos de la infracción penal, tiene que ser acreditado en el proceso penal de acuerdo con las reglas y principios constitucionales que rigen la cuestión probatoria. Una acreditación que requiere de una previa valoración judicial que tome en consideración todos los aspectos relevantes a efectos del reconocimiento de validez jurídica al consentimiento, pudiendo ser objeto de inferencia a partir de indicios⁴⁶.

A este elemento del delito se refiere expresamente, como ya hiciera el desaparecido delito de abuso sexual, el propio tipo penal de la agresión sexual básica («... que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento»). No así el anterior delito de agresión sexual, donde la inexistencia del consentimiento se evidenciaba ante el uso de la violencia o intimidación para realizar el atentado a la libertad sexual⁴⁷.

A través del lema «sólo sí es sí», como es sabido, el consentimiento sexual, que lógicamente puede prestarse y revocarse en cualquier momento, se

⁴⁵ Críticamente, desde el prisma de la igualdad, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., *passim*; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», cit., *passim*; CARUSO FONTÁN, V., «El nuevo paradigma del Derecho sexual vindicativo: ¿Por qué es preciso «deconstruir» la perspectiva de género?», en *RDPCrUNED*, 2023, n.º 30, *passim*; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 74-78.

⁴⁶ Vid. ÍÑIGO CORROZA, E., «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *ADPCP*, vol. LXXV, 2022, pp. 191-196.

⁴⁷ Una aproximación a la cuestión desde una perspectiva de derecho comparado en HOVEN, E. y WEIGEND, T. (eds.), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2022.

erigió en un aspecto central del proceso de reforma penal encauzado a través de la que acabaría siendo la LOGILS.

En un primer momento, se hizo pública la intención de explorar las posibilidades de introducir en la regulación penal una disposición sobre la forma en la que este consentimiento tenía que manifestarse al exterior a los efectos de su reconocimiento por el derecho y, en consecuencia, excluir la tipicidad de la conducta, en una línea estricta del modelo de consentimiento sexual afirmativo⁴⁸. Sin llegar al extremo, como defienden algunas autoras feministas radicales o de la dominación, de desplazar el criterio del consentimiento en favor del criterio del deseo o del querer de la mujer –terreno inexpugnable para el derecho–, lo que se proponía era que la atipicidad de la conducta se hiciese depender de la existencia del consentimiento expreso de los involucrados en el acto sexual.

La fuerte contestación por parte de los expertos a la redacción de la norma proyectada no tardaría en llegar⁴⁹, denunciándose al menos dos grandes problemas de orden constitucional. Se observaba en esa exigencia, por un lado, una auténtica intromisión estatal en un aspecto tan íntimo de la personalidad como es la sexualidad, donde la forma de comunicación entre las personas, fruto del proceso de aprendizaje social y personal, se puede producir perfectamente a través del lenguaje no verbal, confiando los avances y retrocesos en la intimidad compartida en atención a las expresiones corporales de los participantes, pudiendo llegar estas a ser de gran sutileza; e incluso de imposible descifrado para terceros ajenos por basarse en códigos cuya correcta comprensión sólo es posible para quienes los emplean. Todo ello sin obviar que existen contextos específicos en los cuales ni siquiera sería necesaria una manifestación de voluntad favorable al acto sexual inmediatamente anterior o simultánea a este por flotar el consentimiento sexual en el ambiente como sucede en el marco de las relaciones afectivas sentimentales en las que el interés sexual mutuo está vivo. Y, por otro lado, se apreciaba la introducción de forma solapada de una presunción de falta de consentimiento en la realización de actos sexuales dirigida a producir el efecto perseguido por el prelegislador de alterar el régimen probatorio⁵⁰; quedando, a resultas, el propio acu-

⁴⁸ Para una visión en conjunto de las teorías feminista sobre el consentimiento sexual, vid. MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

⁴⁹ En los siguientes términos se recogía la propuesta en el Anteproyecto de la LOGILS sobre el que se pronunciaría los órganos consultivos: «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».

⁵⁰ Sin ningún reparo, el propio prelegislador justificaba en el ALOGILS su reforma para reorientar el régimen de valoración de la prueba en un ámbito en el que el delito se suele cometer fuera del alcance de los ojos de terceros y el comportamiento de las partes se puede prestar a distintas interpretaciones con-

sado obligado a aportar la prueba de su existencia y, consiguientemente, a demostrar su inocencia⁵¹.

La repercusión que ese tipo de propuesta tendría en el libre desarrollo de la personalidad, creando un límite a la libertad sexual, y en algunos pilares básicos del sistema de justicia penal (así, la responsabilidad penal por el hecho, la presunción de inocencia, el principio acusatorio o el principio de libre valoración judicial de las pruebas) llevaría finalmente a un cambio en el tenor de la novedosa disposición relativa a la forma de exteriorizar el consentimiento sexual⁵². Con arreglo a esta, contenida también en el artículo 178.1, «sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Esta precisión del legislador penal, en la línea del artículo 36.2 del Convenio de Estambul⁵³, que no obligaría al establecimiento de semejante norma, a nuestro juicio, goza sobre todo de valor simbólico, en la medida en que, salvo que optemos por imprimir en su lectura un riguroso celo ligado a su dicción⁵⁴, no apreciamos en ella más que el reflejo en

dicionadas por los sesgos de género. El Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 66, incidió en la necesidad de omitir semejante afirmación, que ya no aparecería en el PLOGILS.

⁵¹ El Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 84, rechazo por este motivo la inclusión de la cláusula normativa sobre el consentimiento prevista en el ALOGILS. Como nos recuerda, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”», cit., pp. 506-507, el descubrimiento de la verdad, la salvaguarda de los derechos procesales y la minimización del riesgo de abuso y error llevan consigo un grado de sufrimiento para las víctimas imposible de suprimir.

⁵² Algunos grupos parlamentarios se pronunciaron en contra de una referencia aclaratoria de la forma de expresar el consentimiento en estos delitos; así la enmienda n.º 34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y la enmienda n.º 61 del Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu. El Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 82-83, la ha calificado de innecesaria, y el Consejo de Estado, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, cit., pp. 101 y 106, de redundante, insistiendo este en que las cláusulas sobre el consentimiento no eluden el problema real que el consentimiento entraña, esto es, la prueba de su ausencia. En la doctrina, el Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, p. 2, también consideraba que ese tipo de disposición era innecesaria, mientras que otras voces planteaban la introducción de una cláusula general sobre el consentimiento a efectos penales del titular del bien jurídico protegido. En esta línea ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma», cit., p. 474.

⁵³ Artículo 36.2: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes». En el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, de 11 de mayo de 2011, § 192, se afirma la necesidad de una valoración contextualizada del consentimiento de la persona a los efectos de determinar que efectivamente era libre, debiéndose reconocer que las víctimas de estos delitos muestran un amplio rango de respuestas conductuales, que excluyen la asunción de un comportamiento típico. Se recalca asimismo la importancia de eludir la influencia de los estereotipos de género y de los mitos sobre la sexualidad del hombre y de la mujer.

⁵⁴ Algunos autores han señalado que esta disposición puede resultar problemática en algunos casos al utilizar en su dicción la palabra «actos» o «clara». Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «La libertad

la ley penal de un aspecto de la doctrina jurídica sobre el consentimiento jurídicamente válido⁵⁵; el relativo a la forma de exteriorización de la voluntad. Parece discrepar en este punto la Fiscalía General del Estado, pues, si bien considera que semejante cláusula recoge la inferencia lógica según la cual «si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió», también atribuye a este punto de la reforma una consecuencia altamente discutible⁵⁶. Estamos pensando en la exigencia de apreciar la concurrencia del dolo «siempre que el sujeto activo obre sin haber recabado previamente el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción típica, aun cuando esta no hubiera manifestado su oposición en momento alguno, limitándose a mantener una actitud pasiva»⁵⁷. En ningún momento, alude, sin embargo, la norma penal a una petición previa de consentimiento sexual; presupuesto que casaría mal con las propias sutilezas que rodean los acercamientos de orden sexual, como ese mismo órgano reconoce con motivo de situar ahí las dificultades de verificar si realmente se ha prestado el consentimiento⁵⁸. No obstante lo dicho, la propia Fiscalía General del Estado, seguidamente, traduce

sexual en peligro», cit., pp. 1-20, quien, no obstante, reconoce en el término actos un significado que salva el problema, como también recuerdan RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P., «*La libertad sexual en peligro? ¿En serio?*», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, cit., pp. 88-91. Como apunta DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, cit., p. 110, o lo entendemos de esta forma o la lectura de la nueva norma puede ser perturbadora. Vid. también TOMÉ GARCÍA, J. A., «*La ley del solo sí es sí: consentimiento sexual y carga de la prueba*», en *LP*, 2022, n.º 159, pp. 1-12.

⁵⁵ Vid., por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D.-M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», en Fernández Teruelo, J. G. (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2012, pp. 390-394; CHANG KCOMT, R. M., *Consentimiento en Derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas*, tesis doctoral leída en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2017, *passim*.

⁵⁶ De esta opinión, FUERTES IGLESIAS, C., «Elementos centrales y periféricos del consentimiento: reflexiones en torno a la autodeterminación sexual y sus límites», en *RGDP*, 2025, n.º 43, p. 37.

⁵⁷ Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2023, de 29 de marzo*, cit., pp. 16-17 y 22-23.

⁵⁸ A título de muestra, y apoyándose en resoluciones judiciales, recoge la Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2023, de 29 de marzo*, cit., pp. 24-25, una serie de casos en los que entiende que estamos ante actos con significación sexual no consentidos: «aquellos en los que se hace creer a la víctima que se utilizará el preservativo durante la penetración y este nunca llega a usarse o en los que, valiéndose de alguna treta, el responsable del delito se deshace sigilosamente del mismo durante el coito (*stealthing*)...; aquellos actos sexuales ejecutados por el médico sobre la paciente que solo consiente en ser explorada con fines sanitarios...; aquellos en los que el sujeto activo se aprovecha de que la víctima tiene los ojos vendados para intercambiarse con otra persona de forma subrepticia y sin que aquella lo advierta; o aquellos en los que se suplanta la identidad de la pareja...». Al respecto añade que se «trata de casos perpetrados furtivamente aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo que ya constituyan atentados contra la libertad sexual susceptibles de ser considerados delictivos».

esa exigencia en la imposición de un deber de diligencia que requeriría explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual; deber del que no se desprendería nada novedoso, pues termina llegando a la conclusión de que «... deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento». Estamos, por consiguiente, en el mismo punto que antes de la reforma.

A los efectos de su reconocimiento por el derecho, la declaración o manifestación de voluntad sobre un determinado acto o conducta, como se recordará, requiere que el emisor del consentimiento tenga la capacidad necesaria para ejercer el derecho individual concernido por aquella, así como que aquella se haya formado en libertad, lo que implica la ausencia de vicios del consentimiento; pudiendo, en función de la naturaleza del acto, someterse por ley a una serie de requerimientos sobre la forma y el momento de su exteriorización. Algo que ya habría tenido presente el legislador penal con anterioridad en relación con algún delito como evidencia, por ejemplo, el artículo 156 del Código penal relativo al consentimiento en los delitos de lesiones, donde se señala que «el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales»⁵⁹.

La propia naturaleza de la conducta sexual no parece, sin embargo, necesitada de ningún formalismo que condicione la validez del consentimiento sexual, pudiendo incluso semejante exigencia provocar la creación de delitos meramente formales en cuya ejecución no se vulneraría bien jurídico alguno merecedor de la intervención penal. Lo importante para que un tercero no incurra en el delito de agresión sexual es que los implicados en la conducta sexual pongan de manifiesto al exterior su voluntad libre favorable a la misma, lo que puede producirse de forma expresa, pero también de forma tácita, infi-

⁵⁹ Nótese, no obstante, que en lo que se refiere a la cirugía transexual en personas menores de edad este artículo está en contradicción con el artículo 19.2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

riéndose en este caso del propio contexto. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que, como motivo de la interpretación de la disposición comentada afirma que «... no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las «circunstancias del caso»», (STS n.º 10/2023, de 19 enero, FJ. 2.º).

Desciende en los pormenores del significado de esta disposición en su sentencia n.º 654/2024, de 26 de junio, FJ. 3.º, en la que sintetiza un decálogo de reglas sobre el particular. Estas son las siguientes:

1. La existencia del consentimiento para realizar el concreto sexual que finalmente se ejecutó debe ser claro y concluyente y haberse manifestado de forma libre.

2. La conclusión de que existió el consentimiento se obtiene de la prueba practicada y se obtiene por la inferencia del juez o tribunal.

3. Para poder concluir que hubo consentimiento para realizar ese acto sexual debe atenderse a las «circunstancias del caso». Debe entenderse por estas el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.

4. El razonamiento acerca de que existió consentimiento debe atender a las reglas de la lógica y debe ser razonable explicado en la sentencia con la suficiente y adecuada motivación basado en el juicio de inferencia y en las máximas de experiencia.

5. No cabe apelar a la tesis del error sobre que había consentimiento.

6. No cabe apelar a una noción subjetiva de que existe el consentimiento entendido por el que luego es acusado de agresión sexual.

7. El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.

8. El legislador ha optado por un consentimiento que pueda ser expreso o tácito; de ahí que haya incluido la referencia a la expresión «Las circunstancias del caso».

9. La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.

10. El consentimiento es bilateral, no unilateral, y en la dirección del acto sexual pactado, no a cualquier otro. El consentimiento lo es para un acto sexual concreto.

En la sentencia del Tribunal Supremo n.º 10/2023, de 19 enero, FJ. 2.º, este realiza además otras afirmaciones sobre el consentimiento sexual de la mujer que a cualquier persona integrante de una sociedad igualitaria le deberían parecer de Perogrullo, pero que a la luz de la intención didáctica que en los últimos tiempos se observa en sus sentencias sobre asuntos de violencia de género, parece que siguen sin serlo. Las reproducimos a continuación:

«1. La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar.

2. O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros.

3. La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente.

4. Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros.

5. No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser «renovado» atendidas las circunstancias del caso.

6. No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso».

En la misma línea que el Tribunal Supremo se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos humanos, para quien «el consentimiento debe reflejar la libre voluntad de participar en una relación sexual particular, en el momento en que ocurre y teniendo en cuenta sus circunstancias», (asunto H. W. c. Francia, § 91).

Sí es un presupuesto necesario de la validez jurídica del consentimiento sexual estar en posesión de la capacidad natural de juicio y discernimiento necesaria para comprender el alcance y el significado o sentido del acto sobre el que se expresa el consentimiento. En relación con el delito objeto de estudio, como hemos apuntado, el legislador penal ha partido de la consideración de que desde los 16 años la persona tiene esa capacidad, de forma que para afirmar su inexistencia en el caso concreto sería necesario identificar en esta la concurrencia de algún factor o circunstancia determinante del insuficiente o del nulo desarrollo de esa capacidad. La hipótesis más usual, pero no necesariamente la única, sería la relativa a la existencia de una determinada discapaci-

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

ciudad intelectual. En relación en concreto a cómo la discapacidad intelectual afecta a la sexualidad las investigaciones han constatado que las personas con discapacidad intelectual leve y moderada pueden recibir educación sexual, desarrollando ese aspecto de su vida en condiciones de libertad y seguridad, no así las personas con niveles más graves de discapacidad. En consecuencia, en este ámbito existen casos en los que la ausencia de esa capacidad estaría clara y otros en los que habría que valorar de forma individualizada la capacidad de la persona en la esfera sexual⁶⁰. En coherencia con esta realidad, y en garantía de no obstaculizar el desarrollo de la sexualidad por las personas con discapacidad intelectual, la referencia específica que la regulación legal de las agresiones sexuales hace a ellas, aunque no sea tras la reforma ejecutada por la LOGILS tan directa como en la anterior regulación («trastorno mental»), pone el acento en el abuso («... que se ejecuten sobre personas... de cuya situación mental se abusare...», art. 178.2).

El hecho de que el consentimiento haya de expresar la voluntad de quien, gozando de la capacidad de autodeterminación en el plano sexual, lo otorga hace que, a efectos de su reconocimiento jurídico, se exija además que este se haya formado y expresado libremente. Esto implica que la voluntad de su emisor no se haya visto afectada en su proceso de formación por ningún vicio del consentimiento fruto de injerencias externas. Entre estos se encuentra la coacción, que, bajo distintas formas (así, por ejemplo, la violencia, la intimidación, la fuerza en las cosas o el abuso de determinadas situaciones), resta libertad y espontaneidad al consentimiento, pero también el error y el engaño, que son reconocidos como tales cuando se proyectan sobre el significado del acto al que se presta el consentimiento; siendo más discutible la relevancia jurídica que ha de otorgarse al error sobre los motivos.

Podría decirse que se tiene en cuenta a gran parte de los vicios del consentimiento de forma conjunta en el artículo 178.2, aunque ciertamente no se categoricen expresamente como tales, pues con arreglo al mismo «se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su volun-

⁶⁰ CAMPO MON, M. A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, V., «La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico», en González Tascón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, cit., pp. 37-54.

tad»⁶¹. El punto de encuentro de todos ellos en un mismo precepto no puede ser, en nuestra opinión, sino su funcionalidad explicativa de la ausencia de un consentimiento sexual jurídicamente válido; lo que serviría, por otra parte, de base para defender la no aplicación de este precepto en relación con prácticas sexuales libremente decididas por los implicados en ellas que pudieran presentar un componente de violencia o de inconsciencia (así, por ejemplo, el sadismo y el masoquismo, la somnofilia, la asfixia erótica), eludiendo con ello que los prejuicios y pánicos morales sobre las prácticas sexuales no normativas prevalezca sobre la libertad sexual⁶².

Estas formas y circunstancias de la comisión del delito de agresión sexual gozaban en su mayor parte de un reconocimiento expreso en la anterior regulación penal de los tipos básicos de agresión y abuso sexual; hallándose el aporte de la reforma operada por la LOGILS en la referencia a la anulación de la voluntad de la víctima por cualquier causa y al abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima⁶³. Todas ellas comparten además su idoneidad para favorecer la comisión del delito en atención a la ausencia absoluta o a la merma significativa de la capacidad de la víctima para ofrecer resistencia al hecho.

En conexión con los casos acuñados en 2022, cabría apuntar que no ha limitado el legislador el origen de estas situaciones, que puede hallarse tanto en factores endógenos como exógenos a la víctima. Como ejemplos de una situación de vulnerabilidad de la que podría abusar el agresor podrían mencionarse la edad y más específicamente, dado el tratamiento autónomo que reciben las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, la edad avanzada, la debilidad física o mental (así, un estado de embriaguez), la discapacidad, tanto de naturaleza física como psíquica, una situación económica acuciante, una situación administrativa irregular en territorio español, el hallarse privado de libertad, etc. Entre las causas de anulación de la voluntad de la víctima, sobre la que incidiremos más adelante por recibir con la Ley Orgánica 4/2023, de 27

⁶¹ Nótese que las enmiendas n.º 34 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y n.º 372 del Grupo Parlamentario Republicano apelaban además a la coacción y al engaño. En la justificación de la última de ellas se explica que se estaba pensando en los atentados contra la libertad sexual que se producen en los contextos de las revisiones médicas, terapéuticas y ginecológicas.

⁶² Ahonda en el tratamiento jurídico de estos casos y otros de violencia de menor intensidad, FUERTES IGLESIAS, C., «Elementos centrales y periféricos del consentimiento: reflexiones en torno a la autodeterminación sexual y sus límites», cit., pp. 43-52.

⁶³ Inciden en todas ellas MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., pp. 37-49; o MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 114-135.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

de abril, la consideración de circunstancia agravante específica del delito de agresión sexual, se encuentra claramente el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal fin.

Ahora bien, como decíamos, no son las únicas situaciones que dan lugar al delito de agresión sexual. La voluntad de la persona favorable al acto sexual puede hallarse viciada en su formación por alguna otra razón distinta a las expresadas en el artículo 178.2, como podría ser el error, que cuando versa sobre la identidad de la persona –entendida esta en su mera superficie, al margen, por tanto, de los atributos que atesora a partir del desarrollo de la personalidad (así, creencias, ideología, estado civil, capacidad económica, estatus social, etc.)–, ya habría sido hace tiempo objeto del reconocimiento judicial como vicio del consentimiento al acto sexual⁶⁴, y el engaño que conduce a error sobre lo que se consiente, esto es, sobre la propia naturaleza sexual de los actos que se realizan o se pretenden realizar, como sucede, por ejemplo, en los contextos de revisiones médicas, de terapias de bienestar, de creencias religiosas o mágicas, etc., en relación con las cuales no hay duda de la relevancia jurídica del engaño; e incluso sobre la clase concreta de acto sexual⁶⁵.

El engaño, como vicio del consentimiento, recibía una atención particular en la anterior regulación de los abusos sexuales a personas menores de edad en edad de consentimiento sexual (anterior artículo 182)⁶⁶, silenciándose com-

⁶⁴ Así, recuerda MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, cit., p. 230, la STS de 15 de junio de 1957, que condena por delito de violación a quien fingiendo ser el marido de una mujer semidormida y aprovechándose de estas circunstancia, yace con ella. Más recientemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.^a, n.º 209/2020, de 24 de septiembre, se pronuncia sobre una caso de este tipo en el siguiente sentido: «Nos encontramos ante un supuesto de hecho un tanto inusual, en el que la víctima lo cierto es que consiente la realización, por parte del acusado, de actos de naturaleza sexual, primero caricias y luego un acceso carnal, a los que no solo no se opone sino que expresamente los facilita, y llega a disfrutar de ellos según dijo; si bien ese consentimiento adolece de un vicio esencial derivado de un error acerca de la identidad de la persona con la que se mantiene la relación sexual, de forma que si la víctima hubiera sabido que esa persona no era quien ella creía sino otra diferente ese consentimiento no habría existido.

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

⁶⁵ Vid., sobre el engaño y su problemática, por ejemplo, COCA VILA, I., «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», en *InDret*, 2023, n.º 3, pp. 430-466.

⁶⁶ La única mención al engaño por parte del Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 87, se realizó en este marco, limitándose a mencionar al respecto que los casos del artículo 182 derogado serían reconducibles a la conducta básica del artículo 178.

pletamente en la nueva regulación⁶⁷. Y ello a pesar de que en los años coetáneos a la tramitación de la LOGILS se habría visualizado públicamente una práctica sexual, conocida bajo el anglicismo *stealthing*, en la que está presente el engaño⁶⁸.

Esta práctica, consistente en prescindir en la realización del acto sexual de la expresada opción sexual de realizar los accesos carnales con preservativo⁶⁹, que se ha contemplado especialmente como una forma de violencia de género, si bien también es factible su realización entre hombres, había comenzado por aquel entonces a ser objeto de causa penal bajo la imputación de un delito sexual en España⁷⁰ y de comentarios doctrinales que evidencian la falta de un acuerdo sobre su correcta calificación jurídica. El desacuerdo se observa incluso entre los magistrados del Tribunal Supremo, a la luz de su primera sentencia al respecto, sentencia del Pleno, n.º 603/2024, de 14 de junio, que cuenta con un voto particular discrepante firmado por cinco magistrados⁷¹. Todos los miembros de este tribunal concluyen que estamos ante un acto sexual no consentido, porque se trata de un contacto corporal distinto del consentido, considerando la mayoría de ellos que estamos en concreto ante una agresión sexual (abuso sexual con arreglo a la ley vigente en el momento de los

⁶⁷ El engaño, tradicionalmente entendido como la falsa promesa de matrimonio que hacía un hombre a una menor para mantener con ella relaciones sexuales, se entendía modernamente que tenía relevancia penal si se proyectaba sobre la propia significación del acto sexual o sobre sus consecuencias.

⁶⁸ En el debate parlamentario del proyecto de LOGILS el Grupo Parlamentario Republicano en su enmienda n.º 370 se hizo eco del problema: «El consentimiento debe permanecer vigente durante la práctica sexual y está acotada a uno o a varias personas, a unas determinadas prácticas sexuales y a unas determinadas medidas de precaución, tanto ante un embarazo no deseado como ante infecciones de transmisión sexual». Cabría recordar también que a raíz de las declaraciones de un *influencer* (Naim Darrechi) seguido por millones de personas en las redes sociales, la máxima responsable del proyecto de LOGILS afirmó en *twitter* que «quitarse el preservativo o eyacular dentro sin consentimiento es hoy abuso sexual y la Ley #SoloSíesSí lo reconocerá como agresión...».

⁶⁹ Ampliamente sobre el problema GILI PASCUAL, A., «“Stealthing”: Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», en *CPC*, 2021, n.º 131, pp. 85-134.

⁷⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.^a, n.º 375/2020, de 29 de octubre, confirmada por la sentencia n.º 186/2021, de 1 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, condena en un caso de este tipo por un delito de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 en concurso con un delito de lesiones del artículo 147.1. En cambio, si bien se trata de una sentencia de conformidad, sentencia n.º 1/2019, de 15 de abril, el Juzgado de Instrucción de Salamanca, Sección 2.^a, condena por un delito de abuso sexual del artículo 181.1. El Ministerio Fiscal también calificó de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 el caso analizado en la sentencia n.º 379/2020, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.^a, que concluye no condenando ante la insuficiencia probatoria para llegar a firmes conclusiones sobre los hechos.

⁷¹ Esta sentencia ha sido objeto de un número monográfico de la revista *Indret*: «El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio», presentado por Ragués i Vallés R., donde se recogen los comentarios de GILI PASCUAL, A., «*Stealthing* y legalidad penal», pp. 463-477; COCA VILA, I., «*Stealthing*: ¿violación o agresión sexual?», pp. 478-487; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Engaño, consentimiento y acceso carnal», pp. 488-500; y Valverde-Cano, A. B., «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», pp. 501-513.

hechos que juzga) no cualificada por el tipo de acto, dado que la víctima había consentido la penetración vaginal, de forma que el hecho de que se realice sin preservativo contra la voluntad de la víctima afecta sólo a la modalidad específica de acceso, (FJ. 9.º). La distinta antijuridicidad del hecho que identifica la mayoría es negada, sin embargo, por el voto particular, que estima la existencia de un delito de violación (abuso sexual cualificado con arreglo a la ley derogada)⁷², en la medida en que, a su juicio, la penetración tampoco habría sido consentida por la víctima al no realizarse en la manera consentida. No serían estas las únicas tesis sostenidas en la doctrina sobre el particular, defendiéndose también por alguna autora la atipicidad del hecho bajo la forma de delito de agresión sexual al entender que «al ser consentida la penetración (con preservativo), su retirada no consentida no supondría una desviación sustancialmente relevante del acto consentido». Se explicaría esta postura desde un plano valorativo, en el que se destacaría, como también hace el Tribunal Supremo, la necesidad de apreciar una desviación en la conducta que lleve a afirmar la realización de un acto sexual inequívocamente distinto al consensuado, constitutivo, en consecuencia, de delito de agresión sexual; pero, a diferencia de aquel, se descarta que esto ocurra en el *stealthing* al observarse que la finalidad del preservativo es la evitación de la transmisión de enfermedades sexuales o embarazos no deseados; sin perjuicio de que en algún caso, seguramente puntual, pudiera responder a otro propósito. La relevancia penal de esta práctica se advertiría, a su juicio, a través de otras figuras típicas destinadas, por ejemplo, a la protección de la integridad moral (delito de trato degradante del art. 173.1) o del honor (delito de injurias del artículo 208) siempre que pudieran afirmarse en el caso concreto sus respectivos elementos⁷³.

El consentimiento está igualmente ausente cuando la víctima manifiesta su negativa, cuando opta por no realizar ningún tipo de acto que exteriorice su voluntad a pesar de hallarse en disposición de poder expresarse, cuando no

⁷² De esta opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 151.

⁷³ Opinión expresada por CRUZ BLANCA, M. J., en el *III Seminario di Ricerca/Seminario de Investigación Hispano-Italiano de Derecho Penal*, celebrado en la Universidad de Jaén, los días 26 y 27 de septiembre de 2024; quien fija su posición con mayor profundidad en un artículo actualmente en prensa. A la misma conclusión llega FUERTES IGLESIAS, C., «Elementos centrales y periféricos del consentimiento: reflexiones en torno a la autodeterminación sexual y sus límites», cit., pp. 38-39, a través del argumento de que este engaño sería un elemento periférico a efectos de consentimiento y, por lo tanto, el *stealthing* no debería ser objeto de castigo penal, al igual que no lo sería el hecho de que se hubiese pactado, falsamente por uno de los participantes, no eyacular en el interior del otro, o que se condicionase esto último a la prueba de ausencia de enfermedades de transmisión sexual, que finalmente resulta ser falsa. Advierte además este autor que otorgar relevancia penal a semejantes engaños daría pie a que el delito de agresión sexual se ampliase peligrosamente.

puede manifestar su voluntad debido al factor sorpresa del que se sirve el tercero que impide su capacidad de reacción con anterioridad a la consumación del hecho o cuando, sin recurrir al engaño, los actos se realizan de manera subrepticia o encubierta favoreciendo que el ataque a la libertad sexual se revista de otro ropaje que permita su encubrimiento (pensemos, por ejemplo, en una escena teatral de naturaleza sexual en la que uno de los actores deliberadamente va más allá de lo que exige el guion).

4. LA SIGNIFICACIÓN SEXUAL DE LA CONDUCTA

La acción típica del delito de agresión sexual se sigue definiendo tras la última reforma del artículo 178.1 del Código penal como la realización de un ataque a la libertad sexual, sin mayor aporte, a lo ya dicho, que la incorporación a su descripción típica del verbo realizar y del sustantivo acto («el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra...»), privado este de una ulterior adjetivación que coadyuve a limitar el alcance de la conducta incriminada.

La renuncia a una redacción más cerrada de la tipicidad penal centrada en la imposición de actos de contenido sexual⁷⁴, como sí se haría, en cambio, desde la reforma del Código penal de 2010 en relación con esta forma de victimización sexual de quienes no han alcanzado la edad legal de consentimiento sexual (así, el vigente artículo 181.1: «realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años»), hace que, en aras de acotar su ámbito de aplicación, mantenga su sentido la defensa de una interpretación restrictiva de esta norma sobre la base del contenido de la libertad sexual, de la relación sistemática entre las normas tipificadoras de los delitos sexuales y de los principios que rigen el Derecho penal.

Como ya se comentó, la protección específica de la libertad sexual a través de la creación de figuras autónomas, como sería el caso del delito de agresión sexual, se origina con la mirada puesta en la tutela de su vertiente o dimensión negativa. En consecuencia, esos actos han de estar conectados con la involucración de una persona sin su consentimiento en actos de naturaleza sexual, quedando al margen de este tipo penal las conductas obstaculizadoras del desarrollo de la dimensión positiva de la libertad sexual. Algunas de estas se-

⁷⁴ En este sentido el Consejo de Estado, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, p. 103, sugería el cambio de redacción de la norma y la precisión de que se tratase de actos sexuales; considerando más apropiada la utilizada en el artículo 181.1, que pone el acento en la realización de actos de carácter sexual.

rían perfectamente inocuas en términos penales (pongamos de ejemplo el caso de la madre que le quita o impide que su hija de 16 años use medios anticonceptivos siendo conocedora de que eso inhibirá a la chica de mantener determinadas relaciones sexuales; finalidad pretendida con esa acción) mientras que otras revestirían relevancia penal al amparo de otros delitos, como podrían ser los delitos contra la libertad (así, el empleo de violencia para impedir que una persona se masturbe, que nos llevaría en concreto al delito de coacciones) o los delitos de lesiones (pensemos, por ejemplo, en la mutilación genital femenina como práctica cultural que, por su trasfondo y efectos, constituye una forma de violencia sexual).

El mismo enfoque del instrumento penal se observaría, por otra parte, al hilo del pronunciamiento del legislador en el artículo 178.2 sobre los supuestos en los que en todo caso existe la agresión sexual por falta o merma significativa de la libertad personal, donde expresamente se alude a la realización de actos de contenido sexual (art. 178.2). Perspectiva que se reafirma en la configuración del delito de violación, modalidad de agresión sexual, como veremos, caracterizada por el tipo de acto sexual que se persigue. Y que igualmente está presente en el abordaje que se realiza de la violencia sexual, incluida la violación, en el Convenio de Estambul (art. 36)⁷⁵.

Este planteamiento del delito de agresión sexual es aceptado pacíficamente por la doctrina penal, existiendo, sin embargo, divergencias en el momento de la delimitación de lo que se ha de entender por actos de naturaleza, carácter o contenido sexual⁷⁶. A este fin, es importante tener presente que la actividad sexual, siendo una función de naturaleza fisiológica ligada al instinto sexual, se encuentra culturalmente condicionada, lo que hace que la atribución de significación sexual a un acto presente una dependencia con las reglas sociales de la comunidad que enjuicia el comportamiento. Y en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo y la doctrina que vienen exigiendo para calificar un hecho de agresión sexual que este comporte un atentado de inequívoco contenido sexual apelando al sentir mayoritario de la sociedad (así, en la

⁷⁵ Dice el artículo 36.1 del Convenio de Estambul: «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero».

⁷⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 266-269. Ampliamente CORRÉA CAMARGO, B. y RENZIKOWSKI, J., «El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el derecho penal», en *InDret*, 2023, n.º 31, pp. 145-162.

sentencia del Tribunal Supremo n.º 132/2013, de 19 de febrero, FJ. 1.º, en la que se reconoce que tal sería el caso de la introducción de la mano hasta palpar la vagina). Podría concluirse entonces que estaríamos hablando de comportamientos que objetivamente revisten naturaleza sexual por su pertenencia a la clase de actos que de ordinario están dotados socialmente de una inequívoca significación sexual⁷⁷. En otras palabras, un acto revestiría la connotación de sexual cuando la generalidad de la comunidad aprecie en él semejante componente; quedando fuera de tal consideración, en consecuencia, aquel que no recibe tal valoración, aunque fuese realizado con el fin de obtener una satisfacción sexual al no constituir objetivamente una injerencia en la sexualidad de otra persona⁷⁸. O como recuerda el Tribunal Supremo «el significado sexual de un determinado tocamiento o acto sobre el cuerpo de otra persona se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente. Vínculo entre cuerpo y sexualidad que posibilita reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve a quien lo realiza», (STS n.º 654/2024, de 26 de junio, FJ. 3.º).

Esta apreciación, en ocasiones, requiere de una correcta contextualización de la conducta, que, complementada con la existencia efectivamente de una conducta idónea para crear el peligro o producir la lesión de la libertad sexual, resulta decisiva para dotar o privar de significación sexual al hecho⁷⁹.

⁷⁷ CORRÉA CAMARGO, B. y RENZIKOWSKI, J., «El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el derecho penal», cit., p. 153, exigen además que el propio autor entienda que su conducta reviste naturaleza sexual. Requisito que, en nuestra opinión, no conforma la naturaleza sexual del acto, pero que sí tendría importancia en la consideración global de la conducta en la medida en que el desconocimiento de ese carácter conlleva el desconocimiento de que se está realizando un atentado a la libertad sexual y, en consecuencia, nos situaría ante un error de tipo, que, en cualquier caso, determinaría la impunidad del sujeto (art. 14.1).

⁷⁸ Así, PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», en *Indret*. 2019, n.º 3, p. 13.

⁷⁹ De ahí que habrá casos en los que, como señala PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», cit., pp. 11-14, junto al criterio objetivo mencionado, al que suma la búsqueda de una explicación alternativa al suceso, habrá que atender a criterios individuales tanto de naturaleza objetiva (así, la zona del cuerpo afectada, la intensidad y duración del acto, medios empleados, lugar y tiempo de la acción o relación entre los implicados) como subjetiva (tal sería el caso de la perspectiva sobre el hecho del autor y de la víctima). En esta línea, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.º: Agresiones sexuales sobre menores de diecisésis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., pp. 1329-1332. Este último criterio abriría la vía en estos delitos para que los casos en los que se produce un choque cultural sobre la significación del acto, afirmándose con arreglo al criterio objetivo en nuestra cultura su naturaleza sexual y siendo negada esta por aquella de la que participan los implicados, sean atípicos. A modo ilustrativo podría traerse a colación la práctica afgana de besar el pene al hijo pequeño como muestra de amor, caso analizado en la jurisdicción nortea-

Ciertamente en la casuística de los tribunales afloran los casos en los que no se alberga duda alguna sobre su significado sexual, como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, pero también aparecen otras conductas controvertidas ante la posibilidad de una interpretación ambivalente debido a su equivocidad. Destacadamente sería el caso de los besos y tocamientos en zonas no erógenas del cuerpo (así, la pierna, el muslo, la mano, el brazo o la mejilla), e incluso erógenas (los labios, el cuello, el pecho o el culo, por ejemplo), que podrían ser, según los detalles del caso, expresión de reverencia, amistad, amor, deseo sexual o bromas⁸⁰. Sin embargo, la cuestión también se puede suscitar ante la introducción de dedos u objetos por vía vaginal u anal; supuestos cuyo correcto entendimiento en términos objetivos no se puede realizar prescindiendo del contexto que los envuelve, que sería concluyente en la determinación de si se ha producido la involucración no querida de la persona en una conducta sexual (pensemos, por ejemplo, en hechos producidos en consultas médicas o terapéuticas).

El contexto en ocasiones es relevante para el órgano juzgador y otras no, como podemos observar si confrontamos la resolución sobre el mediático «caso Rubiales», donde se analiza la relevancia penal de un beso en los labios a una persona adulta, y el caso de tres presas que se sirvieron de la violencia contra otra presa para poder extraerla de su cavidad vaginal la droga que creían que tenía escondida, introduciendo a tal fin una de ellas sus dedos en la vagina de aquella, a las que se atribuyó el delito de violación agravada por la actuación en grupo en concurso ideal con un delito de robo con intimidación en grado de tentativa inidónea. El primero de los asuntos ha sido resuelto en primera instancia en la sentencia del Juzgado Central de lo Penal n.º 3/2025, de 20 de febrero, (FJ. 1.º), que condena al acusado por el delito de agresión

mericana (vid. un apunte en CORRÊA CAMARGO, B. y RENZIKOWSKI, J., «El concepto de «acto de naturaleza sexual» en el derecho penal», cit., pp. 147-148).

⁸⁰ Incluso se han podido interpretar por algunos como signos de dominación, como sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.ª, n.º 227/2022, de 6 de junio, que descartó el delito sexual al observar que besar en el cuello, sin consentimiento, de manera brusca y con violencia a la expareja no se trataba de «una actuación dirigida a satisfacer deseo sexual alguno, sino más bien, de dominación o imposición de una voluntad sobre la mujer, menospreciando su dignidad como mujer y haciéndola soportar una actuación humillante, al convertirla en un ser que ha de aguantar lo que le imponga el varón (besarla de forma brusca en el cuello, en el marco de la actuación del acusado de querer darle muerte). En ese sentido el referido actuar proyectaría no tanto una actuación de carácter sexual, sino un contexto de dominación, en que se operaría un estereotipo de género, donde a la mujer se le atribuye una papel subordinado y dependiente de la voluntad del varón, despreciando su capacidad de elegir y decidir, y que quedaría bajo los designios del varón, cualesquiera que éstos fueran» (FJ. 2.º). Sentencia que en este punto sería revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en su sentencia n.º 34/2022, de 14 de noviembre, que si advierte que posee un inequívoco significado sexual (FJ. 3.º).

sexual en su modalidad atenuada⁸¹, al considerar que la «acción de dar un beso en la boca a la mujer tiene una clara connotación sexual, y no es la forma normal de saludar a las personas con quienes no se mantiene una relación de afectividad». En este no se conforma el órgano juzgador con la objetiva connotación sexual del acto realizado en nuestra sociedad, sino que se adentra en el sentido que este tiene para los involucrados, incidiendo en el hecho de que la víctima no utilizaba para saludar a las personas con las que no tenían relación de afectividad especial un beso en la boca, como tampoco lo hacía el acusado a la luz de sus propios actos en relación con el resto de las jugadoras. Se está aplicando, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo, con arreglo a la cual no puede «entenderse que exista un derecho de cualquier persona a acercarse a otra y darle un beso cuando a la víctima no lo admite como prueba de cariño o afecto por sus circunstancias personales, familiares, o del tipo que sean, sino como un ataque personal a su intimidad y libertad sexual de consentir o no consentir quién pueda acercarse a la misma para hacer un acto tan íntimo y personal como es darle un beso», (STS n.º 654/2024, de 26 de junio, FJ. 3.º)⁸². En el segundo caso, fallado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava n.º 133/2021, de 2 de junio, se limita, sin embargo, el órgano sentenciador a declarar que «tales hechos atentan claramente a la libertad sexual de la víctima», y que el ánimo lúbrico, libidinoso o lascivo, que reconoce inexistente al apreciarse un dolo dirigido a la sustracción de alguna sustancia estupefaciente, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo⁸³, no es un elemento del delito de agresión sexual, (FJ. 3.º)⁸⁴.

⁸¹ Se le condena por este delito a las penas de multa de 18 meses, con cuota de 20 euros día, y de prohibición de acercamiento a la víctima en un radio de 200 metros y de comunicación con ella durante un año. No se impuso, sin embargo, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, que es imperativa por ley en todos los delitos del título VII del libro II del Código penal desde la modificación del artículo 192 por la LOPIAV.

⁸² Se trataba del caso de una mujer adulta que se encontraba bajo detención policial cuando el policía que la custodiaba trato de ligar con ella, pidiéndole en un momento dado permiso para poder abrazarla, negándose ella con gestos, lo que no evitó que él se acercase y le diese un beso en la mejilla e intentara darle otro beso en los labios que ella evitó volviendo la cara. En un caso de esta naturaleza, concluye el Tribunal Supremo además que no cabría la aplicación del vigente tipo atenuado de agresión sexual, debido a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima.

Sigue diciendo el Tribunal Supremo que «una mujer no puede tener una especie de servidumbre sexual, de tener que soportar el deseo de un hombre de querer darle un beso en cualquier parte del cuerpo, ya que ello integraría una agresión sexual por afectar a su intimidad y libertad sexual.

No cabe un contacto corporal inconsentido bajo ningún pretexto si no hay consentimiento».

⁸³ Y así se reitera, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 428/2023, de 1 de junio (FJ. 2.º).

⁸⁴ Esta sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 80/2021, de 23 de septiembre, siendo inadmitido a trámite el recurso de casación interpuesto al no responder al objeto del mismo, esto es, la realización de una función nomofiláctica por parte del Tribunal Supremo (ATS n.º 774/2022, de 8 de septiembre, FJ. Único).

El hecho de que en la actualidad el elemento subjetivo de este delito se ciña al conocimiento y aceptación del carácter sexual del comportamiento que se impone a otro, no ha evitado que el ánimo lascivo siga siendo frecuentemente mencionado en las resoluciones judiciales, sirviendo en ocasiones al fin de corroborar la connotación sexual del acto⁸⁵; pues, como reconoce el Tribunal Supremo es «un instrumento útil para conformar el componente sexual de la acción, y a partir de este su relevancia para comprometer el bien jurídico protegido». Ante situaciones ambiguas «el ánimo libidinoso opera como elemento que decanta la calificación hacia el abuso sexual en detrimento de otras de menor intensidad, como el delito leve de coacciones», (STS n.º 165/2022, de 24 de febrero, FJ. 2.º)⁸⁶. No fue así en ninguna de las sentencias de los casos confrontados; prescindiéndose además en la segunda del contexto.

El propio Convenio de Estambul, consciente de esta problemática, y con el fin de limitar el alcance de sus pretensiones criminalizadoras concernientes a la violencia sexual y evitar problemas de interpretación normativa⁸⁷, en el único caso que opta por explicitar el tipo de acto sexual, esto es, cuando se refiere a la penetración vaginal, anal u oral no consentida del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, precisa que tiene que hacerse con carácter sexual (art. 36.1 a). No se adentra en esta cuestión el Convenio de Lanzarote, cuyos Estados Partes optaron por que fueran estos quienes decidiesen en exclusiva el significado y el alcance de la expresión actividades sexuales⁸⁸. Ahora bien, con motivo de concretar en qué consiste una conducta sexualmente explícita a los efectos de definir la pornografía infantil, menciona como ejemplos de esta todos los accesos carnales (genital-genital, oral-genital, anal-genital, oral-anal), el bestialismo, la masturbación, el sadismo o maso-

⁸⁵ Así, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 428/2023, de 1 de junio, que condena a un adulto que cogió a una menor de 7 años del brazo, alzándola a su nivel y besándola en la comisura de los labios.

⁸⁶ El acusado abrazó a una menor de 12 años por la cintura y, cuando se disponía a besarla en la boca con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, la menor giró el rostro, con lo que terminó besándola en la mejilla. Se confirma la condena por delito de abuso sexual consumado en atención a que el resultado final de la acción se conecta con ese previo abrazo, con el que inmoviliza y se aproxima a la menor obligándola a soportar el roce sexualizado del cuerpo de un adulto, tras la formulación de insinuaciones previas.

⁸⁷ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, de 11 de mayo de 2011, § 190. Se aclara también aquí que cuando el convenio habla de la naturaleza o del carácter sexual de los actos en el artículo 36.1, lo que está haciendo es describir un acto con connotación sexual, de forma que no se puede aplicar este artículo allí donde no exista tal connotación o trasfondo.

⁸⁸ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, de 25 de octubre de 2007, § 127.

quismo, y, en especial, por lo que diremos al final, la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública⁸⁹.

No sería este el único punto de fricción en la doctrina sobre el tipo de acto sexual con trascendencia a los efectos de la aplicación del delito de agresión sexual. La originaria concepción de estos delitos como delitos de propia mano daría pie a que se defendiese la necesidad de un contacto corporal entre los sujetos del delito. Una tesis que ha sido superada mayormente en la doctrina y en el Tribunal Supremo, quien ha afirmado con claridad en su sentencia n.º 462/2019, de 14 de octubre⁹⁰, que el tenor de la redacción de los anteriores tipos de agresión sexual y abuso sexual, no exigía para apreciar el delito el contacto corporal de índole sexual entre los sujetos del delito⁹¹. Un ulterior argumento en el que se han apoyado más recientemente los defensores del contacto corporal entre los mentados sujetos resulta de la confrontación de las normas que tipifican el delito de agresión sexual y el delito de agresión sexual a menores⁹². Efectivamente, como hemos apuntado, estas presentan una distinta redacción, pero difícilmente podría, a nuestro juicio, prosperar el argumento que estos esgrimen relativo a que como el legislador expresamente se refiere en el artículo 181.1 a supuestos donde no existe ese contacto corporal para garantizar la criminalización de los contactos sexuales con terceros o sobre uno mismo, («a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor»), habría que concluir que no estaría en su voluntad castigar otros contactos corporales puesto que no ha procedido de igual forma en el artículo 178.1⁹³. La apelación en apoyo de esa postura a un hecho que sencillamente se explicaría por el apego que tiene el legislador cuando procede al cumplimiento de los mandatos supra-

⁸⁹ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, cit., § 143. Ejemplos que ya se contenía en el *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, de 23 de noviembre de 2001, § 100.

⁹⁰ «Se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación» (FJ. 10.º).

⁹¹ Recuérdese que también el Convenio de Estambul recoge el mandato de tipificación de conductas de sujetos que no participan del acto sexual; concretamente se ha de criminalizar el «hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero». Según el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., § 190, se estaba pensando, por ejemplo, en relaciones abusivas.

⁹² Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, cit., p. 228.

⁹³ Conclusión que PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», cit., pp. 15-18, extrae para el entonces delito de abuso sexual tipificado por aquel entonces en el artículo 181.

nacionales a mantener el lenguaje empleado en las normas en que se establecen –no olvidemos que la redacción del artículo 181 se encuentra conectada con el artículo 18.1 del Convenio de Lanzarote, que al disponer la criminalización del abuso sexual puso el acento en el hecho de realizar actividades sexuales con un niño, y con el artículo 3 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI– no debería prevalecer sobre la descripción típica del delito de agresión sexual, máxime cuando quedaría inexplicablemente desprotegida la libertad sexual frente a evidentes ataques a la misma⁹⁴. Si el legislador hizo esa precisión en el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años no fue sino, a nuestro modo de ver, para evitar la atenuación de la gravedad de esas acciones por vía de una interpretación de la conducta relativa a la realización con un menor de actos de carácter sexual sustentada en la preposición «con» (art. 181.1)⁹⁵.

El problema, por otra parte, no es nuevo, dado que antes de la reforma del Código penal en 2022 y desde su modificación en 2015, la mención a los actos de carácter sexual que el menor realiza con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor se encontraba vinculada a las agresiones sexuales (derogado artículo 183.2 inciso final). No así, al correlativo delito de abuso sexual; provocando ya esa lectura desigual del abuso y de la agresión sexual a menores de dieciséis años, y de estos respecto del resto de abusos y agresiones sexuales⁹⁶, que sería, no obstante, ignorada por el Tribunal Supremo como vemos a través, por ejemplo, de sus sentencias n.º 320/2019, de 19 de junio, (FJ. 3.º), o n.º 311/2020, de 15 de junio, (FJ. 8.º). Es esperable, en consecuencia, que, a pesar del distinto tenor de los vigentes tipos penales de los artículos 178.1 y 181.1, y, como defiende otra parte de la doctrina con quienes no alineamos, el alto tribunal siga otorgándoles la misma interpretación, de forma que se re-

⁹⁴ Recuérdese que también el Convenio de Estambul recoge el mandato de tipificación de conductas de sujetos que no participan del acto sexual; concretamente se ha de criminalizar el «hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero». Según el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, § 190, se estaba pensando, por ejemplo, en relaciones abusivas.

⁹⁵ Téngase presente que el Convenio de Lanzarote dispuso también la criminalización de lo que denomina la corrupción de niños (art. 22), que dio lugar al tratamiento separado de las que serían hoy otras agresiones sexuales a menores de 16 años (vid. el vigente art. 182 y el derogado artículo 183 bis).

⁹⁶ Vid., sobre el particular CARUSO FONTÁN, V., «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», en *LP*, 2017, n.º 128, pp. 2-6.

conozca la relevancia penal de los contactos corporales de naturaleza sexual con el sujeto activo del delito, un tercero o uno mismo⁹⁷.

El reconocimiento de una agresión sexual sin contacto corporal, como podría ser, por ejemplo, hacer que la víctima exhiba de manera lasciva sus zonas erógenas o se desnude en aras a la excitación sexual de otro, cuenta, sin embargo, con menos partidarios en la doctrina⁹⁸, pero la razón no puede hallarse, a nuestro juicio, en la negación a este tipo de acto de su naturaleza sexual sino en la valoración de la repercusión del acto sin contacto corporal desde el prisma de la tutela penal de la libertad sexual; de forma que no cabría descartar automáticamente una agresión sexual porque no se realice un acto sexual que implique un contacto corporal. El Tribunal Supremo ha analizado esta realidad en relación con la victimización sexual de las personas menores de edad (con independencia de si han alcanzado o no la edad legal de consentimiento sexual), concluyendo, por ejemplo, en su sentencia n.º 1029/1996, de 18 de diciembre, que, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, la imposición de la realización de una acción sexual en público sería subsumible en el delito de agresión sexual del originario artículo 178⁹⁹, «pues implican una agresión a la autodeterminación sexual coactivamente ejecutada», (FJ. 4.º); y, con mayor claridad a la luz del caso, en su sentencia n.º 1397/2009, de 29 de diciembre, afirma que «... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. La acción de atentar contra la libertad sexual de otro, que es exigencia típica de la agresión del art. 178 y del abuso del art. 181, sin otra diferencia que la concurrencia, en el delito de

⁹⁷ La inclusión del contacto corporal sexual con terceros o con uno mismo ha sido defendida, por ejemplo, por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 275-280; MONGE FERNÁNDEZ, A., «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., pp. 72-74; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del modelo del consentimiento», cit., p. 1434; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 112, quien propone de *lege ferenda* una reforma que garantice el tratamiento unitario de la modalidad básica de ambos delitos de agresión sexual en la línea del artículo 181; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.º: Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., p. 1311.

⁹⁸ Se han pronunciado a favor, CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 247 y 279; GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en RECPC, 2005, n.º 07-04, pp. 4-5, quien pone el ejemplo de obligar a la víctima a desnudarse o de obligarla a sufrir actos de exhibicionismo bajo intimidación o violencia.

⁹⁹ En concreto, un menor de 15 años, sobrino de los acusados, fue colocado en el extremo de una habitación y obligado a desnudarse y a masturbarse en presencia de varias personas, siendo iluminado con un foco.

agresión, del uso de la violencia o intimidación para doblegar la oposición de la víctima, existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ella lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre, y que por lo mismo integra un verdadero atentado a su libertad sexual», (FJ. 4.º)¹⁰⁰. La popularización de las TIC y su uso al servicio de la actividad sexual han hecho más imperiosa si cabe la reflexión detenida sobre la equiparación en términos valorativos de los actos sexuales con contacto y sin contacto¹⁰¹.

Ante la imposibilidad de llevarla a cabo en estos momentos, nos aventuramos a afirmar que, al menos en principio, algunos actos sexuales sin contacto corporal que afecte a la víctima podrían ser típicos a título de agresión sexual tanto aisladamente considerados (aunque solo fuese por la vía de la modalidad atenuada del artículo 178.4¹⁰²) como complementados por la forma de ejecución del hecho. El elemento determinante de que así fuese se encontraría en la presencia en ellos del contenido mínimo de injusto necesario para que la conducta del sujeto activo atentatoria a su libertad sexual sea merecedora, tras la reforma de 2022, de al menos una pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses. De acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado a raíz de la derogación de la falta común de vejaciones leves, con arreglo al cual hechos de entidad menor como podría ser el caso de la ejecución rápida y fugaz de besos y de tocamientos efectuados en los senos, genitales o glúteos, pasaban a ser calificados como delito sexual¹⁰³, y la irrupción del sexo cibernético, parece difícil en nuestra opinión que no sea agresión sexual, por ejemplo, hacer que la víctima enfoque la webcam en su zona genital sin ropa para satisfacción sexual de la persona con la que se comunica.

¹⁰⁰ En este caso, las víctimas tenían 14 años y su agresor básicamente las sujetaba del cuello con una mano, las pedía que se subieran parte de la ropa para ver partes íntimas de su cuerpo y se masturbaba mientras las miraba.

¹⁰¹ Vid. sobre la necesidad también de una reflexión sobre la relevancia de los actos sexuales no consentidos en el ciberespacio, TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC», en *IDP*, 2018, n.º 26, pp. 30-42.

¹⁰² Dispone el artículo 178.4, que «el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

¹⁰³ Analiza detenidamente la cuestión PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», cit., pp. 22-39.

El hecho de que el legislador haya dado tratamiento autónomo al delito de exhibicionismo, con la mirada puesta únicamente en dispensar mayor protección a las personas menores de edad y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, serviría, por otra parte, de criterio interpretativo para excluir del delito de agresión sexual los casos en los que los actos sexuales (actos que además han de ser de exhibición obscena y realizados por el sujeto activo o un tercero distinto del sujeto pasivo del delito) tienen como destinatario involuntario a un adulto (art. 185). A la misma conclusión, cabría llegar poniendo el foco de atención en el controvertido delito de abuso sexual de menores de 16 años del artículo 182, el cual comparte espacios de punidad con la anterior infracción penal; lo que posiblemente explique que algunos autores le haya bautizado como delito de exhibicionismo coercitivo¹⁰⁴, si bien tras la sustitución por la LOGILS en su descripción típica del verbo «determinar» por el verbo «presenciar» parece difícil sostener que exija un elemento típico de orden coercitivo¹⁰⁵. Su actual redacción, más fiel al mandato del artículo 22 del Convenio de Lanzarote (corrupción de niños) y del artículo 3 de la Directiva 2011/93/UE (infracciones relacionadas con los abusos sexuales), del que trae causa directa, castiga, en concreto, a quien, con fines sexuales, hace presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual o delitos sexuales, siendo esta conducta tanto en su modalidad básica (actos de carácter sexual) como en su modalidad agravada (delitos sexuales) más grave que la del artículo 185.

En la existencia de este último delito podría hallarse un apoyo adicional en favor de que el delito de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 181 no sea instrumentalizado para dejar fuera del ámbito del delito de agresión sexual determinados actos sin contacto corporal. Su señalado origen, el hecho de que nuestro legislador haya incluido este delito dentro del capítulo dedicado a las agresiones sexuales a menores de 16 años y su afirmación, en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, relativa a que por vía de esa reforma «se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas», reforzarían, en su lectura conjunta, la conclusión de que esta clase de conducta, al menos en alguna de sus modalidades, ya resultaba subsumible en el delito de abuso sexual; respondiendo su tipificación «expresa», simplemente a la inercia legislativa de cumplir las obligaciones supranacionales a través de la reproduc-

¹⁰⁴ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.º: Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., p. 1327.

¹⁰⁵ También se ha cambiado en su modalidad agravada la referencia a abusos sexuales por la de delitos contra la libertad sexual.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

ción de las palabras de la normativa supranacional. El rechazo de una agresión sexual sin contacto corporal, más allá de aquella que se produce al hacer, con fines sexuales, presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual o delitos sexuales, acaba además otorgando, a la luz de su tenor literal, el mismo tratamiento a situaciones en las que esos menores son meros espectadores de la conducta sexual y a otras en los que son cosificados como medio de estimulación sexual del agresor. Algo, por otra parte, que no le pasa desapercibido al legislador en el marco de la explotación sexual de menores.

III. TIPOS CUALIFICADOS DE LA AGRESIÓN SEXUAL

1. OBSERVACIÓN PREVIA

La casuística de la agresión sexual revela que este tipo de atentado contra la libertad sexual puede ser de muy distinta gravedad, lo que ha dado lugar a que en su tipificación penal los legisladores tomen en consideración toda una serie de circunstancias cuya concurrencia en la agresión sexual se considera, en términos comparativos, determinante, generalmente, de un mayor contenido de injusto y, en consecuencia, de una pena de mayor gravedad.

Nuestro Código penal no es ajeno a esta forma de configuración legal del delito, hallándose las agresiones sexuales estructuradas en el mencionado capítulo I en base a una modalidad básica tipificada en el artículo 178.1, donde se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, al «que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento»; puntualizándose, como se acaba de explicar, a raíz del empuje del movimiento feminista, que sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Sobre esa modalidad básica se proyecta el amplio elenco de circunstancias agravantes específicas que analizaremos seguidamente; las cuales también se conectan entre sí, formando tipos hipercualificados¹.

En concreto, las circunstancias agravantes específicas de la agresión sexual, que guardarán relación con circunstancias de la víctima o del ofen-

¹ Con la LOGILS, como se apuntó anteriormente, se completa la regulación del delito de agresión sexual con una disposición destinada a dar respuesta a las agresiones sexuales de menor entidad, el artículo 178.3, actualmente 178.4.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

sor, el tipo de acto sexual, los medios que se despliegan o se aprovechan para realizar el atentado u otros rasgos del hecho, aparecen descritas a lo largo de una pluralidad de preceptos. Tres de ellos están referidos exclusivamente al delito de agresión sexual, así el artículo 178.3, el artículo 179 y el artículo 180, y un cuarto, el artículo 192.2, es común a todos los delitos contra la libertad sexual.

Si nos fijamos en el orden sistemático de la descripción que en estos artículos se hace de las modalidades agravadas del delito de agresión sexual, se observa que aparecen, en primer lugar, aquellas que inciden en la mayor relevancia penal de determinadas dinámicas comisivas (art. 178.3); en un segundo lugar, adquiere protagonismo la clase de acto sexual (art. 179.1); en tercer lugar, asistimos a la combinación de los dos criterios anteriores (art. 179.2); seguidamente la agresión sexual cualificada se construye por referencia a una amplia diversidad de circunstancias que se proyectan tanto sobre el tipo básico como sobre los tipos cualificados que la preceden, distinguiéndose además en el artículo 180, a efectos de pena, entre la concurrencia de una única circunstancia de las allí enunciadas o de dos o más; y, en quinto lugar, cobra protagonismo el hecho de ostentar, de hecho o de derecho, una determinada función protectora de la víctima (art. 192.2). A fin de garantizar una concreta acumulación de penas, se ha abordado además de forma específica el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público (art. 180.3).

Como se podrá comprobar al hilo de estas páginas, este elenco rico de circunstancias agravantes específicas provoca en ocasiones solapamientos parciales entre las disposiciones que las contemplan y también con otras figuras delictivas, suscitándose problemas de naturaleza concursal en los que no vamos a descender en profundidad.

La trascendencia de estas circunstancias en la pena de prisión asociada al delito de agresión sexual es, por otra parte, diversa. En su proyección sobre la modalidad básica de la agresión sexual, dependiendo del caso concreto, la agravación de la duración de la pena bien puede producirse a raíz de la ampliación de su marco penal a través de la elevación únicamente de su límite máximo (art. 178.3), bien convirtiendo el límite máximo de la pena de la modalidad básica en el límite mínimo de la pena del tipo cualificado y trazando un nuevo límite máximo (art. 179.1), bien por el incremento de ambos límites –mínimo y máximo– (art. 180.1), bien por la modulación de su marco penal para acotarlo a su mitad más grave (art. 192.2), combinándose también estos dos casos (art. 180.2). Estos criterios se observan también en la previsión legal de la pena de prisión en las agresiones sexuales hipercualificadas; manteniéndose los 15

años como el límite máximo de duración de la pena de prisión en las modalidades de agresión sexual que se han considerado más graves².

2. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL ARTÍCULO 178.3 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 Introducción

La transformación de los abusos sexuales en agresiones sexuales propiciada por la LOGILS, como se ha dicho, conllevó una equiparación valorativa de diferentes formas de comisión del delito de agresión sexual, sin perjuicio de la relevancia que alguna de ellas podría llegar a alcanzar al amparo de los tipos cualificados del artículo 180. Consecuentemente, se silenciaba la mayor importancia que, desde el prisma de la intensidad o grado de la afectación a la libertad sexual, se había venido reconociendo a nivel legislativo en el ataque sexual que se sirve para su realización, sin más adjetivación, de la violencia o intimidación (el anterior delito de agresión sexual), desoyéndose la recomendación del Consejo General del Poder Judicial relativa a la introducción de una modalidad agravada de agresión sexual basada en la concurrencia de un medio especialmente lesivo; como claramente eran también, a su juicio, la violencia y la amenaza³. Se dejaba, por consiguiente, en manos del juez la completa ponderación de la gravedad de estos ilícitos penales. Con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, sin embargo, estos medios coercitivos recuperan cierta relevancia a tenor de la nueva redacción que recibe el artículo 178.3. Se establece aquí en concreto una pena de prisión de 1 a 5 años «si la agresión sexual se hubiera cometido empleando violencia o intimidación»; produciéndose además en ese mismo precepto su equiparación con la agresión sexual ejecutada «sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su

² Nótese que, desde la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito de homicidio doloso se cualifica cuando la acción homicida es subsiguiente a la comisión de un delito contra la libertad sexual de la víctima de homicidio, determinando en el caso de la modalidad típica del artículo 138.2a) un incremento en la pena de prisión de siete años y seis meses y en el del artículo 140.1.2.^a –asesinato cualificado– la imposición de la pena de prisión permanente revisable. Igualmente se produce una agravación significativa de la pena para el responsable penal de una detención ilegal o de secuestro que no da razón del paradero de la víctima cuando aquella se hubiese lleva a cabo con la intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima o hubiera actuado posteriormente con esta finalidad (art. 166.2a).

³ Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 80, proponía que se castigase esta modalidad con la pena en su mitad superior.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

voluntad»⁴. Estas circunstancias del hecho, por coherencia interna y en orden a garantizar la mayor gravedad de la pena de prisión, se enlazan a otro tipo cualificado de la agresión sexual con *nomen iuris* propio, el delito de violación (art. 179.2). Y a través de estas dos normas, como ya sucedía en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años (inicialmente artículos 181.2 y 3 y actualmente artículos 181.2 y 4), se introduce un nuevo peldaño en la escala ascendente del *quantum* de la pena del delito de agresión sexual destinado a potenciar el efecto penológico de las circunstancias agravantes específicas del artículo 180.

2.2 El empleo de violencia o de intimidación

El empleo de la violencia o de la intimidación en la comisión de la agresión sexual es un viejo conocido de la regulación legal de esta clase de delito sexual. De ahí que sea suficiente recordar sobre el particular la doctrina consolidada del Tribunal Supremo a la espera, no obstante, de que de su formulación se termine por depurar alguna referencia innecesaria, contradictoria y revictimizadora a algún aspecto del comportamiento de la víctima⁵. Tal sería el caso de la alusión a que esta haga patente su negativa a las intenciones sexuales del ofensor de tal modo que sea percibida por aquél, en la medida en que la libertad sexual para no verse atacada de lo que requiere es de la expresión de la voluntad libre de su titular favorable al acto sexual, lo que implica que la persona que pretenda implicar a otra en un acto sexual observe antes de proceder a ello que está en la voluntad libre de esta otra persona, evidenciada de forma clara, su realización; y así lo ha explicado recientemente con rotundidad este tribunal. En el caso concreto del uso de la violencia o de la intimidación como medios al servicio de la consecución de la finalidad sexual resulta obvio además que no existe un consentimiento jurídicamente válido de la persona sobre la que inciden esos medios, siendo completamente innecesario, por tanto, que se afirme, por ejemplo, que, acreditada la violencia, baste la negativa de la víctima.

A fin de conocer cómo se entiende la violencia o la intimidación como medios comisivos de la agresión sexual resulta, no obstante lo dicho, una ex-

⁴ Como se habrá observado, la duración de la pena sólo es un año mayor que la prevista para la agresión básica, coincidiendo exactamente además con la pena típica que tenía asociada el delito de agresión sexual en su modalidad básica anterior a la reforma del Código penal por la LOGILS.

⁵ En este sentido, Herrán Ruiz-Mateos, S. de la, «La incidencia de los medios comisivos en la configuración de los delitos de agresión sexual y violación: un análisis comparativo de las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023», cit., pp. 20-21.

celente guía la sentencia del Tribunal Supremo sobre el archiconocido caso de «la manada» (STS n.º 344/2019, de 4 julio), donde, como es sabido, aparecía como cuestión clave de la calificación jurídica de los hechos la constatación del empleo o no por los atacantes de violencia o intimidación, procediéndose a analizar en ella especialmente la sutil distinción entre esta última y el prevalimiento⁶.

De acuerdo con el alto órgano judicial, se ha venido entendiendo que estos medios comisivos han de estar al servicio de la ejecución de este ataque sexual (así, STS n.º 76/2005, de 28 de enero, FJ. 3.º), en consideración precisamente a su fundamento. No bastaría, entonces, con que fuesen parte integrante de la práctica sexual, si bien el tenor literal de la norma no necesariamente lo impediría, o que hiciesen acto de presencia con posterioridad a dicho ataque. Al respecto se ha señalado que «... la relación de causalidad que resulta exigible entre el medio empleado (la intimidación o la violencia) y el acto sexual impuesto, para la configuración del delito de agresión sexual, demanda que la aquiescencia de la víctima, su no oposición a la realización del acto del que se le hace objeto, derive, traiga causa, de aquella conducta intimidante o violenta que anula toda posibilidad razonable de prestar o no prestar libremente el consentimiento. El acto sexual deviene así consecuencia de una imposición, ya sea físicamente violenta o intimidatoria, que niega precisamente aquel bien jurídico de máxima significación que el tipo penal protege aquí (la libertad sexual)», STS n.º 987/2021, de 15 diciembre, (FJ. 2.º).

La violencia en el delito de agresión sexual se identifica con la fuerza física, que «equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima», STS n.º 344/2019, de 4 julio, (FJ. 5.º). Se trata, por tanto, de una fuerza física dirigida a lesionar directamente la capacidad de actuación del sujeto pasivo en aras de evitar la autodefensa de su libertad sexual. Es «un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad».

⁶ A raíz del caso de «la manada» fueron muchos los autores que volvieron sobre esta problemática, entre ellos, por ejemplo, CUERDA ARNAU, M. L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 109-132. Esta sigue teniendo vigencia en la actualidad debido al distinto tratamiento jurídico del abuso de una situación de superioridad, del prevalimiento de una relación de superioridad y del uso de violencia o intimidación. Vid., por ejemplo, CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *RECPC*, 2023, n.º 25-32, pp. 1-46.

tad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle de las muñecas, o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual», STS n.º 13/2019, de 17 enero, (FJ. 2.º). Así, cuando se agarra fuertemente a su víctima por la cintura, encontrándose esta de espaldas, hasta conseguir inmovilizarla para conseguir el frotamiento sexual (STS n.º 721/2015, de 22 de octubre, FJ. 19.º). Tampoco se exigiría que la violencia empleada fuese grave o muy grave, pudiendo ser apreciada en cualquier acto que implique una acción física sobre la víctima.

La intimidación o vis psíquica, encaminada a lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa de la libertad sexual, se caracteriza, tal y como se recuerda, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019, de 4 julio, (FJ. 5.º) y, más recientemente, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 681/2022, de 6 de julio, (FJ. 2.º), porque «se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima,» que «ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado», «y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado». Este mal puede consistir tanto en un daño directo a la propia víctima como en un daño a un tercero.

Cabría además puntualizar que el origen de la intimidación, no obstante, «... no se contrae necesariamente a acciones puntuales, sino que puede ser fruto también de una situación antecedente prolongada en el tiempo», STS n.º 1538/2004, de 30 de diciembre, (FJ. 1.º). Este tipo de situación se advierte muy bien, por ejemplo, en el ámbito de la violencia doméstica y de la violencia contra la mujer por razón de género obra de su pareja o expareja hombre, cuando el agresor ejerce el dominio sobre la víctima. Muestra de lo dicho es el caso analizado en esa sentencia, en la que el Tribunal Supremo concluye que «la intimidación se revela por una situación prolongada en el tiempo de amenazas, malos tratos y lesiones, constatadas ya judicialmente, habiéndose adoptado las correspondientes medidas cautelares; en estas circunstancias la víctima, influida psíquicamente por lo anterior, rehúsa la relación sexual, mostrando diáficamente su negativa, a pesar de lo cual, sabiéndose impotente, tuvo que soportar la agresión del acusado. Las acciones posteriores violentas de éste no hacen

más que corroborar lo anterior, aún cuando no sean incluibles directamente en el núcleo de la acción calificada. A la vista de ello no puede entenderse que exista consentimiento como expresión de la libre determinación de la persona agredida sino consecuencia de la intimidación precedente que le inspiraba el acusado...»⁷.

Como vemos, ni siquiera es necesario que se verbalice por parte del agresor el anuncio del mal ni que este se comunique a través de gestos explícitos, gozando de relevancia a estos efectos la denominada intimidación ambiental⁸. Esta modalidad de intimidación ha adquirido popularidad a raíz del mediático caso de «la manada»⁹, donde fue la clave para la condena por delito de violación¹⁰, aunque no necesariamente se ha de construir, como se desprende de lo ya dicho, sobre la actuación conjunta de una pluralidad de personas que, actuando en connivencia con quien o quienes realizan el sexo forzado, formen parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir¹¹. Afirma en este sentido el Tribunal Supremo que la intimidación ambiental «surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta... el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto

⁷ El hombre, expareja de la víctima, se presentó en casa de esta y, aprovechando que ella abrió la puerta, pasó a su interior, donde la expuso su deseo de mantener relaciones sexuales con ella, rehusando su negativa, desnudándola a la fuerza y penetrándola vaginalmente contra su voluntad. Vid. también, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1254/1995 de 8 febrero (FJ. 3.º), donde se confirma que el acto sexual fue forzado dado que la no oposición de resistencia por parte de la víctima, separada provisionalmente de su cónyuge, se debió al temor que sentía debido a lo solitario del lugar, la actitud de su marido inmediatamente anterior a estos hechos y las violencias de que había sido objeto en numerosas ocasiones. No obstante, en otras ocasiones habría prosperado su calificación como delito de abuso sexual con prevalimiento; así, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 544/2022, de 1 junio.

⁸ Un seguimiento de las sentencias del Tribunal Supremo, según ha señalado, FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», en *RDPCrUNED*, 2019, n.º 22, p. 390, por otra parte, mostraría una ampliación excesiva e innecesaria de esta construcción. Esta creación también se aplica en algún otro delito, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. M., «Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de “La Manada”», en de Vicente Remesal, J., et al. (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Vol. II, Ed. Reus, Madrid, 2020, pp. 1761-1770.

⁹ Indica ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1218, que el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de la intimidación ambiental en el delito de agresión sexual se produce por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 127/1998, de 2 de febrero; vid. FJ. 4.º.

¹⁰ Otro ejemplo sería el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1169/2004, de 18 de octubre (FJ. 4.º), en la que se confirma la condena por violación de dos soldados, que, insatisfechos sexualmente tras la prestación sexual contratada, y a pesar de la negativa de la víctima, lograron la realización de otros coitos a raíz del miedo que aquella sintió al encontrarse sola con ellos, dos hombres fuertes y excitados, en el campo sembrado de alfalfa donde la habían llevado en coche de noche.

¹¹ Recientemente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 159/2024, de 15 mayo (FJ. 3.º), en atención a la menor edad de la víctima (17 años) y el lugar de los hechos (el agresor trasladó en su coche, con engaño, a la menor a un campo de naranjos).

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

de circunstancias que en el caso concurran», STS n.º 681/2022, de 6 de julio, (FJ. 2.º)¹².

Sobre la cuestión se detuvo con gran claridad explicativa el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 462/2019, de 14 de octubre¹³, de la que reproducimos un larguísimo párrafo que denota de nuevo esa función didáctica que está realizando este tribunal:

«... en numerosas situaciones la intimidación no se verbaliza de un modo directo, ni siquiera se exterioriza físicamente de una manera determinada y explícita. Son numerosos los supuestos en los que el amedrentamiento, incluso preordenado a la consecución de un fin concreto y específico, puede proyectarse de modo consciente, y de manera paralelamente compresible para el destinatario, sin necesidad de un lenguaje verbal o de un lenguaje gestual manifiesto e incontestable. En el conjunto de las relaciones humanas, en ocasiones, el contexto aporta un significante o un componente material con un contenido comunicacional esencial y determinante, de modo que resultaría absurdo evaluar el comportamiento y la intencionalidad del emisor del mensaje desde una interpretación aislada de la conducta. El contexto, y la forma en que se encadena con la actuación humana, son elementos que –considerando las convenciones humanas y la realidad social en el que se desarrollan– pueden interactuar de una forma tan inseparable y sugerente, que ningún observador ecuánime dudaría sobre su significado o sentido. Se trata de supuestos en los que todos los sujetos que se interrelacionan interpretarían lo que acontece de un modo semejante, permitiendo con ello una perfecta comunicación de mensajes, esto es, que el destinatario o cualquier observador externo descifren el comportamiento con un sentido equivalente al que motivó su emisión. Si en una hora profunda de la noche y en un parque solitario, cinco desconocidos se acercan a un hombre, mujer o niño que esté en palmaria situación física de inferioridad y, tras rodearle, uno de ellos pide que le entregue las joyas, el reloj o el dinero

¹² En este caso, tres hombres, a altas horas de la madrugada, siguen a una pareja de novios (un hombre y una mujer) hasta un paraje que estos habían seleccionado para estar en la intimidad, siendo objeto allí de acorralamiento por aquellos al objeto de vencer su resistencia contraria al mantenimiento de relaciones sexuales, que se propone verbalmente y a través de la realización de tocamientos sexuales sobre la mujer.

¹³ Se confirma la condena por agresión sexual a tres hombres que llevaron a una mujer a un piso, donde la acaban acorralando en el baño para la realización de los actos sexuales por ellos pretendidos. Ella voluntariamente comenzó a mantener relaciones sexuales con uno de ellos, aquél con el que en otras ocasiones ya había tenido esta clase de relaciones, pero en la habitación en la que estaban entraron los otros dos queriendo tener también sexo con ella. Ante su reiterada negativa, acaba siendo obligada a tener sexo con cada uno de ellos en el baño, por turnos, esperando los otros dos en el exterior en actitud coercitiva, provocando así el temor de la víctima de sufrir males mayores, lo que la hace quedar sometida a la voluntad de sus agresores.

que pueda llevar, cualquier persona entiende que no se reclama un préstamo, sino que nos enfrentamos a una exigencia de entrega con la conminación de evitar males mayores. Y quien realiza la acción es consciente de que el traspaso responde a esos parámetros y que, en clara relación causa-efecto, es fruto del temor que indiscutiblemente ha impulsado. La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental», (FJ. 7.º)¹⁴. En su sentencia n.º 10/2023, de 19 enero, (FJ. 2.º), incide además en que esta intimidación no requiere que quienes se hayan concertado a tal fin estén presentes en el escenario físico de la agresión sexual, reconociéndose una intimidación ambiental por cooperación presencial fuera del escenario cuando los sujetos y la víctima son conscientes de que se quedan en la cercanía en el apoyo y cobertura de la agresión¹⁵. Esta clase específica de intimidación ambiental se considera merecedora de un tratamiento penológico más reducido.

La presencia de la intimidación en el hecho, debido a su fuerte componente subjetivo, ha de ser constatada a través del análisis particularizado de la situación, lo que implica «atender a los sentimientos de las víctimas, a las circunstancias de tiempo, lugar y cualesquiera otra», STS n.º 681/2022, de 6 de julio, (FJ. 2.º). Ahora bien, no es suficiente con que de los factores persona-

¹⁴ Pronunciamiento que se reproduce, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 987/2021, de 15 de diciembre (FJ. 2.º), en la que se confirma la condena por agresión sexual a dos hombres jóvenes que, junto con otros dos menores, con fines sexuales, convencieron a una chica de 14 años para que «les acompañara hasta una masía abandonada, relativamente distante del lugar, pero en cualquier caso aislada y a cubierto de la posible intervención de terceras personas. Y no se desplazaron solos los cinco, los cuatro chicos y la niña, hasta dicho emplazamiento, sino que permitieron la compañía de hasta otros diez varones, menores de edad todos ellos. Una vez en el lugar, y prescindiendo por entero de la voluntad de la niña,... le impusieron toda clase de conductas de contenido explícitamente sexual, mofándose de la misma con comentarios inequívocamente hirientes u ofensivos, grabando las escenas que le imponían realizar entre burlas y gritos, desatendiendo con indiferencia las peticiones de la menor para que la dejaran». La chica, «rodeada por tan numeroso grupo y consciente de la imposibilidad de esperar razonablemente en aquel escenario la presencia de cualquier clase de ayuda, se sometió pasivamente a las instrucciones que recibía, en condiciones en las que cualquier forma de libre decisión al respecto quedaba radicalmente excluida».

¹⁵ Consta en los hechos probados que «la víctima se quedó sin capacidad de reacción, ante la inesperada irrupción de aquel en dicha zona apartada y asustada, al ser conocedora de la presencia de los otros dos acusados en el exterior».

les y circunstanciales del caso se concluya la existencia del sentimiento de miedo en la víctima, es insoslayable, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019, de 4 julio, que «pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones», (FJ. 5.º). No en vano es su acción y no la reacción de la víctima, lo que va a determinar la gravedad de la intimidación en la medida en que, como es sabido, el miedo es una sensación subjetiva sin capacidad de convertir en intimidatoria una acción que objetivamente no comporta en sí misma intimidación alguna¹⁶.

Tanto la violencia como la intimidación «han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto», pues, como ya se ha dicho, «no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima», STS n.º 344/2019, de 4 julio, (FJ. 5.º). A lo que habría que añadir que no se exige, a diferencia de épocas pretéritas, que ante esa situación se haya de oponer una resistencia irresistible o especialmente intensa por parte de la víctima, ni siquiera que se produzca una resistencia razonable¹⁷, recono-

¹⁶ En la doctrina ha analizado en profundidad la cuestión GONZÁLEZ GUERRA, C. M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, tesis doctoral leída en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.

¹⁷ Nótese que a principios de los noventa, la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, p. 24, les recordaba a los fiscales la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación de la fuerza en las entonces agresiones sexuales: «la tradicional posición jurisprudencial sobre la valoración de las cuestiones de la fuerza, no como «vis absoluta» que exigiera una resistencia heroica o casi heroica, sino como la suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo dadas las circunstancias del caso concreto: mayor o menor pusilanimidad de la víctima; la soledad del lugar y el convencimiento de la inutilidad de la resistencia; el temor a males mayores, etc. (S. T. S. 16-VI-1978; 16-XI-1981; 16-VI-1985; 24-X-1988), incluso es irrelevante el cesar en la resistencia inicial y el desistimiento de la misma ante su inutilidad (S. T. S. 18-II-1983; 17-III-1987)». Sobre el particular, señalaba la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1254/1995, de 8 febrero (FJ. 6.º y 8.º), que «lo importante, frente a la innecesidad de una resistencia inútil, es la actitud violenta, decidida y cominatoria del sujeto activo», y la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1259/2004, de 2 de noviembre, que «no es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso» (FJ. 2.º). Más extensamente se detiene el Tribunal Supremo en la cuestión en su sentencia

ciéndose por el Tribunal Supremo que la presencia de la resistencia de la víctima puede ser completamente irrelevante. En este sentido, reiteradamente viene afirmando el Tribunal Supremo que «basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios.... la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males», STS n.º 344/2019, de 4 julio, (FJ. 5.º)¹⁸. En este fundamento jurídico, se ha hecho eco además el Tribunal Supremo de la aludida disposición sobre el consentimiento sexual recogida en el Convenio de Estambul (art. 36.2)¹⁹, afirmando que «como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho».

A la luz de lo dicho, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia del caso de «la manada», resulta conveniente que la sentencia «contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitu-

de 15 de diciembre de 2004 (ECLI: ES: TS:2004:81222). En ella podemos leer: «Como esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse, no es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual. Como dice la sentencia de 18 de octubre de 1999, «... en cuanto a la resistencia del sujeto pasivo, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que ésta fuera trascendente, casi heroica, para estimarse más adelante que la resistencia debía ser seria, más tarde definida como razonable». [...] En efecto, lo que no debe ser ignorado es que cada persona que sufre una violación reacciona de distinta manera y con distinta intensidad ante una agresión sexual de este tipo (véase STS de 7 de octubre de 1998), de acuerdo con la específica personalidad de cada uno. De ahí que la víctima no tiene porqué ofrecer una resistencia propia del héroe; quizás ni siquiera tendría que ser seria, bastando con que sea razonable ante la situación creada por el agresor. La víctima puede ser consciente de que una resistencia a ultranza sólo puede resultar infructuosa o llevar, incluso, a peores consecuencias. [...] Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo...» (FJ. 3.º). Doctrina que se mantendrá en el tiempo, así en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1027/2010, de 25 noviembre, «la resistencia de la ofendida no tiene por qué ser heroica, resultando por otro lado innecesario que se esté continuamente manifestando tal oposición si ello resulta inútil» (FJ. 9.º), o en la n.º 625/2010, de 6 julio (FJ. 8.º). Recientemente, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 61/2024, de 24 de enero (FJ. 7.º).

¹⁸ Así, anteriormente, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo n.º 480/2016, de 2 de junio (FJ. 9.º); o n.º 953/2016, de 15 de diciembre (FJ. 7.º).

¹⁹ Artículo 36.2: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

ción física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión».

La violencia y la intimidación son además medios perfectamente compatibles entre sí, pudiendo encontrarnos ante casos en los que la propia violencia causa ya de por sí el efecto intimidatorio o de paralización de la víctima «que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para materializar el propósito sexual», STS n.º 1169/2004, de 18 de octubre, (FJ. 4.º).

En este orden de cosas, queda claro que, aunque pudiera ser que la víctima llegase a expresar de palabra o con su comportamiento una voluntad favorable al acto sexual, esta carecería de cualquier reconocimiento jurídico al ser una voluntad doblegada a causa de la violencia o de la intimidación ejercida. Por igual motivo, el hecho de que en un contexto de esta naturaleza la víctima no llegue a expresar su oposición al acto sexual y realice este, no puede dar lugar a que se considere que el sexo ha sido consentido por ella.

2.3 La ejecución sobre víctima que tiene anulada por cualquier causa su voluntad

De conformidad con el artículo 178.3, la agresión sexual se agrava también, y de igual forma que la agresión sexual en la que se utiliza medialmente la violencia o la intimidación, cuando se comete sobre una víctima que tiene anulada por cualquier causa su voluntad; debiéndose matizar que, aunque expresamente no se diga, una interpretación sistemática de la norma enlazaría esa voluntad únicamente con la capacidad de la persona de autodeterminación en el plano sexual. En definitiva, nos encontramos ante una víctima que no se haya en disposición, por falta de capacidad de voluntad, para manifestarse libremente sobre la realización de un acto sexual.

Su tenor literal dibuja una circunstancia de amplio alcance dada la indiferencia hacia la causa motivadora de la anulación de la voluntad de la víctima, pudiendo, como se adelantó, responder aquella tanto a factores endógenos como exógenos a la víctima²⁰. A resultas se observaría un parcial solapamiento entre esta y otros casos de ausencia de consentimiento sexual expresamente recogidos en el artículo 178.2 en los que, bajo diferente formulación, también

²⁰ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 235, sin embargo, considera que ese estado tiene que ser provocado por el agresor.

se atendería al hecho de que la persona tiene anulada su voluntad²¹. Será necesario, por consiguiente, del transcurrir del tiempo para que constatemos si en este punto la reforma conduce a una reinterpretación del significado de los distintos supuestos explicitados para desligar unos casos de otros. En concreto, estamos pensando en el relativo a que se trate de una víctima privada de sentido, consideración que se ha venido otorgando, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo²², a quien experimenta una alteración profunda de las facultades perceptivas que le impide captar, analizar y responder a los estímulos del mundo exterior. Hecho que no exige que la persona necesariamente esté totalmente inconsciente, bastando con que sus frenos inhibitorios se encuentren prácticamente anulados impidiendo así su reacción frente al ataque a su libertad sexual. De ahí, que se vengan tratando como casos de «personas privadas de sentido» los relativos al aprovechamiento por el autor de la situación de letargo o de sueño profundo producida por la ingesta de alcohol, drogas y/o medicamentos, por la narcolepsia, la anestesia o el coma²³. También podría darse la anulación de la voluntad en los casos de personas de las que ahora se dice, de forma ciertamente imprecisa, que se hallan en «una situación mental» de la

²¹ Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 244. Apunta MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 230-231, como caso autónomo de anulación de la voluntad el del sujeto que teniendo capacidad cognoscitiva e intelectual carece de capacidad para expresarla. Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», en *RECP*, n.º 2023, n.º 25-18, pp. 23-25, señalan que a la espera de que la doctrina y la jurisprudencia aclaren su significado, habrá que considerar que la nueva circunstancia agravante abarca los casos que en la anterior regulación eran calificados de abuso de trastorno mental y víctima con voluntad anulada, manteniendo su autonomía el hecho de que la víctima esté privada de sentido salvo que tal situación hubiese sido creada por el responsable penal; hipótesis que daría lugar a la aplicación posiblemente de alguna de las circunstancias del artículo 180.1, la 2.^a o la 7.^a.

²² En la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1027/2010, de 25 noviembre (FJ. 6.^º), se señala, por referencia a otras sentencias, que «... la jurisprudencia ha señalado que no es un proceso con ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen a los impulsos sexuales trascendentes»; que «si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, 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 inerme a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios»; y que «la correcta interpretación del término “privada de sentido” exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios...».

²³ Se apunta también en la doctrina y en la jurisprudencia la hipnosis; puntualizando MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1305, que las personas hipnotizadas suelen salir de ese estado cuando reciben la orden del hipnotizador de someterse a un acto sexual.

que abusa el sujeto activo, evocando el abuso del trastorno mental de la víctima. Esa situación mental, que puede ser permanente o transitoria, hace que el consentimiento de la persona en ella inmersa, como se apuntó, pueda no ser reconocido como válido por el Derecho y, dependiendo del tipo de afectación de la capacidad intelectual de la persona, que puede ser muy diversa, puede dar lugar a estados en los que la persona no es capaz de formar voluntad alguna en la esfera sexual²⁴.

En un primer momento, la distinción de una pluralidad de situaciones que alumbran la falta de consentimiento sexual no tenía efectos ulteriores, pues el hecho de que la agresión sexual se ejecutase sobre persona privada de sentido o de cuya situación mental se abusare o sobre persona que tuviese anulada por cualquier causa su voluntad no modulaba de por sí la pena. Empero tras la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, como estamos viendo, este último caso sí determina de por sí una pena ligeramente mayor, que además se agrava en mayor medida, comparativamente con esos otros casos, cuando concurre alguna de las circunstancias del artículo 180.1; quedando asimismo habilitado en el delito de violación el recorrido de un tramo de mayor duración de la pena e impidiendo la apreciación de la modalidad atenuada de la agresión sexual. En este estado de cosas, sostener, como es más lógico, que esta circunstancia agravante específica debería necesariamente comprender casos diferentes de aquellos que se habrían venido amparando en aquellas otras expresiones sobre la base de que el legislador se refiere a todos ellos como supuestos diferentes en el mencionado artículo 178.2 o, por remisión a este, en el artículo 181.2²⁵, conllevaría un inexplicable agravio comparativo. Por consiguiente, cabría plantear el reconocimiento a la nueva circunstancia de un poder de atracción sobre todos los casos que, no recibiendo una atención específica en términos penológicos, se caractericen por-

²⁴ Estos dos casos, junto con el uso de fármacos para anular la voluntad, serían los casos más habituales de voluntad anulada de acuerdo con MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y DE LAS HERAS VIVES, L., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español, Tomo I. (Arts. 1 a 233)*, 8.º ed., Aranzadi, Madrid, 2024, p. 1250.

²⁵ Así, TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022)», cit., p. 30, quien ya realiza una reinterpretación de la expresión «privada de sentido», acotándola a las situaciones de total privación de conciencia, por estar dormido o estar completamente inconsciente, reconduciendo a la anulación de la voluntad aquellas situaciones en las que hay una merma del grado de vigilancia, de conciencia o de capacidad de juicio que impiden a la víctima conducirse eficazmente en la situación en la que se encuentra. El problema de esta reinterpretación es que hace muy cuestionable la mayor relevancia de la nueva agravante si tenemos presente que la privación de sentido sería una situación aún de mayor vulnerabilidad de la víctima. Algo que salvaría la propuesta interpretativa de CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 236, quien aboga por que se reserve a la privación de sentido los casos en los que no hay una completa anulación de la voluntad.

que la persona tiene la voluntad anulada²⁶. En última instancia siempre cabría entender que este tipo de casos podría ser reconducible a ambas normas, resolviéndose el concurso de leyes con arreglo al principio de alternatividad (art. 8.4.º).

La irrupción de esta circunstancia como algo diferente a lo que ya se contemplaba a nivel legislativo no parece, sin embargo, hallarse desvinculada de una realidad muy concreta que ha vuelto a cobrar especial protagonismo mediático en estos años, generando la alarma social. Nos estamos refiriendo a situaciones en las que la voluntad de la víctima está anulada debido al uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idóneas a tal fin²⁷. En este tipo de casos, la anulación de la voluntad de la persona puede ser el resultado de la ingesta voluntaria de tales sustancias por parte de la víctima, que las puede tomar incluso con la finalidad de favorecer la libido, aunque ello la lleve finalmente a una situación de incapacidad para autodeterminarse sexualmente posteriormente aprovechada por un tercero para cometer la agresión sexual. Pero también puede ser la consecuencia de la acción de un tercero dirigida o no a facilitarle a él o a un tercero la realización de actos sexuales no consentidos²⁸. Cuando el sujeto activo del hecho utiliza estas sustancias para anular la voluntad de la víctima con la finalidad de conseguir la realización de actos sexuales se produce la llamada sumisión química, sobre la que volveremos más adelante por ser en la actualidad objeto de un tratamiento específico aún más gravoso (art. 180.1.7.º)²⁹. En cualquier caso, la indeterminación de la causa de la anulación de la voluntad haría factible que podamos plantear a su amparo otra clase de casos como las agresiones sexuales a personas que por el influjo psíquico de otra persona han quedado sometidas completamente a una voluntad ajena. Pensemos en el contexto de las sectas o de la violencia contra la mujer por razón de género y de la violencia doméstica.

Es difícil en estos momentos aventurar el recorrido de la nueva circunstancia, pero parece difícil no llegar a la conclusión de que una persona que tiene su capacidad de voluntad anulada no sea una persona en situación de

²⁶ En esta dirección MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 231.

²⁷ Por ejemplo, el alcohol, el cannabis, la cocaína, las anfetaminas y la metanfetamina, el ácido oxíbico o GHB, el MDMA (éxtasis), la ketamina, las benzodiazepinas e hipnóticos, el estramonio, el nitrato de amilo (*poppers*) y la escopolamina (burundanga).

²⁸ Analizan de forma pormenorizada el abordaje jurídico de casos de esta naturaleza antes de la LOGILS, AGUSTINA, J. R. y PANYELLA-CARBÓ, M. N., «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», cit., pp. 527-581.

²⁹ Observa Escudero GARCÍA-CALDERÓN, B., «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», cit., p. 143, que el uso de la expresión sumisión química se ha generalizado a nivel gubernamental para designar todos los casos, así se habla de una sumisión química proactiva, de una sumisión química oportunista y de una situación química mixta. No obstante, como ella dice, se captaría mejor los dos últimos casos con la expresión vulnerabilidad química.

especial vulnerabilidad³⁰. A esta se refiere la circunstancia agravante del artículo 180.1.3.^a, cuya interpretación, como veremos, tampoco es pacífica.

3. EL DELITO DE VIOLACIÓN

La configuración legal del delito de violación ha estado marcada a lo largo del tiempo por la toma en consideración de ciertos elementos muy vinculados con la identificación de la honestidad como el objeto de la tutela penal. Muestra de ello sería, por ejemplo, que este delito comenzó caracterizándose por ser un delito especial del que sólo podía ser sujeto activo el hombre, cuya acción recaía exclusivamente sobre la mujer. Una acción que, originariamente, tenía que consistir además en la realización del coito vaginal y requería del empleo a tal fin de algún tipo de medio coercitivo, sin perjuicio del reconocimiento de alguna otra situación particular.

Así lo corroboraría una mirada en nuestro pasado codificador³¹, que revela que el *nomen iuris* violación, presente en nuestro Código penal a partir del Código penal de 1848 (capítulo II «Violacion» del título X «Delitos contra la honestidad» de su libro II «Delitos y sus penas»), con la excepción del período que abarca desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre hasta su modificación por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, sirvió para designar prácticamente hasta la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, al delito consistente, según la redacción, por ejemplo, del artículo 354 del Código penal de 1848, en yacer «... con la muger en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usa de fuerza ó intimidacion. 2. Cuando la muger se halle privada de razon ó de sentido por cualquiera causa. 3. Cuando sea menor de 12, años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores»³².

³⁰ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 31.

³¹ Una aproximación histórica al delito de violación en FARALDO CABANA, P., «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 31-69.

³² En el mismo sentido el Código penal de 1850 (art. 363), de 1870 (art. 453), de 1932 (art. 431), de 1944 (art. 429), y el Texto refundido de 1973 (art. 429). Nótese que este delito fue reformado por el Código penal de 1928 al objeto de limitar el sujeto sobre el que recae la acción delictiva a las mujeres mayores de 18 años, precisar que la fuerza o intimidación usada tenía que ser calificada de bastante para conseguir el propósito del culpable y dar relevancia a la incapacidad de la víctima para resistir.

A partir del reconocimiento del valor de la libertad sexual y de la igualdad entre hombres y mujeres, la conformación del delito de violación por referencia a la combinación de los criterios destacados, relativos a los sujetos del delito, al tipo de acto sexual y a los medios comisivos, comenzó a perder fuerza en las legislaciones de nuestro entorno; de las que continuaba siendo, no obstante, un caso excepcional en Europa Occidental la de Suiza hasta la entrada en vigor el 1 de julio de 2024 de la Ley federal de revisión del derecho penal en materia sexual (*Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle*), de 16 de junio de 2023³³. Hasta entonces, el artículo 190.1 de su Código penal seguía definiendo el delito de violación, englobado bajo el título «Delitos contra la libertad sexual y el honor», como la conducta consistente en forzar a una persona del sexo femenino, particularmente por medio de amenazas, violencia, presión psicológica o haciéndola incapaz de prestar resistencia, a realizar el coito (vaginal).

En la legislación española, se observa el cambio de rumbo en la descripción del delito de violación en la reforma del Código penal de 1989; momento en que este delito prescindirá de las connotaciones vinculadas a la concepción patriarcal de la mujer, pasando a desvalorar la conducta de quien «tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación. 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores», (art. 429). Como se habrá observado con claridad, el delito de violación se seguiría singularizando por los medios comisivos o por determinada condición de la víctima, así como por la gravedad de los actos sexuales, pero la concreción de cuáles son estos se realiza ya en base a la valoración de la intrusión que estos suponen en la intimidad sexual (corporal) de la persona con independencia de su sexo. Esta, condicionada por criterios sociales y culturales, mantendrá, no obstante, aún el protagonismo de la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, pero producirá no sólo la equiparación entre el coito vaginal y el coito anal, mayormente aceptada en la doctrina, sino también con el acceso carnal bucal, suscitando esta equivalencia en gravedad cierta controversia³⁴. Se ponía así fin a la considera-

³³ Vid., Scheidegger, N., «Switzerland», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., pp. 271-283.

³⁴ A favor de la equiparación, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político», en *Ánalisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, 1998, p. 93. En contra, MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la libertad

ción a esos efectos de otras posibles consecuencias del acto sexual como la pérdida de la virginidad de la mujer o un posible embarazo y al trato discriminatorio que venía sufriendo el hombre. Si bien existía alguna voz en la doctrina que advertía de que aún no se respetaría plenamente el principio constitucional de la igualdad en la medida en que, si bien se había reconocido al hombre la condición de víctima de la violación, el tipo de acto sobre el que versaba la proscripción penal, el acceso carnal, sólo podía ser realizado por un hombre, impidiendo, en consecuencia, que la mujer pudiera ser sujeto activo de este delito³⁵.

Los elementos destacados serán básicos en la reestructuración de los delitos contra la libertad sexual que se realiza con la aprobación del conocido como Código penal de la democracia (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), que condujo a la mentada distinción entre agresión sexual, construida únicamente sobre el empleo de la violencia o de la intimidación, y el abuso sexual, y que, a efectos de pena, mantendría en ambos casos la importancia de la clase de acto sexual. Actos que se amplían, de forma nuevamente discutible³⁶, con la equiparación de la introducción de objetos por vía bucal o anal al acceso carnal³⁷, que ahora pasaría a ser entendido únicamente como el coito vaginal, y a la penetración bucal o anal («Cuando la agresión sexual·consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal», art. 179). Se ha venido entendiendo que ese objeto ha de ser un elemento material dota-

sexual (título IX, libro II del Código penal)», cit., p. 282, quien identificaba como elemento de diferenciación valorativa el daño físico del coito anal y vaginal y la posibilidad en este último caso de la desfloración; o DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *EPC*, 1988-1990, n.º 14, pp. 55-56, quien apreciaba igualmente que desde el punto de vista valorativo no eran equiparables por su distinta configuración material, oponiéndose además al principio de igualdad de trato de la sexualidad de uno y otro sexo, dado que no recibía el mismo tratamiento el *cunnilingus*.

³⁵ Así, MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la libertad sexual (título IX, libro II del Código penal)», cit., p. 280. Sus argumentos serán rebatidos por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», cit., pp. 51-52.

³⁶ Esta equiparación fue puesta en tela de juicio en base a que a través de esta conducta no existía la posibilidad del contagio de enfermedades de transmisión sexual, además de por los argumentos que se esgrimían cuando se estableció el mismo tratamiento para los tres tipos de coito. Así, GÓMEZ TOMILLO, M., «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», cit., p. 7, quien cita, por ejemplo, a E. Gimbernat Ordeig (not. 10). De otra opinión ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político», cit., p. 93. Especial rechazo recibió, inobjetablemente, la introducción de objetos por la boca.

³⁷ Nótese que en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1214/2002, de 1 julio, se incidía en la diferencia entre los accesos carnales y los actos asimilados, puntualizando el tribunal que «... ya no se describe un acto que tiene como finalidad la satisfacción sexual del sujeto activo en el cuerpo del pasivo sino «un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, tiene como objeto más directo la lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado» (FJ. 5.º).

La introducción de objetos, con anterioridad, se contemplaba como agravante en la figura de la agresión sexual del artículo 430.

do de significación sexual³⁸, precisando algunos autores además que ha de ser identificado como un sustitutivo del órgano genital masculino, utilizado por el autor para satisfacer sus deseos sexuales³⁹. En este punto, afirma el Tribunal Supremo que los objetos a efectos de esta agravación son aquellos «elementos materiales, inanimados o inanes –excluyendo, por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano– cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual», (STS, n.º 430/1999, de 23 de marzo, FJ. 9.º)⁴⁰.

En este código, y tras ser objeto de debate parlamentario, desaparece el *nomen iuris* violación, al considerarse que era reflejo de la vinculación histórica de la sexualidad con la honestidad y la reproducción; un pasado que se quería superar⁴¹. No tardará mucho, sin embargo, ese vocablo en volver al artículo 179 del Código penal debido a su impronta entre la ciudadanía como forma de alusión al más grave de los atentados contra la libertad sexual⁴², designándose con él, a raíz de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, a la modalidad de agresión sexual –construida entonces sobre el uso medial de la violencia o la intimidación– consistente «en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías»⁴³, que con la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, abarcará también la introducción de miembros corporales por esas dos primeras vías, zanjándose así la discusión sobre si los miembros corporales podían ser considerados objetos⁴⁴. En 2005, además, el Pleno del Tribunal Supremo, en un acuerdo

³⁸ La ausencia de significación sexual fue uno de los motivos en los que se basó la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4.ª, n.º 440/2022, de 1 de septiembre (FJ. 4.º), para excluir el delito de abuso sexual agravado por la introducción de piedras de cocaína, a las que también negó la condición de objetos.

³⁹ Así, CARMONA SALGADO, C., «Lección 9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», cit., p. 257, quien, en principio, consideraba que no tenía por qué ser un objeto contundente. De ahí, que afirmase la compatibilidad entre esta agresión sexual y la circunstancia agravante específica de uso de medios especialmente peligrosos. O CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», cit., p. 242.

⁴⁰ En la sentencia del Tribunal Supremo n.º 644/2014, de 19 de julio (FJ. 9.º), recibe la consideración de objeto un palo.

⁴¹ Vid. ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político», cit., pp. 86-88.

⁴² Obsérvese que el tratamiento jurídico de la explotación de las personas en la realización de actividades sexuales, muy en particular en el contexto de la prostitución, sigue sin afrontarse desde una comprensión global de lo que realmente significa este hecho para la libertad sexual de la persona explotada, principalmente la mujer, al provocar el padecimiento reiterado de agresiones sexuales que rara vez son apreciadas en los tribunales.

⁴³ Nótese que con esta redacción se corrige un exceso punitivo de la originaria que castigaba como violación la introducción de objetos por la boca.

⁴⁴ La sentencia del Tribunal Supremo n.º 889/2007, de 24 de octubre (FJ. 1.º), por ejemplo, se hace eco del problema: «Ciertamente, antes de la mencionada reforma, la introducción de los dedos en la vagina de la víctima no constituía uno de los supuestos que el legislador tipificaba como acceso carnal, sin que se

no jurisdiccional de 25 de mayo, dotará a la conducta descrita como acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal de un sentido amplio, fijando, como defendía un sector de la doctrina⁴⁵, que acceder carnalmente es equivalente a hacerse acceder, pues «hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo («sujeto pasivo» del delito, pero no de la «relación» ni del «acceso» en los que ostenta el papel de «sujeto activo») a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal»⁴⁶, facilitando que también la mujer, aunque no es lo habitual, pueda ser sujeto activo del delito en sus modalidades de acceso carnal. Esta interpretación, que, no obstante, sigue teniendo en el presente sus detractores, conduce, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 181/2021, de 2 marzo, a «llevarse a los tipos agravados por el acceso los supuestos en que es la víctima la que «accede», la que introduce su miembro viril por alguna de las cavidades corporales especificadas –vaginal, anal o bucal–», (FJ. 4.º)⁴⁷. Un entrecorriendo en acceder muy relevante si tenemos presente que en base a esa interpretación se han castigado al amparo del delito de violación casos en los que un sujeto realizaba una felación a una víctima totalmente pasiva, siendo, por tanto, él quien introduce el pene de la víctima en su boca.

Como se habrá percibido, a lo largo de estos años de reformas asistimos a una progresiva transmutación del contenido del delito de violación que se va alejando del significado común de la palabra violación concretado, según el

entendiese incluido en el término «objetos», como se ha pronunciado reiterada doctrina de esta Sala. Así en la Sentencia 1214/2002, de 1 de julio, se dice que la interpretación literal del término «objeto» empleado por el legislador, se identifica con «cosas», conforme además con el lenguaje común, que no identifica el mismo con otras partes o miembros del cuerpo humano. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 128/1999, de 5 de marzo». Recuerda el estado de la cuestión doctrinal y judicial CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en Jorge Barreiro, A. (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2005, pp. 1175-1178, quien se mostraba en contra de la ampliación (p. 1179).

⁴⁵ Por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», cit., p. 2; CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», cit., p. 1172.

⁴⁶ Así en las sentencias del Tribunal Supremo n.º 909/2005, de 8 de julio (FJ. 3.º); o n.º 1295/2006, de 13 diciembre (FJ. 4.º), sentencia que cuenta con un voto particular discrepante firmado por dos magistrados; n.º 575/2010, de 10 de mayo (FJ. 5.º); n.º 699/2014, de 28 de octubre (FJ. 1.º); n.º 449/2018 de 10 octubre (FJ. 2.º). Nótese que esta interpretación se ancla en la redacción del artículo 179 por la Ley Orgánica 11/1999.

⁴⁷ La sentencia tiene un voto particular discrepante en el que, si bien se observa que la literalidad de la norma admitiría ambas posibilidades, rechaza la mantenida por la mayoría del tribunal en base a la distinta significación de las acciones en términos de lesividad.

diccionario de la RAE, en el hecho de «tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad»⁴⁸.

La descripción típica del delito de violación sobre la base de una agresión sexual tipificada en términos abiertos («el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual...») daría lugar, por otra parte, a que pudiera defenderse que este delito podía ser cometido a título de autoría sin necesidad de que el acto sexual característico de la violación implicase el contacto interpersonal entre el agresor y la víctima. En su modalidad de introducción de miembros corporales u objetos por la cavidad vaginal o anal podría incluso suscitarse el debate sobre si a su amparo tendría relevancia penal que la propia víctima realizase esta acción; aunque no parece que este tipo de acto sexual ni revista una connotación social semejante a la realización de esas acciones por terceras personas ni conlleve lesividad equiparable.

El delito de violación tendrá el componente señalado independientemente de la edad de la víctima hasta que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, da un tratamiento autónomo a la agresión y el abuso sexual de las personas menores de la edad legal de consentimiento sexual, que inexplicablemente conllevó que se omitiese en el entonces novedoso capítulo II bis del título VIII la mención a la violación.

A raíz de la aprobación de la LOGILS se da un paso singular en la reformulación del delito de violación, excluyéndose de su tipicidad la exigencia del empleo de algún medio comisivo determinado en orden a cometer el atentado contra la libertad sexual. Así habría sucedido también, por ejemplo, en Alemania en 2016 (art. 177 del Código penal)⁴⁹, en Suecia en 2018 (arts. 1 y 4 del Código penal)⁵⁰, años antes en Inglaterra (arts. 1 y 5 de la *Sexual Offences Act* de 2003)⁵¹, el 1 de julio de 2024 en Suiza, a través de la ya mencionada

⁴⁸ Críticamente, CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», cit., p. 1182.

⁴⁹ Vid. HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Offenses» (octubre 1, 2016), pp. 1-12, en <https://ssrn.com/abstract=2999677> (consulta el 30 de abril de 2024); Weigend, T., «Germany», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., pp. 183-196; o MANSO PORTO, T., «La agresión sexual en Alemania (§ 177 STGB)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. M. de/ Esquinás Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 233-253.

⁵⁰ WEGERSTAD, L., «Sweden», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., pp. 251-269.

⁵¹ Obsérvese que de la descripción típica del delito de violación en Inglaterra se sigue desprendiendo que el autor de un delito de violación sólo podría ser un hombre. Así, HARRIS, L. y QUIRK, H., «England and Wales», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., p. 176.

reforma del Código penal de junio de 2023⁵², y en Holanda, mediante la Ley de 20 de marzo de 2024, por la que se modifica el Código penal y otras leyes en relación con la modernización de la penalización de diversas formas de conducta sexualmente transgresora (Ley de Delitos Sexuales), –*Wet van 20 maart 2024 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met de modernisering van de strafbaarstelling van verschillende vormen van seksueel grensoverschrijdend gedrag (Wet seksuele misdrijven)*–⁵³. No obstante, la tipicidad del delito de violación sigue siendo diversa, como se puede apreciar simplemente haciendo un recorrido por las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁴.

A partir de la LOGILS nuestro delito de violación, hasta entonces un tipo cualificado del delito de agresión sexual, pero no del delito de abuso sexual, se singularizará únicamente por un rasgo, la clase de acto sexual pretendido o realizado. No se ha procedido a lo largo del proceso de reforma ni al planteamiento de una nueva valoración de la gravedad de los actos de contenido sexual⁵⁵ –cuestión que, a la luz de las reformas acontecidas, como hemos indicado, ha demostrado resultar problemática en su delimitación– ni a la

⁵² En la actualidad el delito de violación continúa tipificándose en el artículo 190, pero como la conducta de quien, contra la voluntad de una persona, comete sobre ella o le hace cometer un acto sexual o similar que implique penetración en el cuerpo o se aproveche del estado de asombro de una persona para este fin. Los medios comisivos que caracterizaron la anterior descripción típica de la violación han dado lugar a una segunda modalidad que mantiene en toda su extensión la pena de prisión de 1 a 10 años prevista en el anterior delito de violación, previéndose para la primera modalidad de violación la pena de prisión de hasta cinco años.

⁵³ Con esta reforma el delito de violación, que admite tanto la modalidad dolosa como la imprudente, se describe como la realización con otra persona de actos sexuales que consistan o consistan parcialmente en penetración sexual del cuerpo, agravándose en su modalidad dolosa cuando va precedida, acompañada o seguida de coacción, violencia o amenaza (arts. 242 y 243).

⁵⁴ Vid. Zamfir, I. (dir.), *Definitions of rape in the legislation of EU Member States*, Ed. European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2024, pp. 1-38. Nótese que en alguna legislación se recoge incluso un delito de violación por imprudencia (vid., por ejemplo, el artículo 1.a del capítulo 6, dedicado a los delitos sexuales, del Código penal sueco); habiendo apuntado algunos autores hacia tal posibilidad al hilo del proceso de reforma que condujo a la aprobación de la LOGILS. Críticamente, sin embargo, PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *RECP*, 2023, n.º 25-25, pp. 1-42.

⁵⁵ Por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M., «*Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*», cit., p. 8, llamaba la atención sobre las prácticas de bestialismo. Y años antes ASUA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político», cit., p. 93, observaba una vejación equiparable a los actos sexuales tasados que daban origen a la violación en otras manipulaciones o invasiones corporales, de entre las que aún no constituyen violación la obligación de exposición ante terceros mostrando zonas genitales, la masturbación forzada y la utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima. Como señala MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 155, las partes anatómicas de un animal vivo susceptibles de ser introducidas por las cavidades de referencias no son ni miembros corporales ni objetos, lo que hace que este tipo de casos se agraven únicamente a partir de su contenido particularmente degradante o vejatorio.

introducción de mejoras en la redacción del tipo penal en orden a evitar dobles lecturas. De ahí que el responsable de este delito, al que el Código penal continua designando como reo de violación⁵⁶, sigue siendo quien realiza una agresión sexual consistente en el «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías...» (accesos carnales y actos asimilados), pero, obviamente, su significado, ya no es el mismo que con anterioridad, al no ser la violencia ni la intimidación elementos constitutivos de la agresión sexual. Tampoco se ha reparado en la incongruencia que supone, de entenderse que el vocablo violación expresa socialmente la mayor gravedad de la agresión sexual, no etiquetar como violación a esa clase de agresión sexual cuando la víctima aún no ha cumplido los 16 años, a pesar de que este hecho se consideraría aún más grave a la luz de la duración de pena con la que se castiga en el artículo 181.4 (pena de prisión de 8 a 12 años).

Nuestra descripción típica del delito de violación, por otra parte, no estaría en plena sintonía con el contenido de la violación pretendido por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica –COM(2022) 105 final–, de 8 de marzo de 2022. Aunque su propuesta sobre la configuración legal de este delito se habría quedado en el camino con la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que no incide en la armonización de la criminalización de la violación, sigue siendo interesante recordarla. El propuesto artículo 5, rubricado violación, señalaba en su primer apartado que «los Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las siguientes conductas intencionadas: a) realizar con una mujer cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) hacer que una mujer realice con otra persona cualquier acto no consentido de penetración por vía vaginal, anal u oral de carácter sexual, con cualquier parte del cuerpo o con un objeto». Como se habrá notado, de su tenor se desprendería que en caso de que la propuesta hubiese resultado exitosa habría que haber vuelto a reformar la tipificación de este delito para contemplar la introducción de parte del cuerpo o de un objeto por la vía oral –supuesto este último, como se apuntó, muy cuestionado por la doctrina

⁵⁶ Existe una tendencia a eliminar del Código penal el uso de la palabra reo; una sugerencia planteada en relación con este delito por el Consejo de Estado, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, cit., p. 104, que no fue escuchada.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

penal española–; resultando igualmente conveniente plasmar con claridad en la ley la equivalencia valorativa entre realizar el acto sexual en cuestión con la víctima y obligar a que esta lo realice con otra persona para evitar, en este caso, quedar expuestos a las observaciones de la UE.

La clase de actos sexuales descritos en el artículo 179.1 comporta una mayor intromisión corporal, que resulta especialmente invasiva de la intimidad sexual de las personas, acentuando la lesión de la dignidad humana. En consecuencia, estas agresiones sexuales reciben una mayor sanción, previéndose para el delito de violación una pena de prisión de 4 a 12 años, que, con la reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, experimenta en su límite mínimo un aumento de dos años (pena de prisión de 6 a 12) ante la concurrencia en la violación de alguna de las circunstancias del artículo 178.3. Se recupera así la pena con la que se castigaban los hechos constitutivos de violación antes de la LOGILS, que se extiende además a la violación en la que la víctima tiene anulada su capacidad de voluntad.

Ambos marcos penales, el primero construido con el límite máximo de duración de la pena de prisión prevista en el anterior delito de violación y el límite mínimo de duración de la pena de prisión asociada al delito de abuso sexual a persona de 16 años en adelante⁵⁷ y el segundo, como acabamos de recordar, deudor de la regulación que se pretendió superar con las reformas penales comentadas, se incrementan asimismo cuando en la violación concurre alguna de las circunstancias del artículo 180.1.

No se contempla, por otra parte, la posibilidad de una atenuación específica en el delito de violación⁵⁸, estando vedada por la gravedad propia de esta clase de hecho el recurso al tipo atenuado del artículo 178.4, como han zanjado las sentencias del Tribunal Supremo n.º 771/2024, de 13 de septiembre (punto 5.º), y n.º 479/2024, de 28 de mayo, (FJ. 4.º), en base a una interpretación literal, teleológica, sistemática e histórica de la norma.

La previsión de semejante posibilidad podría revestir, no obstante, cierta utilidad para evitar la imposición de una pena desproporcionada en casos muy

⁵⁷ Nótese que en la anterior regulación había una modalidad agravada de abuso sexual con víctimas de 16 o 17 años basada en el engaño o en el abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia que se castigaba con la pena de prisión de dos a seis años (art. 182.2). Una pena menor que la prevista en el derogado artículo 181.4.

⁵⁸ Parece que se muestra favorable a la consideración de una violación atenuada GONZÁLEZ RUS, J. J., «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del modelo del consentimiento», cit., p. 1437. TAMBIÉN AGUSTINA, J. R., «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la «confusión típica» a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», cit., p. 43, en referencia genérica a los supuestos sin violencia o mediando engaño.

concretos en los que además la solución jurídica es objeto de debate. Pensemos, por ejemplo, en el fenómeno ya comentado del *stealing*. La introducción por parte de la víctima en su cavidad anal o vaginal de objetos o de sus propios miembros corporales podría ser otro ejemplo de la conveniencia de introducir una posible violación atenuada; máxime a tenor del protagonismo propio que ha cobrado este tipo de acto sexual con la irrupción de la delincuencia sexual en el espacio digital. En este contexto, ciertamente hemos asistido al reconocimiento jurisprudencial de la desvaloración a cargo del tipo penal de la agresión sexual de las interacciones sexuales sincrónicas digitales no consentidas⁵⁹, sin embargo, la calificación jurídica de la clase de conducta de referencia (agresión básica o agresión cualificada/violación) no es uniforme a la luz de las resoluciones judiciales. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.^a, n.^o 76/2015, de 26 de mayo, en la que no se apreció el tipo de cualificado basado en los actos sexuales realizados⁶⁰, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.^a, n.^o 362/2018, de 17 septiembre, que condena por la agresión sexual cualificada. Esta última fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 311/2020, de 15 de julio, que ha dado una respuesta expresa a este interrogante a raíz precisamente de que el recurrente planteara que «cuando el Código Penal habla de tener acceso carnal o introducir miembros corporales supone que se trata de que una persona distinta de la víctima introduzca sus miembros corporales u objetos en las cavidades vaginal o anal de la víctima y en ningún caso si esa acción es llevada a cabo por la propia víctima⁶¹. Su respuesta ha sido, no obstante, muy lacónica, limitándose a decir que no procede la estimación del motivo del recurrente porque «se trata de un atentado con penetración vaginal», (FJ. 8.^o).

⁵⁹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo n.^o 301/2016, de 12 de abril (FJ. 1.^o), y n.^o 447/2021, de 26 de mayo (FJ. 2.^o).

⁶⁰ La víctima de diez años, con la que contactaba el ofensor a través de internet, se introduce sus dedos por vía vaginal y anal. No se planteó en el recurso de casación esta cuestión (vid. sentencia del Tribunal Supremo n.^o 301/2016, de 12 de abril).

⁶¹ La víctima, una chica de 16 años, «accede al requerimiento del acusado a mostrarse desnuda ante la *webcam* bajo el engaño de prueba de modelaje, pero se negó a masturbarse ante la cámara, pese a la insistencia del acusado, por lo que entonces éste le dijo que si no lo hacía su familia, su colegio, y todos verían el vídeo que había grabado de ella. Por lo que atemorizada ante dicha inminente posibilidad de difusión de las imágenes, la menor accedió, obedeciendo las indicaciones del acusado en la realización del vídeo de la menor masturbándose, diciéndole el acusado que abriera las piernas, las subiese a la mesa, se quitase el sujetador, se quitase la bragas, ordenándole que gimiese, y pusiese cara de placer, y que mostrase cómo se introducía los dedos en la vagina».

4. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DEL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO PENAL

4.1 Observaciones generales

Las últimas reformas del derecho penal sexual también han incidido en el artículo 180 del Código penal, que en su número uno contiene el más amplio elenco de circunstancias agravantes específicas del delito de agresión sexual. Este está formado en su mayoría por aquellas circunstancias que ya venían operando en el precedente delito de agresión sexual (con violencia o intimidación), dos de las cuales también se aplicaban a algunas modalidades del delito de abuso sexual (antiguos artículos 181.5 y 182.2). Se ha modificado parcialmente una de ellas (la prevista con anterioridad en el artículo 180.1.1.^a), adecuado otra a la reordenación del articulado de la regulación del delito de agresión sexual (art. 180.1.3.^a), mejorado la redacción de una tercera, que, con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, se vería realmente afectada en su contenido (art. 180.1.5.^a), y alterado la designación del sujeto de la acción expresada en el artículo 180.1.6.^a A ellas se han sumado dos nuevas circunstancias (arts. 180.1.4.^a y 7.^a), operando también la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, un cambio en la forma de nombrar al sujeto de la circunstancia enumerada en séptimo lugar en coherencia con el criterio seguido para modificar la del artículo 180.1.6.^a.

Asistimos además con la LOGILS a la incorporación en este artículo de un novedoso número tercero al objeto de prever una segunda pena principal para los condenados por las agresiones sexuales en las que se produce el prevalimiento por parte del agresor sexual de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, como ya ocurría en los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años.

Todas las circunstancias agravantes específicas del artículo 180.1, como ya se anticipó, se proyectan tanto sobre la agresión sexual básica (art. 178.1) como sobre las agresiones sexuales cualificadas ya comentadas (arts. 178.3, 179.1 y 179.2); recibiendo un tratamiento unitario a raíz de la fusión de la agresión y el abuso sexual en una única infracción penal con independencia de las causas que explican la ausencia del consentimiento sexual. Se evita con ello los posibles agravios comparativos que suscitaba la regulación inmediatamente anterior, donde era significativamente menor el número de las circunstancias agravantes específicas asociadas al desaparecido delito de abuso sexual, a pesar de que su funda-

mento no las hacía, por lo general, incompatibles con este delito⁶². Esta nueva opción produce otros efectos positivos en el conjunto del sistema como serían la simplificación de la regulación legal o la elusión, como a veces ha pasado, de que sucesivas reformas penales lleven a cabo cambios en la redacción de una norma y no en otra sin razón comprensible⁶³. Sin embargo, la nueva regulación no está exenta de viejos reparos; destacadamente el relativo a su propia legitimidad ante la existencia de circunstancias agravantes ordinarias con arreglo a las cuales desvalorar los hechos de mayor gravedad, sin necesidad de acudir a la creación de unos tipos cualificados que terminan conduciendo, como se ha apuntado, a la imposición de penas equiparables en su gravedad al castigo del homicidio doloso (art. 138.1) y que en ocasiones alumbran dudas sobre el respeto de la proscripción de la doble valoración del mismo hecho. El salto penológico que se apareja a estos tipos cualificados, entre los que además se encuentran casos muy diferentes en gravedad⁶⁴, por ejemplo, la realización del hecho por el hombre sobre mujer pareja o expareja y el ataque haciendo uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o el menoscabo especialmente grave de la salud, hará también que continúe vivo el rechazo a la redacción abierta de algunas de estas circunstancias⁶⁵ y se promueva su interpretación restrictiva. Si tenemos presente la semilla que genera algunas de estas circunstancias agravantes específicas (así, por ejemplo, el empleo de la violencia, el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad), esa clase de interpretación normativa se revelaría además útil para no mermar sensiblemente el contenido de la modalidad básica de la agresión sexual o de los tipos cualificados del artículo 178.3.

⁶² De acuerdo con el derogado artículo 181.4, en la modalidad básica del abuso sexual y su modalidad agravada en atención a la realización de determinados actos sexuales, se podrían apreciar las circunstancias 3.^a y 4.^a del artículo 180.1 en la redacción entonces vigente, esto era, que se cometiese el hecho contra una persona que se hallase en una situación de especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia y que la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.

⁶³ En este sentido, JERICÓ OJER, L., «Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», cit., p. 22; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., p. 16.

⁶⁴ Así, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 158.

⁶⁵ Deficiencia que ya apunta CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *DLL*, 1996, D-336, p. 1629, en relación con la configuración originaria de estos delitos.

Precisamente la eventualidad de un solapamiento normativo ha provocado, por otra parte, la incorporación en su regulación de una disposición específica dirigida a resolver los posibles conflictos entre las normas criminalizadoras de las distintas modalidades de la agresión sexual. Se trataría, no obstante, de un precepto problemático que ya va en su redacción por su segunda versión.

La conveniencia de esta norma se suscitó a raíz de una observación del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LOGILS, quien consideraba que el proyectado artículo 178.2, el dedicado a contemplar supuestos que determinan sí o sí la ausencia del consentimiento al acto sexual⁶⁶, «podría resultar perturbador al constituir una muestra de la dificultad de relación entre alguna de estas figuras y el catálogo de agravantes que figuran en el artículo 180 propuesto» y se mostraba preocupado por que la nueva regulación convirtiese al tipo básico en un delito residual afectando al principio de proporcionalidad⁶⁷. Se planteó, por su parte, entonces, una doble alternativa para su prevención legal: que se indicase que las circunstancias agravantes específicas no podían ser valoradas si ya lo fueron para la aplicación del tipo básico en aras de salvaguardar el principio de *non bis in idem* o que se estableciera algún tipo de gradación entre ellas, como apreciaba que sucedía en el caso de la violencia del artículo 178.2 y de la violencia de extrema gravedad del artículo 180.1.2.^a⁶⁸.

Inicialmente, el legislador optó por seguir la primera de sus recomendaciones, disponiendo en el primer párrafo del artículo 180.1, que la pena en él contemplada resultaba aplicable salvo que las circunstancias en él previstas «*hayan sido tomadas en consideración para determinar la concurrencia de los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179*». Esta bienintencionada disposición, que no se extendía, sin embargo, en ese momento, al

⁶⁶ Artículo 178.2 del anteproyecto: «A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

⁶⁷ Como advertía, ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., pp. 1221-1222, en realidad aquella cláusula inicial carecía de sentido puesto que la agresión sexual comportaba con la LOGILS simplemente la ausencia del consentimiento y el acto sexual. Así también, DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La incidencia de los medios comisivos en la configuración de los delitos de agresión sexual y violación: un análisis comparativo de las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023», cit. p. 12. Una voz discrepante al respecto podría ser la de ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», cit., p. 230, quien liga la agresión sexual a los supuestos tasados legalmente.

⁶⁸ Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 66-67.

contexto de las agresiones sexuales a menores de diecisésis años (art. 181.4)⁶⁹ y que no debería haber supuesto más que un recordatorio del principio de inherencia⁷⁰, se reveló problemática, pues, al no tenerse en cuenta las repercusiones que su lectura literal podría tener en la otra realidad normativa que le apuntaba el Consejo Fiscal, abocaba al desinflamiento parcial del globo punitivo de las agresiones sexuales dado que una parte importante de las circunstancias del artículo 180.1 se podrían poner en relación directa con las situaciones contempladas en el artículo 178.2. Tal es el caso, como efectivamente observaba el Consejo Fiscal, de la violencia de extrema gravedad que precede o acompaña a la agresión sexual, pero también de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, del prevalimiento de una relación de superioridad o de la anulación por parte del responsable de la voluntad de la víctima mediante el suministro de determinadas sustancias. Circunstancias, todas ellas que, no obstante, presentan, como iremos explicando, un fundamento que explicaría la previsión de una pena más grave que la dispuesta para el tipo básico o, en su caso, para un tipo cualificado, y con el que se despejaría la duda sobre una posible vulneración del principio de *non bis in idem*. Así, por ejemplo, en el marco de aquella primera regulación, cabría aplicar el tipo cualificado relativo a la violencia extrema sin lesionar el mencionado principio porque a través de esta clase de violencia no se está en realidad desvalorando el ataque a la libertad (que es lo que resalta la violencia en la modalidad básica) sino, dependiendo de dónde se localice su fundamentación, el componente de trato degradante que añade a la agresión sexual el ejercicio de una brutalidad inhumana o la puesta en peligro de otros bienes jurídicos tales como la salud e incluso la vida. Si en la violencia no se diese el atributo de extrema, se aplicaría la modalidad básica de la LOGILS y en otro caso el tipo cualificado. Bajo este entendimien-

⁶⁹ Posiblemente la razón de esta omisión se encuentre en que aquí se sitúa en un primer plano la presunción legal de que estos menores carecen de la capacidad para expresar un consentimiento jurídicamente válido, no obstante, la articulación de una cláusula específica de exclusión de responsabilidad penal. En cualquier caso, ello no impidió que, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, n.º 524/2023, de 29 junio, se concluyese que «el artículo 181.4 e) del Código Penal quedaría reservado para aquellos supuestos en los que, concurriendo cualquiera otra de las modalidades a las que se refiere el artículo 178.2 del Código Penal, hubiera actuado el acusado también prevaliéndose de una relación de superioridad» (FJ. 1.º). La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, incorporará semejante disposición en su artículo 181.5 párrafo final.

⁷⁰ Díaz y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 7. La finalidad de salvaguardar el principio de *non bis in idem* ha hecho, no obstante, que semejante disposición haya sido valorada por otros; así, DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores*, cit., pp. 115-116.

to, como vemos, la existencia de estos tipos cualificados no tendría por qué conducir inexorablemente a la reducción de la modalidad básica de la agresión sexual a un tipo residual⁷¹.

La identificación, por un lado, de circunstancias determinantes de un mayor contenido de injusto, y, por otro lado, la anulación de sus efectos penológicos no parece que respondiera, sin embargo, a la voluntad del legislador, como se confirma en la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. En esta ocasión el legislador vuelve a salir al encuentro de las discrepancias que pudieran surgir en este terreno prescindiendo del inciso controvertido e introduciendo un párrafo final en el artículo 180.1 cuyo objetivo aparentemente podría ser, a la luz de lo ya dicho, garantizar sin fisuras que de entre todas las calificaciones jurídicas posibles del hecho se aplique aquella más gravosa para el responsable penal. No lo ha querido, sin embargo, expresar así el legislador, quien en el preámbulo de la citada ley, tras justificar el ajuste de los marcos penales de los tipos cualificados en atención a la mayor gravedad de algunas conductas, añade simplemente que se resuelve «el problema que se produce en aquellos casos agravados en los que concurran las mismas circunstancias de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 y 179 del Código Penal (artículo 181.1, 2 y 3 en caso de víctimas de menores de edad)», silenciando en realidad el origen de ese problema, esto es, el efecto atenuador de la pena al que conducía su anterior intento de esquivar en su caso el resultado de aplicar las normas generales sobre la resolución de los concursos aparentes del normas.

El tenor actual de la disposición es el siguiente: «cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubieran tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código» (art. 180.1. p. final). Esto es, «... el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

La regla a la que se reenvía ahora, que está pensada específicamente para hechos idénticos que son objeto de dos penas diferentes, siendo, en consecuencia, una regla o principio residual en la resolución de los concursos de normas, sigue resultando contraproducente para dar respuesta a los problemas de absorción o combinación entre las distintas modalidades del delito de agresión sexual, en la medida en que, como iremos viendo, el análisis de las distintas

⁷¹ Algo, por cierto, que es muy factible que suceda en el caso de las agresiones sexuales a menores, porque aquí sí existen unos tipos cualificados que, a tenor de la casuística, fácilmente desplazan a la modalidad básica. Vid. artículo 181.2.

normas en juego denotaría, en nuestra opinión, que no estamos realmente ante hechos iguales.

Aunque en puridad, podría cuestionarse la afirmación relativa a que alguna de las circunstancias del artículo 180.1 han sido tomadas en consideración para describir las otras modalidades típicas, vamos a ser laxos en la lectura de esta norma para evidenciar la razón de su entendimiento en cualquier caso como innecesaria. Tomaremos a tal fin, como muestra, el caso de quien abusa de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima para realizar sobre ella tocamientos sexuales. Se trata este de un supuesto claramente reconducible al artículo 180.1.3.^a, pero, dado que es una especie del género abuso de una situación de vulnerabilidad, podría presentarse ese abuso como elemento necesario para la realización del delito del artículo 178.1, siendo el determinante de la negación de validez jurídica al consentimiento prestado por la víctima. En otras palabras, pensemos que para apreciar la existencia del delito se hubiese tomado en consideración el abuso de la situación de vulnerabilidad que está presente en la forma particular que describe la circunstancia del artículo 180.1.3.^a Ante la concurrencia del supuesto de hecho de la norma comentada, procede como consecuencia obligada la aplicación del precepto penal más grave, que es aquel que tipifica la modalidad agravada excluyendo la aplicación de la pena prevista para el tipo básico (prisión de 2 a 8 frente a prisión de 1 a 4). A idéntica solución se llegaría, no obstante, en aplicación sencillamente de las reglas del concurso de normas del artículo 8 del Código penal, concretamente la dispuesta en primer lugar en respuesta a la relación de especialidad («el precepto especial se aplicará con preferencia al general»); haciendo innecesario el nuevo pronunciamiento. Esta es la situación que se da en nuestro ejemplo, en el que el abuso de la situación de vulnerabilidad sirve para negar validez jurídica al consentimiento y, en consecuencia, afirmar la existencia de la agresión sexual, y el hecho de que se trate de una víctima en situación de especial vulnerabilidad denota la mayor facilidad comisiva del hecho.

También en la hipótesis de la toma en consideración para apreciar la existencia del tipo cualificado del artículo 178.3 o del artículo 179.2 de la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 180.1 cabría plantear la existencia de una relación de especialidad. Pensemos, por ejemplo, en quien suministra una droga para anular la voluntad de la víctima, para, estando anulada esta, realizar actos sexuales sobre aquella; en quien se sirve de una violencia extrema para realizar el acto sexual; o en quienes actúan conjuntamente para crear un contexto de intimidación ambiental que facilite la realización de los actos sexuales. En todos ellos, la descripción de la agresión sexual es realizada de forma más específica que la fijada en los artícu-

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

los 178.3 y 179.2, en los que se alude de forma general al empleo de la violencia o de la intimidación, así como a que el hecho se ejecute sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Ahora bien, en estos casos, a diferencia de la hipótesis anterior, se podría suscitar la duda sobre si su tratamiento sería el mismo de aplicar el artículo 180.1 in fine o el artículo 8.1.^a Una duda que se genera debido a que el precepto más grave, esto es, el artículo 180.1, lleva aparejada una pena de prisión cuyo marco penal se hace depender de la modalidad de agresión sexual sobre la que se proyecta, en un contexto en el que el artículo 180.1 al remitirse en bloque a la regla 4.^a del artículo 8 no se ha limitado a apelar a la aplicación del precepto penal más grave, sino que menciona también la exclusión de los que castiguen el hecho con pena menor. La cuestión por dilucidar sería, por tanto, si en esta clase de casos se aplica el artículo 180.1 en relación con el otro tipo cualificado o, por lo contrario, este último se ve desplazado, debiéndose aplicar el artículo 180.1 en conexión con la modalidad básica. Es aquí donde la nueva norma parece que podría tener efectivamente una consecuencia propia, abriendo la puerta a que pudiera defenderse que, aun en los casos en los que las circunstancias agravantes tuvieran distinto fundamento, se haya de aplicar el tipo cualificado del artículo 180.1 en su proyección sobre la modalidad básica de la agresión sexual o, en su caso, sobre el tipo cualificado por otro motivo (pensemos, por ejemplo, en la violación del artículo 179.1). Se vuelve a través de esta vía a producir, aunque en menor medida, una atenuación del efecto penológico del artículo 180, que, en nuestra opinión, carece de justificación cuando la desvaloración de una circunstancia concurrente en el delito responde a un doble fundamento que hace comprensible el incremento de pena. Así las cosas, a nuestro juicio, la nueva norma es más disruptiva que esclarecedora. De ahí, que aboguemos por realizar una interpretación de la disposición comentada prescindiendo de los antecedentes resaltados sobre su origen y reforma para centrar la cuestión en el sentido de la puesta en consideración de alguna de las circunstancias del artículo 180.1 en la descripción de las agresiones sexuales del artículo 178 o del artículo 179, exigiendo que exista una plena coincidencia del hecho desvalorado, lo que abarca también la identidad del fundamento de los elementos de referencia en los distintos preceptos. Y ello aun a sabiendas de que esta dirección haría que la nueva norma quedase en realidad vaciada de contenido desde el momento en que, como iremos viendo, las circunstancias agravantes específicas de la agresión sexual de posible concurrencia concursal con otras modalidades

típicas de la agresión sexual responden, a nuestro juicio, a un fundamento propio capaz de deshacer el eventual conflicto⁷².

Una ulterior cuestión de orden general que nos plantean los tipos cualificados del artículo 180.1 es la relativa a la relevancia penológica de sus circunstancias definidoras. Su tenor imperativo, que determina el salto cuantitativo de la pena («Las anteriores conductas serán castigadas...»), podría conducir a la aplicación de penas claramente desproporcionadas. Es por ello, que resaltamos la conveniencia de insistir en la necesidad de proceder siempre a examinar si efectivamente la concurrencia en el hecho de la circunstancia agravante determina el mayor contenido de injusto en el que se fundamenta la agravación de la pena. En este sentido, hubiese sido más idóneo, a nuestro parecer, el establecimiento de un catálogo de circunstancias agravantes imperativas por ley y otro de aplicación judicial facultativa, tratando de eludir la plena «automaticidad» en la aplicación de las normas. A través de la cualificación relativa a la comisión del hecho por la actuación conjunta de dos o más personas, por ejemplo, se pondría de relieve con claridad esta observación, como veremos más adelante.

La relevancia penológica de estas circunstancias se establece en concreto en los números 1 y 2 del artículo 180. Se ha mantenido el criterio de asignar a cada modalidad de agresión sexual resultante de la aplicación de alguna de estas circunstancias un nuevo marco penal, especificándose los años de duración mínima y máxima de la pena de prisión (art. 180.1). Un marco que se contrae a su mitad superior ante la concurrencia dos o más de estas circunstancias (art. 180.2). Así, cuando concurre una única de estas circunstancias en la agresión sexual se asigna a la pena de prisión un marco penal de 2 a 8 años; si se vincula a una agresión sexual ya cualificada no constitutiva de violación, la pena de prisión es de 5 a 10 años; si se trata de la violación del artículo 179.1 estaríamos ante una pena de prisión de 7 a 15 años y si es del artículo 179.2 su duración sería de 12 a 15 años. Estos marcos penales se han de imponer, como se apuntó, en su mitad superior ante la concurrencia de al menos dos de esas circunstancias, lo que comporta, respectivamente, una pena de prisión de 5 a 8 años, una pena de prisión de 7 años y 6 meses a 10 años, una pena de prisión de 11 a 15 años y una pena de prisión de 13 años y 6 meses a 15 años. Como

⁷² Nótese que hay autores que han realizado otra lectura de esta norma. Así, por ejemplo, CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 871, al entender que la remisión que se hace al artículo 8.4 implica que las normas en concurso han de poder ser de aplicación sin necesidad de que se apliquen simultáneamente, augura poca relevancia práctica a esta disposición en el contexto del artículo 180.

se habrá apreciado, algunas formas de agresión sexual siguen siendo consideradas incluso más graves que algunos homicidios dolosos, al estar la modalidad básica de este delito castigada con pena de prisión de 10 a 15 años (art. 138.1), dándose la circunstancia añadida de que se produce la coincidencia entre el límite máximo de la violación, en cualquiera de sus modalidades, agravada por el artículo 180.1 con el límite mínimo de duración de la pena de prisión del delito de asesinato del artículo 139.1⁷³. Ciertamente no es la única infracción penal que tiene asignada una pena cuya gravedad es equiparable a la privación dolosa de la vida (vid., por ejemplo, la detención ilegal o secuestro del artículo 166), pero ello no es motivo para su no cuestionamiento a la luz de los principios de proporcionalidad de la pena y de humanidad, en relación con los cuales el tratamiento jurídico de la delincuencia sexual evidencia un claro distanciamiento⁷⁴. No es esa, sin embargo, la línea de trabajo por la que apuestan principalmente los representantes políticos, que interpretan la atenuación de la respuesta penal como un distanciamiento de las víctimas y un riesgo para su seguridad. La polémica sobre la rebaja de las penas que acarreó la reforma penal de la LOGILS, como se apuntó, lo ha hecho aún más evidente. Lejos de haber sido adecuadamente explicada por sus máximos responsables, hemos visto que rápidamente se ha optado por una nueva reforma de las penas en sentido agravatorio. Pero en este camino también se aprecia alguna incongruencia, pues, posiblemente sin pretenderlo, se ha desdibujado en algún punto la línea de castigar más gravemente las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, como podemos apreciar en el hecho de que la violación del 179.1 agravada por la concurrencia de una única circunstancia del artículo 180.1 esté castigada con la pena de prisión de 7 a 15 años, mientras que ese mismo hecho con víctima menor de 16 años se encuentra castigado con la pena de prisión de 10 a 12 años (art. 181.5). A través de este sistema de agravaciones de la pena se advierte también que podría darse el caso de que la

⁷³ Recuérdese que la doctrina penal es muy crítica con el endurecimiento de las penas en los delitos sexuales, apelando en algunos casos a su revisión a la baja.

⁷⁴ Ampliamente GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inocuizadora en detrimento del tratamiento resocializador», cit., pp. 379-442; *id.*, «La protección de los menores frente al abuso y la explotación sexual a través de las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas físicas imputables», en *RDPCrUNED*, 2019, n.º 21, pp. 233-298.

Se acentúa también con la LOGILS el ideal de seguridad al exigirse que en el caso de condena de duración superior a cinco años por determinados delitos sexuales con víctimas menores 16 años (el delito de agresión sexual del artículo 181 y los delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y corrupción de menores), la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual (art. 36.2 CP), no obstante concebirse la participación en programas de tratamiento penitenciario como un derecho del penado y no un deber.

circunstancia agravante específica llegara a tener más peso en el cálculo de la pena que el propio atentado contra la libertad sexual.

Como decíamos al comienzo de este subepígrafe, la agresión sexual en cuya ejecución media el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público lleva aparejada, tras la LOGILS, como pena principal la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 12 años⁷⁵. Se consigue con ello que esta clase de pena se aplique, y además de forma imperativa, a los condenados por delito de agresión sexual a una pena de prisión inferior a los 10 años y no sólo, como estaba previsto por vía de las penas accesorias, a aquellos a los que se habría impuesto una pena de prisión de al menos 10 años (vid. art. 55). Sin embargo, se hace a costa de producirse alguna paradoja⁷⁶, de quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas⁷⁷, de ampliar el plazo de prescripción de los delitos de agresión sexual, situado en 15 años para los delitos que tengan señalada una pena máxima de inhabilitación por más de 10 años (art. 131.1) o de retrasar en el tiempo la cancelación de los antecedentes penales porque la pena de inhabilitación absoluta es siempre una pena grave, lo que conlleva el transcurso de 10 años desde su cumplimiento para la extinción de la responsabilidad penal (art. 136.1 e)⁷⁸. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un jefe de servicio público que utilizando su cargo cita en su despacho a una persona jerárquicamente inferior a él, donde la distrae con un encargo que le permite sorpresivamente frotarse sexualmente contra su cuerpo. La individualización de la pena de prisión debería realizarla el juez a partir del marco de 2 a 8 años, dado que en este caso la fuente de la superioridad de la que se prevale el agresor se encuentra en la relación administrativa que existe entre los sujetos del delito (art. 180.1.5.^a), lo que significa que es posible que se impon-

⁷⁵ Críticamente, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 222-223, quien califica la decisión de gravísima, desproporcionada e injustificada.

⁷⁶ Se producen algunos efectos desconcertantes que sólo se entienden por la falta de una visión de conjunto de nuestro sistema penal. Téngase presente que la pena de inhabilitación absoluta se seguirá aplicando como pena accesoria imperativa por ley cuando la pena de prisión impuesta en la sentencia alcance al menos los diez años siempre que no se haya producido semejante prevalimiento, por lo tanto, nos vamos a encontrar con que la consideración específica de este hecho en la Ley provoca, en virtud del artículo 55, en los casos más graves de este prevalimiento específico que se acorte la duración de la pena de inhabilitación absoluta.

⁷⁷ En este sentido, si bien en relación con el artículo 181.7, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.º Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., p. 1322.

⁷⁸ No olvidemos tampoco que lógicamente el plazo de prescripción de la pena depende de la naturaleza y duración de esta, de forma que en casos como este será factible que la pena de prisión prescriba antes que la pena de inhabilitación absoluta. Vid. artículo 133.1.

ga una pena de prisión de duración inferior a la pena de inhabilitación absoluta acumulada⁷⁹.

Hechas estas observaciones generales, descenderemos a continuación al análisis de las circunstancias del artículo 180.1, siguiendo el orden que marca el citado precepto, prestando mayor atención a aquellas que han resultado ser más problemáticas e incidiendo en las novedades aportadas por la LOGILS y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril⁸⁰.

4.2 Análisis particular de las circunstancias

4.2.1 CUANDO LOS HECHOS SE COMETAN POR LA ACTUACIÓN CONJUNTA DE DOS O MÁS PERSONAS

El artículo 180.1 ha pasado a enunciar en primer lugar el tipo agravado consistente en que «... los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas» (art. 180.1.1.^a). Bajo estos términos, esta circunstancia está presente en nuestro Código penal desde su reforma por Ley Orgánica 11/1999,

⁷⁹ Vid. además el artículo 192.3 CP.

⁸⁰ Las cualificaciones específicas de la agresión sexual se contemplan con alguna salvedad en el actual artículo 181.5, donde se establece el catálogo de circunstancias agravantes específicas del delito de agresión sexual a menores de dieciséis años. Básicamente se ha realizado aquí una reproducción del catálogo de circunstancias del artículo 180.1, ordenadas alfabéticamente en lugar de con números; sumándose a esa enumeración una circunstancia más que es fruto de mantenerse vigente la relativa a que «(cuando) la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades» (art. 181.4 h), y renunciándose al mantenimiento de la consistente en que «el culpable hubiese puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima» (derogado art. 183.4 e). El resto de diferencias entre uno y otro catálogo se observa en la conocida precisión que se hace en la circunstancia recogida en su letra c (correlativa a la prevista en el 180.1.3.^a), también procedente de la citada reforma, a su apreciación «en todo caso, cuando sea menor de cuatro años»; en la ausencia de la connotación del género en la nueva circunstancia de la letra d («cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia»; cfr. artículo 180.1.4.^a); y, en un primer momento, en la no alteración de la redacción de la contemplada en la letra e (correlativa a la prevista en el artículo 180.1.5.^a), pues la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, hizo que ambas coincidieran exactamente en sus términos. El peso específico de estas circunstancias cuando la víctima es un menor de 16 años en el *quantum temporal* de la pena de prisión se traduce en la imposición de la pena en su mitad superior (art. 181.5), no contemplándose una potenciación de su efecto por la concurrencia de dos o más circunstancias hasta la reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que introdujo un artículo 181.6 para ordenar que en ese caso se imponga la pena en su mitad superior. Al prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público se refiere a partir de la reforma operada por la LOGILS el artículo 181.7.

Nótese además que la pena de prisión prevista para algunas agresiones sexuales a menores de dieciséis, sin necesidad de la concurrencia de estas circunstancias, ya presenta de por sí límites máximos de duración que se estiman muy altos, de 8 a 12, de 12 a 15 años (art. 181.4).

de 30 de abril, que modificó su tenor originario⁸¹ («cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo»)⁸² para extender su ámbito de aplicación con la reducción del número mínimo de intervenientes, a partir de ese momento cifrado en dos; suficientes de por sí para crear la situación que la norma desvaloraba⁸³.

Hasta la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, esta agravante específica operaba exclusivamente en los ataques a la libertad sexual con violencia o intimidación, atrapando a partir de entonces a una parte de los delitos de abuso sexual, aquellos que tenían como víctimas a los menores de trece años, como consecuencia del tratamiento independiente que por mor de esa ley pasaron a recibir los llamados abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, y más adelante, con la Ley Orgánica 1/2015, produciría sus efectos también en los abusos sexuales a menores de dieciséis años (antiguo artículo 183.4 b y actual artículo 181.5 a)⁸⁴. De esta forma, la circunstancia perdería su exclusivo lazo de unión con el empleo de violencia o intimidación para cometer el delito; conexión que habría sido un elemento clave en la determinación de su fundamento.

No lo habría entendido, sin embargo, así el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 828/2021, de 29 de octubre, en la que consideró que se había aplicado indebidamente el tipo agravado del entonces artículo 183.4 b por tratarse, entre otras cosas, de un caso de abuso sexual y no de agresión sexual. El alto tribunal, tras un breve repaso a su doctrina sobre la agravante comentada, afirma que «... la razón de agravación de la circunstancia, que se pone en relación con actuaciones de contenido violento y/o intimidatorio, se encuentra en la superioridad que genera sobre la víctima, a quien coloca en una situación en la que quedan disminuidas sus posibilidades de defensa frente a actuaciones que

⁸¹ Adviértase que el Código penal de 1928 también dispuso de una circunstancia agravante específica de esta clase para el delito de violación: «...sea cometido con el concurso simultáneo de dos o más personas» (art. 599).

⁸² Aunque en el ámbito de la psicología existe la controversia sobre si la actuación de dos personas puede ser considerada grupal, es frecuente que las agresiones sexuales en grupo se definan por referencia a la participación de dos o más sujetos.

La palabra grupo, por otra parte, resultaba además problemática en opinión de MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1292, al parecer exigir implícitamente el concierto entre ellos. En contra SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación «por actuación conjunta» (art. 180-2.º CP)», cit., p. 54, para quien la actual redacción no aportó nada distinto en este punto.

⁸³ En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 496.

⁸⁴ Así, CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., p. 184; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación «por actuación conjunta» (art. 180-2.º CP)», cit., nota 7.

no consiente, con lo que, al ser esto así, en una interpretación sistemática del propio art. 183, debe llevar a la conclusión de que, por más que en el mismo se agrupen ambos delitos, a cada cual le han de ser de aplicación las circunstancias que sean compatibles con él, por ello que no quepa en el delito de abusos sexuales, pues, siendo consentidos, no se aprecia el menor vestigio de violencia o intimidación, y es que no tiene por qué haber un tratamiento penal distinto por la circunstancia de que la víctima sea menor, o mayor, ya que los elementos para la valoración de la conducta, que están en función de los medios para vencer la oposición de la víctima, no tienen por qué diferir en razón a la edad, cuando no hay ninguno que aplicar ante el consentimiento de esta», (FJ. 3.^º)⁸⁵. Palabras de las que se desprende ciertamente que para él era entonces incompatible el abuso sexual (caracterizado, insistimos, por la ausencia de violencia o intimidación) y la circunstancia agravante de actuación conjunta. No obstante, en su sentencia n.º 930/2022, de 30 noviembre, (caso Arandina), dictada a raíz del recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, n.º 14/2020, de 18 de marzo, que había revocado la condena de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.^a, n.º 379/2019, de 11 de diciembre, por delito de agresión sexual a menor de 16 años agravado por el tipo de acto sexual y la actuación conjunta de dos o más personas, por considerar que no había habido intimidación, condenando, en consecuencia, por delito de abuso sexual agravado, no cuestiona, como sería lógico de seguir esa tesis, aunque fuese *obiter dictum*, la incompatibilidad de la agravante de actuación conjunta con el abuso sexual a menores de 16 años⁸⁶. Otra oportunidad perdida para tener la certeza sobre si en el Tribunal Supremo se habría producido un cambio de posición en el contexto de la superada regulación la encontramos en su sentencia n.º 349/2023, de 11 mayo, (FJ. 4). Uno de los motivos del recurso de casación de los condenados resuelto en esta sentencia fue precisamente la infracción de ley por la indebida aplicación del entonces artículo 183.4 b, pero el Tribunal Supremo no llega a analizar el sentido de esta norma, porque las razones alegadas por el recurrente eran de orden probatorio, añadiendo simplemente que «el relato refiere la actuación conjunta de los

⁸⁵ Sigue diciendo: «Y esto que decimos, hasta tal punto es así, que el propio legislador ha caído en la cuenta del diferente tratamiento al que deben quedar sujetas estas ilícitas conductas sexuales, según haya mediado violencia o intimidación, caso de las agresiones sexuales, o no, de los abusos sexuales, como resulta de los términos en que ha quedado redactado el art. 183 quater, tras la reciente reforma habida por LO 8/2021, de 4 de junio, en que ha limitado el efecto de exclusión de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de 16 años, únicamente a los delitos previstos en el art. 183.1 CP».

⁸⁶ Esta sentencia presenta un voto particular del Excmo. Sr. Magistrado, D. Ángel Luis Hurtado Adrián partidario de mantener en este punto el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 828/2021, de 29 de octubre, vid. su FJ. 1.^º

dos acusados por lo que se dan las condiciones típicas que exige el precepto antes citado»⁸⁷.

No se ha explicado el motivo de la, a nuestro juicio, ampliación del ámbito de aplicación de esta circunstancia, más allá de una mención genérica en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil como motor del cambio de la regulación legal de los delitos sexuales con víctimas menores de edad. Decisión que no contemplaba en realidad esa circunstancia, siendo la más próxima a ella la consistente en que «la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva según la definición de la Acción Común 98/733/JAI...» (vid. art. 5.2.c). Sí se encuentra aquella en el Convenio de Lanzarote, que en el momento de la gestación de la citada ley orgánica ya había sido firmado por España, y en la Directiva 2011/93/UE, que ya estaba en proceso de gestación⁸⁸. En ambas normas se recoge un compendio de circunstancias agravantes para todas las conductas que se ordenan criminalizar entre las que se encuentra la concerniente a «que el delito haya sido cometido por varias personas actuando conjuntamente» (art. 28 e del Convenio), «que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente» (art. 9 c de la Directiva). Ciertamente de la lectura de los preceptos dedicados a las circunstancias agravantes en las normas supranacionales quedaría claro que los Estados no necesariamente tienen que crear una circunstancia agravante específica con semejante tenor⁸⁹, simplemente se les exigiría que garantizase la posibilidad –no imperatividad⁹⁰– de castigar más gravemente ese tipo de casos de forma respetuosa con el propio sistema jurídico nacional. En consecuencia, nuestro legislador podría haber recurrido sin problema a las circunstancias agravantes ordinarias del delito, entre las que se encuentra la de abuso de superioridad o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendi-

⁸⁷ La sentencia confirma la condena por delito de abuso sexual por actuación conjunta de dos personas, apreciándose esta circunstancia en el hecho de que los dos condenados, al mismo tiempo, cogieron a la víctima menor de 16 años, que se hallaba en estado de inconsciencia por el consumo de alcohol y drogas y «... liberaron sus respectivos penes del pantalón y los pusieron en la cara de la chica para que ésta los masturbara, lamiéndolos, consiguiendo los hombres satisfacer sus deseos libidinosos con las Felaciones».

⁸⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, COM(2010)94 final.

⁸⁹ En ese sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en Abel Souto, M. et al. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., p. 453.

⁹⁰ Y así se aclara en el *Explanatory Report of Council of Europe Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, cit., § 195.

do (art. 22.2.^a), susceptible de amparar, entre otros, a los casos de superioridad numérica. Una opción, sin embargo, fácil de descarta por quien desde hace años viene haciendo uso del endurecimiento de la ley penal frente a los delitos sexuales con víctimas menores⁹¹, aunque ello conlleve la incongruencia interna observada. He aquí la razón de que no compartamos el criterio interpretativo de orden restrictivo del Tribunal Supremo. La reforma posterior del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, llevaría además a esta agravante específica al contexto de los delitos relativos a la prostitución, concretamente a los artículos 188.1 y 2 (art. 188.3 e); no habiéndose procedido, ni entonces ni ahora, a su incorporación al abanico de circunstancias agravantes específicas de los delitos relativos a la pornografía infantil del artículo 189.1 (art. 189.1.2). Apunte este que realizamos simplemente para poner de relieve el caótico proceder reformador del legislador cuando dice que una nueva norma responde al cumplimiento de normativa supranacional sobre asuntos penales.

Dejando de lado estas discrepancias interpretativas, lo cierto es que cuando se aprueba la LOGILS todavía existía un grupo de casos sin discusión en los que la actuación conjunta de al menos dos personas no tenía una respuesta penológica propia, el relativo a los abusos sexuales a personas de dieciséis años en adelante. A partir de ese momento la reconfiguración del delito de agresión sexual hará que también se proyecte sobre todas sus modalidades esta agravante específica, provocando además la desaparición del criterio de orden sistemático al que apeló, como hemos visto, el Tribunal Supremo para delimitar restrictivamente el ámbito de aplicación de esta agravante, manteniéndola en el tiempo conectada al empleo de la violencia o de la intimidación.

No ha afrontado, sin embargo, la LOGILS los problemas dogmáticos de mayor calado ligados a esta circunstancia que saldrían a la palestra pública con el caso «de la manada» y «las manadas» que la sociedad fue conociendo posteriormente a través de los medios de comunicación. Al respecto, el único guiño del legislador habría terminado siendo la alteración del orden de enumeración de las circunstancias para comenzar, como vemos, por la actuación conjunta. Y ello a pesar de que la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea ya en su versión de julio de 2018, que, como mencionamos, estuvo presente en la redacción del anteproyecto de la LOGILS, había tomado nota de

⁹¹ Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», en *RECPC*, 2017, n.º 19-09, pp. 1-45.

la existencia de toda una problemática sobre el tratamiento jurídico del fenómeno de la agresión sexual en grupo. En orden a su resolución, plantearía en concreto una nueva modalidad de agresión sexual, el delito de agresión sexual colectiva, consistente en la realización conjunta por dos o más personas de todos o parte de los actos constitutivos de la agresión sexual, aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima⁹². De nuevo, se pensaba en ella en términos de intimidación.

A nivel doctrinal y judicial, el estudio de esta circunstancia, por la razón indicada, se ha venido realizando mayormente en el contexto del atentado sexual con violencia o intimidación, abriéndose paso distintas opiniones sobre su fundamento⁹³. Existiría, no obstante, un amplio consenso en apuntar que esta aporta al hecho un mayor contenido de injusto de la mano del mayor desvalor de la acción colaborativa de una pluralidad de personas, incluso accidental⁹⁴, en el momento de la realización del ataque a la libertad sexual, que dificultaría la resistencia de la víctima al colocarla en una posición de mayor indefensión⁹⁵. Una interpretación que el tenor literal de la norma también avalaría a través del empleo de la preposición «por», denotadora de la relevancia que en el hecho concreto ha de tener la actuación conjunta. En esta línea, ha-

⁹² BOCG, CD, Serie B, n.º 297-1, de 20 de julio de 2018, y n.º 318-1, de 15 de octubre de 2018.

Propuesta de artículo 179.1: «Cuando aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima, dos o más personas realicen conjuntamente todos o parte de los actos constitutivos de agresión sexual, la conducta será castigada como delito de agresión sexual colectiva con la pena de prisión de cinco a ocho años». Se contemplaba además la posibilidad de una atenuación del hecho en atención a la escasa importancia de la aportación singular de alguno de los intervenientes. También se preveía otra en atención a la menor gravedad del hecho, valorando todas las circunstancias concurrentes.

⁹³ Vid. con mayor detalle, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., pp. 448-453.

⁹⁴ Como señala la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019 de 4 julio (FJ. 6.º), o la sentencia del Tribunal Supremo n.º 681/2022, de 6 de julio (FJ. 3.º), «para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo, en cambio no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos».

⁹⁵ En esta línea DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 352; CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 258; CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., p. 106; MONGE FERNÁNDEZ, A., «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., p. 185; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., p. 452; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación «por actuación conjunta» (art. 180-2.º CP)», cit., p. 54.

bría sido habitual a la luz de la anterior regulación que se atribuyese a este *modus operandi* una intensificación de la intimidación⁹⁶; suscitándose en la doctrina recelos a su apreciación por mor del principio de *non bis in idem* en aquellos casos en los que la existencia del delito de agresión sexual se había construido sobre la intimidación ambiental creada precisamente por la actuación conjunta.

En la actual regulación, ha desaparecido claramente el vínculo entre esta circunstancia y la violencia o la intimidación, quedando abarcadas por ella otras situaciones de mayor indefensión para las víctimas fruto de la actuación conjunta que facilitan el atentado a la libertad sexual al dificultar su oposición al hecho, el ejercicio de una autodefensa o la huida. Desde esta perspectiva, sería necesario para la apreciación de la circunstancia que esta forma de actuar hubiera comportado un plus al desvalor de la acción, lo que conlleva, en consecuencia, la exclusión de su aplicación allí donde la actuación conjunta no revelase que así fuese. Algo que es imaginable que suceda, por ejemplo, en los ataques sorpresivos, de mera ausencia de consentimiento o en aquellos en los que la víctima ya es una persona totalmente indefensa por encontrarse privada de sentido o por tener su voluntad anulada⁹⁷, pero que también pudiera plantearse en otros escenarios. Pensemos, por ejemplo, cuando la intervención de un tercero en el hecho no aporta realmente nada a la agresión sexual porque la acción del primero ya es lo suficiente contundente de por sí para lograr el objetivo perseguido.

Algunos autores habrían identificado además un mayor desvalor del resultado a raíz de esa actuación conjunta, contribuyendo con ello a explicar el salto cuantitativo que experimenta la pena. Se defendería en concreto desde este frente que esa actuación conjunta causa un daño mayor ya sea a la propia libertad sexual, a través de la intensificación de su ataque⁹⁸, ya sea a otro bien

⁹⁶ Así, REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», en *RE-CPC*, 2023, n.º 25-30, p. 3. Víd. la sentencia del Tribunal Supremo n.º 108/2023, de 16 febrero (FJ. 2.º y 5.º).

⁹⁷ Ejemplos apuntados ya por DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., p. 18. Igualmente, críticos en relación con estos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., p. 468; o el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, cit., p. 2.

⁹⁸ CARMONA SALGADO, C., «Lección 9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», cit., p. 269, quien pone como ejemplo la violación sexual múltiple, esto es, aquella modalidad de agresión sexual grupal en la que más de uno de los agresores sexuales realiza actos sexuales, si bien considera que para estimar la agravante no es necesario que esto acontezca. Obsérvese que en el presente la calificación jurídica de esta clase de casos, según la actual doctrina del Tribunal Supremo, es la del concurso real de delitos, lo que conduciría de seguirse ese planteamiento a una doble valoración del mismo hecho.

jurídico penal. Muy en particular se habría destacado, sin embargo, la afectación de la integridad moral de la víctima⁹⁹, presente sobremanera en la agresión sexual grupal, pero que podría llegar a producirse incluso con la sola exposición del hecho sexual ante una pluralidad de persona. Hay quien apela también a la seguridad, al apreciarse que la integridad física y la vida de la víctima son puestas en peligro¹⁰⁰. Este tipo de enfoque, no obstante, se encuentra ante el escollo de desvalorar un aspecto del hecho que es objeto de atención, y de forma más precisa, por otras normas. Así, por ejemplo, cabría observar que en el mismo artículo 180.1 existe una circunstancia agravante específicamente dedicada a incidir en aquellas agresiones sexuales que presentan un plus de degradación o vejación de la víctima («cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de ...actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», art. 180.1.2.^a), situación que, entre otras, se suele afirmar en los casos de accesos carnales sucesivos o simultáneos a cargo de varios sujetos que actúan conjuntamente, como se ha visto en el caso de «la manada» y que nosotros también observaríamos que se produce cuando el acto sexual no consentido deja expuesta la cosificación o instrumentalización de la persona con fines sexuales a los ojos de terceros. La circunstancia sexta de ese artículo podría ser otra de esas disposiciones, al estar destinada a confrontar determinados riesgos dimanantes de la conducta del agresor para otros bienes jurídicos, si bien asociados a otras formas de ejecución del hecho («cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código,...»). A ello se suma, tras la reforma del Código penal de 2022, que la ley predica expresamente la solución del concurso de delitos en referencia a los actos de violencia física o psíquica realizados en el contexto de la agresión sexual (art. 194 bis) y no sólo al hilo de la circunstancia agravante específica mencionada en último lugar («... sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 194 bis»).

⁹⁹ En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 32, destaca la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima y su carácter degradante, que se vería intensificado de forma exponencial. Igualmente, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1292, destacaban la intensificación del carácter degradante de hecho, pero también una acusada intensificación de la intimidación. De la misma opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 162.

¹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de las agresiones sexuales colectivas», en Vicente Remesal, J. de, et al. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, Vol. II*, cit., p. 1433.

Todo esto hace que entendamos preferible vincular esta circunstancia agravante exclusivamente a la mayor peligrosidad de la acción facilitadora del hecho delictivo¹⁰¹. No es, sin embargo, este el posicionamiento que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, quien alineado junto con los partidarios del enfoque dual se ha pronunciado al respecto en términos de desvalor de acción y de resultado como se refleja en su sentencia n.º 462/2019, de 14 de octubre, que declara que «... Es esta comisión la que incrementa el desvalor de la acción, pues introduce una acusada superioridad que asegura el designio criminal, al intensificar la intimidación y disminuir la capacidad de respuesta de la víctima; además de observarse un mayor desvalor del resultado ante la pluralidad de personas que presencian la conducta sexual, atentando de manera objetiva contra el pudor de la víctima, como valor moral y espiritual reconocido en el art. 10.1 CE», (FJ. 10.º). En ocasiones, el Tribunal Supremo entremezcla, junto con esas, otras razones más difíciles de compartir por no incidir en el contenido de injusto y carecer de base empírica en la que apoyarse, como sucede cuando se apela al pronóstico de la mayor impunidad del hecho en actuación conjunta o a la identificación del riesgo de comisión en estos casos de otros delitos para alcanzar la impunidad. Así, en su sentencia n.º 1142/2009, de 24 de noviembre, señala que la circunstancia se fundamenta «no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación», (FJ. 3.º). A lo que añade la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019, de 4 julio, que «también podemos entender agravado el resultado por la búsqueda de impunidad de los autores que conlleva el riesgo potencial, sociológicamente menos relevante y más improbable si el autor es único, de lesionar otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, como su propia vida, con la finalidad de encubrir y silenciar el delito cometido», (FJ. 6.º)¹⁰². Esta dirección

¹⁰¹ ACALÉ SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», en Muñoz Sánchez, J. *et al.* (dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, cit., pp. 1178 y 1180, se refieren más concretamente al refuerzo del designio criminal y a la dificultad del desistimiento como factores que van a producir la mayor indefensión de la víctima, afectando igualmente a un eventual auxilio de la víctima.

¹⁰² Todo ello se reiterará en sentencias posteriores como la sentencia del Tribunal Supremo n.º 145/2020, de 14 de mayo (FJ. 14.º); la n.º 456/2022 de 10 mayo (FJ. 2.º); la n.º 681/2022, de 6 de julio

se mantiene en sentencias dictadas estando en vigor la nueva regulación de las agresiones sexuales. Tal sería el caso, por ejemplo, de su sentencia n.º 108/2023, de 16 febrero, en la que resalta la idea de que la actuación conjunta de dos o más personas «patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación», (FJ. 2.º).

Se habría destacado igualmente en la explicación de esta circunstancia agravante específica el peso que en su configuración habrían tenido consideraciones de orden criminológico; visualizando la ley penal a través de ella de forma particular el fenómeno de la agresión sexual grupal. Este tipo de agresión sexual, sobre el que parece que aún no existe mucho conocimiento¹⁰³, se encontraría en boga en la actualidad pública, si bien no es la forma más representativa de la agresión sexual¹⁰⁴.

La dicción de la norma manifiesta con claridad el número mínimo de personas que deben intervenir en el hecho para que se plantee la aplicación del artículo 180.1.1.ª, «dos o más»; que es un criterio, por otra parte, de uso generalizado en el marco de la investigación sobre la llamada violación o agresión sexual por múltiples autores (*multiple perpetrator rape* o *multiple perpetrator*

(FJ. 3.º); o la n.º 471/2023 de 15 junio (FJ. 4.º).

¹⁰³ Así, DE LA TORRE LASO, J. «Violencia sexual en grupo: una aproximación a la realidad delictiva», en Torre Laso, J. de la (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 23. Vid. el estudio empírico de GIMÉNEZ- SALINAS FRAMIS, A. y PÉREZ RAMÍREZ, M., «Agresiones sexuales múltiples e individuales entre desconocidos: diferencias y variables predictoras», en de la Torre Laso, J. (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, cit., pp. 229-254.

¹⁰⁴ Actualmente se computan en los informes específicos del Ministerio del Interior sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que comienzan a publicarse a raíz del caso de «la manada» las denuncias por agresiones sexuales en grupo, recogiéndose además en el informe de 2018 (Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España, 2018, Ministerio del Interior) un apéndice sobre este particular (pp. 57-73). Existe también algún estudio no oficial que se acerca a esa realidad, así, además de la obra colectiva citada *supra*, MARTÍN FERNÁNDEZ, N., *Ánálisis del delito de agresión sexual desde una perspectiva ambiental: patrones espacio-temporales, conductas de movilidad del infractor y características del escenario del crimen ubicados en espacio público urbano*, tesis doctoral leída en la Universidad del País Vasco, 2016, p. 99, quien en su análisis del total de expedientes de sentencias condenatorias por agresión sexual de los antiguos artículos 178, 179 y 180 dictadas por las tres audiencias provinciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 2009 y 2012 identificó un total de 59 casos de agresión sexual y sólo en 8 de ellos el delito se había cometido por más de un sujeto, siendo 6 los casos en los que habían sido dos los sujetos activos; y de forma más específica el de CAZORLA GONZÁLEZ, C., «Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencia», en *e-Eguzkilete. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2021, n.º 6, pp. 26-56.

sexual assault). El sentido de la expresión «actuación conjunta», que da cabida tanto al comportamiento activo como al omisivo y que presupone un acuerdo o pacto entre los sujetos, no necesariamente previo ni expreso, dado que lo relevante es que objetivamente contribuya al incremento del desvalor del hecho¹⁰⁵, se muestra más esquivo en su delimitación, suscitando algunos interrogantes que han recibido de parte de la doctrina respuestas dispares como consecuencia no sólo del distinto fundamento que se da a la agravante sino también de la existencia de diversas posturas sobre el concepto de autoría y de participación criminal.

Partiendo de la base de que las palabras del legislador no están referidas a ninguna forma concreta de intervención en el hecho delictivo, definidas estas en los artículos 28 y 29 del Código penal, consideramos que el descarte de alguna de ellas, a priori, por la vía de las teorías de la autoría y participación criminal, no resultaría procedente¹⁰⁶, y así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo¹⁰⁷; siendo factible, en principio, que tanto casos de coautoría como casos de autoría y participación colmen el supuesto de hecho de esta agravante¹⁰⁸. Será entonces el fundamento de la circunstancia agravante el elemento que restringirá la identificación de los casos subsumibles en ella¹⁰⁹. Este, al estar conectado con la acción típica de la agresión sexual, expresada tras la reforma de la LOGILS de forma amplia por referencia a la realización

¹⁰⁵ Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo n.º 108/2023, de 16 febrero (FJ. 2.º): «... coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido...».

¹⁰⁶ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 354; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERÓ BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., pp. 460-462.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 194/2012, de 20 de marzo: «en cualquier caso, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice» (FJ. 3.º). Y más recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 108/2023, de 16 febrero (FJ. 2.º), en la que recuerda su doctrina en este punto en relación con estos delitos contra la libertad sexual: «... en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria –excepcionalmente podría ser complicidad–».

¹⁰⁸ En contra, por ejemplo, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 1292-1293, quienes consideran que la norma exige de una pluralidad de personas que realicen todos o parte de los elementos del tipo penal. La defensa de la autoría material se basaría en la gravedad de la pena y la necesidad de la interpretación estricta. Más exigente aún se muestra FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», en *RDPCrUNED*, 2019, n.º 22, pp. 398-399, quien defiende que sólo se aplique cuando todos y cada uno de los intervenientes realizan todos los elementos del tipo penal.

¹⁰⁹ Vid. el didáctico análisis de casos que para delimitar qué significa la actuación conjunta realizan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERÓ BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., pp. 467-470.

de cualquier acto que atente contra la libertad sexual, permitiría una primera acotación de su ámbito de aplicación, quedando este reducido a la actuación conjunta que, aportando el mencionado incremento del injusto, se desarrolla durante la fase de ejecución del delito¹¹⁰. En esta línea, se mueve la práctica judicial, que, seguramente a tenor de la casuística que ha llegado principalmente a los tribunales, es frecuente además que exija para su apreciación la presencia de dos o más sujetos, puestos de acuerdo en el ataque a la libertad sexual, en el mismo contexto temporal y espacial en el que se pretenden o realizan los actos sexuales. Muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo n.º 462/2019, de 14 de octubre, que señala que lo «relevante para la aplicación de la agravación específica no es el acuerdo previo, que puede no ser concurrente, sino la existencia constante la comisión de los hechos de una comunidad de decisión o una confluencia de voluntades de que todos los que están presentes van a contribuir de manera eficaz al acontecimiento causal descrito en el tipo penal», (FJ. 10.º). No es necesaria la permanencia de quienes actúen en grupo en el momento de los actos sexuales, como se observa a través de la sentencia del citado tribunal n.º 547/2020, de 26 de octubre, que tras afirmar que la ley «cuando se refiere a «los hechos» está pensando en cada uno de los componentes de la actividad delictiva –violencia, tocamientos, acceso carnal– y no en todos ellos necesariamente», puntualiza que «basta con que la conjunción de acciones haya confluído en la violencia o intimidación encaminadas al acceso para que proceda la agravación, aunque uno de los partícipes haya cesado ya su contribución en el momento de la penetración, o, incluso haya podido abandonar el lugar», (FJ. 8). De uno e incluso ambos criterios judiciales, prescinden algunos autores al realizar una visión más amplia de los casos ante los que nos podemos encontrar, insistiendo en el dato de que la cuestión crucial es que la intervención de varias personas haya disminuido la defensa de la víctima¹¹¹.

La controversia que envuelve a esta circunstancia se ha manifestado asimismo con motivo de la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación;

¹¹⁰ Descartan la aplicación de esta agravante en el caso de contribuciones previas a la ejecución, por ejemplo, CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., p. 108. En esta línea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., pp. 473-474; CADENA SERRANO, F. A., «Violaciones conjuntas. Caso La Manada», *DLL*, 2019, n.º 9481, pp. 16-17.

¹¹¹ Ambos requisitos son innecesarios, por ejemplo, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., p. 474. CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 258, se muestra partidaria de exigir la unidad temporal.

cuestión que la nueva descripción típica de la agresión sexual obligará a replantear.

El pronunciamiento judicial sobre este particular, por la propia casuística sometida a la consideración de los tribunales, se habría limitado a abordar una parte del problema, la representada por la actuación de aquellos que realizaban todos o parte de los actos descritos en el antiguo tipo de agresión sexual¹¹². Al respecto, la doctrina del Tribunal Supremo, si bien solía hablar de una coautoría en las actuaciones conjuntas grupales, amparándose en la concepción amplia de autor del artículo 28 del Código penal, acostumbraba a introducir un matiz importante en su definición para reducir los sujetos a los que aplicar la agravante, designando como autor a quien realiza actos sexuales y como cooperador necesario a quien sólo ejercía la violencia o la intimidación¹¹³. Esta posición, defendida también por algunos autores¹¹⁴, parecía estar influida por una inercia hacia la consideración del delito de agresión sexual como un delito de propia mano –una concepción que se recuerda, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 194/2012, de 20 de marzo¹¹⁵, y que este acabará rechazando con claridad en su sentencia n.º 462/2019, de 14 de octubre¹¹⁶–, que haría que, a pesar de ser entonces el delito de agresión sexual un delito compuesto, se identificase entre las distintas acciones típicas una de naturaleza nuclear que marcaría la conducta del autor, la consistente en la realización de actos sexuales. Y posiblemente también por la gravedad de la pena, pues, como apuntaba, de esa distinción entre acciones típicas se servirá para excluir de la aplicación de la agravante al cooperador necesario.

¹¹² Una síntesis de casos, por ejemplo, en REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», cit., pp. 5-12.

¹¹³ Así, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 486/2002, de 12 de marzo (FJ. 1.º); n.º 975/2005, de 13 de julio (FJ. 2.º); o n.º 1386/2005, de 23 noviembre (FJ. 2.º).

¹¹⁴ Por ejemplo, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 229.

¹¹⁵ La afirmación de la condición de coautor sobre la teoría del dominio del hecho «tiene sus excepciones en supuestos de delitos especiales en que la autoría requiere condiciones especiales en el sujeto activo, o en los delitos llamados de propia mano, en los que está limitado el concepto de autor, de forma que, en esos casos, quien aporta algo esencial en la ejecución no puede ser considerado coautor, sino cooperador necesario, incluso aunque su aportación sea de tal naturaleza que se le pueda atribuir un codominio funcional sobre el hecho» (FJ. 3.º).

¹¹⁶ En su FJ. 10.º «se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores -coautores materiales todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación». Nótese, no obstante, que en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 108/2023, de 16 febrero (FJ. 8.º), se sirve de la naturaleza del delito como de propia mano, para afianzar su tesis de que la aportación causal en la fase de ejecución se puede rebajar a cooperación necesaria, pero jamás a complicidad.

Decía el Tribunal Supremo a tal fin que «si la cooperación es siempre contribución al hecho de otro, su existencia supone en todo caso la presencia de dos personas, el autor directo y el cooperador, de manera que en estos casos la aplicación de la dicha agravación al cooperador puede infringir el *non bis in idem* en cuanto que se tiene en cuenta su acción para considerarlo cooperador necesario y además, para considerarlo agravado. En definitiva, no cabe la cooperación si no existen al menos dos personas en el hecho, lo que impide apreciar la agravación. [] En el caso de la coautoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios autores. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta. [] Por lo tanto, cuando se trata de coautores nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena. Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación. Por el contrario, cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicar a éste la agravación en su conducta, pues como hemos dicho, no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de al menos un autor a cuya ejecución coopera», (STS n.º 1142/2009, de 24 de noviembre, FJ. 3.º)¹¹⁷.

El mismo planteamiento se establece en esa sentencia cuando intervienen tres personas: «el recurrente es partícipe diferenciadamente, a título de autor y de cooperador necesario, en tres delitos contra la libertad sexual, de modo que, el recurrente debió ser condenado –tal como solicitó el Ministerio Fiscal en la instancia– en el delito que ocupó el lugar de autor con la agravante específica de haber sido cometido por la actuación conjunto de dos o más personas, art. 180.1.2 CP, no pudiendo aquélla ser tenida en cuenta en otros delitos en los que actuó como cooperador necesario, aplicándose solo el tipo básico del art. 179 CP»¹¹⁸. No así en otras sentencias en las que precisa, como resulta más lógico desde su plantea-

¹¹⁷ El propio Tribunal Supremo ha recordado esta doctrina, que ya se exponía, por ejemplo, en su sentencia n.º 486/2002, de 12 de marzo (FJ. 1.º), y recoge en sentencias posteriores como, por ejemplo, la n.º 786/2017, de 30 de noviembre (FJ. 3.º).

¹¹⁸ En este caso, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3.º) en su sentencia de 27 de octubre de 2008, había condenado a cada uno de los tres hombres que intervienen en una agresión grupal a una mujer por un delito de violación en concepto de autor y dos delitos de violación en concepto de cooperador necesario.

miento, que esa limitación «solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella», (STS n.º 194/2012, de 20 de marzo, FJ. 3.º)¹¹⁹. Lo que no sucede cuando son más de dos personas las que actúan conjuntamente, pues, como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 338/2013, de 19 de abril, «entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto de su propia aportación», (FJ. 5.º). Una tónica que se advierte en sentencias más recientes como la n.º 456/2022 de 10 mayo, (FJ. 2.º) o la n.º 108/2023, de 16 febrero, (FJ. 10.º).

Esta interpretación del Tribunal Supremo no era compartida, obviamente, por aquellos, entre los que nos situamos, que consideran que la autoría en el viejo delito de agresión sexual se había de afirmar también respecto de quien se limitaba a utilizar la violencia o la intimidación para atentar contra la libertad sexual¹²⁰. Rumbo al que parece apuntar el propio Tribunal Supremo en su sentencia 462/2019, de 14 de octubre: «... si por un lado se considera autor material de un delito de violación a cada uno de los partícipes que ostenta el dominio funcional del hecho, siempre que durante la ejecución realice aportaciones esenciales para la consumación, incluyendo en ellas la violencia o inti-

¹¹⁹ Sigue diciendo para mayor claridad: «En principio, es posible la cooperación a un hecho de otro, cometido individualmente por éste, de tal manera que el cooperador, al mismo tiempo que hace su aportación integraría la actuación conjunta, de modo que se valoraría su aportación en dos ocasiones sucesivas. Dicho de otra forma, así entendido, en su condición de cooperador siempre se incorporaría la ejecución conjunta, que sería valorada en su integridad para apreciar la cooperación y, al mismo tiempo, también en su integridad, nuevamente, para apreciar la agravación.

Y también es posible la cooperación al hecho cometido por el autor ya en acción conjunta con otros, sean también autores o sean cooperadores. Es decir, que el hecho ya se cometería en actuación conjunta con independencia de la participación del cooperador. Si éste conoce esa circunstancia, nada impediría la aplicación de la agravación en ese caso, pues cuando hace su aportación el hecho, éste ya se cometía en actuación conjunta, independientemente de que él participara o no.

La limitación solo opera, por lo tanto, cuando se trate de dos personas, una que actúa como autor y otra que lo hace como cooperador, resultando aplicable al primero y no al segundo; y ello como consecuencia de la prohibición general de doble valoración, y no a causa de la inexistencia de la actuación conjunta, que efectivamente existe, desde el momento en que varias personas (dos o más) concurren e intervienen en la ejecución del hecho».

¹²⁰ Defienden esta tesis CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., pp. 107-108; CARUSO FONTÁN, V., «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada», cit., pp. 236-237; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., p. 473; ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de las agresiones sexuales colectivas», cit., p. 1438. Aun conluyéndose que el cooperador necesario no fuese coautor en sentido estricto parece difícil sostener que la aplicación de esta agravante a su persona produzca una vulneración del principio de *non bis in idem*, pues una cosa es el desvalor que entraña participar en un hecho ajeno y otra el que se asocia a la forma concreta de intervención; en esta línea CADENA SERRANO, F. A., «Violaciones conjuntas. Caso La Manada», cit., p. 16.

midación desplegadas para imponer a la víctima la actividad sexual que rechaza (art. 28 párrafo 1 CP); y si, por otro lado, las penetraciones alcanzadas por distintos sujetos activos son integrantes de sendos delitos independientes de agresión sexual; puede concluirse que en los supuestos de agresiones sexuales múltiples en los que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras. De este modo, no existe ningún inconveniente para la apreciación de la agravante específica del artículo 180.1.2.^a del Código Penal respecto de toda una serie de delitos en los que se constituye como su autor en un sentido estricto», (FJ. 10.^o). O la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 456/2022, de 10 mayo, en la que, tras repasar su doctrina, y en base a la intensificación de la intimidación producida por la actuación conjunta, acaba condenando a cada uno de los dos sujetos implicados por dos delitos de agresión sexual del entonces artículo 180.1.2.^a al constatar que se produjo la actuación conjunta de dos personas, en cada una de las agresiones de las que los acusados fueron autores, considerando que «con independencia de que fueran cooperadores necesarios en la agresión del otro, el hecho es más grave que si la cooperación necesaria se hubiera realizado de forma distinta a la actuación conjunta en el hecho de la agresión, y es más grave por la concurrencia de una circunstancia que constituye un subtipo penal», (FJ. 2.^o).

La nueva configuración de la agresión sexual centrada en la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin asociar a ese acto la naturaleza de acto sexual se presta, a nuestro juicio, a sostener la tesis de la apreciación de esta circunstancia agravante a todos aquellos que realizan un acto atentatorio contra la libertad sexual actuando conjuntamente con otro y otros con independencia de que su acción comporte o no la realización de actos sexuales por su parte con la víctima. Queda, por tanto, cerrado el paso a la interesada distinción entre cooperadores necesarios y autores; debiéndose predicar la autoría de todo aquel que haga que la víctima realice actos sexuales no consentidos, relegando los casos de participación a las conductas consistentes en alguna aportación causal al atentado contra la libertad sexual.

Una línea interpretativa que presenta como ventaja añadida el no afectar al principio de accesoriedad limitada que rige la participación criminal, de forma que el partícipe en una agresión sexual cometida por la actuación conjunta de dos o más personas, cuya aportación no fuese obviamente la base de la agravante específica (pensemos en una cooperación al delito antes de que se inicie su ejecución como podría ser la creación de manera voluntaria de la situación adecuada para que otros puedan llevar a cabo la violación grupal –en-

gañando a la víctima para que acuda al lugar donde va a ser agredida, facilitando el lugar de la ejecución del hecho, por ejemplo) deberá responder del mismo delito que el autor, esto sería, del tipo cualificado de la agresión sexual por actuación conjunta, siempre y cuando tuviera conocimiento de que efectivamente el hecho en el que participaba implicaba su comisión por la actuación conjunta de dos o más personas; procediendo, en otro caso, la ruptura del título de imputación¹²¹. El mencionado principio sí estaría, en cambio, comprometido por la doctrina predominante del Tribunal Supremo, que, como vimos, no apreciaba la agravante a un determinado cooperador necesario, lo que obligaría para evitar situaciones injustas a que llegado el caso tampoco se aplicase a otros partícipes.

No ha sido este el único problema con gran relevancia práctica planteado por la agravante de actuación conjunta, pues no se ha ofrecido una respuesta única sobre la calificación jurídica de las agresiones sexuales grupales en las que más de uno de los intervenientes en el hecho realiza actos de contenido sexual. A propósito de este interrogante, cuya solución se aborda desde el prisma de la unidad y pluralidad de delitos¹²², no sólo se discute si estamos ante una unidad típica de acción, encontrándonos, por tanto, ante un tipo cualificado pensado para dar una respuesta específica a las agresiones sexuales en grupo¹²³, o, por el contrario, nos encontramos aquí ante una pluralidad de hechos. La respuesta a este interrogante, que no se suscita en otros delitos en los que el bien jurídico también se puede ver atacado mediante la actuación conjunta de varias personas (así, el delito de lesiones), debería, por coherencia del sistema del delito, realizarse en base a la valoración del contexto espacio-temporal de desarrollo de los hechos y el dolo de los intervenientes, de forma que podría haber un único delito de agresión cualificada siempre que, estando todos ellos de acuerdo en atentar contra la libertad sexual de otro, no gozasen los actos que cada uno de ellos realiza de autonomía. Sin embargo, sospechamos, igual erróneamente, que la alargada sombra de la concepción de estos delitos como delitos de propia mano y la gravedad de esta clase de hecho puede haber influido en una identificación automática en el caso planteado (que se suele referir además a la realización de los accesos carnales) de una pluralidad delictiva.

¹²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., pp. 475-476.

¹²² Nótese que este tipo de controversia también se ha dado en relación con la realización por parte de una única persona de una pluralidad de actos sexuales sobre la misma víctima. Resume la posición al respecto del Tribunal Supremo, distinguiendo tres situaciones, por ejemplo, FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», cit., p. 393.

¹²³ De esta opinión, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación «por actuación conjunta» (art. 180-2.º CP)», cit., pp. 70-82.

Entre los defensores de esta última posición, mayoritaria en la doctrina y apoyada por el Tribunal Supremo¹²⁴, resulta igualmente controvertida la admisibilidad de la apreciación de un delito continuado (unidad jurídica de acción)¹²⁵, cuya regulación legal no está exenta tampoco de cuestionamiento¹²⁶. La solución jurídica no es baladí tampoco en este último caso en la medida en que el régimen penológico del delito continuado (art. 74) y del concurso real de delitos (art. 76 y 78)¹²⁷ es muy distinto¹²⁸; diferencia que actuaría como un elemento más en la argumentación de quienes se decantan por reconocer la continuidad delictiva en tanto vía para limitar el exceso punitivo de la ley.

Aunque somos conocedores de que estas cuestiones requieren de mayor profundización para dar con la respuesta adecuada a derecho, lo que nos alejaría del objeto de este trabajo, hemos creído oportuno al menos apuntar el problema para subrayar que se ha desaprovechado la oportunidad que brindaba una reforma específica sobre delitos sexuales para acabar con la grave inseguridad jurídica reinante en este punto en la práctica judicial,

¹²⁴ A juicio del Tribunal Supremo, en este tipo de casos en los que puestos de acuerdo dos o más personas agreden sexualmente a la misma víctima alternando entre ellos la realización de actos sexuales y el uso de la violencia o de la intimidación, cabría distinguir una pluralidad de hechos diferentes cometidos por distintos sujetos activos que actúan de forma diferenciada, pues quien realiza el acto sexual ejecuta personalmente el verbo nuclear del tipo penal mientras que quien emplea la violencia o la intimidación contribuye, eso sí, como aportación altamente relevante, al hecho. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 975/2005, de 13 de julio (FJ. 2.º).

¹²⁵ Expone el estado de la cuestión CARUSO FONTÁN, V., «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada», en Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, cit., pp. 217-246, quien admite la posibilidad (pp. 224-237). En esta línea, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», en *RGDP*, 2020, n.º 33, p. 24-25. Rechaza, sin embargo, la aplicación del artículo 74.3 del Código penal FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», cit., pp. 394-395. También argumenta en contra de la violación continuada el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 76/2006, de 2 mayo (FJ. 4.º).

¹²⁶ Vid. FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., «La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», cit., pp. 286-288; RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desacierto de la reforma de los delitos sexuales», cit., pp. 402-403.

¹²⁷ Defienden esta tesis MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1293; FARALDO CABANA, P., «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», cit., pp. 381-420; DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, M. y TRAPERÓ BARREALES, M. A., «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», cit., p. 451; CADENA SERRANO, F. A., «Violaciones conjuntas. Caso La Manada», cit., pp. 15-16; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., pp. 254-255.

¹²⁸ Puede verse un ejemplo concreto a través del caso de la manada, donde los comentaristas han sido también muy críticos con la individualización de la pena; así, FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., «La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», cit., pp. 286-288; o BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», cit., pp. 9-10.

quién sabe si más condicionada por la respuesta penológica que por la teoría jurídica del delito, pero en cualquier caso avivada por la propia dicción del artículo 74.3 «...En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva»¹²⁹. No es excepción a lo dicho la actividad del propio Tribunal Supremo, que ha dado muestras a lo largo de los años de una posición mutable¹³⁰, que va de la negación a la progresiva aceptación del delito continuado, condicionada por la presencia de ulteriores requisitos obra de su creación, pasando por el concurso real de delitos. En las sentencias más recientes se observa su inclinación hacia la defensa de la tesis del concurso real de delitos que se proclama cuando se somete la cuestión a su consideración por las partes recurrentes en casación (así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 520/2019, de 30 de octubre, FJ. 2.º)¹³¹, pero también cuando no, insinuándose como la solución jurídica más adecuada a derecho en muchas sentencias cercanas en el tiempo (tal es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo n.º 145/2020, de 14 de mayo, «...de manera que, si se hubieran individualizado, bien podrían haber sido objeto de punición específica cada una de ellas, lo que en términos punitivos habría supuesto una condena mucho más rigurosa», (FJ. 12.º); n.º 462/2019, de 14 de octubre, «la jurisprudencia ha sustentado una aplicación restrictiva del delito continuado respecto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando los hechos sean claramente discernibles.... La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima», (FJ. 10.º); n.º 344/2019, de 4 de julio, «el hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para

¹²⁹ Se está refiriendo a los delitos contra el honor y a los delitos contra la libertad (e indemnidad) sexual que afectan al mismo sujeto pasivo.

¹³⁰ Vid. Ros MARTÍNEZ, M., «Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresiones y abusos sexuales. Concursos de delitos y formas de participación», disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/M%20Ros%20Mart%C3%ADnez.pdf?idFile=b759ccf4-92ee-4079-ab60-516ec36a1152 (consulta 20-11-2016), pp. 13-23; BOCANEGRÁ MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», cit., pp. 9-16.

¹³¹ Dice: «...la Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el artículo 179 del Código Penal».

luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciamos al respecto», (FJ. 6.º).

Reina en la práctica judicial, por tanto, una disparidad de criterios generadora de una grave inseguridad jurídica que además acaba repercutiendo negativamente en la aplicación igualitaria de una ley penal que se expresa en años de privación de libertad y otras privaciones y restricciones de derechos.

Por si los principios, valores y derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico no fueran suficientes para exigir que se adopte una decisión de política criminal sobre el tratamiento de las agresiones sexuales en grupo con intercambio de roles entre los participantes, encontramos un argumento más en apoyo de la demanda de un pronunciamiento claro del legislador en el carácter desproporcionado del castigo resultante de las tesis que defienden la apreciación del concurso real del delito y la aplicación en cada uno de los delitos en concurso de esta agravante. La existencia de una modalidad específica de agresión sexual que capte en su globalidad, sin discusión alguna, el desvalor de esas agresiones sexuales además podría salvar la crítica que recibe la actual regulación a partir de su confrontación con la de otros delitos a través de los que se tutela bienes jurídicos personales de tanta o más relevancia que la libertad sexual (vida, integridad física, libertad, integridad moral, por ejemplo), en la que se observa que no se da de por sí un tratamiento específico agravatorio a la actuación conjunta¹³².

Resulta sorprendente, dado el revuelo que rodeó al caso de la manada, que legislativamente no se haya finalmente afrontado este problema¹³³, del que sí se hizo cargo, como se apuntó, la Propuesta de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales. Muy posiblemente el rechazo del legislador a esta figura se encuentre en la dificultad de explicar públicamente el motivo de que ese tipo de hecho pasase a sancionarse con una pena de menor gravedad que la resultante de seguir aplicando a este tipo de casos los criterios judiciales actuales.

La nueva regulación de la agresión sexual reorienta, por otra parte, la respuesta a los casos en los que el medio del que se sirve el agresor o agresores para cometer el delito de agresión sexual es la intimidación ambiental provo-

¹³² No obstante, téngase presente que en los dos primeros delitos sí se tienen presente la alevosía, que pudiera llegar a construirse a partir de la actuación conjunta de dos personas.

¹³³ En favor de la creación de un delito autónomo justificado en la afectación de una pluralidad de bienes jurídicos (libertad sexual y seguridad personal), ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de las agresiones sexuales colectivas», cit., p. 1439.

cada por la actuación conjunta de dos o más personas. Como ya se explicó, a juicio del Tribunal Supremo, la «presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio», STS n.º 1291/2005, de 8 noviembre, (FJ. 2.º). Así las cosas, nos podemos encontrar con que un mismo hecho (la actuación conjunta) pueda ser objeto de desvaloración por dos normas diferentes, como son en el presente el artículo 178.3 y el artículo 180.1.1.^a, suscitándose la duda sobre si la apreciación de ambas ante tal circunstancia conllevaría la lesión del principio de *non bis in idem*. Este problema se planteaba también en la regulación anterior, advirtiéndose en la doctrina la quiebra del citado principio si se aplicaba el delito de agresión sexual intimidatoria cualificada por la actuación conjunta¹³⁴. No sería, sin embargo, este el criterio del Tribunal Supremo expuesto en el caso de «la manada», donde se condena por delito de agresión sexual en base a la intimidación ambiental creada por la actuación conjunta de los cinco hombres y además se aplica la cualificación apelando a la intensificación de la intimidación y la disminución de la capacidad de respuesta de la víctima (STS n.º 344/2019, de 4 julio, FJ. 6.º)¹³⁵. A la luz de la disposición concursal introducida en el artículo 180 ya comentada, la solución, como se explicó, se ha vuelto más confusa, pudiendo afirmarse en relación con este caso específico que, como la circunstancia del artículo 180.1.1.^a ya es tenida en cuenta por el artículo 178.3, debería aplicarse por su mayor pena el artículo 180.1.1.^a, que desplazaría o no al artículo 178.3 (ya hemos explicado la posibilidad de una doble lectura de la norma); o mantenerse la procedencia de la aplicación de ambas circunstancias cualificadoras, con base en el argumento de la existencia de una distinta fundamentación del hecho, que bien podría incluir, según el Tribunal Supremo, un plus intimidatorio.

Bajo la vigencia de la regulación resultante de la LOGILS antes de su modificación por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, la fiscalía habría sostenido que la disposición concursal recogida en el artículo 180, de sentido contrario al actual, como se recordará, haría inaplicable el tipo cualificado de la actuación conjunta de dos o más personas. Un criterio no compartido por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia n.º 108/2023, de 16 febrero, (FJ. 13.º), quien pone de relieve, en primer lugar, que la intimidación no es necesaria para conformar la tipicidad del delito de agresión sexual, lo que le lleva a deducir que la intimidación ambiental es un plus añadido que permitiría

¹³⁴ De esta opinión, CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 260.

¹³⁵ Críticamente BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», cit., p. 6.

la aplicación de este tipo agravado, al bastar en todo caso la intimidación realizada por una sola persona. En segundo lugar, resalta este tribunal el carácter inaceptable de exigir para apreciar ese tipo cualificado algún tipo de violencia física.

En atención a su fundamentación en el desvalor de acción y a su naturaleza, la apreciación de la actuación conjunta de dos o más persona resulta incompatible, en virtud del principio de inherencia (art. 67), con la circunstancia agravante ordinaria de abuso de superioridad o auxilio de otras personas¹³⁶, pudiendo también serlo, en atención al principio de *non bis in idem*, con la alevosía en caso de que se llegare a aceptar en algún momento que fuese factible su aplicación en los delitos sexuales¹³⁷.

4.2.2 CUANDO LA AGRESIÓN SEXUAL VAYA PRECEDIDA O ACOMPAÑADA DE UNA VIOLENCIA DE EXTREMA GRAVEDAD O DE ACTOS QUE REVISTAN UN CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO

La LOGILS ha dado una nueva redacción al artículo 180.1.2.^a, en el que se recoge la agravación de la agresión sexual cuando esta «está precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio».

No nos encontramos ante una circunstancia plenamente novedosa en la medida en que con anterioridad la circunstancia agravante específica primera de ese precepto ya establecía que se agravaba el hecho cuando la violencia o intimidación ejercidas revestían un carácter particularmente degradante o vejatorio. Ahora bien, la nueva dicción trae consigo un gran cambio, que conlleva

¹³⁶ Recuerda CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., pp. 258-259, que la agravante del artículo 181.1.1.^a, a diferencia del abuso de superioridad, no requiere que los sujetos tengan la intención de sacar provecho de esa situación.

¹³⁷ Como se recordará, esta circunstancia prevista en el artículo 22.1.^a tiene un elemento normativo que acota su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, una expresión que, antes de la aprobación del Código penal de 1995, se utilizaba como rúbrica del título en el que se englobaban los delitos de homicidio, infanticidio, aborto y lesiones. Esto hacía que, en una interpretación sistemática del artículo 22.1.^a, aquél se ciñese a estos delitos, suscitándose con el cambio la controversia sobre si esa interpretación se habría de mantener o no. A favor, por ejemplo, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 651. El Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 985/2016, de 11 enero (FJ. 2.^º), ha considerado que, teniendo en cuenta que el Código penal de 1995 no cambió la definición de la alevosía, hay que seguir entendiendo que los delitos contra las personas, a los efectos de apreciar la agravante de alevosía, son aquellos que se englobaban bajo el enunciado delitos contra las personas, resultando esta circunstancia «extraña a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que evidentemente protegen a la persona como titular de los valores y derechos aludidos pero no específicamente a la vida o integridad física de la misma».

la ampliación de su ámbito de aplicación, susceptible de una valoración positiva¹³⁸, en la medida en que el deslinde de los dos aspectos que anteriormente se fusionaban en su construcción, un plus de degradación de la víctima y una violencia destacada, permite colmar lagunas punitivas y evita caer en la tentación de recurrir a criterios de interpretación cuestionables desde el prisma de la legalidad; como habría acontecido en el pasado en la práctica judicial. En la doctrina penal también se habrían pronunciado voces contrarias sobre el objeto del que se habría de predicar el carácter particularmente degradante o vejatorio. En concreto, la fidelidad al principio de legalidad penal (arts. 25.2 CE y 1 CP) y la necesidad de realizar interpretaciones restrictivas de las circunstancias agravantes específicas habrían sido esgrimidas en la defensa de que la particular degradación o vejación se encontrase en los medios comisivos del ataque sexual (violencia o intimidación) y no en los actos sexuales¹³⁹.

No obstante, el desdoblamiento de esta agravante, distinguiéndose entre violencia de extrema gravedad y actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, unidos por el hecho de que han de preceder o acompañar a la agresión sexual, más allá del mantenimiento de la acostumbrada inseguridad jurídica que encierra la concreción del significado de los conceptos jurídicos indeterminados que dan forma a su existencia («extrema gravedad», «particularmente degradante o vejatorio»), arroja ahora el interrogante sobre si en ambos casos se mantiene o no el fundamento de su predecesora. Una respuesta negativa al respecto no llevaría consigo aparejado ningún inconveniente para dotar de legitimidad como agravante autónoma a semejante violencia, pero ello no hace de la cuestión algo baladí debido, por un lado, a sus implicaciones en términos de compatibilidad o incompatibilidad con otras agravantes específicas e incluso entre ellas, en un marco además en el que la

¹³⁸ Han valorado también positivamente la nueva redacción DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., p. 18; MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y HERAS VIVES, L. de las, «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1265.

¹³⁹ La vinculaban a los medios comisivos, por ejemplo, CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», cit., p. 1184; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1290; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», cit., p. 494; GARCÍA RIVAS, N., «Lección 17.^a Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abusos sexuales», en Álvarez García, J. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*. 2.^a Edición aumentada y corregida conforme a la L. O. 5/2010, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 606; CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, cit., pp. 105-108; MONGE FERNÁNDEZ, A., «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., p. 176. Opinión de la que discrepaba, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 350-351, quien entendía que, no obstante la redacción de la norma, la calificación de particularmente degradante o vejatoria se tenía que predicar de la situación a la que daba lugar el ejercicio de la violencia o de la intimidación.

conurrencia de dos circunstancias específicas determina, como se ha dicho, la acotación de la pena en su mitad superior, y, por otro lado, en relación con otros tipos penales de naturaleza no sexual. A nuestro juicio, como explicaremos seguidamente, existirían argumentos que facilitarían la realización de forma razonable de ambas lecturas de la norma¹⁴⁰; no debiendo descartar que se terminen combinando ambas en la práctica judicial en aras de salvaguardar su compatibilidad con otras circunstancias y delitos y con ello facilitar una condena mayor. Sólo una de estas lecturas, aquella consistente en otorgar un fundamento distinto a cada una de ellas, haría que nos encontrásemos en realidad ante dos circunstancias agravantes específicas, que de concurrir en el hecho determinarían la eficacia del artículo 180.2.

Si nos fijamos en sus antecedentes, la controversia que reinaba sobre el ámbito de aplicación del anterior artículo 180.1.1.^a, la propia casuística de la violencia sexual y la dedicación a su regulación de un mismo apartado, podríamos ciertamente seguir considerando que su razón de ser se encuentra en el mayor contenido degradante de esta clase de agresión sexual tanto en el caso de la violencia extrema como en el caso de los actos particularmente degradantes o vejatorios¹⁴¹.

Efectivamente, su antecesora se basaba, sin discusión, en el mayor contenido de injusto de la agresión sexual determinado por un plus cuantitativo y cualitativo de contenido vejatorio o degradante originado o presente en la forma violenta o intimidatoria del ataque¹⁴². Una limitación esta que resultaba

¹⁴⁰ En favor de distinguir entre dos fundamentos diferentes CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», cit., p. 243, quien las califica de independientes y resalta que la violencia ya no ha de ser necesariamente degradante; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 867, quien señala en relación con la violencia extrema el riesgo que entraña para la vida o la integridad física y en el otro caso el atentado a la integridad moral. Mantiene, sin embargo, el fundamento del carácter degradante de la violencia ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», cit., p. 231. No está tan claro el posicionamiento de CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», en *RGDP*, 2023, n.º 41, p. 17, la cual apela globalmente a la afectación de otros bienes jurídicos, concretamente la vida, la salud, la libertad y la dignidad humana o integridad moral, pero posteriormente al focalizar su atención en la violencia extrema y en el uso de armas menciona únicamente el peligro potencial para la salud y la vida (pp. 23-25).

¹⁴¹ Identifica un mayor ataque a la dignidad MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 172-173.

¹⁴² En esta línea el Tribunal Supremo, quien apela a un redoblado ataque a la dignidad humana que se suma al propio de toda agresión. Así en sus sentencias n.º 812/2003, de 3 de junio, —«lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima» (FJ. único); o n.º 968/2012, de 30 de noviembre (FJ. 4.º).

particularmente controvertida en atención al propio fundamento de la agravante, dado que la casuística de la violencia sexual también revela que los sujetos que la ejercen realizan u obligan a realizar actos, no necesariamente sexuales, que revisten por sí mismos ese plus vejatorio sin necesidad de su vinculación con medios violentos. El propio Tribunal Supremo habría dado buena cuenta de esta realidad, llegando, en alguna ocasión, de forma muy discutible a la luz del principio de legalidad, a aplicar también esta agravante a casos en los que difícilmente se ve la conexión entre el componente degradante y el medio violento. Así se observa a través de la lectura de sus sentencias, pudiéndose resaltar que a los efectos de concretar el carácter particularmente degradante de la violencia o intimidación (o del hecho en su globalidad) que dotaban de significación a esta circunstancia antes de la LOGILS era frecuente la apelación a dos sentencias dictadas en relación con la figura agravada de la agresión sexual tipificada en el párrafo segundo del artículo 430 del Código penal tras su modificación por la Ley Orgánica 3/1989. Este tipo agravado, que no se configuraba únicamente sobre el uso de la fuerza o la intimidación¹⁴³, hacía referencia a que «la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», y de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 975/1996, de 21 enero, de 1997, quedaba «reservado, legislativa y jurisprudencialmente, para sancionar conductas en las que la manifestación de un espíritu sádico, ánimo injurioso o de humillación sobreañadida (por emplear términos de la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado) se haya concretado en comportamientos de especial salvajismo, animalidad, perversión o brutalidad, por más que el análisis de tal acción en el contexto general del comportamiento del acusado incline el ánimo del juzgador a un rigor generalizante que necesariamente hay que matizar por razones objetivas de enjuiciamiento individualizado»; explicándose en ella que «toda agresión sexual que se realice por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para el sujeto pasivo del hecho, por lo que, para entender que se trata de una conducta merecedora de la agravación legalmente prevista, habrá de apreciarse la concurrencia en el hecho de un grado de brutalidad, degradación o vejación superior al ya ínsito en el hecho realizado por la fuerza o con intimidación, contemplado por el legislador como naturalmente anejo a hechos de esa índole, sin que por ello haya considerado precisa la agra-

¹⁴³ La diferencia con el delito de violación del artículo 429 se encontraba en el tipo de acto sexual realizado, compartiendo con aquel el uso de fuerza o intimidación, que la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación o que fuera menor de doce años cumplidos.

vación automática de los mismos», (FJ. 13.^o)¹⁴⁴. Este criterio se sigue igualmente en la otra sentencia de usual cita cuando se discutía la apreciación de esta circunstancia agravante específica, la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 314/1994, de 14 febrero: «debe reconocerse que todo ello –de ordinario– forma parte integrante de todo atentado sexual, de modo que la figura agravada –cuya aplicación pretende la parte recurrente–demanda «un plus de brutalidad, de degradación o de vejación». Es decir, para que proceda la estimación de la referida figura agravada, la conducta enjuiciada ha de denotar –respecto de los extremos indicados– «algo más» de lo que es connatural a casi toda la agresión sexual», (FJ. 2.^o). Como se habrá observado hasta aquí, se habla en general de la «conducta» y no únicamente de la violencia o intimidación y además se fundamenta la agravación por referencia a la brutalidad, degradación o vejación¹⁴⁵. Estos parámetros, como decíamos, se recogen en sentencias posteriores que aplican un nuevo Código penal en el que la violencia y la intimidación ya son elementos esenciales del delito de agresión sexual y además se ha transformado la redacción de la agravante, uniéndose el plus de degradación a los citados elementos, sirviendo de base para la fundamentación de fallos dispares en el propio Tribunal Supremo¹⁴⁶. En algunas de ellas el alto órgano judicial se muestra favorable a entender que esa circunstancia sólo es de apreciación si era la violencia o intimidación empleada, por tanto, los medios comisivos, el detonante del exceso de los niveles de degradación propios del delito sexual, pero en otras es partidario de la realización de una valoración global de la situación en la que se acaba conectando la violencia (física o psíquica) con los actos sexuales e incluso en alguna ocasión se enlaza a las consecuencias de la acción delictiva¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Se habla incluso de «un elemento tendencial de menoscabo a la víctima que justifique el plus agravatorio»; precisándose en la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 314/1994 de 14 febrero, que «... puede derivar tanto de un espíritu sádico como injurioso o de humillación sobreañadida» (FJ. 2.^o).

¹⁴⁵ Así las sentencias del Tribunal Supremo n.^o 889/2007, de 24 de octubre (FJ. 1.^o); n.^o 194/2012, de 20 de marzo (FJ. 4.^o); o n.^o 344/2019, de 4 julio (FJ. 6.^o). En ellas expresa el Tribunal Supremo que la agresión sexual se había de caracterizar «por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o por una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994)».

¹⁴⁶ Un seguimiento de su aplicación por el Tribunal Supremo en ROS MARTÍNEZ, M., «Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresiones y abusos sexuales. Concursos de delitos y formas de participación», cit., pp. 6-13.

¹⁴⁷ Así, la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 643/2017, de 2 de octubre (FJ. 1.^o y 2.^o), confirma la condena por un delito de violación agravada en base a esta circunstancia, recordando que en la condena de instancia se fundamentó en «que «el acusado Eladio aplicó sobre su víctima una violencia innecesaria para perpetrar la agresión sexual llevada a cabo, dada la notable superioridad física del mismo, golpeando sin piedad el rostro de la Sra. Custodia y causándole unas lesiones internas en su zona íntima con desgarro que hizo a la ginecóloga de guardia considerar la posibilidad de suturar el mismo. No sólo eso, sino todo el cuerpo de la agredida estaba golpeado y magullado, precisando cabestrillo y realizar fisioterapia para recuperar la normalidad funcional». [] Además resalta el Tribunal, que el acusado a la víctima: «La desnuda

Se posicionaba el Tribunal Supremo en favor de la primera interpretación, por ejemplo, en su sentencia n.º 159/2007, de 21 de febrero, que, en referencia a la concurrencia de una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio, señala que «... No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación empleadas las que revistan aquellos caracteres. Y así ocurre en el caso, pues sin ninguna duda someter a una mujer a la que se ha privado de libertad y atado de pies y manos a las maniobras descritas en el relato fáctico de la sentencia no puede ser calificado de otra forma», (FJ. 7.º)¹⁴⁸. También en su sentencia n.º 889/2007, de 24 de octubre, donde afirma que «la agravación del artículo 180.1.º CP, no se refiere a los actos sexuales realizados, de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución, (STS n.º 530/2001, de 28 de marzo), y solo será apreciable cuando estas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio», (FJ. 1.º)¹⁴⁹; o en la n.º 968/2012, de 30 de noviembre, en la que se explica que: «...gramaticalmente la literalidad del art. 180.1.1.ª predica el carácter vejatorio o degradante de la violencia o intimidación ejercidas, y no directamente del acto sexual. Que los aditamentos que justifican esa singular connotación vejatoria se refieran a la violencia y no a la acción de contenido sexual es correcto y conforme al sentido y literalidad del precepto», observando su presencia en el hecho al «utilizar una cuchilla de afeitar para ir efectuando con

totalmente en un sitio público, la somete a todo tipo de tocamientos, la golpea con una violencia gratuita, y finalmente la penetra con igual virulencia, incluso causándole lesiones sanguíneas en la vagina y eyaculando en su interior, y termina escupiéndole en la cara. En tal estado, pasan por su lado los viajeros que llegaban en el tren siguiente, y que la ven desnuda y maltrecha, lo que a la violación de su libertad sexual y al atentado a su integridad física, añade un plus vejatorio notable».

¹⁴⁸ La mujer víctima había sido privada de libertad, atada de pies y manos y amordazada, golpeada reiteradamente en dedos y tobillos, pasándole papel de lija por la oreja derecha, introducida en una bañera llena de hielo y con agua fría, donde le cayó encima más agua fría, siendo sumergida en esa agua en varias ocasiones. Atada aún de pies y mano, el autor la trasladó a la cama, donde la penetra vaginal y analmente. Posteriormente la tapó con una toalla mojada en agua fría y la obligó a hacer una llamada para que traigan al hijo de ambos.

¹⁴⁹ En este caso, se descarta la apreciación de la agravante por no constar en los hechos probados ese *plus* de degradación. En aquellos se puede leer que una chica de 21 años fue golpeada reiteradamente en la cabeza contra el suelo, propinándole varios puñetazos, para vencer su resistencia al ataque sexual y que en su intento de huida del agresor fue asida por este, cayendo ambos al suelo, donde forcejaron; relatándose además unas lesiones.

parsimonia, como recreándose, múltiples cortes en zonas algunas muy íntimas; otras, visibles, del cuerpo de la víctima»; resultando ello «... degradante: cosifica a la persona, convirtiéndola en un mero objeto manejable a capricho para satisfacer con él las propias perversiones. Salvajismo refinado y crueldad innecesaria confluyen para justificar la agravación», (FJ. 4.º)¹⁵⁰. Este criterio se sigue igualmente en otras sentencias como la n.º 714/2017, de 30 de octubre, para revocar la aplicación de esa circunstancia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3.ª, de 20 de diciembre de 2016: «En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento», (FJ. 2.º)¹⁵¹. O en su sentencia n.º 62/2018, de 5 febrero, (FJ. 7.º), para confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1.ª, n.º 164/2017, de 21 de marzo, que descarta su aplica-

¹⁵⁰ En esta sentencia el Tribunal Supremo hace suya la argumentación del Ministerio Fiscal de la que reprodujimos a continuación para más claridad unas líneas: «“... la subsunción en el precepto no se basa, en exclusiva, en la utilización de la cuchilla por los acusados. Más bien debe su aplicación a determinados episodios descritos con claridad en el *factum* y que, apreciados en su conjunto, permiten la calificación cuestionada por el recurrente: el uso de la cuchilla tipo Gillette, ir produciendo con movimientos lentos cortes en los pechos y abdomen de la víctima mientras con la otra mano acariciaba y besaba los pechos y la boca; continuar realizando cortes con la cuchilla, con igual lentitud, esta vez en la zona lumbar, cuando cambian los acusados de posición para que el otro acusado también le tocara los pechos. Por último soltar el botón del pantalón para meter la mano con la cuchilla de afeitar por debajo de la bragas hasta el punto de producirle un corte en la zona pública”. Concurre, acaba concluyendo, tal brutalidad y salvajismo que no es sostenible calificar la violencia como algo consustancial a la agresión sexual: a la violencia propia de la agresión sexual –agarrarla y luego sujetarla contra la pared con los brazos– se añadió otra gratuita y degradante por el medio empleado –cuchilla–, por el número de cortes –entre 55 y 70–, por la forma de producirlos –lentamente– y por los lugares elegidos –abdomen, espalda, zona pectoral y mamas, zona pública, y manos y brazos–».

También se confirmó la aplicación de la agravante en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1607/2003, de 1 de diciembre, en atención a que en la descripción de los hechos probados se aprecia «un verdadero lujo de golpes por todo el cuerpo de la perjudicada, con una cadena e incluso con un teléfono móvil, así como que la misma fue atada de pies y manos a la cama y obligada a permanecer durante un largo espacio de tiempo en esa situación. Al extremo de que, una vez desatada, no pudo moverse durante más de un día, a causa del dolor y del atontamiento», (FJ. 4.º).

¹⁵¹ Afirma el Tribunal Supremo: «Pero en el relato de autos, además de los actos violentos directamente tendentes a lograr el acceso carnal, solo media la expresión de «guerra, muévete que te gusta»; ciertamente de obvias connotaciones vejatorias, pero sin trascender en el entorno referido a la vejación insita a la agresión sexual, ni integrar un exceso o gratuidad sobre la violencia necesaria para vencer la resistencia de la víctima; de donde carece en las circunstancias descritas de la entidad que el adverbio “particularmente” exige para integrar la agravante calificada».

ción en base a la reiteración de los actos sexuales o de golpes, de los insultos y amenazas¹⁵².

A pesar de lo expresado, en otros pronunciamientos se observa que el componente de naturaleza sexual tiene un papel destacado para la aplicación de la agravante. Así, sucede, en nuestra opinión, en su sentencia n.º 975/2005, de 13 de julio: «la violencia e intimidación ejercidas, consistieron en un puñetazo en el estómago que arrojó a la víctima en una bañera llena de agua; en agarrar a la mujer por los pelos y obligarla de esa forma a desnudarse, bajo amenazas de muerte, y a amenazarla con golpearla con una botella de vodka. Pero es que además, ha de tenerse en cuenta que tras obligarla a que le practicara una felación y a que se tragara el semen, y después de imponerle que aceptara mantener relación sexual con otro, con independencia de que esta no llegara a ejecutarse, cuando la víctima se encontraba vomitando a causa de lo anterior, nuevamente la obligó a introducirse el pene en la boca y a tragarse de nuevo el semen, lo cual, dados los antecedentes del hecho concreto puede ser valorado como integrante de una situación intimidatoria, de dominio sobre la voluntad de la mujer, que resulta especialmente humillante y vejatoria», (FJ. 5.º). También en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 194/2012, de 20 de marzo, donde si bien se comienza recordando el criterio seguido en la citada sentencia n.º 159/2007, se añade seguidamente que «... con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en rela-

¹⁵² Se declaró probado que el hombre «totalmente desnudo llevando una máscara en la cara, un cinturón y una botella de whisky en las manos, dirigiéndose a su expareja le dijo con ánimo libidinoso “vamos a follar sí o sí, a las buenas o a las malas”, quitándole el móvil a la fuerza, la arrastro por la casa, a continuación Frida se metió en la cocina e intentó llegar a la ventana a pedir auxilio, pero el acusado la cogió del pelo y la arrastró al salón hasta el sofá, le metió la botella en la boca y la obligó a beber alcohol, luego la arrastró al dormitorio, obligándola a que se pusiera un corsé, resistiéndose en todo momento la misma por lo que el acusado tuvo que tirarle del pelo y empajarla y golpeándola con el cinturón que portaba en una de sus manos. Una vez en la habitación el acusado obligó a Frida a efectuarle una felación mientras se echaba la bebida alcohólica por el pene y le chupaba sus genitales, después de ello, la arrastró a empujones hasta el sofá para obligarla de nuevo a continuar con la felación, después la agarró del pelo fuertemente para inmovilizarla y poder penetrarla analmente, dándole golpes en la cara, pero al no conseguirlo por no lograr una erección, cogió un consolador para introducirselo por el ano, mientras le decía “te voy a reventar el culo, a ti y a tu hijo, hija de puta” desistiendo posteriormente de introducirlo, y mientras tanto le tiraba alcohol por encima, diciéndole que si no hacia lo que él quería la iba a buscar y reventar el culo a ella y a su hijo. [] Finalmente el acusado obligó a Frida a que se pusiera encima de él y la penetró vaginalmente, tras ello la penetró de nuevo vaginalmente por detrás y logró eyacular en la misma. Durante los hechos el acusado le decía a la víctima que si no hacía lo que él quería iba a buscar a su hijo y “le reventaría el culo” así como que “si no eres mía te voy a matar” y si le denunciaba “le iba a matar”».

ción con la conducta impuesta», siendo la conclusión del Tribunal que «la descripción fáctica permite apreciar que la víctima fue sometida durante el tiempo que duró la agresión a una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que la excedieron mediante una serie de penetraciones violentas, bucales y vaginales, que los autores simultaneaban sucesivamente, colocándola por lo tanto bajo una violencia innecesaria que no puede ser calificada sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria, superando así esa misma naturaleza que cualquier acto de agresión sexual ya lleva consigo», (FJ. 4.º)¹⁵³. O en la sentencia n.º 576/2015, de 5 de octubre, citada no obstante por el propio Tribunal Supremo en su sentencia n.º 614/2017, como ejemplo de aplicación del anterior criterio, en la que podemos leer de forma lacónica: «Y como se razona en el FJ 4.º de la sentencia recurrida, el delito de violación fue ejecutado mediante “... dos felaciones impuestas por la fuerza¹⁵⁴ (que fueron) acompañadas por sendos actos de micción sobre la cabeza y la cara de la víctima”. Se trata, por tanto, de actos de violencia sexual “... de carácter particularmente degradante o vejatorio”. Si a ello se añade que tales sevicias se ejecutaron en presencia del hijo que la víctima tenía de una relación anterior, se comprenderá lo acertado de la calificación aplicada por la Audiencia»¹⁵⁵.

¹⁵³ La víctima fue cogida por los brazos, empujada y llevada a rastras hasta el lugar de los hechos y sujetada de pies y manos para que cada uno de los cuatro hombres pudieran realizar los actos sexuales.

¹⁵⁴ Obsérvese que, a la luz de los hechos declarados probados, los episodios de naturaleza sexual se producen en un contexto de control y dominación del hombre sobre su mujer pareja, donde aquel la propina reiterados golpes, algunos al servicio de ejecución de los actos sexuales (que claramente son manifestación del ejercicio de esa dominación), otros son expresión de castigo a la víctima, pero sobre ello no incide el Tribunal Supremo.

¹⁵⁵ Así en las sentencias del Tribunal Supremo n.º 1005/2009, de 9 de octubre, donde se argumenta para desestimar el motivo del recurso por aplicación indebida del entonces artículo 180.1.1.º que «el acometimiento sexual fue especialmente vejatorio al participar los dos en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales colocando a la víctima en una situación especialmente vejatoria» (FJ. 3.º). Parece que también podría ser el caso analizado en su sentencia n.º 1414/2005, de 21 de noviembre, en la que se limita a afirmar que «de una manera persistente e insistente somete a la víctima a una sumisión sexual, imponiéndole además comportamientos que suponen, no sólo un exceso en la ejecución de la agresión sino un aumento, de manera importante, del sufrimiento de la agredida que se ve sometida a un trato, especial y gravemente vejatorio» (FJ. 3.º), por referencia a los siguientes hechos: el autor coge fuertemente por el cuello a la víctima a quien dice «cállate que te mato, si quieres vivir cállate; pótate bien», introduciéndola acto seguido en su coche, golpeándola en la cara y en el resto del cuerpo reiteradamente, para posteriormente, y ante la negativa de la mujer, reaccionar aún más violentamente, diciéndole o chupas o follas o mueres, quitándole la ropa y obligándola a realizarle una felación cogiéndola fuertemente del pelo, a la par que le movía la cabeza rítmicamente, llegándole a arrancar mechones del mismo. Tras esto le exigió que se desnudase, y ante su negativa, la volvió a golpear con fuerza y la amenazó con ahogarla, quitándole los pantalones y la braga, penetrándola a continuación vaginalmente en diferentes posturas hasta llegar a eyacular e intentando penetrarla también analmente. Mientras tuvo lu-

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

Más lejos ha llegado la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019 de 4 julio, (FJ. 6.º), en la que se fundamenta la aplicación de la circunstancia en un exceso en la intimidación ejercida por los agresores sexuales, intimidación que habría servido, como ya dijimos, para condenar por delito de violación, que parece sustentarse en la concurrencia de los siguientes datos fácticos: al menos dos de los sujetos estaban interactuando simultáneamente con la víctima; esta fue objeto de penetraciones bucales, vaginales y anales que fueron grabadas por los acusados en seis vídeos de una duración de 59 segundos, más otro vídeo de 39 segundos, en los que se describen un total 10 agresiones sexuales; la víctima fue penetrada bucalmente por los cinco sujetos, vaginalmente por dos, y en dos ocasiones, y analmente por uno una vez; dos de los sujetos eyacularon y ninguno utilizó preservativo; se realizaron dos fotos de la víctima; en las fotos y grabaciones se observa gestos de jactación, alarde y ostentación con deprecio y afrenta a la dignidad de la víctima.

Si a lo dicho añadimos que, en cualquier caso, la violencia y la intimidación se analizaban como formas de expresión de un trato degradante que excede del propio al delito sexual, no parecería descabellado entender que la modificación legislativa comentada, aunque no lo haya expresado el legislador, se justificaría en la necesidad de dar cobertura legal a una interpretación de la norma de dudosa legalidad para castigar con arreglo a la ley más gravemente todas las agresiones sexuales marcadas por el plus vejatorio. Se buscaría simplemente con la reforma ajustar la norma a esa otra realidad¹⁵⁶, sin que ello implice cambios en la fundamentación de la circunstancia agravante. Podríamos decir que en cierta forma su tenor respondería a una evolución natural de la norma tendente a superar las críticas doctrinales recibidas y la inseguridad jurídica que rodeaba su aplicación, rompiéndose simplemente la vinculación entre los medios violentos y los actos que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio, pero manteniendo en ambos casos el fundamento del mayor desvalor del hecho en consideración a su

gar la penetración vaginal y cada vez que cambiaba de postura la obligaba a realizarle una felación diciéndole «chupa».

¹⁵⁶ Parece que se manifiesta en este sentido MORALES HERNÁNDEZ, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 de Código penal», en de Marín de Espinosa Ceballos, E. M. y Esquinias Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, cit., p. 134. Nótese, por otra parte, que la Proposición de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en sus dos versiones, ya planteaba un cambio en la redacción de la norma, que se entendería precisamente desde la problemática explicada: «Que el atentado contra la libertad sexual se acompañe de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Será en los anteproyectos cuando se añada la referencia a la violencia de extrema gravedad.

mayor componente degradante. De ser así, la mención de ambos casos en la misma numeración como si de una única circunstancia se tratase tendría pleno sentido.

A pesar de lo dicho, es posible, como se anunciaba, proceder a realizar una lectura diferente del artículo 180.1.2.^a, que se anclaría en el Convenio de Estambul. Este, concretamente, en su artículo 46, recoge un elenco de circunstancias agravantes de la violencia de género y de la violencia doméstica entre las que se encuentra una que dice así: «que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad». Teniendo en cuenta que este convenio ha ejercido su influencia en la toma de decisiones legislativas, como el propio preámbulo de la LOGILS reconoce expresamente, y que el tenor efectivamente novedoso del precepto penal coincide plenamente con la disposición supranacional transcrita, sería lógico concluir que el cambio de redacción en el tenor de la circunstancia que comentamos tiene su causa simplemente en el citado convenio¹⁵⁷. Esta conclusión da luz verde a identificar un fundamento distinto en la agravación de la agresión sexual por violencia extrema que, desde el momento en que es esperable que ocasione daños graves para la salud e incluso cause la muerte o al menos incremente el riesgo de su producción, estaría ligado a la protección de ulteriores bienes jurídicos, en concreto la salud (física y psíquica) y la vida¹⁵⁸. Ahora bien, el informe explicativo que acompaña al Convenio de Estambul invitaría igualmente a realizar una interpretación restrictiva de esta disposición, demandando que la violencia extrema presente un riesgo grave para la vida de la víctima, puesto que aquí se encuentra la razón de su existencia¹⁵⁹. Independientemente del mayor o menor alcance que finalmente se le otorgue por los órganos judiciales a la novedosa disposición, bajo esta hipótesis justificadora lo más coherente sistemáticamente hubiese sido, sin embargo, que la violencia extrema se contemplase al hilo de la agravante relativa al uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, como le hizo notar al prelegis-

¹⁵⁷ En esta línea, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., p. 53; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 168.

¹⁵⁸ De esta opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 172-173; si bien más adelante resalta que la violencia extrema «tiene un contenido que se dirige más al ataque a la dignidad que a la salud física o psíquica».

¹⁵⁹ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 2011, § 241).

lador el Consejo General del Poder Judicial¹⁶⁰. En esta última, como veremos, se especifica exactamente el tipo de peligro cuya creación se desvalora, sin limitarlo a la puesta en peligro de la vida. La existencia de esta norma facilitaría que en una interpretación sistemática se afiance la tesis de que la nueva disposición no necesariamente está vinculada a la creación de un peligro para la vida, porque de haberlo pretendido así el legislador lo esperable es que lo hubiese dispuesto expresamente como hace en otras ocasiones. Su sentido, en definitiva, quedaría dependiente exclusivamente del significado de la expresión extrema violencia.

Sea como fuere, con la nueva redacción se distingue claramente entre la violencia de carácter extremo y los actos de carácter particularmente degradante o vejatorio, sin perjuicio de que en el caso concreto pudieran concurrir ambos. Y así lo entiende el Tribunal Supremo, quien afirma que el legislador ha optado «por extraer de la fórmula normativa antecedente dos supuestos agravatorios diferenciados. Uno, la utilización, precediendo o acompañando a la agresión sexual, de violencia de extrema gravedad, que se desvincula de las notas de particularmente degradante y vejatoria que se reclamaban en la norma derogada. La violencia se contempla, así, como una manifestación más de la dinámica comisiva, caracterizada, eso sí, por su especial intensidad. Otro, la realización de actos particularmente degradantes o vejatorios, innecesarios para la ejecución de la agresión sexual». Esto ha comportado, como el mismo explica, una extensión, a través de la contemplación de actos denigratorios o vejatorios no violentos, y al mismo tiempo estrechamiento, mediante la exigencia de que la violencia sea de extrema gravedad, del ámbito de aplicación de esta cualificación específica de la agresión sexual (STS n.º 61/2025, de 30 enero, apartados 12 y 13).

Señala, en primer lugar, el artículo 180.1.2.^a que se agravará la pena «cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad». Se está refiriendo el legislador a una violencia de naturaleza física en la medida en que, aunque, como vimos, la agresión sexual ya no se construye sobre la violencia y la intimidación, ambos términos siguen siendo utilizados en la regulación legal de los delitos de agresiones sexuales de forma independiente (vid. arts. 178.2 y 3 y 181.2)¹⁶¹. Sólo en la violencia físi-

¹⁶⁰ Este era el lugar deseable a juicio del Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., pp. 85-86.

¹⁶¹ De otra opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 168-169, quien argumenta en pro de dar un sentido más amplio al término para incluir la violencia psíquica.

ca piensa además el Convenio de Estambul a la luz de su informe explicativo, en el que expresamente se señala que la circunstancia se refiere a los actos de violencia física que son particularmente altos en intensidad¹⁶². Esta disociación que se produce en el tratamiento jurídico de ambos tipos de violencia únicamente se entiende desde la mirada de quien legisla con la casuística más generalizada, pues también es susceptible de emplearse, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, una violencia psíquica determinante de un plus de degradación de la víctima, que podría ser además causante de daño a la salud. En cualquier caso, el término actos parece lo suficientemente amplio para comprender cualquier tipo de acción, no necesariamente de naturaleza sexual; de forma que a su amparo podría seguir teniendo relevancia la intimidación empleada siempre que presente un carácter particularmente degradante, así, por igual motivo, la violencia no extrema¹⁶³.

El carácter particularmente degradante o vejatorio de los actos, como se ha apuntado, se aprecia desde décadas allí donde se observa objetivamente un grado de degradación superior al propio o inherente a la agresión sexual, como consecuencia de la realización de acciones innecesarias para llevar a cabo el atentado sexual.

El nuevo reto sería delimitar cuando estamos ante una violencia de extrema gravedad. A tal fin, podríamos partir de que se trataría claramente de una violencia física que va más allá de la necesaria para cometer el delito de agresión sexual¹⁶⁴, procediéndose a continuación a acotar su significado desde su idoneidad *ex ante* para lesionar gravemente la integridad física y/o psicológica de la víctima¹⁶⁵ o acabar con su vida, independientemente de la producción o

¹⁶² *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., § 241.

¹⁶³ En este sentido el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 86, ya reparaba en que en la nueva redacción el carácter vejatorio se proyecta tanto sobre los medios comisivos como sobre los actos sexuales.

¹⁶⁴ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo n.º 444/2023, de 14 junio (FJ. 7.º), en la que se descarta su apreciación allí donde el agresor agarra a la víctima del cuello, introduciéndola en el interior de la vivienda, donde cogiendo un serrucho viejo se lo pone en el cuello, diciendo que la iba a matar, y la lanza contra la cama para posteriormente realizar actos sexuales. Tampoco se aprecia cuando la conducta del agresor consiste en bajar los pantalones a la víctima, cogerla por la nuca y el cabello con fuerza, poniendo el miembro viril en su boca, obligándola a hacerle una felación, y seguidamente agarrarla con fuerza de las manos, poniéndoselas por detrás, procediendo con sus propias piernas y por la fuerza a abrirle las piernas penetrándola por vía vaginal (STS n.º 499/2025, de 29 mayo, FJ. 4.º).

¹⁶⁵ Así, la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 36. DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 25, apuntan, por ejemplo, que la violencia puede ser extrema si produce en la víctima el efecto de pérdida el sentido.

no de resultados lesivos para estas¹⁶⁶. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo ha calificado de extrema aquella en la que se emplea «una enorme violencia y agresividad», lo que aprecia en la conducta del agresor, un hombre de gran envergadura física, que tira al suelo a la víctima, de constitución menuda, y se coloca sobre ella, neutralizando su resistencia a base de propinarla fortísimos puñetazos en la cara, tronco y otras partes del cuerpo; metiéndole por la fuerza los dedos en la vagina, mientras continuaba dándole golpes sin cesar; cogiéndole fuertemente la cabeza y metiéndole por la fuerza el pene en la boca, sin parar de propinarle fortísimos puñetazos en la cara y cuerpo, (STS n.º 654/2024, de 26 de junio, FJ. 2.º). En su sentencia n.º 61/2025, de 30 enero¹⁶⁷, apartados 16 a 21, reclama la existencia de un grave exceso cuantitativo y cualitativo de violencia, que se manifiesta en atención «no solo a la dinámica comisiva y a sus evidentes rasgos de exceso, sino también a la pluralidad de las lesiones producidas y, muy en particular, a los riesgos específicos de que se hubieran producido resultados lesivos mucho más graves. La extrema gravedad de la violencia, como presupuesto de agravación, no exige producción de resultados extremadamente graves,... Basta, entre otros indicadores, el peligro, como anticipábamos, de que se produzcan».

Es evidente el solapamiento parcial de esta circunstancia con la cualificación específica relativa al uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código cuando se hace un uso físico de estos y no simplemente intimidatorio. Esto ha llevado a algún autor a concluir que la violencia extrema no incluiría estos casos al estar expresamente desvalo-

¹⁶⁶ En esta línea, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 169-170, quien agota su significado por referencia a la causación de «males de lujo».

¹⁶⁷ Se narra que inicialmente el agresor, después de conseguir inmovilizar a su víctima en el suelo, «se situó encima, la agarró de los pelos y hasta en tres ocasiones la golpeó fuertemente la cabeza contra un muro, provocando que quedara aturdida. Acto seguido, después de quitarle las bragas, intentó penetrarla vaginalmente y ante la falta de lubricación genital le practicó sexo oral, si bien ante otro intento fallido de penetración le dio la vuelta y sujetándola contra el suelo, de espaldas, la penetró analmente en varias ocasiones, al tiempo que le mordía el cuello». En otro momento, y tras un primer intento de escape por parte de la víctima, el agresor «la agarró por los pelos y la arrastró por el suelo hasta una zona del campus universitario más aislada, donde la lanzó con fuerza contra un árbol, no llegando a impactar su cabeza contra el mismo al extender... los brazos evitando el golpe». Aparte de la violencia empleada para empujar, asir, inmovilizar, voltear y penetrar reiteradamente a la víctima, el agresor «empleó otra violencia desprovista de sentido, intensa, inusitada, idónea para generar un peligro concreto de causación de lesiones de particular gravedad y, significativamente, desconectada de una evidente funcionalidad comisiva. Esta no puede hacerse depender exclusivamente del plan criminal del autor. La violencia no puede calificarse de necesaria porque el victimario decide prolongar o repetir indefinidamente ataques a la indemnidad sexual de la persona victimizada, con un efecto de cosificación extrema».

rados¹⁶⁸. A una conclusión diferente se ha de llegar desde la consideración de la unidad de fundamento de la circunstancia del artículo 180.1.2.^a, que hace compatibles ambas circunstancias, si bien encierra el problema de dejar fuera de la órbita de la aplicación conjunta de estas agravantes algún caso en el que la violencia es objetivamente peligrosa incluso para la vida y, sin embargo, es más difícil de calificar de degradante. Estamos pensando, por ejemplo, en la asfixia erótica, que habría que plantear como un medio peligroso para la vida.

En su vigente redacción, esta norma introduce además un elemento temporal referido al momento del ejercicio de la violencia y de los actos particularmente degradantes, exigiendo para su apreciación que estas circunstancias precedan o acompañen a la agresión sexual¹⁶⁹. Por lo que afecta a la violencia extrema, el tenor literal de estas palabras del legislador apunta asimismo hacia un claro desligamiento de esta violencia de la intensidad del ataque a la libertad sexual, que ya en la anterior regulación se reconocía en atención al fundamento de la agravante, sin perjuicio de que, tal y como se configuraba la agresión sexual entonces, se concluyese que el carácter particularmente degradante de la violencia o de la intimidación se habría de predicar de aquella que se empleaba como medio comisivo de la agresión sexual, siendo perfectamente compatible con lo dicho que esta respondiese a diversos fines (así, doblegar la voluntad o degradar de forma más acentuada a la víctima). Ante la nueva regulación de la agresión sexual, la previsión de que la violencia extrema puede acompañar a la práctica sexual abre la puerta a su apreciación sin necesidad de su uso medial¹⁷⁰.

Esta disposición podría suscitar en particular la duda sobre las implicaciones jurídicas del carácter precedente de la violencia o de los actos mencionados. Ese calificativo, «precedente», designa en sentido semántico el hecho de ser «anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos», sin exigir necesariamente ni inmediatez ni conexión teleológica entre actos. No obstante, desde la perspectiva penal, la agravación sólo se justificaría si la violencia o los actos particularmente degradantes se vinculan con la agresión sexual. A resultas, cabría entender por lo que a la violencia extrema concierne

¹⁶⁸ De esta opinión, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., p. 255.

¹⁶⁹ Críticamente MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 170-171, al considerar que la crueldad posterior al acto sexual forma parte de la conducta delictiva desde un punto de vista criminológico.

¹⁷⁰ En contra, MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y DE LAS HERAS VIVES, L., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1266.

que son subsumibles en este tipo cualificado los sucesos en los que la violencia extrema es instrumental para cometer la agresión sexual, englobándose aquí también los casos en los que la determinación criminal de orden sexual surge con posterioridad a la ejecución de la violencia en tanto el ofensor se aproveche de sus efectos (pensemos, por ejemplo, en el hombre que después de pegar brutalmente a su mujer, decide obligarla a la realización de actos sexuales; o del ladrón que se sirve de ella para apoderarse del objeto del robo y luego experimenta el impulso sexual que satisface con la víctima)¹⁷¹, y ello con independencia de que el acto sexual suceda enseguida o no al uso de la violencia¹⁷². No se desvalorarían aquí la violencia extrema que, siendo ejecutada tras la realización del ataque a la libertad sexual, aparece como algo sobrevenido, ni tampoco aquellas que no formando parte objetivamente de la agresión sexual podrían ser una continuación de lo acontecido en el marco de la agresión sexual¹⁷³. La exigencia de una conexión entre los actos particularmente degradantes con el atentado sexual, por su parte, debería conducir a la aplicación del tipo penal a aquellos casos en los que cupiera concluir que los actos forman parte de la dinámica comisiva de la agresión sexual¹⁷⁴.

La exigencia alternativa de que tales circunstancias acompañen a la agresión sexual comporta simplemente la simultaneidad entre unas y otra.

El carácter extremo de la violencia hace esperable que la acción del sujeto genere un peligro para la salud e incluso para la vida, pudiendo este materializarse en lesiones graves e incluso en la muerte, siendo harto difícil de sostener que quien emplea una violencia de carácter extremo no se represente al menos como

¹⁷¹ Nótese que en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 159/2007, de 21 de febrero, se recuerda, ante la argumentación de que la violencia no estaba directa y necesariamente al servicio de la agresión sexual, sino al propósito de lograr la entrega del hijo común, que «la violencia o intimidación relevantes en el delito de agresión sexual son las que se orientan a superar la eventual o real resistencia del sujeto pasivo a las acciones de esa naturaleza que el sujeto activo ejecuta. Pero eso no significa que esa finalidad necesariamente sea la única de tal conducta violenta o intimidante, pues es posible apreciar su concurrencia en aquellos casos en los que, orientada inicialmente a otro fin distinto, sea finalmente aprovechada para la ejecución de la conducta atentatoria contra la libertad sexual de la víctima» (FJ. 7.º).

¹⁷² En este sentido, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 172 y 176; ACALE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1223.

¹⁷³ Críticamente MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 172, cuando se advierte de que la misma forma parte de la conducta delictiva desde una perspectiva criminológica.

¹⁷⁴ MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 176, advierte que esta regulación deja fuera injustificadamente el trato particularmente degradante posterior a la agresión a pesar de que podrían formar parte del imaginario de la agresión sexual para la víctima.

possible la producción de esos otros resultados lesivos y acepte su eventual causación. El hecho de que el fundamento de la agravante se hubiese situado en el ataque a la integridad moral haría que este tipo cualificado fuese perfectamente compatible con el delito de lesiones y el delito de homicidio. No así de atribuirle un fundamento basado en la peligrosidad de la acción para esos otros bienes jurídicos. Desde este frente, serían susceptibles de producirse diferentes escenarios, que, en aplicación de la doctrina del concurso de normas y de delitos, recibirían, a nuestro juicio, una solución jurídica distinta, que tras la incorporación del artículo 194 bis parece, no obstante, ponerse en tela de juicio. Primero, cuando el desvalor del peligro creado por la violencia extrema se materializa de forma plena en la producción de un resultado (de lesión o de muerte), la calificación jurídica del hecho sería la de un concurso de delitos entre el tipo de agresión sexual sin esta cualificación y el correspondiente delito contra la vida humana independiente o la salud (al menos con dolo eventual) consumado¹⁷⁵. Segundo, si el resultado de lesión producido no comprende todo el peligro que la acción representa para la salud o para la vida, considerando que la violencia extrema es potencialmente capaz de causar lesiones muy graves, cabría plantear el concurso de delitos entre el tipo de agresión sexual cualificado por esta circunstancia y el correspondiente delito de lesiones¹⁷⁶. La apreciación además del dolo de matar en la acción de violencia extrema que precede o acompaña a la agresión, nos situaría ante el concurso entre un delito de homicidio en grado de tentativa y el tipo de agresión sexual no cualificada por la violencia extrema. No obstante lo dicho, el artículo 194 bis, en su literalidad –«Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen»– abocaría al mantenimiento del tipo cualificado de la agresión sexual por la violencia extrema en concurso

¹⁷⁵ Así, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., p. 26; ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.º Delitos contra la libertad sexual (I)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed. Actualizada con las últimas reformas del Código penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 208. De otra opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 173, quien aboga por el concurso de delitos entre el tipo cualificado y el delito de lesiones o de homicidio de que se trata en consideración al hecho de que a su juicio el tipo cualificado se aplicaría incluso en ausencia de un peligro de lesión y al artículo 194 bis. En base a este artículo, defiende la tesis del concurso (ideal) de delitos entre este tipo cualificado y el delito de lesiones del artículo 149 o del 150 o de un delito de homicidio, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., pp. 53-54.

¹⁷⁶ Igualmente, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., p. 27.

de delitos con aquellos otros que desvalorasen la puesta en peligro o lesión de la salud y de la vida. En este artículo profundizaremos más adelante debido a la problemática que encierra al poder alterar la teoría concursal al exigir que los delitos sexuales, en sus distintas modalidades, se castiguen sin perjuicio de sancionar también por los actos de violencia física o psíquica realizados.

La singularidad de este tipo agravado requiere asimismo que se analice su relación con los delitos de trato degradante. Al respecto, y por lo que se refiere en concreto a los actos particularmente degradantes, la doctrina ha venido entendiendo que el tipo cualificado desplaza al delito de trato degradante del artículo 173.1¹⁷⁷, castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, al ser comprensivo de todo el desvalor del hecho y conducir a una mayor pena que aquella resultante de la aplicación del concurso de delitos (at. 8.4)¹⁷⁸. El mismo criterio sería de aplicación cuando la agresión sexual se agravaba en atención a la circunstancia de violencia extrema si esta se fundamenta en el plus de afectación a la integridad moral; sin perjuicio de la toma en consideración de ulteriores delitos que afectan a otros bienes jurídicos como la vida o la salud. El delito de trato degradante por su parte mantendría su autonomía cuando lo que se desvalora es el trato degradante que menoscaba gravemente la integridad moral desconectado de la agresión sexual, así, por ejemplo, el infligido en tiempo posterior al ataque a la libertad sexual¹⁷⁹ o antes de que naciese la determinación criminal de naturaleza sexual.

¹⁷⁷ Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., p. 249; CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», cit. p. 244; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., p. 54; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 176-177; MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y DE LAS HERAS VIVES, L. «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1265. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 159/2007, de 21 de febrero, donde se afirma que «es claro que la comisión del delito de agresión sexual, más aún cuando se agrava al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, suponen un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la que la Ley anuda al delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del artículo 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual» (FJ. 7). También la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 85.

¹⁷⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., p. 255, matiza que sí habría concurso de delitos si la apreciación del tipo cualificado se basase en la violencia extrema; de lo que puede desprenderse que es partidaria de atribuir un fundamento distinto a esta que a los actos particularmente degradantes o vejatorios.

¹⁷⁹ Da cuenta de ello, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 28/2015, de 22 de enero (FJ. 7.º), que confirma la condena por delito de trato degradante continuado al también condenado como autor de un delito de agresión sexual continuado cometido a lo largo de la infancia y la adolescencia de la víctima en base a que hacía exhibición de llaves y se tocaba los genitales en reiteradas ocasiones para recordarle las gravísimas agresiones que le había producido, impidiendo su recuperación psíquica.

En el artículo 173.2 se contempla asimismo una modalidad específica de delito de trato degradante, el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico, que se construye por referencia a la realización de forma habitual de violencia física o psíquica, una de cuyas manifestaciones puede ser la agresión sexual. Este delito no absorbe el desvalor del tipo agravado de la agresión sexual del artículo 181.1.2.^a, dado que tiene un contenido de injusto propio cifrado en «la creación de un clima de “insostenibilidad emocional” en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación llevada a cabo desde la violencia física, verbal y sexual, por la que ejerce esa dominación que intenta trasladar a los miembros de la familia y lo consigue de facto la existencia de un clima de violencia en ese ámbito», (STS n.º 2/2021, de 13 de enero, FJ. 6.º), atentatorio contra valores constitucionales de primer orden¹⁸⁰, que hacen que se identifique como bien jurídico protegido, uno de naturaleza grupal, como es la paz familiar (así, la STS n.º 556/2020, de 29 de octubre, FJ. 5.º).

4.2.3 CUANDO LOS HECHOS SE COMETAN CONTRA UNA PERSONA QUE SE HALLA EN UNA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD POR RAZÓN DE SU EDAD, ENFERMEDAD, DISCAPACIDAD O POR CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA, SALVO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 181 DEL CÓDIGO PENAL

La tercera circunstancia enunciada en el artículo 180.1 denota, a juicio de la doctrina mayoritaria, un mayor contenido del injusto de la agresión sexual en atención a la acentuación del desvalor de la acción por ser esta ejecutada sobre una persona que se halla en una situación de especial vulnerabilidad que afecta significativamente a su capacidad de defensa de su libertad sexual frente al ataque de naturaleza sexual¹⁸¹. En esta línea, se ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo, como se recuerda en sus sentencias n.º 588/2022, de 15 junio, (FJ. 4.º), n.º 268/2021, de 24 marzo, (FJ. 4.º), o n.º 221/2021, de 11 marzo, (FJ. 3.º). Este

¹⁸⁰ Se menciona expresamente en la sentencia el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10–, el derecho a la vida y a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –artículo 15–, el derecho a la seguridad –artículo 17–; los principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39, la intimidad, la libertad en su múltiples protecciones y la familia como ámbito que debe favorecer y no frustrar el desarrollo de la personalidad de quienes conviven en intimidad.

¹⁸¹ Así, MONGE FERNÁNDEZ, A., «“Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., p. 202. Subraya MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 179, la mayor debilidad del bien jurídico protegido ante el agresor como consecuencia de las especiales circunstancias que concurren en la víctima.

tribunal expresa aquí que «el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual»¹⁸². En ellas también se alude a alguna otra sentencia en la que, de forma muy cuestionable en base al principio de responsabilidad por el hecho realizado, se apelaba a un segundo fundamento: «... la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias»¹⁸³. Junto al plus de antijuridicidad a veces se alude a una mayor culpabilidad, como se aprecia en su sentencia n.º 10/2023, de 19 enero, donde se declara que «tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor», (FJ. 5.º). Se subraya aquí la necesidad de que el sujeto se aproveche de forma consciente de esa situación; elemento de la cualificación que no se expresa en la dicción del artículo 180.1.3.^a, pero sin cuya exigencia no se comprendería el incremento de la pena.

Desde el plano victimológico, por otra parte, se destacaría que las personas vulnerables presentan un mayor riesgo de sufrir un delito y de ser nuevamente victimizadas, así como una mayor dificultad para sobreponerse a las consecuencias de su victimización, que tendría también un mayor impacto emocional en ellas; consideraciones que para algunos deberían abrirse hueco en el debate sobre el fundamento de esta agravante y su interpretación¹⁸⁴.

La perspectiva victimológica asimismo constituye un pilar básico, como es sabido, del Convenio de Estambul, cuyo informe de acompañamiento, con ocasión de explicar la necesidad de la adopción de medidas para tratar las necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares (art. 12), no solo menciona el tradicional fundamento de esta circunstancia agravante específica, la menor capacidad de defensa de estas víctimas frente al ataque, sino también su menor capacidad para promover la investigación criminal o la búsqueda de otras formas de reparación¹⁸⁵. Todo

¹⁸² Más recientemente en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 471/2023, de 15 junio (FJ. 4.º).

¹⁸³ Así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1113/2009, de 10 de noviembre (FJ. 2.º).

¹⁸⁴ En esta línea, MOYA GUILLEM, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en *RDPCrUNED*, 2020, n.º 24, pp. 17 y 18; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEJAS, F., «Ancianidad y especial vulnerabilidad de la víctima en los delitos de agresiones sexuales. Algunas notas para la reinterpretación del subtipo agravado del artículo 180.1.3.^a del Código penal», en CASTRO CORREDORIA, M. y GUINARTE CABADA, G., *Violencia contra mujeres mayores de 65 años. Aspectos penales y criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 162-165.

¹⁸⁵ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., § 87.

ello daría sentido a la concreción de la circunstancia agravante de la violencia de género y violencia doméstica prevista en este convenio relativa a «que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias» (art. 46 c)¹⁸⁶, introduciendo cuestiones de política criminal en la construcción de la agravación que exceden, sin embargo, de la fundamentación de la circunstancia agravante que comentamos.

La singularidad de la circunstancia prevista en el Código penal, que con ligeras diferencias en su tenor se haya extendida de manera importante entre las figuras delictivas¹⁸⁷, residiría en concreto en la mencionada situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima; que es apreciada por el Tribunal Supremo, a tenor de su doctrina sobre la especial vulnerabilidad de la víctima en este contexto, como explica, por ejemplo, su sentencia n.º 588/2022, de 15 junio, (FJ. 4.º)¹⁸⁸, cuando se advierte la vulnerabilidad en el sentido de «la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor», pero, además, dada la adjetivación de la vulnerabilidad como especial, se exige que «la situación en la que se produce la agresión hace prácticamente imposible la defensa de la víctima»¹⁸⁹ o, de forma menos rigurosa, que se «patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima», STS n.º 131/2007, de 16 febrero, (FJ. 1.ª). Se trata así de colmar la vaguedad que caracteriza la redacción de esta circunstancia y que explica también que el alto tribunal la haya venido dotando de un significado restrictivo¹⁹⁰.

¹⁸⁶ De acuerdo con el *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., § 238, se encontrarían en esa situación las mujeres embarazadas, las mujeres con niños pequeños, las personas con discapacidad, las personas que habitan en el entorno rural o en áreas remotas, las personas que abusan de las sustancias, las prostitutas, las personas de minorías nacionales o étnicas, las personas migrantes –incluidos los indocumentados y los refugiados–, los hombres homosexuales, las mujeres lesbianas, las personas bisexuales y las personas transgénero, las personas con VIH positivo, las personas sin hogar, las personas menores y las de edad avanzada.

¹⁸⁷ Críticamente, SANDOVAL, J. C., «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho penal? El caso de la vulnerabilidad victimal», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-119.

¹⁸⁸ Aquí se reconoce en una víctima que tenía trastornos límites de personalidad con reiteradas autolesiones y varios episodios de suicidio.

¹⁸⁹ En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 344/2019, de 4 de julio (FJ. 4.º); n.º 395/2021, de 6 de mayo (FJ. 10.º); o n.º 886/2021, de 27 de noviembre (FJ. 2.º).

¹⁹⁰ Propone MOYA GUILLEM, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», cit., pp. 17 y 49, que se tome como

Esta redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad con finalidad agravatoria en la agresión sexual, como suele apuntar el Tribunal Supremo¹⁹¹, para desvalorar de forma específica situaciones en las que es prácticamente imposible que la víctima pueda por sí sola impedir la agresión sexual¹⁹², no se ha visto afectada por la LOGILS. Esta ley simplemente se habría limitado a adecuar la referencia normativa que en ella se hace a la nueva realidad legislativa, sustituyéndose la mención del artículo 183 por la del artículo 181, que, como anotamos, es el que en el presente se dedica a la tipificación de los correlativos delitos de agresión sexual a menores de dieciséis años, caracterizada por otorgarles una mayor protección penal frente a los ataques sexuales. En su ámbito de aplicación se recoge el único caso en la actualidad de presunción *iuris et de iure* de situación de especial vulnerabilidad en la que se halla la víctima, esto es, ser la víctima menor de 4 años (art. 181.5 c).

La redacción actual del artículo 180.1.3.^a, salvedad hecha de lo dicho, es obra de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que se había encargado de dar una nueva dicción al precepto a raíz de la aceptación de la enmienda n.º 251 de los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común en el Congreso de Diputados, que se motivó simplemente en razón a una mejora técnica sin mayor comentario. En nuestra opinión, esta decisión aclararía el hecho de que es una concreta situación en la que se encuentra la víctima y no una característica, condición o circunstancia propia de ella, lo que determina la mayor gravedad del delito. El giro en la expresión bien pudiera entonces responder a la voluntad de usar un lenguaje menos susceptible a una diferenciación entre personas potencialmente favorecedora de la exclusión social; algo que se observaría ya en la presente redacción del artículo 25 del Código penal referido a las personas con discapacidad.

Aunque, como decíamos, es posible que el cambio en la dicción se ejecutase simplemente con el indicado propósito, el resultado final, a tenor de la redacción de la norma, claramente afianza la ampliación de su ámbito de apli-

referencia el significado que se otorga a la vulnerabilidad en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008, donde se señala que «una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas».

¹⁹¹ Así en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 131/2007, de 16 febrero (FJ. 1.º).

¹⁹² En este sentido decía DÍEZ RIPELLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 356, que la persona «se encuentra en condiciones marcadamente desfavorables para resistir, oponerse, no consentir o simplemente manifestar su voluntad respecto al comportamiento sexual...».

cación¹⁹³. A raíz de la reforma del precepto en 2021, la expresión situación de especial vulnerabilidad pasaría a ocupar una posición central en la descripción del tipo cualificado desapareciendo, consecuentemente, la referencia que se hacía a la situación entre los motivos detonantes de la especial vulnerabilidad de la víctima (edad, enfermedad, discapacidad desde la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y situación). Esto, unido a la apelación que se hace a partir de entonces a «por cualquier otra circunstancia», compromete, a nuestro juicio¹⁹⁴, la supervivencia de la interpretación restrictiva de la norma defendida por el Tribunal Supremo conforme a la cual la situación tuviese que estar referida o subordinada, en virtud del principio de legalidad y en consonancia con los otros factores mencionados, a algo propio de la persona y no a factores objetivos o externos¹⁹⁵, –así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 344/2019, de 4 de julio, (FJ. 4.º)–¹⁹⁶. Se reforzaría en 2021, por consiguiente, la posición doctrinal que ya defendía la importancia de los factores externos que hacen que la víctima se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad¹⁹⁷, excluyéndose aquellos motivados por la actuación del propio agresor dirigida a colocar a la víctima en esa situación para facilitar el atentado sexual. Así, por ejemplo, podría aplicarse la agravante si la agresión sexual se realiza sobre la víctima de

¹⁹³ De esta opinión, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, cit., p. 177. Nótese que ya en su momento la referencia a la «situación» había sido cuestionada por algunos autores, así, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1295, debido a su carácter abierto; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», cit., p. 497, siguiendo a Cancio Meliá, por el contraste entre el primer grupo de factores y la situación.

¹⁹⁴ En contra el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 86.

¹⁹⁵ Este tipo de interpretación hacía, según el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 86, que si la explicación de la especial vulnerabilidad de la víctima se encontraba en un factor externo se aplicase la circunstancia agravante ordinaria de abuso de superioridad.

¹⁹⁶ «El concepto de “situación” debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad); bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción (SSTS 1458/2002, de 17 de septiembre (RJ 2002, 8344) y 754/2012, de 11 de octubre (RJ 2012, 9475), con cita de otras). Así también en su sentencia n.º 486/2002, de 12 de marzo (FJ. 2.º).

¹⁹⁷ Vid., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 359-360. Mencionan DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 31, el caso de la víctima agredida en una zona aislada. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., p. 243, nombran entre las causas determinantes de la vulnerabilidad la indigencia.

un delito violento o de un accidente que ha quedado tendida en una calle no frecuentada necesitada de socorro.

Esta expansión de la circunstancia agravante, a nuestro juicio, pondría el foco sobre lo realmente importante, la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, pasando a operar la edad, la enfermedad o la discapacidad de la víctima como llamadas de atención al juez de que ante estos elementos es posible que aquella se produzca, pero sin que ello excluya otros casos. Ciertamente este planteamiento podría acusar la falta de taxatividad de la norma¹⁹⁸, pero no en una medida más alarmante de lo que ya comporta que el órgano judicial delimita el significado de la especial vulnerabilidad. En ocasiones la práctica judicial parece encaminarse en este sentido dado que con motivo de la demostración de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima en cada caso individual se observa en algunas resoluciones judiciales la relevancia a estos efectos de la concurrencia de otros datos adicionales para apreciar su aplicación¹⁹⁹; no obstante, la casuística es dispar²⁰⁰. Por otra parte, no es descartable que, a raíz de la nueva regulación de las agresiones sexuales con evidentes solapamientos e interferencias normativas, surjan nuevas interpretaciones centradas en delimitar el ámbito de aplicación de unas y otras normas y evitar que alguna de ellas quede vaciada completamente de contenido²⁰¹.

En el caso de la vulnerabilidad vinculada a la edad, cuyo tratamiento ha ido cambiando además con el tiempo, dándose la circunstancia de que, antes de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el

¹⁹⁸ En esta línea, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 180-181, quien considera que para evitar la «aleatoriedad» en los fallos judiciales, cabría hacer una interpretación de la norma que conectase la especial vulnerabilidad con la edad, la enfermedad o la discapacidad y, en todo caso, habría que identificar en esas otras situaciones de especial vulnerabilidad una gravedad pareja a la que se desprende de la vinculada a los factores expresado en la norma; o MOYA GUILLEM, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», cit., p. 44.

¹⁹⁹ Dice la sentencia del Tribunal Supremo n.º 131/2007, de 16 febrero, por referencia a la edad: «no se deduce la especial vulnerabilidad solo de la edad, sino que se acude a sus relaciones entre agresor y la madre de la víctima y a la propia dinámica de los hechos, esto es se valora tanto la edad como la situación de la víctima en su conjunto y el estado de práctica indefensión en que el recurrente conocía se encontraba, por cuanto la propia madre le había manifestado que sus hijas se habían quedado solas en la casa» (FJ. 2.º). La víctima tenía 14 años.

²⁰⁰ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», cit., pp. 187-200, en relación con la (avanzada) edad ha apreciado en su revisión de casos hasta cuatro situaciones: la aplicación automática del tipo en base a la constatación simplemente de una determinada edad; la inaplicación de este en base únicamente a lo dicho; la aplicación del tipo ligando la edad y los efectos de esta en la persona; y la aplicación del tipo en atención a la concurrencia de una pluralidad de factores.

²⁰¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., pp. 33-34.

hecho de que la víctima fuese menor de trece años determinaba imperativamente que hubiese que considerar a la víctima especialmente vulnerable («y, en todo caso, cuando sea menor de trece años»), la cuestión se muestra más proclive a plantearse cuando la víctima tiene una edad avanzada, pero nada impide su apreciación en casos de edad próxima a la edad legal de consentimiento sexual²⁰². Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1113/2009, de 10 de noviembre, (FJ. 2.º), rechazó su aplicación al no acreditarse suficientemente que la víctima de 69 años fuese especialmente vulnerable; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1.^a, n.º 273/2012, de 25 junio, (FJ. 2.º)²⁰³, fundamentó su apreciación incidiendo en que a la víctima sólo le faltaban 18 días para cumplir 90 años de edad, siendo escasa su capacidad de resistencia por el deterioro físico propio de la edad y su débil constitución (delgada y bajita); la sentencia del Tribunal Supremo n.º 395/2021, de 6 de mayo, (FJ. 10.º), en relación con hechos acontecidos antes de la reforma del Código penal en 2010, confirmó su apreciación a una persona de 13 años con graves carencias emocionales, proveniente de una familia disfuncional que no le proporcionaba los cuidados adecuados y con escasez de recursos económicos y que tenía problemas conductuales y de consumo de drogas²⁰⁴. Lo mismo sucede si el origen de la situación es una discapacidad, categoría comprensiva a la luz del artículo 25 párrafo 1.^º del Código penal de «aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», de la que es una especie la relativa a la persona con discapacidad necesitada de especial protección²⁰⁵. Así se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 886/2021, de 27 de noviembre, (FJ. 2.º), donde, en atención a los informes y testimonios de expertos, se reconoció la especial vulnerabilidad en una víctima mayor de edad que tenía un 39 % de discapacidad psíquica que la colocaba en una situación de vulnerabilidad, cuyos efectos eran perceptibles a partir de sus gestos y

²⁰² MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1295. En cambio, ACALE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1224, considera que sólo se estaría pensando en la persona de edad avanzada en base al tratamiento independiente de los menores de 16 años.

²⁰³ Conoce del caso la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1005/2012, de 18 diciembre (FJ. 3.º), pero no se formuló recurso por aplicación indebida del artículo 180.1.3.^a.

²⁰⁴ En este caso, el agresor, conocedor de esas circunstancias, le ofrecía dinero a cambio de dejarse hacer una felación.

²⁰⁵ Ampliamente, por ejemplo, TAPIA BALLESTEROS, P., «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, cit., pp. 207-216.

forma de expresión; o en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 1.^a, n.^º 109/2023, de 29 marzo, (FJ. 2.^º), relativa a una víctima que tenía reconocida una discapacidad del 71 % por presentar, según la evaluación médica, inteligencia límite, TDAH, síndrome fetal alcohólico y discapacidad auditiva, lo que había hecho que fuese declarada parcialmente incapaz para regir su persona y bienes.

La práctica forense advierte que podrían encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad además la mujer durante su embarazo. Ante este estado no sólo se advierte de una debilitación de las posibilidades físicas de defensa, sino que se incide en la no oposición de defensa por la embarazada en orden a evitar incrementar el riesgo para la vida del feto²⁰⁶. También la persona victimizada sexualmente en otras ocasiones que se encuentra a merced de nuevas agresiones sexuales (STS n.^º 480/2016, de 2 de junio, FJ. 11.^º)²⁰⁷. Y, por supuesto, se constata su presencia en casos en los que la víctima se encuentra en estado de embriaguez siempre y cuando esta afecte con cierta intensidad a sus facultades. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo n.^º 625/2010, de 6 julio, (FJ. 9.^º), se refiere además de a los supuestos en que la víctima se encuentra totalmente inconsciente, a aquellos otros en los que existe «una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerme a los requerimientos sexuales, de quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios, esto es, que desemboque en una pérdida de conciencia que prive a la víctima de cualquier capacidad de reacción frente a la agresión sexual. [] Por ello la determinación del mayor grado de vulnerabilidad de una persona atendiendo a la especial situación en que se encuentre cabría, en principio, reconducido a nivel interpretativo al estado de incapacidad para resistir en que se hallare al perpetrarse el delito entendiendo por tal cualquier situación física de indefensión debidamente aprovechada por el agresor para cometerlo»²⁰⁸.

²⁰⁶ Así en las sentencias del Tribunal Supremo n.^º 486/2002, de 12 de marzo (FJ. 2.^º) –víctima en el octavo mes de gestación–; o n.^º 576/2015, de 5 de octubre (FJ. 2.^º) –víctima embarazada de cuatro meses y medio–.

²⁰⁷ Aquí se apreció la especial vulnerabilidad de la víctima en consideración a su temprana edad (12 o 13 años) y por la situación de abuso sexual a la que ya la tenía sometida desde hacía cinco años.

²⁰⁸ En el caso enjuiciado se revoca su aplicación al considerar que la víctima fue consciente de las intenciones del agresor, logró en un primer momento desasirse de él, se opuso, forcejeo y grito. También en la sentencia del Tribunal Supremo n.^º 268/2021, de 24 marzo (FJ. 4.^º), se rechaza su aplicación en base a la defensa que plantó la víctima. Se aprecia en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo n.^º 714/2017, de 30 de octubre (FJ. 2.^º), en el que la intoxicación etílica de la víctima hacía que apenas pudiese caminar, se tambalease y se cayese al suelo varias veces, siendo incapaz de resistirse. O en la sentencia del Tribunal Supremo n.^º 471/2023 de 15 junio (FJ. 4.^º), en el que la víctima en estado de intoxicación se encontraba sola en un aparcamiento, siendo llevada por los agresores a empujones a un lugar más apartado para realizar los actos sexuales, quedando inconsciente momentáneamente, por el

La situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra la víctima ha de ser conocida por el autor²⁰⁹, existiendo criterios opuestos sobre la exigencia o no de que el sujeto se aproveche de esa situación. El Tribunal Supremo venía requiriendo que así fuese por su vinculación con la circunstancia agravante ordinaria de abuso de superioridad, como se observa en su sentencia n.º 625/2010, de 6 julio, (FJ. 9.º)²¹⁰; posicionamiento plenamente coherente con la fundamentación de esta agravante.

Como ya se habrá advertido, la amplitud de esta circunstancia agravante específica va a suscitar en ocasiones, al igual que sucede con las anteriores circunstancias, problemas de delimitación entre este tipo cualificado y otros tipos penales. Pensemos en la víctima privada de sentido o con voluntad anulada debido, por ejemplo, a la intoxicación etílica (art. 178.1 y 178.3).

4.2.4 CUANDO LA VÍCTIMA SEA O HAYA SIDO ESPOSA O MUJER QUE ESTÉ O HAYA ESTADO LIGADA POR ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD, AUN SIN CONVIVENCIA

La LOGILS ha establecido para el delito de agresión sexual una nueva circunstancia agravante específica: «cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia». A ella se refiere el propio legislador en el preámbulo de la LOGILS (parte III) como una «circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos»²¹¹. Lo que no ha impedido, como veremos, que en la doctrina y en la práctica judicial se discuta su enfoque o significado.

Hasta este momento semejante circunstancia se contemplada únicamente en el delito de lesiones del artículo 148.4.º («Si la víctima fuera o hubiera sido esposa, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia»), cuya vinculación con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG), habría sustentado una interpretación sistemática y finalista del precepto limitadora del sexo del sujeto activo de

golpe en la cabeza que se produce cuando la tiran al suelo, no siendo incompatible la apreciación de la circunstancia agravante con el hecho de que una vez recuperada la conciencia se defendiera dando mordiscos a sus agresores.

²⁰⁹ Obsérvese que el estado de embriaguez del agresor puede impedir su apreciación como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 625/2010, de 6 julio (FJ. 9.º).

²¹⁰ En contra CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 270.

²¹¹ Nótese que lo correcto sería decir cualificante, cualificadora o agravante.

esta modalidad cualificada del delito de lesiones, que sería únicamente el hombre pareja o expareja de la mujer víctima.

También en esta ocasión la nueva agravante, que, como vemos, en su tenor literal omite igualmente cualquier elemento dirigido a negar la neutralidad del sujeto activo de esta agresión sexual cualificada, que en este caso además yerra al dar por sobreentendido quien es aquel al que está o estaba ligada la víctima, surge por la mayor contundencia de la respuesta penal que desde hace unas décadas se viene dando al problema de la violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja (violencia de género relacional), que, como se recordará, motivó por vía de la LOVG la irrupción en nuestro Código penal de los tipos penales específicos de género o delitos de violencia de género contra la mujer de carácter relacional y ocasional²¹². Unos delitos, entre los que se encuentran el delito de maltrato singular del artículo 153.1, el delito de amenazas leves del artículo 171.4 y el delito de coacción leve del artículo 172.2, en cuya literalidad descriptiva destacaría asimismo la indiferencia del sexo del sujeto activo, «el que... cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», aunque, por las mismas razones que operan en la interpretación del artículo 148.4.º, se haya terminado identificando este únicamente con el hombre.

La nueva agravante parece, por tanto, estar llamada a desplegar sus efectos exclusivamente cuando quien realiza la agresión sexual es ese hombre en un contexto de violencia de género contra la mujer²¹³; estando claro con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI que el reconocimiento legal de la condición de hombre o de mujer a petición del interesado en base a la identificación personal con uno de los géneros habría puesto fin a la discusión jurídica sobre la procedencia de aplicar a los efectos de determinar

²¹² La vinculan al género, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1225; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., p. 250; ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.ª Delitos contra la libertad sexual (I)», cit., p. 210; REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», cit., p. 16; CÁNCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad sexual», en *Memento Penal* 2025, Francis Lefevre. 2024 (9329); LLOBET ANGLÍ, M., «¿Es legítimo tomar en consideración el género de la víctima para agravar las agresiones sexuales?», en Fernández Teruelo, J. G. y García Amez, J. (dirs.), *La prevención del feminicidio y de otras formas de violencia contra la mujer: enfoques actuales*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2025, *passim*.

²¹³ Así, el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 86; la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 38. Y críticamente, el Consejo de Estado, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, cit., p. 107; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», cit., p. 14.

los sujetos del delito el criterio biológico de asignación del sexo o el criterio de la identidad de género sentida; prevaleciendo este último²¹⁴.

Al quedar enlazada esta circunstancia a la lucha contra la violencia de género, es esperable que se reproduzcan en la explicación de su fundamento las distintas tesis doctrinales sobre la legitimidad de las figuras delictivas específicas de género. Tal sería el caso de aquella que llama la atención sobre el mayor desvalor del resultado de esta modalidad de agresión sexual por la confluencia en el hecho delictivo del ataque, en este caso, a la libertad sexual y a la igualdad por discriminación de la mujer por razón de género²¹⁵ o de las que destacan el mayor desvalor de la acción bien debido a la situación de mayor vulnerabilidad de la mujer por razón estructural²¹⁶ bien al interpretar el elemento de la dominación o de la discriminación de la mujer en un sentido subjetivo como el ánimo que ha de guiar la acción del sujeto²¹⁷.

Su conexión, no obstante, con la violencia de género ni es compartida por toda la doctrina²¹⁸, ni está en el pensamiento del Tribunal Supremo si tenemos presente que, en este terreno en concreto, y a pesar de haber reconocido finalmente el alto tribunal la compatibilidad entre las circunstancias ordinarias modificadoras de la responsabilidad penal de discriminación por

²¹⁴ Nótese, por otra parte, que en su artículo 46.3 la citada ley establece que «la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, no alterarán el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos» de la LOVG. Con anterioridad a esa Ley, la FGE, en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, estableció el criterio de que no era necesario para considerar víctima de violencia de género a la mujer transexual que esta hubiese acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino. En su Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, se pronunció, en cambio, exigiendo el reconocimiento legal de su condición de hombre o mujer a las personas transexuales. Detalladamente FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., «Criterios rigorista y sustancialista del reconocimiento legal de las personas trans como víctimas y agresores en la LOVG», en FERNÁNDEZ TERUEL, J. G.; GARCÍA AMEZ, J., y FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 163-180.

²¹⁵ Habrían destacado la pluralidad de bienes jurídicos afectados por la violencia de género, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G., «La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *EPC*, 2009, vol. XXIX, p. 424, quien menciona el propio y personal de la víctima y el integrado por el hecho de la pertenencia a la mujer al género femenino. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad», en *RECP*, 2007, n.º 12, p. 12, habla de la dignidad del género femenino.

²¹⁶ DE CUESTA AGUADO, P. M., «La LO 1/2024 de violencia de género: política criminal para la igualdad de género», en Rodríguez Zapatero, J. L. (coord.), *La democracia y sus derechos. La legislatura que cambió España*, Ediciones Península, Barcelona, 2024, pp. 149 y 150.

²¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad», cit., p. 12.

²¹⁸ La relacionan con la circunstancia mixta de parentesco, MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y DE LAS HERAS VIVES, L. «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1268.

razón de género y de parentesco al encontrar un distinto fundamento en ellas –así las sentencias del Tribunal Supremo n.º 114/2021, de 11 de febrero, FJ. 4.º, o n.º 351/2021, de 28 de abril, FJ. 4.º–, ha entendido que el hecho de que la relación afectiva matrimonial mantenida por el acusado y la víctima (mujer) esté contenida en la agravación del artículo 180.1.4.^a del Código penal hace que no proceda la aplicación de la agravante de parentesco del artículo 23. Semejante conclusión no le lleva, sin embargo, a poner siempre en relación el caso con el artículo 22.4.^a como se observa en sus sentencias n.º 828/2024, de 3 de octubre, FJ. 3.º, o n.º 1052/2024, de 20 de noviembre, FJ. 3.º. Sí, en cambio, lo hace en su sentencia n.º 316/2025, de 3 de abril, (FJ. 2.^a y 4.^a), donde se desprende la compatibilidad de la aplicación del artículo 180.1.4.^a y la circunstancia ordinaria de discriminación por razones de género.

Nuestro entendimiento de la circunstancia en clave de género, en sintonía con el leitmotiv de la LOGILS, con su concepción por el legislador, con una interpretación sistemática de las normas penales y con su legitimidad desde la perspectiva constitucional, no es óbice para que nos resulte difícil comprender esta decisión legislativa una vez que en 2015 se dio el paso de introducir las razones de género entre los factores discriminatorios que conforman la circunstancia agravante de discriminación, en la medida en que se advierte una desigual desvaloración de la dominación masculina sobre la mujer en función de si el ofensor es o no o ha sido o no el hombre pareja sentimental de la mujer víctima²¹⁹. Resurge así de nuevo el interrogante sobre las razones de que esta circunstancia tenga una relevancia específica en un delito, ahora el delito de agresión sexual, y no en otros²²⁰.

En el preámbulo de la Ley se señala, por otra parte, que la decisión legislativa sobre este particular está en línea con las previsiones del Convenio de Estambul. Empero una vez más realiza el legislador una lectura interesada de esta norma supranacional para justificar, innecesariamente, criterios propios. El artículo 46 del citado convenio, en el mismo sentido que el anteriormente citado Convenio de Lanzarote, ordena a los Estados Parte adoptar, de acuerdo con las disposiciones aplicables de su derecho interno, las medidas necesarias para que una serie de circunstancias que en él se recogen puedan ser tomadas en consideración en el momento de la determinación de la pena. No

²¹⁹ De esta opinión, CARUSO FONTÁN, V., «El nuevo paradigma del Derecho sexual vindicativo: ¿Por qué es preciso “deconstruir” la perspectiva de género?», en *RDPCrUNED*, 2023, n.º 30, p. 40.

²²⁰ Vid., por ejemplo, su confrontación con el delito de homicidio en LLOBET ANGLÍ, M., «¿Es legítimo tomar en consideración el género de la víctima para agravar las agresiones sexuales?», cit., pp. 317-322.

hay ninguna con el mismo tenor²²¹. Sí en cambio una con un espectro más amplio que vendría al caso y que no se conecta directamente con la cuestión del género: «que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad» (a)²²². Como se habrá observado, se engloban aquí casos diferentes, que están unidos por un elemento común que en el informe explicativo que acompaña al convenio se identifica con la posición de confianza que normalmente se da en el marco de las relaciones a las que alude la norma y el daño emocional que posiblemente emerge del abuso de esa confianza para cometer el delito²²³. Esta lectura de la norma supranacional es de observar que sitúa en un primer plano la idea de abuso, de forma que no bastaría con constatar el mero vínculo relacional para dar relevancia a esa relación entre ofensor y víctima.

Una aproximación en conjunto a los primeros casos objeto de mención en esa norma supranacional (relaciones de pareja o expareja o de familia e incluso de convivencia) advertiría de la existencia en ellos, de forma natural o por aplicación del Derecho de familia, de una expectativa de buen trato. Esta clase de expectativa, como es sabido, y de acuerdo con nuestro sistema penal, cuando se defrauda a través de una lesión o puesta en peligro penalmente relevante puede denotar un mayor desvalor del hecho o una mayor culpabilidad del sujeto dependiendo de donde se sitúe el fundamento de la circunstancia ordinaria de parentesco²²⁴. Circunstancia esta que hace tiempo que se amplió para abarcar, por ejemplo, a las uniones de hecho y a las relaciones matrimoniales y de hecho pasadas, proyectando sobre las parejas sentimentales (con

²²¹ Tampoco se hace eco de este tipo de circunstancia agravante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en cuyo artículo 13 k se alude, en la línea del Convenio de Estambul, a que «el delito se haya cometido contra un cónyuge o excónyuge o contra una pareja o expareja».

²²² La redacción que se proponía en la Propuesta de Ley de protección integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales era la siguiente: «Que el autor sea o haya sido el cónyuge o persona que haya estado ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o el ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima».

²²³ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, cit., § 236.

²²⁴ En el primer sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 663, quien menciona que las expectativas sociales que se derivan de la relación de parentesco afectan a la gravedad del injusto en su parte objetiva y subjetiva. En la doctrina judicial, la circunstancia de parentesco se suele fundamentar en el incremento de la culpabilidad del sujeto por el desprecio de la relación de parentesco, incumpliéndose así con los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad presentes o pretéritas. Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 565/2018, de 19 de noviembre (FJ. 7.º y 8.º); n.º 707/2018, de 15 de enero, de 2019 (FJ. 1.º y 5.º); o n.º 257/2020, de 28 de mayo (FJ. 6.º).

vínculo o no matrimonial) esa expectativa de buen trato más allá de su propia existencia como pareja (art. 23). La interpretación de esta circunstancia no ha dejado, no obstante, de ser controvertida y no sólo en relación con el efecto que, en caso de que proceda su apreciación²²⁵, debe llevar aparejado, bien la atenuación bien la agravación de la pena²²⁶. Su propia compatibilidad con la circunstancia agravante ordinaria de discriminación por razón de género fue puesta en tela de juicio, pronunciándose finalmente a su favor, como se ha apuntado *supra*, el Tribunal Supremo.

Si ceñimos la atención a la cuestión de la pareja²²⁷, está claro que el Convenio de Estambul, que no olvidemos asume un concepto amplio de la violencia contra la mujer de la que pueden ser responsables tanto hombres como

²²⁵ Nótese que su regulación contempla la posibilidad de que no se llegue a aplicar: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad...».

²²⁶ Así lo recuerda, FARALDO CABANA, P., «La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima», en Vicente Martínez, R. de, *et al.* (eds). *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. II., Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, p. 1383.

²²⁷ La referencia que esta disposición hace en concreto al vínculo de pareja habría sido entendida por PEROMATO MARTÍN, T., «Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. El consentimiento», en *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, 2020, n.º 11, pp. 3-4, como un recordatorio de que la existencia de un vínculo matrimonial no excluye el delito de violación por el marido. El argumento fue rechazado hace décadas en nuestro sistema jurídico, pero de vez en cuando aún aparece en la práctica forense, como se puede ver a través de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 254/2019, de 21 de mayo (FJ. 3.º), que confirmaría la condena por el delito de violación. En esta sentencia se recuerda el contenido del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1995, que más adelante se convertirá en la doctrina de este tribunal: «no existen supuestos “derechos” a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona». Se reitera así que «el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro», que no existe «el débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja», a tenor de los artículos 32 de la Constitución Española y 66 a 68 del Código Civil y que, en consecuencia «el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantea un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, si así puede entenderse la afectividad entre los casados o ligados por relación de análoga significación». En el mismo sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 1254/1995 de 8 febrero (FJ. 3.º), que ya apuntaba que la doctrina mayoritaria y más reciente consideraba que el acceso carnal forzado o mediante intimidación entre cónyuges integra el tipo de violación y es antijurídico...»; como se recuerda también en la n.º 584/1997, de 29 de abril (FJ. 5.º); la n.º 587/1998 de 28 abril (FJ. 1.º), que comienza diciendo «la violación de la propia mujer, de la propia compañera, es algo que no debe ofrecer duda alguna»; o la n.º 355/2013, de 3 mayo (FJ. 6.º). Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 544/2022, de 1 junio (FJ. Único), ha tenido que insistir en que las construcciones culturales, ideológicas o religiosas no puede excluirse o modularse a la baja la exigencia de un consentimiento pleno y libre, casando y anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, n.º 24/2020, de 8 de mayo, que no condenó en base a aquellas al marido que atentó contra la libertad sexual de su mujer. Véase también el posicionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la ya citada sentencia de la Sección 5.ª, asunto H. W. c. France, de 23 de enero de 2025. Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J., «Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*. *Claves de la polémica*, cit., pp. 184-188.

mujeres (art. 3) y que además se ocupa de la violencia doméstica, no diferencia a estos efectos entre hombres y mujeres. En esta línea se encuentra la agravante del delito de agresión sexual a menores de dieciséis años del artículo 181.5 d, cuya redacción no está marcada por el factor género: «cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia». Aunque, como hemos visto, la voluntad legislativa era que así fuera.

Difícilmente se puede comprender la disparidad de criterios empleados por el legislador en el momento de configurar la agravante del artículo 180.1.4.^a y la del artículo 181.5 d. En el Anteproyecto de LOGILS la redacción de ambas circunstancias era la misma, recibiendo un enfoque diferente, que se observará a partir de la versión del anteproyecto que se envía al Consejo de Estado, a raíz de la observación del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal relativa a que no procedía en el caso de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años una referencia a la esposa²²⁸, pues, como es sabido, en nuestro sistema jurídico la edad para contraer matrimonio está fijada en los dieciséis años desde la reforma del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (arts. 46. 1.º, 241, 243 y 244 CC); tratándose esta, además, de una cuestión de tal relevancia que hace operativa la excepción del orden público al reconocimiento del matrimonio contraído conforme a las leyes de otros países y los ritos y formalidades de otras culturas por una persona menor de esa edad. Tal pudiera parecer que la voluntad unitaria del legislador se vio traicionada de nuevo por el desdén hacia la técnica legislativa²²⁹, que sin duda favorece la merma de seguridad jurídica sobre el ámbito de aplicación de ambas circunstancias; planteándose en el caso concreto de los delitos de agresión sexual a menores de dieciséis años un interrogante añadido como sería el relativo a si la imposibilidad del reconocimiento del matrimonio infantil coloca al contrayente menor de 16 años en la posición de pareja del agresor o, de manera absurda, lo excluye de la aplicación de esta norma en una interpretación sistemática de las normas penales que diferencian claramente entre matrimonio y pareja²³⁰, para otorgar a ambas el mismo trato.

Independientemente de lo dicho, la redacción que se da a la nueva circunstancia, cuya introducción ha abierto un nuevo foco de controversia en la

²²⁸ Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 88, y el Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 76.

²²⁹ Por tanto, este tipo no ha quedado finalmente cualificado por la discriminación de género, siendo indiferente el sexo de los sujetos activos. Así, ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1236; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 875.

²³⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20%: Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», cit., 1326.

doctrina²³¹, parece ser indiferente a toda la problemática que ha acompañado la interpretación del artículo 148.4.^º y del resto de tipos penales específicos de género, pues al amparo de la posición del Pleno del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, entre otras muchas, expuesta en su sentencia n.^º 59/2008, de 14 de mayo, FJ. 10.^º b, y del Pleno del Tribunal Supremo n.^º 677/2018, de 28 de noviembre, sobre la interpretación del artículo 153.1, (FJ. 3.^º y conclusión 5.11), que ha llegado a afirmar que la dominación de la mujer no es un elemento del delito, ni objetivo ni subjetivo, se sigue silencianto, como destacamos inicialmente, la mención expresa en el tipo penal al sexo del sujeto activo y a los elementos de la discriminación y dominación de la mujer por razón de género, independientemente de su concepción en términos objetivos o subjetivos. Como es sabido, ambos fallos han suscitado la crítica a nivel judicial y doctrinal²³², de forma que, a buen seguro, los problemas jurídicos que aquellos delitos plantean se reproducirán en la aplicación de esta circunstancia del delito de agresión sexual.

Al hilo del proceso de reforma de los delitos sexuales, algunos autores ya incidieron en el problema que se avecinaba, señalando alguno la necesidad de que expresamente la norma exigiese la concurrencia de una efectiva dominación de género²³³ y, en cualquier caso, mostrándose favorables a una interpretación restrictiva de la misma que hiciese depender su aplicación no del mero hecho de la constatación de ese vínculo sino, junto a esta, de la efectiva existencia de una relación de dominación del hombre sobre la mujer pareja o ex pareja²³⁴. Ahora bien, en el caso de la violencia sexual que implica la victi-

²³¹ A favor de su configuración, ACALÉ SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», cit., pp. 1182-1190, quienes descartan que pudiera condicionarse su aplicación a la existencia de un elemento subjetivo de dominación (p. 1190).

²³² Vid., entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión», en *InDret*, n.^º 3, pp. 1-40; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La expansión de la violencia de género: breves reflexiones sobre el elemento subjetivo del injusto tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre», en FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G.; GARCÍA AMEZ, J., y FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, cit., pp. 99-123.

²³³ Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», cit., p. 20; el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, cit., p. 3.

²³⁴ En este sentido, aunque tomando como referencia el texto de la Proposición de ley, neutro en cuanto al sexo de la pareja, y el Anteproyecto del Gobierno, ya con este tenor, JERICÓ OJER, L., «Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», cit., p. 23; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual», en *RGDP*, 2021, n.^º 35, pp. 25-26; ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», cit., p. 216. Una vez aprobada la norma, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., p. 257; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica*

mización de la mujer por el hombre pareja o expareja, a diferencia de lo que ocurre en otras formas de violencia de género que una mujer pudiera padecer, nos parece difícil visualizar un acto sexual impuesto al margen del ejercicio de dominación del hombre. Obsérvese, no obstante, que el Tribunal Supremo, con motivo de la aplicación de la agravante ordinaria de discriminación por razones de género en el delito de violación, en su sentencia n.º 444/2020, de 14 septiembre, FJ. 3, después de reconocer que «las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer»²³⁵, ha considerado, sin embargo, que «no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista»²³⁶. A fin de clarificar cuándo será así, y después de remarcar que las circunstancias acreditativas de tal acto de dominación podrían ser de toda índole siempre que rebasen los elementos de tipicidad de que se trate para evitar la doble incriminación, señala sin ánimo de exhaustividad, «la especial vinculación entre agresor y víctima, en las expresiones proferidas, el carácter especialmente denigratorio (de) las prácticas desarrolladas, el número de actores, el simbolismo de determinados actos»²³⁷.

La concepción de la violencia sexual como una forma de violencia de género en la LOGILS estaría llamada, a nuestro juicio, a producir la aplicación automática de la nueva agravante específica; tratando de cerrar la puerta en las relaciones de pareja o expareja a interpretaciones como la que acabamos de resaltar. Esta decisión ha generado además un ulterior efecto, la exclusión legal de la posibilidad de valorar la aplicación de la modalidad atenuada de agresión sexual²³⁸, de manera que la pena de prisión legal abstracta para

tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima, cit., pp. 192-193.

²³⁵ Más recientemente en su sentencia n.º 316/2025, de 3 de abril de 2025, FJ. 2.ª, califica la labor de «particularmente resbaladiza y compleja por acumularse en unos mismos hechos la transgresión de su libertad sexual y un móvil basado en la dominación del hombre sobre la mujer, por considerarla el autor un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad».

La lectura de esta sentencia resulta además interesante para ver cómo ha evolucionado la interpretación de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género.

²³⁶ Se está refiriendo al ámbito de la pareja; pero en la actualidad la aplicación de esta circunstancia agravante no se limitada a ese marco relacional.

²³⁷ En la misma línea, las SSTS n.º 650/2021, de 20 julio (FJ. 15.º); n.º 1035/2024, de 14 de noviembre (FJ. 4.º); o n.º 316/2025, de 3 de abril de 2025 (FJ. 2.º).

²³⁸ Nótese que el Grupo de Estudios de Política Criminal, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, cit., p. 3, había planteado su limitación a los casos más graves.

esta modalidad cualificada de la agresión sexual tiene una duración mínima de dos a ocho años, deviniendo más relevante el componente de discriminación que el propio atentado contra la libertad sexual. Si se diese el caso de que concurriese además una circunstancia agravante ordinaria, por ejemplo, obrar con abuso de superioridad o abuso de confianza²³⁹, estaríamos ante una pena de prisión de 5 a 8 años.

A nuestro juicio, se ha abierto, innecesariamente a partir del establecimiento de las razones de género en la circunstancia agravante ordinaria de discriminación, un camino peligroso desde el prisma de la proporcionalidad de la respuesta penal, en el que el elemento de la dominación del hombre sobre la mujer que es o ha sido esposa o pareja adquiere mayor significado que el ataque a la libertad sexual²⁴⁰.

La comprensión en clave de género de esta circunstancia, por otra parte, haría que perdiera aquí el interés específico por las opiniones sobre la mayor o menor gravedad de la agresión sexual en función de si la víctima y el agresor eran o habían sido pareja sexual²⁴¹, quedando relegado este extremo al pronunciamiento sobre la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y a la estimación del daño causado a la víctima. No obstante, como se apuntó, no es la nuestra la única lectura que se ha hecho de la norma, pudiéndose reiterar que el propio Tribunal Supremo, tal y como se desprende de sus sentencias n.º 258/2023, de 19 abril, (FJ. 3.º), n.º 228/2024, de 7 marzo, (FJ. 4.º), o n.º 316/2025, de 3 de abril de 2025, (FJ. 2.º), la considera más bien una circunstancia agravante específica por parentesco²⁴². Esta interpretación que, a nuestro juicio, no puede prosperar, al margen de las razones anteriormente

²³⁹ No obstante, en la revisión de casos que hemos realizado no se observa que este tipo de agravante se aprecie por los tribunales. Obsérvese asimismo que en el Convenio de Estambul la posición de confianza parece un elemento clave en la justificación de la agravante.

²⁴⁰ En esta línea, GIL GIL, A., «La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual», en MUÑOZ SÁNCHEZ, J. et al. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, cit., p. 817.

²⁴¹ Vid., FARALDO CABANA, P., «La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima», cit., pp. 1374-1383; LLOBET ANGLÍ, M., «¿Es legítimo tomar en consideración el género de la víctima para agravar las agresiones sexuales?», cit., pp. 312-313. Tras la introducción de esta agravante han entendido que la agresión sexual de la pareja o expareja no tiene por qué ser siempre considerada más grave que la ejecutada por un tercero, por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», en <https://almacenedederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, publicado el 9 de marzo de 2022; CARUSO FONTÁN, V., «El nuevo paradigma del Derecho sexual vindicativo: ¿Por qué es preciso “deconstruir” la perspectiva de género?», cit., pp. 40-41; REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», cit., p. 15.

²⁴² Tampoco la identificó como una circunstancia específica de género en su sentencia n.º 458/2023, de 14 junio (FJ. 2.º).

esgrimidas, ante la evidente quiebra del principio de igualdad que supondría dar o no un plus de relevancia penal al parentesco en función del sexo de la víctima y del ofensor así como desvalorar más los ataques de unos parientes que los de otros, podría reabrir ese debate para descartar, a través de una interpretación sistemática con la circunstancia mixta de parentesco, la aplicación automática de la circunstancia agravante específica del artículo 180.1.4.^a Independientemente de la respuesta que se adoptase en este punto, semejante concepción de esta circunstancia dejaría vía libre a la apreciación de la agravante genérica de discriminación por razón de género en el delito de agresión sexual.

Al margen de la valoración que merezca esta disposición²⁴³, nos encontramos ante un legislador poco consecuente con su propio planteamiento en la medida en que, si la discriminación por género determina el mayor contenido de injusto justificante de la agravante, lo lógico, como apuntábamos, es que la agravante no operase solo en ese ámbito relacional. Se aparta además el legislador con esta decisión de la evolución que siguió el abordaje en el orden penal de la violencia de la mujer por razón de género a raíz del Convenio de Estambul, que para hacer frente a todas las manifestaciones de esta violencia penalmente relevantes amplió precisamente la circunstancia agravante ordinaria de discriminación introduciendo las razones de género entre los motivos determinantes de su apreciación (art. 22.4.^º)²⁴⁴; garantizándose a través de esta vía una mayor contundencia frente a la violencia contra la mujer por razón de géne-

²⁴³ Ha recibido una valoración positiva por parte de GÓMEZ NAVAJAS, J., «Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima», cit., p. 182; FARALDO CABANA, P., «La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima», cit., pp. 1387-1388, quien resalta que la utilidad de la nueva norma, cuyo fundamento sitúa también en el elemento de la discriminación por género, que además considera que ha de interpretarse de manera objetiva, se encuentra en su mayor potencial agravatorio en comparación con la circunstancia agravante ordinaria de discriminación por razón de género del artículo 22.4.^a; MORALES HERNÁNDEZ, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 de Código penal», cit., p. 135. El Consejo Fiscal, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 70, la rechazó, afirmando la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 38, que es coherente en nuestro sistema. Críticamente GIL GIL, A., «La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual», cit., pp. 807-823; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4.^a y 181.4d) CP]», en Muñoz Sánchez, J. et al. (dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, cit., pp. 1331-1363; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 199.

²⁴⁴ Esta circunstancia, como se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina, habría dado lugar a un intenso debate sobre su fundamento, naturaleza y ámbito de aplicación; vid., por ejemplo, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «La circunstancia agravante de discriminación por razones de género: problemas de interpretación», en FERNÁNDEZ TERUEL, J. G. y FONSECA FORTES-FURTADO, R. H., *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 195-236.

ro²⁴⁵. Tal es así, que una agresión sexual básica en la que se aprecia discriminación de la mujer por género, pero sin que se dé el elemento del hombre pareja o expareja, se ha de castigar con una pena de prisión de dos años y seis meses a cuatro. Una pena, como vemos, más grave en su límite mínimo –no así en el máximo–, que la prevista para la agresión sexual básica realizada por un hombre sobre su mujer pareja o expareja. Lo mismo sucede si tomamos como ejemplo el tipo de la violación del artículo 179.1; en el primer caso la pena de prisión será de ocho a doce años y en el segundo de siete a quince años.

No se ha aprovechado la reforma para señalar con mayor grado de certeza al sujeto pasivo de este tipo cualificado, a pesar de que la casuística ha evi- denciado la existencia de criterios dispares sobre la concreción de quien es esa mujer que está o ha estado ligada al autor de forma estable por análoga rela- ción de afectividad al matrimonio²⁴⁶. En general, se observaría en la práctica judicial un progresivo alejamiento de los tradicionales atributos característicos de la institución matrimonial (estabilidad y convivencia) para poner en valor criterios ligados a las características de la violencia de género como la intensidad emocional de la relación íntima que va más allá de la pura amistad, inde- pendientemente de su continuidad temporal o de su estabilidad. Así se refleja, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 697/2017, de 25 de octubre, de la que reproducimos un largo párrafo:

«Ahora, después de las modificaciones operadas por las Ley Orgáni- ca 11/2003 y 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afec- tividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas en la re- dacción legal de los arts. 153, 173.2 y 171. El grado de asimilación al matri- monio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que com- parte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta. [] Los

²⁴⁵ Precisamente este paso motivó que algunas voces se alzasen en pro de repensar la necesidad de tipos cualificados como el que ahora comentamos. Así, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de Estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», en *RECP*, 2018, n.º 20-04, p. 13; DE CUESTA AGUADO, P. M., «Sobre la asistencia a víctimas de delitos más allá del Estatuto de la víctima», en *EPC*, 2019, vol. XXIX, p. 413.

²⁴⁶ Vid., por ejemplo, CASTRO CORREDOIRA, M., «La relación de afectividad análoga en Derecho penal: Problemas interpretativos», en Abel Souto, M. *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, cit., pp. 332-345; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima», cit., pp. 190-192.

preceptos mencionados no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de la violencia de género. [] En efecto, una de las razones por las que, precisamente se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los arts. 153, 171.4 y 173.2 CP, no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio) que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja cualquiera que se la denominación precisa que se le asigne», (FJ. 2.º).

La nueva norma desplaza, a nuestro parecer, en virtud del principio de inherencia, la aplicación en este caso tan específico de la circunstancia agravante genérica de discriminación por razón de género²⁴⁷, no así de la circunstancia agravante ordinaria de parentesco (art. 23), perfectamente compatible con ella al ser su fundamento diferente²⁴⁸.

²⁴⁷ En este sentido, MAGRO SERVET, V., «Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la violencia sexual en el hogar», en *DLL*, 2012, n.º 10142, p. 14; la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 38.

²⁴⁸ Comparte la tesis de la compatibilidad con la agravante de discriminación por género, el Tribunal Supremo, así en sus sentencias n.º 258/2023, de 19 abril (FJ. 3.º) y n.º 228/2024, de 7 marzo (FJ. 4.º). De otra opinión, la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 38, que estima que se quebraría el principio de *non bis in idem*; tanto si se aplica con la agravante ordinaria de discriminación por género como con la agravante de parentesco; igualmente GÓMEZ NAVAJAS, J., «Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima», cit., p. 175, si bien reconoce más adelante que el fundamento de la circunstancia del 22.4.º y del 23 es diferente; ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.ª Delitos contra la libertad sexual (I)», cit., p. 210; REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», cit., p. 16, Su incompatibilidad con la circunstancia de parentesco es subrayada por

4.2.5 CUANDO, PARA LA EJECUCIÓN DEL DELITO, LA PERSONA RESPONSABLE SE HUBIERA PREVALIDO DE UNA SITUACIÓN O RELACIÓN DE CONVIVENCIA O DE PARENTESCO O DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD CON RESPECTO A LA VÍCTIMA

La evolución legislativa de la circunstancia agravante específica de la agresión sexual basada en el prevalimiento por parte del agresor de una determinada relación o situación para cometer el delito denota, en general, una progresiva ampliación de los supuestos abarcables a través de distintas reformas de nuestro Código penal. Este, en su redacción originaria de 1995, se limitaba a desvalorar de forma más grave los ataques que se servían del prevalimiento de la «relación de parentesco»; parentesco que se acotaba al que se daba entre «ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima». A raíz de su reforma por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se da el paso de incorporar el prevalimiento de una relación de superioridad y más adelante, con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, se introduce el prevalimiento de una situación de convivencia, si bien también se reduce el parentesco relevante a estos efectos al suprimirse, incomprensiblemente en nuestra opinión, la alusión a los descendientes²⁴⁹. En este estado de las cosas, la LOGILS imprimiría, a nuestro juicio, un simple cambio en el estilo de la redacción de la norma, motivado por distintas enmiendas presentadas en el Congreso de Diputados²⁵⁰, que alcanzarían su objetivo ya en el Informe de la Ponencia²⁵¹, a través de las cuales se perseguiría evitar que la redacción de la norma («... de una relación de superioridad o parentesco...») diese pie a interpretar que el prevalimiento de una relación de superioridad tuviese que originarse por alguna de las formas de parentesco entonces explicitadas²⁵².

MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 197; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 868.

²⁴⁹ Posiblemente este cambio se explique en el hecho de que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, había excluido en los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años el prevalimiento del parentesco por parte del descendiente por ser imposible, dada la edad de la víctima, que esta situación pudiera darse (art. 183.4.d). Sin embargo, en el delito de agresión sexual puede darse perfectamente que sea un hijo el agresor.

²⁵⁰ En concreto, la enmienda n.º 36 del Grupo Parlamentario Ciudadanos («... o parentesco, en último caso,...»), la enmienda n.º 121 del Grupo Parlamentario Plural y n.º 441 del Grupo Parlamentario Republicano («... de superioridad o parentesco con la víctima») y la enmienda n.º 374 del Grupo Parlamentario Republicano («... de una relación de parentesco y en este caso...»).

²⁵¹ BOCG, Serie A, n.º 62-4 de 19 de mayo de 2022.

²⁵² La redacción que dio al precepto la LOGILS fue esta: «Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascen-

Una interpretación que había sido rechazada por el Tribunal Supremo, como nos recuerda su sentencia n.º 767/2022, de 15 de septiembre, (FJ. 1.º)²⁵³. Será en realidad por vía de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, cuando la norma vuelva a amplificar su significado al suprimirse la especificación sobre la clase de parentesco. Momento en el que también se equiparan, aunque sólo para los casos de convivencia y parentesco, los términos relación, que exige un vínculo, conexión o enlace entre los sujetos del delito, y situación, concepto más amplio que comprende el estado o posición en la que se encuentra la persona como resultado de factores o circunstancia de toda índole²⁵⁴; en definitiva, mientras el primero sería un concepto de orden formal, el segundo, está referido a una situación de hecho²⁵⁵.

Son, por tanto, en el presente tres los factores en los que se sustenta el prevalimiento recogido en esta agravante específica del delito de agresión sexual: una situación o relación de convivencia, una situación o relación de parentesco y una relación de superioridad.

El elemento central y unitario de esta disposición es el prevalimiento; en consecuencia, no es suficiente para la apreciación de la circunstancia con la concurrencia de la superioridad del agresor, el parentesco o la convivencia, siendo necesario que el agresor voluntariamente se sirva o se aproveche de ella, haciendo con ello que su acción resulte más peligrosidad para el bien jurídico protegido, facilitándose así la ejecución del delito²⁵⁶.

diente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima».

²⁵³ «Hemos dicho en la sentencia 384/2018, de 25 de julio, que “se exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva “o” que une ambas ideas lo acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad”» (FJ. 1.º).

²⁵⁴ Nótese, no obstante, que el Tribunal Supremo ha considerado que existe prevalimiento de una relación de superioridad cuando esta se origina por la diferencia de edad entre los sujetos del delito y la especial relación de afecto y confianza existente entre ellos (así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 3/2022, de 12 de enero, FJ. 4.%).

²⁵⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 30.

²⁵⁶ Obsérvese, en consecuencia, que esta agravante nada tiene que ver ya con una moral colectiva que rechaza las relaciones sexuales consentidas entre miembros de la familia. Tampoco con la existencia de un deber, sea jurídico sea natural, de velar por el bienestar de los parientes. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., p. 250. Consiguientemente, será compatible, si se da el caso, con la circunstancia agravante de parentesco (art. 23), cuya aplicación será desplazada si se trata de alguna de las personas mencionadas en el artículo 192.2.

Alguna voz dentro de la doctrina identifica un fundamento mixto de la circunstancia agravante sustentado en el daño psíquico que se causa a la víctima en el caso del parentesco al estimarse, por lo general, que es mayor. Tal es el caso de Monge Fernández, A., «Las manadas» y su incidencia en la fu-

La aportación de estas modalidades de prevalimiento al hecho delictivo hace que sea frecuente que se trace un paralelismo entre esta circunstancia y la agravante ordinaria de abuso de superioridad (art. 22.2.^a), como revela, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 834/2014, de 10 de diciembre, que al respecto comienza realizando una consideración de orden general con arreglo a la cual «... prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal partiendo de su naturaleza subjetiva –sobresubjetiva la califica la STS de 2 de marzo de 1990– tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima», para posteriormente, y antes de precisar el significado de la circunstancia agravante específica, recordar que en «relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta Sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima», (FJ. 3.^º)²⁵⁷. Esta descripción se realizaba en atención al derogado delito de abuso sexual de prevalimiento, cuya particularidad descansaba en el hecho de que se obtenía el consentimiento (un consentimiento jurídicamente no válido) «prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima» (derogado artículo 181.3)²⁵⁸. La circunstancia agravante específica tiene, sin embargo, una dicción diferente, de la que se desprendería, a nuestro juicio, que nada impediría su puesta en relación además con otra agravante ordinaria, la de obrar con abuso de confianza (art. 22.6.^a)²⁵⁹, en aquellos casos en los que el objeto del prevalimiento es la confianza que se suele generar en el marco de la convivencia o del parentesco e incluso en determinadas relaciones de superio-

tura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., p. 207, quien en nota 476 atribuye este planteamiento a ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual. Agravantes específicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.

²⁵⁷ Así, la sentencia del Tribunal Supremo n.^o 258/2015, de 8 de mayo (FJ. 1.^º).

²⁵⁸ Nótese que, con la LOGILS, se considera en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando abuso de una situación de superioridad (art. 178.2).

²⁵⁹ Recuérdese que el informe explicativo que acompaña al Convenio de Estambul destaca en el abuso de autoridad la idea de la facilitación del hecho debido a la confianza entre los sujetos.

ridad y subordinación para subrepticiamente cometer más fácilmente la agresión sexual²⁶⁰. Desde este enfoque cobraría mayor sentido que junto con el prevalimiento de la relación de superioridad se mencionen las otras fuentes de prevalimiento: la situación o relación de convivencia o de parentesco. Se evitaría así que estas resultasen redundantes por ser susceptibles de ser subsumidas en el abuso de la relación de superioridad, sin más aporte por su parte que visualizar expresamente en la ley contextos propicios para la victimización sexual, muy especialmente de las personas menores de edad, de las personas dependiente y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Como hemos dicho, las últimas reformas no han incidido en esta circunstancia en la parte concerniente al prevalimiento de una relación de superioridad, que, según ha afirmado el Tribunal Supremo, comporta que «los mecanismos o recursos defensivos de la víctima ... resultan ineficaces o ceden, precisamente en atención a la desarmónica, desigual, relación que aquélla mantiene con su agresor, frente al que se halla en situación de inferioridad», (así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 324/2022, de 30 de marzo, FJ. 2.º). Las relaciones de superioridad pueden aflorar en contextos muy diferentes, no estando condicionada su existencia a ningún tipo de formalización; así, por ejemplo, el contexto laboral²⁶¹, docente, religioso, deportivo, familiar o quasi familiar, económico, etc. Lo importante, independientemente de la naturaleza de la relación entre los sujetos del delito, es que esta sea fuente de una posición de desequilibrio de poder entre ellos, que hace que la víctima sea dependiente o se halle subordinada al agresor, posibilitando la realización por este de funciones de control, supervisión o dirección de la víctima, de las que se prevale para cometer la agresión sexual²⁶².

La relación de superioridad determina la existencia de una situación de superioridad, pero esta puede tener su origen, como vimos, en otro tipo de factores como, por ejemplo, la distinta fuerza física de los sujetos del delito, el escaso coeficiente intelectual de la víctima (así, en la sentencia del Tribunal

²⁶⁰ La sentencia del Tribunal Supremo n.º 324/2022, de 30 de marzo (FJ. 2.º), distingue entre ambas, describiendo el abuso de confianza como la situación en la que «el autor se beneficia o favorece del clima de tranquilidad o relajación generado en la víctima como consecuencia del conocimiento amable de su agresor, de la razonable esperanza que tiene de no ser agredida en dicho contexto de fiabilidad personal». Esto hace que los mecanismos o recursos defensivos de la víctima se encuentren relajados o abatidos.

²⁶¹ Nótese que la sentencia del Tribunal Supremo n.º 389/2022, de 21 abril (FJ. 2.º), reconoce que hay prevalimiento de una relación de superioridad entre el oferente de empleo y el demandante de ese empleo en la medida en que la distinta posición de cada uno de ellos hace que el primero pueda dirigir la conducta de la víctima para satisfacer fácilmente su propósito.

²⁶² En el caso de las personas menores de edad es frecuente que se dé una relación de profesor y alumno (así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 809/2022, de 7 de octubre).

Supremo n.º 456/2000, de 21 de marzo, FJ. 4.º y 5.º)²⁶³, un defecto de madurez o de capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual, una diferencia de edad entre los sujetos que produce una situación de desequilibrio. Factores, a los que, sin embargo, el legislador no ha querido dar mayor empaque salvo que, como se explicó, den lugar a que la víctima se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad.

En relación con el prevalimiento de la convivencia, aparecen como alternativas la situación de convivencia y la relación de convivencia. No alcanzamos a ver el aporte de esta última, si tenemos presente que, dado que la convivencia implica vivir o cohabitar con otros, la situación de convivencia será necesaria para dar pie a una relación de convivencia, que podría darse o no. Así las cosas, igual su presencia en el tipo resulta perjudicial para el principio de legalidad por acabar favoreciendo interpretaciones laxas del término convivir que, considerando los nuevos modelos de relaciones entre las personas, resten valor al hecho de cohabitar en el mismo espacio y pongan el foco de atención en la intensidad de la vida en común. Pensemos, por ejemplo, en el hombre que agrede sexualmente a la hija de 17 años de su pareja con la que no convive, pero en cuya casa entra con mucha frecuencia. Situaciones, por otra parte, que se acomodan muy bien a la razón de ser de esta agravante, la facilitación de la comisión del hecho²⁶⁴.

Por lo que al prevalimiento de la situación o relación de parentesco en concreto se refiere, en el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, se expresa la voluntad del legislador de dispensar una mayor protección de las víctimas que son objeto de ataque por parte de sus parientes al reparar, simplemente, en el hecho de que estos representarían una parte importante del conjunto de los agresores sexuales²⁶⁵. Efectivamente la anterior redacción de la norma, al referirse expresamente a un tipo de pariente, dejaba fuera a determinadas personas, que precisamente por su relación de parentesco con la víctima también se podrían hallar en una posición ventajosa para cometer el delito²⁶⁶.

²⁶³ En este caso, la víctima tenía «un retraso mental de grado medio, desde la infancia (consecuente a una meningitis) permanente e irreversible que le incapacita para tomar decisiones que requieran elaboración mental compleja, con un concepto sobre la sexualidad marcadamente inmaduro».

²⁶⁴ Así, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., pp. 202-203.

²⁶⁵ Se recogen algunos datos al respecto en Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019*, Ed. Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020, capítulo 2, violencia sexual en la pareja, y capítulo 16, violencia sexual fuera de la pareja.

²⁶⁶ Obsérvese que aquellos autores en los que subyacía la vinculación del prevalimiento de la relación de parentesco con el incesto cuestionaban la amplitud que ya en 1995 se daba al parentesco. Así, por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ, A., «Las manadas» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales», cit., p. 207.

En concreto, venía entendiendo el Tribunal Supremo que, no obstante el tenor literal de la norma, que llevaría a una conclusión absurda sobre su ámbito de aplicación si no se pusiese un límite al parentesco por afinidad y sí al parentesco por consanguinidad y por adopción, el parentesco relevante a estos efectos, de acuerdo con una interpretación sistemática de aquella, era el parentesco en línea recta (ascendentes y, antes de la reforma de 2021, descendientes por consanguinidad o adopción), el parentesco colateral acotado únicamente a hermanos y el parentesco por afinidad en los mismos grados que los ya mencionados (suegros, cuñados y hasta la reforma de 2021 hijastros)²⁶⁷. Por consiguiente, más allá de estos supuestos, si el agresor se prevalía de otro tipo de parentesco, la aplicación de una circunstancia agravante específica por prevalimiento se hacía depender de que se advirtiera el abuso de una relación de superioridad²⁶⁸ o de una situación de convivencia.

Comprendiendo el leitmotiv de la reforma, lo cierto es que una referencia tan genérica al parentesco no está exenta de problemas desde el prisma de la seguridad jurídica²⁶⁹, dado que el término parentesco no sólo tiene el sentido usual que le asigna la RAE sino también un significado jurídico penal. En su acepción lingüística el parentesco es el «vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta», quedando, por tanto, incluidos sin limitación alguna todos los parientes por consanguinidad, adopción y afinidad y los esposos, extendiéndose además a aquellos que mantienen una relación estable de afectividad análoga al matrimonio²⁷⁰. Nuestro Código penal, por su parte, lo dota, con motivo de la configuración legal de la circunstancia mixta de parentesco (art. 23), de un significado jurídico penal propio: «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

La confrontación de ambas definiciones evidencia que existe un solapamiento parcial entre ellas, sin embargo, ninguna recoge todos los supuestos

²⁶⁷ Así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 767/2022, de 15 de septiembre (FJ. 1.º).

²⁶⁸ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 834/2014, de 10 de diciembre: «la evidente relación de superioridad del acusado que estaba casado con la madre de las menores y en la situación de clara indefensión de aquéllas, pues los hechos se sucedieron en el interior del domicilio familiar y al abrigo de miradas extrañas y aprovechando el acusado, en todas las ocasiones, la ausencia de la madre, debilitando de esta forma las posibilidades de defensa de las niñas» (FJ. 3.º).

²⁶⁹ Sin embargo, ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.ª Delitos contra la libertad sexual (I)», cit., p. 210, ha valorado positivamente el cambio al considerar que determina que el juez pueda valorar si la relación ha facilitado el atentado sexual.

²⁷⁰ Nótese que el Código civil no acuña un concepto de parientes o de parentesco, apelando, dependiendo de la concreta institución, de forma general al mismo o acotando su extensión.

integrados en la otra. El sentido usual del término exige la actualidad del parentesco, no así la circunstancia del artículo 23, y además engloba cualquier vínculo de consanguinidad, afinidad y adopción. La definición jurídico penal, por su parte, además de contemplar situaciones que han cesado, alarga su sombra para cobijar no sólo a parientes del ofensor y de su cónyuge sino también a parientes del conviviente del agresor, que no quedarían abarcados por el parentesco por afinidad, según el Derecho civil.

En principio, podríamos pensar que el hecho de que la agravante de parentesco tenga en común con la circunstancia agravante comentada su finalidad de modular la pena, podría, en una interpretación sistemática de las normas, delimitar el parentesco penalmente relevante también a este otro efecto, si bien el distinto fundamento de ambas circunstancias, que las haría compatibles entre sí, haría igualmente factible amparar su descarte. Sin embargo, a la luz de las palabras expresadas por el legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, donde se mencionaba a los primos como ejemplo de la omisión injustificada de la anterior regulación, más bien procedería descartar la interpretación sistemática en favor de la acepción usual del término que es la única que abarca a los primos.

Esta Ley orgánica ha rehabilitado, por otra parte, la función agravatoria del prevalimiento de una relación de superioridad, que se había diluido al disponerse por la LOGILS que las penas de los tipos cualificados del artículo 180 no se impondría si sus circunstancias ya habían sido tomadas en consideración para determinar la concurrencia de los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179, en la medida en que el prevalimiento de una relación de superioridad, en virtud del artículo 178.2, ya se habría tomado en cuenta para negar el consentimiento de la víctima.

El hecho de que este tipo cualificado se conecte en su fundamentación con la clase de injusto propiciada por el uso de la violencia o de la intimidación ha hecho, por otra parte, que en aquellos casos en los que concurren uno y otro se suscite la cuestión de si es posible la apreciación de ambas cualificaciones. En un sentido positivo se ha manifestado el Tribunal Supremo en referencia a los casos en los que es posible identificar un doble fundamento para agravar el hecho, lo que acontecería cuando el prevalimiento es aprovechado por el responsable para facilitar su comisión y la violencia o la intimidación se emplea en la ejecución. Así, en su sentencia n.º 332/2019, de 27 junio, (FJ. 5.º), donde confirma la condena por delito continuado de agresión sexual a una menor de edad, que desde los 9 años fue victimizada sexualmente por su tío político quien cuando cumplió los 11 años, no sólo se siguió sirviendo a tal fin del aprovechamiento de la «intensa posición de superiori-

dad que ostentaba sobre la menor, derivada, tanto de la extrema diferencia de edad, como de la posición de parentesco, y en la esfera de la convivencia diaria desarrollada entre ambos prácticamente bajo el mismo techo», sino que también recurrió a la intimidación²⁷¹. En el caso del abuelo que amenaza a su nieto de unos 10 años con pegarle si no accedía a sus pretensiones sexuales, al considerar que el parentesco fue el que propició los encuentros con el niño y las condiciones en que estos se produjeron (STS n.º 953/2016, de 15 de diciembre, FJ. 7.º)²⁷². O en el caso del primo político de la madre de la víctima, una menor agredida sexualmente desde los 9 a los 13 años, que mantenía una estrecha relación familiar con ellas, y se prevalía «de su condición de superioridad e incluso de su situación, para coincidir con la víctima en su propia casa, en su dormitorio y en otros lugares aislados, imposibles de obtener por otras vías, y producido tal escenario, ante el rechazo de la menor, utiliza la fuerza física para doblegar la voluntad de la niña, que es conducida por el autor mediante mecanismos inductores acerca de cómo se tenía que comportar, perpetrados mediante el uso de la fuerza» (STS n.º 438/2025, de 14 mayo, FJ. 4.º).

La defensa de su incompatibilidad, por otra parte, a la luz de la nueva estructuración de los tipos cualificados del delito de agresión sexual pondría sobre la mesa la necesidad de repensar de nuevo la sanción penal, dado que el efecto penalógico que determina la apreciación de este prevallimiento es mayor que el resultante de apreciar la violencia o intimidación a pesar de que se considera que estos últimos medios afectan más intensamente a la libertad. En concreto, para la agresión sexual cualificada por este prevallimiento está prevista la pena de prisión de 2 a 8 años, mientras que si lo que la cualifica es la violencia o la intimidación la pena de prisión va de 1 a 5 años.

²⁷¹ Se declaró probado que el tío la atemorizada, manifestándola, «con el fin de infundirle miedo y evitar que se opusiera a sus perversos deseos, que, de no hacerlo, “mandaría todo a la mierda”, contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido con anterioridad y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin consentimiento ni conocimiento de la menor le había ido realizando durante las prácticas sexuales». Los sentimientos de culpabilidad que pueden llegar a sentir los menores victimizados sexualmente y de vergüenza ante el descubrimiento por sus seres queridos de esos actos explican el carácter intimidatorio de unas expresiones que, tratándose de personas adultas, podrían ser objeto de una valoración totalmente diferente. Como afirma, el Tribunal «los actos intimidatorios sobre la psique de los menores de edad se consiguen mucho más fácilmente con expresiones que sí alcanzan ese potencial de intimidación que persigue el autor de los hechos confiado en que el menor no contará nada si para este la amenaza es creíble, o tiene amplias posibilidades de que se cumpla, por absurda que esta parezca. Pero que, sin embargo, a los ojos de un menor el relato intimidatorio produce sus efectos».

²⁷² Vid. también la STS n.º 203/2025, de 4 marzo (FJ. 2.º), relativa a la victimización sexual de una menor (edad de 15 años) por parte de la pareja sentimental de su madre, quien convivía con ambas. La menor padecía una discapacidad visual de un 80 %, con un grado de limitaciones de la actividad del 75 %, limitaciones de expresión y presentaba un patrón vivencial fuertemente marcado por la sumisión.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

Sucede igual si estas cualificaciones las proyectamos sobre el delito de violación, castigado con una pena en el primer caso de prisión de 7 a 15 años y en el segundo de 6 a 12 años.

Esta circunstancia agravante específica alude expresamente a que de la mencionada relación o situación con la víctima se haya prevalido la «persona responsable», quien a juicio de algunos necesariamente sería el autor del hecho²⁷³; opinión de la que discrepamos por gozar aquella expresión en nuestro Código penal (título II del libro I del CP: «De las personas criminalmente responsables de los delitos») de un significado más amplio que engloba, salvo que expresamente se exceptúe, a autores directos, autores mediatos, inductores, cooperadores necesarios y cómplices (arts. 28 y 29).

4.2.6 CUANDO EL RESPONSABLE HAGA USO DE ARMAS U OTROS MEDIOS IGUALMENTE PELIGROSOS, SUSCEPTIBLES DE PRODUCIR LA MUERTE O ALGUNA DE LAS LESIONES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 149 Y 150 DEL CÓDIGO PENAL, SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO EN SU ARTÍCULO 194 BIS

El mayor desvalor de la conducta desplegada por el agresor aportado por la peligrosidad de determinados medios empleados en la agresión sexual para concretos bienes jurídicos distintos de la libertad sexual da legitimidad a la circunstancia agravante específica del artículo 180.1.6.^a²⁷⁴; representando, en consecuencia, la existencia de ese peligro adicional o complementario al que la acción del sujeto comporta para la libertad sexual uno de los elementos característicos de este tipo cualificado respecto de otras modalidades de la agresión sexual. En igual sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, recordando que su doctrina sitúa el fundamento de esta agravante, no en el ataque a la libertad sexual ya incorporado al desvalor del tipo de los artículos 178 y 179 del Código penal, sino en el riesgo contra la incolumidad física que supone el

²⁷³ Así, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 201.

²⁷⁴ De esta opinión, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 368; CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 278; la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 40; MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 206. En contra, MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 1298-1299, o GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», cit., p. 499, que, teniendo presente la cláusula final, se limitan a identificar la mayor peligrosidad para la libertad sexual.

uso de determinados medios peligrosos; así, por ejemplo, en sus sentencias n.º 948/2009, de 6 octubre, (FJ. 2.º), o n.º 843/2008, de 5 diciembre, (FJ. 3.º). Se trata, por tanto, de una circunstancia que puede constituir tanto el medio del que se sirve el sujeto para realizar el atentado sexual como aparecer integrada en el acto sexual.

Presente ya en la regulación del delito de agresión sexual obra de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre («cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles...»), la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, incidió en su redacción, sin mayor repercusión práctica, para mencionar expresamente el uso de las armas («cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos...»); medio especialmente peligroso, sin discusión, para la vida y la salud comprensivo tanto de las armas de fuego como de las armas blancas. Las armas pasan entonces a situarse en un primer plano y a servir de criterio de comparación en la delimitación del resto de medios penalmente relevantes al amparo de este tipo penal, que se caracterizarían porque no siendo su función el ataque o la defensa son susceptibles de ser utilizados con ese fin teniendo la capacidad, por su uso, de producir la muerte o lesiones graves. La sentencia del Tribunal Supremo n.º 1302/2009, de 9 de diciembre, (FJ. 6.º), por ejemplo, atribuye tal condición a un destornillador, a un martillo, a una maza, a una garrota o a un palo, pero dada la descripción de esta agravante sería imaginable una gran diversidad de cosas. Así, por ejemplo, cosas más insólitas como las piedras de cocaína que al ser introducidas en las cavidades del cuerpo humano y ser esta inmediatamente absorbida por el torrente sanguíneo pueden, en función de su cantidad y pureza, provocar una intoxicación mortal²⁷⁵.

La LOGILS también ha modificado el tenor de esta disposición, pero sin aportar cambios realmente significativos, sustituyéndose el término «autor» en favor del de «responsable», que se estima más correcto técnicamente²⁷⁶ y evita interpretaciones restrictivas de la norma, y reemplazándose la alusión que se hacía en su inciso final a la pena correspondiente por la causación de la muerte o de lesiones por una referencia genérica al nuevo artículo 194 bis²⁷⁷, donde, como se apuntó, se recoge una cláusula concursal expresa destinada a que se

²⁷⁵ Caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4.ª, n.º 440/2022, de 1 de septiembre (FJ. 4.º), aunque no se aplica la circunstancia agravante porque se trataba de delitos de abuso sexual.

²⁷⁶ Así, la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 39.

²⁷⁷ En su sentencia n.º 968/2012 de 30 noviembre (FJ. 4.º), consideraba el Tribunal Supremo que la expresión «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder...» indicaba la existencia de un concurso real entre las agresiones sexuales y el homicidio, asesinato o lesiones. En cambio, califica el concurso de ideal en su sentencia n.º 288/2022 de 23 marzo (FJ. 2.º).

sancione además del delito sexual aquellos otros a los que den lugar los actos de violencia física o psíquica realizados.

A tenor de la descripción típica, el peligro sobre el que se construye la agravante sería, en principio, de naturaleza abstracta; precisando algunos autores que se trataría de un peligro abstracto-concreto o potencial puesto que sólo se exige que aquellos sean idóneos para producir cierto daño y no que a raíz del uso de ellos se cree el peligro concreto de causación de los resultados captados por la norma²⁷⁸, como sí está previsto en el tipo cualificado de las lesiones del artículo 148.1.º («si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado»). Tipo este cuyo tenor, por otra parte, expresa claramente la voluntad del legislador de ampliar el alcance de esta clase de agravante en contraste con lo que sucede en el marco de la agresión sexual o en el delito de robo con violencia o intimidación (art. 242.3).

El alcance de este tipo cualificado de la agresión sexual, no obstante, se habría visto limitado por el Tribunal Supremo condicionado en su interpretación por el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de *non bis in idem* (STS n.º 15/2006, de 13 de enero, FJ. 2.º). En primer lugar, a través de una interpretación restrictiva del verbo «usar» que el Tribunal Supremo realiza en orden a evitar la apreciación automática de este tipo cualificado ante el mero empleo de cualquier arma o instrumento equivalente con efectos intimidatorios, como sucede cuando simplemente se exhibe el arma o medio peligroso para vencer la voluntad contraria al acto sexual de la víctima. Se elude, a resultas, lo que considera sería una injustificada exacerbación punitiva, con eventual vulneración del principio *non bis in idem* al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual –en el presente la agresión sexual agravada del artículo 178.3– y su cualificación como agresión agravada (así, lo recuerda, por ejemplo, en sus sentencias n.º 843/2008, de 5 diciembre, FJ. 3.º; o n.º 1302/2009, de 9 de diciembre, FJ. 6.º). En consecuencia, la mera exhibición de un arma o del medio equivalente en peligrosidad, que también es una forma de uso, no daría lugar a la apreciación de este tipo cualificado cuando con aquella se persigue simplemente la intimidación del sujeto al entender que el riesgo de ulterior peligro es de menor entidad que aquel previsto en este tipo cualificado²⁷⁹.

Esas mismas razones, le llevan, en segundo lugar, a incidir en que la apreciación del tipo cualificado del artículo 180.1.5.º procede cuando el uso del medio

²⁷⁸ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 1297.

²⁷⁹ En la doctrina también se comparte esta exclusión; así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 370.

desencadena un riesgo potencial real de menoscabo de otros bienes jurídicos, que él identifica, reiteradamente, con la integridad física o la vida (así, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 968/2012, de 30 noviembre, FJ. 4.º, o n.º 905/2006, de 29 septiembre, FJ. 1.º). No podría ser de otra forma en virtud del fundamento de la agravante. Baste con precisar en este punto que no toda creación de riesgo para la integridad física es causante de la agravación, exigiendo el tipo penal la potencialidad de la acción para causar una afectación especialmente intensa en ella a la luz de la gravedad de las lesiones a las que expresamente se refiere, las lesiones recogidas en los artículos 149 y 150²⁸⁰. Estas lesiones, las más graves, no sólo son de naturaleza física al incluirse también entre ellas la grave enfermedad psíquica (art. 149). Por consiguiente, el riesgo que desvaloriza el tipo, aunque no se mencione en la práctica judicial, también se proyecta sobre la integridad psíquica. Ahora bien, como ha puntualizado el Tribunal Supremo, la limitación de los medios utilizados en función de su potencialidad lesiva parece tener una «escasa o nula relevancia práctica, ante la dificultad de que puedan existir armas o medios peligrosos que sean aptos para producir lesiones de los arts. 147 o 148 y no lo sean para las de los 149 y 150 o para el homicidio, (STS n.º 15/2006, de 13 de enero, FJ. 2.º).

A la luz de lo dicho, este riesgo potencial, en realidad, no depende simplemente de la propia naturaleza peligrosa del medio utilizado; siendo elemento determinante de la apreciación del tipo que su concreta forma de uso en el caso real evidencie *ex ante* que esta acción es probable que cause la muerte o los mencionados resultados lesivos²⁸¹. Ni que decir tiene que todo ello se ha de valorar con arreglo a criterios objetivos, prescindiendo del punto de vista del agresor y de la víctima. Consecuentemente, el uso de un arma de fuego simulada que la víctima cree que es real no daría lugar a la apreciación del tipo por sí misma, si bien en atención a sus características y la forma en la que se usa podría ser considerada un medio igualmente peligroso en el caso concreto²⁸².

Así lo expresa de forma resumida el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 15/2006, de 13 de enero, FJ. 2.º:

²⁸⁰ Estas son: la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal o no principal, incluida la mutilación genital, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave o no deformidad, o una grave enfermedad somática.

²⁸¹ Esto hace que algunos autores, prefieran considerar el tipo como de peligro concreto (así, TARANCÓN GÓMEZ, P., «Capítulo 17: Agresión y abusos sexuales», en Álvarez García, J. (dir.) *Tratado de derecho penal español. Parte especial I. Delitos contra las personas* (3.ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las LO 1 y 2/2019), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1150).

²⁸² Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 15/2006, de 13 de enero, FJ. 2.º, que califica de medio igualmente peligroso a una pistola simulada y metálica de dimensiones grandes, de una suerte de metal compacto, con la que el agresor estuvo apuntando todo el tiempo a la víctima, siendo un objeto que, por su peso y contundencia, podía causar quebranto importante en la salud de la persona amenazada.

«La concreción de esta aplicación del art. 180.1.5.^a con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza sólo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo, cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5.^a Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves, como ocurre cuando se coloca un arma blanca o medio semejante junto al cuello o el abdomen, o una pistola apuntando a la cabeza, tórax o también al cuello o al abdomen. Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto».

En aplicación de esta doctrina, nos encontramos con que en la casuística sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo la concurrencia de esta agravante se ha apreciado, por ejemplo, cuando se esgrime una navaja para vencer la voluntad contraria al acto sexual de la víctima y, posteriormente, durante el forcejeo entre el agresor y la víctima, la corta con la navaja, causándole una herida en un dedo de la mano (STS n.º 506/2008, de 17 julio, FJ. 3.º); si se intimida con un cuchillo, que se clava en la pierna de la víctima (STS n.º 687/2017, de 19 octubre, FJ. 4.º); cuando se roza con el cuchillo por el cuerpo de la víctima y, además, se le causan dos pequeñas lesiones o «pinchazos», en pie y axila (STS n.º 905/2006, de 29 septiembre, FJ. 1.º); si se coloca en el cuello un cuchillo de 20 cm de hoja, causándole como consecuencia lesiones (STS n.º 843/2008, de 5 diciembre, FJ. 3.º); cuando con un cúter se causan varios y pequeños cortes en cuello, barriga y pierna (STS n.º 431/2012, de 4 mayo, FJ. 2.º); cuando se utiliza una cuchilla de afeitar para, con movimientos lentos, causar diversos cortes superficiales por la zona corporal de pechos y abdomen, un corte en la zona pélvica y en un dedo (STS n.º 968/2012, de 30 noviembre, FJ. 5.º)²⁸³; cuando se usa una cuerda colocada alrededor del

²⁸³ Su argumentación es la siguiente: «el empleo de una cuchilla de esa manera y en esas circunstancias –sujeción de la víctima cuya reacción defensiva y de resistencia podría haber surgido en cualquier momento ante la agresión sexual de que estaba siendo objeto propiciando que se provocasen lesiones más

cuello, que se presiona dejando sin respiración e inconsciente a la víctima, cuya presión puede incluso producir la asfixia (STS n.º 288/2022, de 23 marzo, FJ. 2.º)²⁸⁴. No es, sin embargo, necesario que se llegue a menoscabar la integridad corporal de la víctima, reconociéndose también su concurrencia cuando el instrumento se coloca en zonas del cuerpo especialmente sensibles; así, la navaja que se coloca en el cuello de la víctima, previamente inmovilizada (STS n.º 76/2005, de 28 de enero, FJ. 5.º), cuando se ponen en el cuello de la víctima unas tijeras para amedrentarla (STS n.º 1302/2009, de 9 de diciembre, FJ. 6.º) o si se coloca en el cuello un cuchillo de cocina, conminando a la víctima a arrancar su vehículo y a circular por las calles hasta que se la hace parar y se inicia un forcejeo en el que víctima y cuchillo caen al suelo (STS n.º 606/2011, de 14 junio, FJ. único). Incluso cuando el medio peligroso sin llegar a rozar el cuerpo de la víctima se sitúa próximo a este, como se declara en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo n.º 948/2009, de 6 octubre, (FJ. 2.º), en la que se explica la aplicación del tipo cualificado al observar que, si bien en el momento en que el agresor, estando sentado en el asiento del copiloto del coche de la víctima, obliga a esta a que le realice una felación, el cuchillo se encuentra en su mano, no se trataría de una mera exhibición intimidatoria del arma sin producción del riesgo objetivo y cierto para la integridad física o la vida, dado que el «contacto corporal que implica obligar a la víctima a una penetración oral en el interior de un vehículo, manteniendo durante esa acción en la mano un cuchillo, representa forzosamente, por la proximidad del arma con cualquier zona vital de la víctima, un riesgo objetivo de sufrir en cualquier momento una lesión o la muerte»²⁸⁵.

La dicción de la norma también evidencia, por otra parte, que el uso de estos medios peligrosos para la vida y para la salud no está necesariamente conectado a la forma de superación de la oposición de la víctima al ataque

graves– permite afirmar que estaba presente un riesgo patente de producirse unas lesiones ubicables, al menos, en el art. 150 del Código Penal (deformidad no grave), sin que tampoco fuese descartable a priori como puntualiza el Fiscal, la producción de la muerte mediante la sección de una arteria o vena mediante un corte profundo. La constatación de ese riesgo complementario referido a lesiones de mayor entidad que las producidas, y la asunción voluntaria del mismo por el culpable es lo que se quiere sancionar de forma más severa en ambos subtipos que están correctamente aplicados».

²⁸⁴ Dice este tribunal: «Una cuerda no es un arma, ciertamente. Tampoco es por sí misma, necesariamente, un medio peligroso. Pero utilizada en la forma que describen los hechos probados se convierte en una modalidad de violencia –un medio– capaz de producir la muerte de forma bien simple. Esa metodología agresiva es apta para llenar los conceptos manejados en el art. 180.1.5; tan es así que llegó a dejar primero sin respiración y luego inconsciente a la víctima. No se trata tanto del objeto en sí, como de la forma de empleo».

²⁸⁵ Sigue explicando este tribunal que: «En esas circunstancias, es decir dentro del vehículo y durante una acción sexual de esa naturaleza, el riesgo efectivo para la integridad física resulta manifiesto por el sólo acto de empuñar el agresor un cuchillo, con independencia de que se encuentre o no la hoja del arma en directo contacto físico con una zona vital de la víctima, pues en una situación así todo su cuerpo se halla bajo la potencial e inmediata acción lesiva del agresor armado».

sexual; en consecuencia, es perfectamente posible que su uso tenga lugar tanto con ese objetivo como durante el acto de naturaleza sexual²⁸⁶.

Nos encontramos de nuevo ante un tipo cualificado rodeado de dudas interpretativas sobre su relación de orden concursal con otras modalidades de agresión sexual y otros delitos.

Por lo que se refiere a las primeras, la controversia existente sobre su relación con el delito de agresión sexual en su versión anterior a la LOGILS se mantiene en el presente en su proyección sobre el tipo cualificado de la agresión sexual utilizando violencia o intimidación fruto de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. El fundamento del tipo del artículo 180.1.5.^a facilitaría, a nuestro juicio, su aplicación sobre el tipo cualificado del uso medial de la violencia o de la intimidación para cometer la agresión sexual, dado que hace que nos encontremos ante dos hechos diferentes²⁸⁷. Como decíamos, el Tribunal Supremo antes de la penúltima reforma de este delito entendía que el uso de un medio especialmente peligroso no era absorbido por el propio ejercicio de la violencia necesaria para vencer la resistencia de la víctima, «pues no sólo ésta puede doblegarse sin esa utilización del arma blanca, sino porque además, ..., carecería de sentido la existencia misma de esta agravación especial, a la que el legislador ha querido otorgar un fundamento de protección de la integridad física y la vida de la víctima, más allá de la lesión del derecho a la libertad sexual que el tipo básico del artículo 179 ya contempla», STS n.º 905/2006, de 29 septiembre, (FJ. 1.^º). No ha cambiado de criterio el Tribunal Supremo como se puede apreciar en su sentencia 61/2023, de 7 de febrero, (FJ. 5.^º), en la que se pronuncia sobre un caso en el que se intimida a una persona, poniéndola un cuchillo en el cuello para accederla carnalmente. Señala en concreto, este tribunal que «no es acogible el argumento defensivo a tenor del cual la agravación por el uso del arma decaería por ser inherente a la tipicidad –uso de intimidación–. Es obvio que ni el tipo básico exige intimidación (solo ausencia de consentimiento), ni toda intimidación requiere el empleo de armas. No hay duda de la aplicabilidad del nuevo art. 178.1.6.^º CP»²⁸⁸. Además, como ya se ha apuntado, el empleo de estos medios puede determinar en algunos casos que la violencia se considere al mismo tiempo de extrema gravedad y que, por consiguiente, se suscite la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas circunstancias cualificadoras, conllevando, en el primer caso, a la concreción de

²⁸⁶ De esta opinión, CARUSO FONTÁN, V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 278.

²⁸⁷ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 288/2022, de 23 marzo (FJ. 2.^º).

²⁸⁸ Se está refiriendo en realidad al artículo 180.1.5.^a.

la pena en su mitad superior (art. 180.2). Como hemos explicado, a raíz de la LOGILS es discutible la razón de ser de la circunstancia agravante específica consistente en que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de violencia extrema. En caso de que se considere que su justificación reside en un plus de degradación de la víctima, no habría inconveniente para afirmar su compatibilidad con esta otra agravante específica, como sucedía antes de la reforma (así, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 968/2012, de 30 noviembre, FJ. 4.º). En cambio, si se defiende que su fundamento descansa en la creación de un peligro para la salud y la vida, la incompatibilidad sería manifiesta²⁸⁹. Así las cosas, no sería para nada extraño que el Tribunal Supremo destacase la presencia en el empleo de violencia extrema de ambos aspectos para hacerlas compatibles.

Su relación con los delitos de homicidio y de lesiones no ha sido definida de forma única. En nuestra opinión, este tipo cualificado busca conjurar un determinado riesgo, a cuya materialización ya se responde legislativamente y de forma propia con los delitos de homicidio y los mencionados delitos de lesiones; en consecuencia, y en aras de no vulnerar el principio de *non bis in idem*, lo procedente sería afirmar la existencia de un concurso de delitos entre la modalidad de agresión sexual no cualificada en base a ese peligro para la vida y la salud y el correspondiente delito de homicidio o de delito de lesiones²⁹⁰. Ahora bien, el pronunciamiento expreso del legislador en esa misma norma al respecto ha servido para sostener la tesis del concurso de delitos entre esta modalidad cualificada de la agresión sexual y el correspondiente delito de homicidio o de lesiones («sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder

²⁸⁹ Así, también CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., p. 28.

²⁹⁰ En este sentido, ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.ª Delitos contra la libertad sexual (I)», cit., p. 211. MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 213, nos habla de concurso ideal de delitos con la modalidad cualificada de la agresión sexual al considerar que esta es un delito complejo compuesto por la realización de la actividad sexual y el uso de esos medios peligrosos. Se muestra partidaria del concurso de normas, TARANCÓN GÓMEZ, P., «Capítulo 17: Agresión y abusos sexuales», cit., p. 1150. MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., pp. 1298-1299, encontrarían razones para apoyar ambas lecturas, si bien ven más plausible la compatibilidad entre el tipo cualificado y el delito de resultado ulterior en atención al hecho de que, en realidad, a su juicio, el tipo cualificado no se construye por referencia a la protección de la libertad sexual y la vida o salud, atribuyendo la mención a ciertos resultados para subrayar la intensidad del medio violento empleado. Línea seguida por GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», cit., p. 500. Por su parte, GARCÍA RIVAS, N., «Lección 17.ª Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abusos sexuales», cit., p. 611, ante este un escenario en el que ninguna lectura es plenamente satisfactoria, concluye a favor de abrir un espacio a la discrecionalidad judicial para que el Tribunal pudiera ajustar la pena a la gravedad del hecho, sin estar sujeto a reglas tan rígidas.

por la muerte o lesiones causadas»²⁹¹ y actualmente «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis»²⁹². El Tribunal Supremo habría ido un poco más allá incluso de las palabras iniciales del legislador, al haber declarado su compatibilidad con el delito de homicidio en grado de tentativa, como se observa en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 905/2006, de 29 septiembre, (FJ. 1.º). Extremo que le permitiría, sin problema, la redacción actual del artículo 194 bis.

Finalmente, el hecho de que este clase de circunstancia conforme un tipo cualificado de otros delitos como el delito de lesiones del artículo 148.1.º («si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado») y el delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242.3 («las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren») ha hecho objeto de controversia judicial la compatibilidad en el contexto de la realización también de alguno de estos delitos de la apreciación en más de uno de los delitos de esta circunstancia agravante específica al planear sobre ella una posible vulneración del principio de *non bis in idem*. El propio Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 968/2012, de 30 de noviembre, (FJ. 4.º), reconoce, aunque elude tomar parte, que ha mantenido al respecto dos líneas de interpretación, siendo menos frecuente la relativa a su incompatibilidad.

Los argumentos que avalarían su compatibilidad, a juicio del Tribunal Supremo, hacen referencia a que no estamos ante la agravación de la pena de un delito en base a un mismo hecho, dato o circunstancia sino ante dos delitos diferentes, con sustantividad propia, que tienen en común su agravación en atención a una circunstancia agravante específica parcialmente idéntica, que en relación con cada uno de los delitos en concurso se realiza de forma sucesiva y con distinta finalidad (atacar la libertad sexual y atacar la propiedad o la salud) siendo irrelevante el orden de la ejecución de estas acciones. En consecuencia, «la necesaria protección de los diversos bienes jurídicos a que responde de cada una de las normas penales obliga a que cada uno de los delitos correspondientes tenga que llevar consigo su propia pena con sus respectivas atenuantes o agravantes, genéricas o específicas. [] Y ello incluso aunque se

²⁹¹ Esta expresión llevaba al Tribunal Supremo a entender que existía un concurso real de delitos (por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 15/2006, de 13 de enero, FJ. 4.º).

²⁹² Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, cit., pp. 250 y 251.

trate de más de una infracción penal cometida en una misma ocasión» (STS n.º 968/2012, de 30 de noviembre, FJ. 4.º). En este sentido, por lo que se refiere a su compatibilidad con el delito de lesiones, las sentencias del Tribunal Supremo n.º 1518/2005, de 19 de diciembre, (FJ. 12.º); n.º 506/2008 de 17 julio, (FJ. 3.º). Y en relación con el robo, las SSTS n.º 1518/2005, de 19 diciembre, (FJ. 9.º); n.º 15/2006, de 13 de enero, (FJ. 4.º); n.º 948/2009, de 6 octubre, (FJ. 3.º); n.º 687/2017 de 19 octubre, (FJ. 4.º). La defensa de su incompatibilidad se hacía descansar en el hecho de que la regla concursal que fijaba el artículo 180.1.5.ª del Código penal conduciría a sancionar, independientemente del delito de agresión sexual agravada, los diferentes resultados lesivos producidos, sin que expresamente se hubiese extendido el castigo a las circunstancias de ejecución anexas. Se entendía que el desvalor del uso del instrumento peligroso en la causación de la muerte o de las lesiones ya era atendido por la modalidad agravada de delito contra la libertad sexual del artículo 180.1.5.ª del Código penal, de forma que una nueva valoración de esta circunstancia respecto de la mecánica comisiva del otro delito supondría una quiebra del principio de *non bis in idem*. Este criterio, aplicado en las sentencias del Tribunal Supremo n.º 568/2009, de 28 de mayo, (FJ. Único) o n.º 431/2012 de 4 mayo, (FJ. 2.º), pierde su debilitado apoyo legal a raíz de la nueva redacción de la norma.

4.2.7 CUANDO PARA LA COMISIÓN DE ESTOS HECHOS LA PERSONA RESPONSABLE HAYA ANULADO LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA SUMINISTRÁNDOLE FÁRMACOS, DROGAS O CUALQUIER OTRA SUSTANCIA NATURAL O QUÍMICA IDÓNEA A TAL EFECTO

La alarma social que rodea la provocación en la persona de un estado de sumisión química con el objetivo de cometer una agresión sexual ha dado lugar a que por vía de la LOGLS se introduzca en el artículo 180.1 una nueva circunstancia consistente en que el autor, la persona responsable a partir de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de la agresión sexual suministre a la víctima de la agresión sexual para anular su voluntad fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Hasta este momento, y desde la reforma del Código penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la respuesta legal a este tipo de acción se encontraba en el delito de abuso sexual al contemplarse la misma expresamente entre los abusos sexuales no consentidos

(art. 181.2)²⁹³. Se ponía así fin a una discusión doctrinal sobre su calificación jurídico penal con arreglo a la ley, que había dividido a la doctrina entre aquellos que consideraban que el uso de ese medio constituía una forma de violencia²⁹⁴ y, por tanto, se trataba de un delito de agresión sexual, y aquellos que entendían que no había violencia sino una víctima privada de sentido de forma que estábamos ante un delito de abuso sexual²⁹⁵. Pero la solución de 2010, que además entraña en confrontación con la ampliación que venía experimentando el significado de la violencia en relación con otros delitos (así, el delito de robo o el delito de coacciones), tampoco resultaba idónea en atención al desvalor de la acción desplegada por el sujeto, quien no sólo se aprovecha de la situación de ausencia de voluntad de la víctima para cometer el atentado a la libertad sexual, sino que además es responsable de la creación de esa situación. He aquí realmente el hecho que singulariza esta agravante específica: el propio agresor sexual es el responsable de la creación de la situación de anulación de la voluntad de la víctima²⁹⁶, sirviéndose de una acción que incrementa la peligrosidad del ataque a la libertad sexual del sujeto, hasta llegar a anular la defensa de la víctima, pues encierra cuando menos una pérdida temporal de la autonomía de la voluntad de la persona determinante del éxito de agresión a la libertad sexual²⁹⁷. En este sentido se alude a que se ha llevado a las agresiones sexuales una especie de alevosía. Pero también aflora en su fundamentación un planteamiento de política criminal más cuestionable vinculado, por un lado, a la articulación de una respuesta penal más grave frente a las formas ejecutivas que dificultan la acción de la justicia, si bien esto sólo sucede en relación con el suministro de drogas que impiden a la víctima recordar lo sucedido, y, por otro lado, a los efectos que este tipo de caso produce en la víctima a raíz de saberse víctima del delito sexual²⁹⁸.

²⁹³ Artículo 181.2: «... 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».

²⁹⁴ Nótese, no obstante, que el uso de este medio comisivo puede ir acompañado de violencia, como sucede en el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 90/2023, de 13 de febrero, en el que el agresor asaltó por la espalda a la víctima, portando un paño impregnado con una serie de sustancias idóneas para anular la voluntad de la persona, que puso en su cara, a la altura de la boca y nariz, pudiendo la víctima lanzar varios manotazos antes de perder rápidamente el conocimiento.

²⁹⁵ Vid. el estado de la cuestión en ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», cit., pp. 144-155; o TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales», en *EPC*, 2019, vol. XXXIX, pp. 680-682 y 684-688, quien cuestionaba que finalmente el legislador no considerase este caso como agresión sexual.

²⁹⁶ Así, CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 870.

²⁹⁷ Menciona la mayor peligrosidad de la acción, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1227.

²⁹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 25. Vid. específicamente sobre

En un momento inicial, la alusión en el tenor de la circunstancia al autor podría favorecer una interpretación restrictiva de esta norma, que apelando al significado técnico jurídico de la palabra autor excluyese su aplicación allí donde un tercero (léase un participe en sentido estricto, si seguimos el concepto estricto de autor del artículo 28 p. 1; entiéndase un cómplice en caso de optarse por el concepto más amplio del artículo 28 p. 2) asumiese la función de anular a través de esos medios la voluntad de la víctima²⁹⁹.

La reforma ejecutada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, con el objetivo declarado de «evitar una indeseada falta de aplicación de esta circunstancia», al sustituir la referencia al «autor» por la «persona responsable» facilitaría que la circunstancia se aplicase al margen del título de intervención en la agresión sexual de la persona que materialmente suministra la sustancia³⁰⁰. En otras palabras, el autor de la agresión sexual es persona responsable a estos efectos en la medida en que bien directamente suministra la sustancia a la víctima bien acuerda con un tercero que coopera con él que se encargue de ello. Este entendimiento ya era sostenido, no obstante, por la FGE a tenor de la redacción originaria de esta disposición, quien consideraba su aplicación cuando «el autor del delito –bien directamente, bien a través de terceros con quienes se halle concertado– sea el causante de la pérdida de la conciencia o del control sobre los propios actos que sufre la víctima»; negándola si el sujeto se limita «a aprovecharse de la privación de sentido provocada por la propia víctima o por terceras personas con quien no se encuentra concertado»³⁰¹.

La naturaleza material de esta circunstancia, por otra parte, hace que se aplique igualmente a todos aquellos intervenientes que tuvieran conocimiento de este medio comisivo en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (art. 65.2).

Otra particularidad de esta agravante descansaría en la clase de medios utilizados a tal fin, potencialmente lesivos para la salud y, en algunos casos, favorecedores de la impunidad del delincuente al afectar a la capacidad de la víctima para recordar lo sucedido. Precisamente a ello se ha apelado para jus-

los efectos de estas sustancias TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad? La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales», cit., pp. 661-664.

²⁹⁹ Nótese que el Grupo Parlamentario Popular en su enmienda n.º 285 planteaba la siguiente redacción de la norma: «Cuando la infracción se haya cometido anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto».

³⁰⁰ De otra opinión, MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, cit., p. 235, quien considera que la persona responsable es el autor en sentido estricto.

³⁰¹ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 41.

tificar su introducción, pero también al hecho de que esta forma de actuación representa una especie de alevosía, que, de otra forma, no es tomada en cuenta en los delitos sexuales³⁰².

El resultado, sin embargo, del empleo de este medio, esto es, la anulación de la voluntad, es común a otras agravantes; siendo asimismo el factor determinante de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima.

Su configuración como agravante específica de las agresiones sexuales ha ido más allá de lo que reclamaba un sector doctrinal, determinando un salto de la pena que denota su consideración como una forma más grave de comisión del hecho que la relativa al uso de la violencia³⁰³, siendo equiparada a la violencia de extrema gravedad³⁰⁴.

5. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 192.2 DEL CÓDIGO PENAL

Desde la aprobación del Código penal de 1995 se recoge entre las disposiciones comunes a los delitos sexuales tipificados en el título VIII (capítulo VI del título VIII) una circunstancia agravante específica común a todos ellos pensada para reforzar la protección en la esfera sexual de determinadas personas respecto de las que, por su minoría de edad o por tener cierta discapacidad de naturaleza intelectual, tercera personas de hecho o de derecho ejercen funciones de protección, de apoyo, asistencia o educación.

³⁰² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERÓ BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 25.

³⁰³ Valora positivamente la nueva circunstancia el Consejo de Estado, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio, cit., p. 107; ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, cit., 2023, p. 149, quien observa que en realidad los casos de empleo de violencia seguirían siendo comparativamente más castigados por la vía de la apreciación de un concurso de delitos entre el delito sexual y un delito de lesiones o de coacciones.

³⁰⁴ Así, críticamente RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”», en *IgualdadEs*, 2021, n.º 5, p. 510; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», cit., quien de forma muy expresiva señala que «resultará que ahora va a ser más leve el porrazo físico o la navaja en mano que el porrazo químico o el somnífero en la copa»; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», cit., pp. 163-164; CARUSO FONTÁN, V., «El nuevo paradigma del Derecho sexual vindicativo: ¿Por qué es preciso “deconstruir” la perspectiva de género?», cit.. Por su parte, MORALES HERNÁNDEZ, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 de Código penal», cit., p. 136, considera que es superflua al poder ser reconducible esta hipótesis a la tercera de las agravantes. Recuérdese que esta última se basa en que la víctima se halla en una situación de especial vulnerabilidad siendo irrelevante si la actuación del autor ha contribuido a su creación.

Tras la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, esta circunstancia se encuentra en el artículo 192.2, (originariamente en el artículo 192.1), no habiéndose producido más modificación en su redacción que la sustitución de la referencia al incapaz por la de persona con discapacidad necesitada de especial protección obra de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; que a la luz de la definición que de estas se hace en el artículo 25 del Código penal exige que presenten una discapacidad de tipo intelectual permanente que haría que requiriesen de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, sus derechos o intereses.

En concreto, se establece en el artículo 192.2 del Código penal la imposición de la pena típica correspondiente al delito sexual en su mitad superior para los autores y cómplices de los delitos contra la libertad sexual con víctima menor de edad –se ha de entender menores de 18 años, en virtud del artículo 12 de la CE– o persona con discapacidad necesitada de especial protección cuando en ellos concurre la condición de ser ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho de ella. No sería necesario ningún requisito adicional para su aplicación al hallarse su fundamento en el quebrantamiento de la función protectora que esas personas desempeñan respecto del sujeto pasivo.

Esta regla expresamente se declara no aplicable si el tipo penal en cuestión ya contempla esta circunstancia de manera específica, como sucede en el caso del delito de agresión sexual con prevalimiento de una relación o situación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad³⁰⁵; lo que determina que en la práctica no despliegue efectos en el marco del delito de agresión sexual.

6. EL IMPACTO DE LA CLÁUSULA CONCURSAL DEL NUEVO ARTÍCULO 194 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La LOGILS ha introducido en la regulación legal de los delitos contra la libertad sexual una nueva disposición de naturaleza concursal. Nos estamos refiriendo al artículo 194 bis, que señala exactamente que «las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen».

³⁰⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., p. 257.

Este tipo de cláusula no suele contar con el apoyo de la doctrina desde el momento en que su contenido puede acabar entrando en colisión con la dogmática penal sobre el concurso de leyes y el concurso de delitos³⁰⁶, plasmada en el Código penal a través de reglas generales. Ello no habría impedido, sin embargo, su proliferación en la parte especial del Código penal³⁰⁷, aunque sus efectos finalmente pudieran terminar siendo desautorizados por el principio constitucional de *non bis in idem*³⁰⁸. Algo que sucedería, a nuestro juicio, con el artículo 194 bis.

Este precepto, como se habrá notado ya, ahonda en una problemática concursal muy concreta, la que se suscita cuando en el contexto de un delito sexual se realizan actos de violencia física o psíquica; debiéndose remarcar que, a diferencia de lo que ocurría en la versión de los anteproyectos³⁰⁹, la norma no gravita sobre el resultado de las acciones violentas (lesiones físicas, psíquicas, menoscabo de la integridad moral, etc.) sino sobre la acción misma. Esto hace que se pueda percibir en ella una ampliación, más allá de lo que cabría entender procedente con arreglo a las normas generales concursales, del espectro de infracciones penales en concurso de delitos con el delito de agresión sexual. En ese sentido, su literalidad conduciría a un reconocimiento, por ejemplo, de la existencia de un concurso de delitos entre la modalidad agravada de la agresión sexual con violencia o intimidación y el delito de coacciones o el delito de amenazas o entre aquella y cualquier delito de lesiones.

En la configuración de la figura delictiva de la agresión sexual fruto de la LOGILS, desnuda de cualquier atributo que no fuera el atentado a la libertad sexual, podría tener alguna explicación razonable, en principio, esta solución. Tal sería la finalidad de garantizar un castigo mayor al agresor sexual que actúa utilizando la violencia o la intimidación, lo que se lograría a través del concur-

³⁰⁶ Al respecto, vid., por ejemplo, SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el libro II del Código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.

³⁰⁷ Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en el parte especial del Código Penal español», en *RECPC*, 2022, n.º 24-24, pp. 1-52. SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 212-221.

Criticamente se manifestó sobre la nueva disposición el Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 91.

³⁰⁸ Como nos recuerda, en relación con el artículo 194 bis, CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», cit., p. 251.

³⁰⁹ El tenor entonces era: «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código». Esta salvedad no se recoge, sin embargo, en el anteproyecto de octubre de 2020.

so de delitos entre el delito de agresión sexual y el correspondiente delito de lesiones, amenazas o de coacciones³¹⁰, entre otros³¹¹. Sin embargo, resulta difícil suponer que estas circunstancias del hecho relativas a su ejecución no debieran tener un peso específico en la concreción de la pena del delito de agresión sexual dado que afectan a la gravedad de la conducta³¹². Más bien pudiera parecer que en su génesis latiría en especial la voluntad de clarificar la calificación jurídica de los atentados a la libertad sexual que causan a la víctima lesiones físicas y/o psíquicas³¹³. Cuestión sobre la que ya hace dos décadas el Tribunal Supremo marcó el criterio a seguir, pero que continúa dando lugar a resoluciones judiciales contrarias.

Sea como fuere, el tenor literal el artículo 194 bis, a nuestro juicio, habría traído más dudas que certezas.

De acuerdo con la doctrina concursal, la identificación como fundamento de los tipos penales de la agresión sexual de una mayor intensidad del ataque a la libertad personal de decidir en la esfera sexual conlleva, por su parte, la imposibilidad, so pena de vulnerar el principio de *non bis in idem*, de castigar de forma separada los actos de violencia (física o psíquica) que no vayan más allá de ese ataque³¹⁴. Distinta sería la calificación jurídica de los supuestos en los que el uso de esos medios determina además la lesión de otros bienes jurídicos como, por ejemplo, la vida, la salud (física y/o psíquica) o la libertad deambulatoria. Ante esta hipótesis lo procedente sería la apreciación de un concurso de delitos para desvalorar de forma completa el hecho en la medida en que, como se ha apuntado, esa modalidad de agresión sexual no desvaloriza la lesión de ulteriores bienes jurídicos, salvedad hecha, no obstante, de aque-

³¹⁰ Nótese que en su modalidad más grave el delito de amenazas puede llegar a castigarse con la pena de prisión de 1 a 5 años.

³¹¹ Obsérvese que la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 80, considerando que en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 556/2020, de 29 de octubre (FJ. 5.º), se señala por lo que se refiere a la violencia psíquica que esta «... supone la imposición de una restricción de cualquier naturaleza que opere sobre la psique del sujeto pasivo, restringiendo su opción de actuar libremente como individuo», entiende que «con carácter general, constituyen actos de violencia psíquica las conductas susceptibles de ser calificadas como lesiones psíquicas, amenazas, coacciones, torturas y delitos contra la integridad moral, así como los delitos contra el honor».

³¹² Así, la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., pp. 80-81. Y también el Tribunal Supremo, quien, por ejemplo, en su sentencia n.º 128/2023, de 27 de febrero, afirma: «... de modo que habiendo mediado fuerza, por leve que haya sido, dado el contexto, ha de aproximarse la pena al grado medio, para dejar los umbrales inferiores a otras conductas de menor gravedad» (FJ. 5.º). Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 15/2024, de 11 enero (FJ. 2.º).

³¹³ En esta línea, ACÁLE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., p. 1305, precisa que se buscaba evidenciar en la ley el cambio jurisprudencial, que más adelante comentaremos, sobre la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre el delito de lesiones y el delito de agresión sexual.

³¹⁴ A favor de la apreciación de un concurso de normas con el delito de amenazas o de coacciones, al hilo del estudio del caso de la agresión sexual a los menores de dieciséis años, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», cit., p. 246.

llas lesiones que son inherentes a la propia agresión sexual y, que, por tanto, al igual que sucede en otros delitos, se debe entender que el legislador las desvalora conjuntamente con la agresión sexual. Sin embargo, la lectura del tenor literal del artículo 194 bis llevaría en todo caso a la solución del concurso de delitos, determinando en el contexto de la regulación resultante de la LOGILS que la agresión sexual con violencia o intimidación se calificase jurídicamente de concurso de delitos entre el delito de agresión sexual en su modalidad básica y el correspondiente delito de amenazas o coacciones o/ y de lesiones. Después de su reforma por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, mediante la que se crea una modalidad de agresión sexual basada precisamente en el uso medial de esos medios comisivos, el combinado concursal sería entre aquellos y el delito de agresión sexual cualificado por el uso de la violencia o de la intimidación, dado que el artículo 194 bis se refiere a las penas previstas en los delitos del título VIII, sin ulteriores precisiones que pudieran a su vez excluir su aplicación cuando se produce la desvaloración directa por el tipo penal de naturaleza sexual de la violencia (física o psíquica) empleada para lograr los actos sexuales.

La existencia de esta modalidad cualificada de la agresión sexual debería entrañar en buena lógica el descarte de un tratamiento autónomo de otros delitos contra la libertad al servicio exclusivamente de la agresión sexual, pues de no producirse se estaría desvalorando dos veces el mismo hecho. A resultas, debería de someterse, a nuestro juicio, a una primera limitación el alcance del artículo 194 bis, y en aplicación de la doctrina sobre el concurso de normas y el concurso de delitos, concluir que como el tipo cualificado de la agresión sexual en base al uso de la violencia o de la intimidación comprende ya el desvalor de la amenaza o de la coacción dirigida a conseguir la práctica sexual, no procede castigar por los delitos de amenazas o de coacciones³¹⁵. Mantendría, por tanto, su vigencia, en el contexto de la actual regulación legal de las agresiones sexuales, el criterio que utilizaba el Tribunal Supremo para rechazar una condena autónoma por delito de amenazas junto con el delito de agresión sexual originario del Código penal. Este aparece expuesto, por ejemplo, en su sentencia n.º 62/2018, de 5 febrero: «... las amenazas instrumentales quedan absorbidas por el delito de agresión sexual mediante intimidación se-

³¹⁵ De la misma opinión DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», cit., p. 17. En contra, parece que se manifiesta ACALE SÁNCHEZ, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», cit., pp. 1209 y 1306, quien considera que si esa violencia reviste gravedad suficiente para castigarse con arreglo a delitos de lesiones, amenazas o trato degradante ha de aplicarse el artículo 194 bis y, de no ser así, se ha de tener en cuenta para individualizar la pena en el delito sexual.

gún reiterada jurisprudencia. Es exigencia del tipo esa intimidación que no puede propiciar por tanto otra infracción y, en consecuencia, una sanción aparte. Ya está valorada por el legislador al castigar el delito de agresión sexual cuyo suelo viene constituido por una intimidación que comporta siempre unas amenazas más o menos graves. Cabría un concurso real solo si las amenazas constituyen un aparte (STS 576/2015, de 5 de octubre); es decir no van encaminadas a lograr doblegar la voluntad del sujeto pasivo para llegar al acceso carnal», (FJ. 9.º). Y así se manifiesta también con motivo del análisis de la aplicación retroactiva de la ley favorable al penado en su sentencia n.º 61/2023, de 7 de febrero, (FJ. 5.º): «El art. 194 bis es de imposible aplicación por ser inherente al delito objeto de condena la intimidación».

A la misma conclusión llega la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2023, de 29 de marzo³¹⁶, que, al ser anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, analiza el asunto poniendo en relación el artículo 194 bis con los tipos cualificados de la agresión sexual en los que está presente revestida de distintos ropajes la violencia o la intimidación (violencia de extrema gravedad, uso de armas u otros medios igualmente peligrosos y anulación de la voluntad de la víctima mediante el suministro de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto). Esta añade a la tesis de que la violencia que está al servicio y forma parte de la dinámica comisiva de un delito queda absorbida por el mayor desvalor de los delitos que tutelan aspectos específicos de la libertad de obrar el hecho de que la aplicación del artículo 194 bis conduciría a una solución poco racional desde un punto de vista lógico sistemático al equiparar la intensidad de la violencia o intimidación de los tipos cualificados a una de menor entidad susceptible de concurrir en la modalidad básica. En definitiva, a pesar de la existencia del artículo 194 bis, para que las amenazas y las coacciones pudieran castigarse autónomamente sería necesario que estas acciones se produjesen, en palabra de la Fiscalía General del Estado, «claramente fuera de la estructura del tipo de agresión sexual». De no ser así, el hecho sería calificado con arreglo al resultado de aplicar la regla de la consunción (art. 8.3.º).

Si tenemos presente que el uso de la violencia o de la intimidación puede causar un menoscabo en la salud física y psíquica de la víctima, cabría reparar en que el artículo 194 bis en su tenor literal, como advirtiera el Consejo General del Poder Judicial³¹⁷, propiciaría un cambio de criterio sobre la relación

³¹⁶ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., pp. 80-84.

³¹⁷ Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, cit., p. 91.

entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones, viniendo a afirmar la plena compatibilidad entre ambas clases de delitos, incluso si se trata de la causación de lesiones de naturaleza leve. En esta cuestión, se venía observado en la casuística de los tribunales la existencia de discrepancias interpretativas, que muy en particular versarían sobre el tratamiento jurídico de las lesiones físicas de carácter leve, de las lesiones inherentes a determinados actos sexuales y de las secuelas psíquicas de la agresión sexual; impulsando el Tribunal Supremo al respecto una línea interpretativa más restrictiva en lo que al concurso de delitos se refiere que aquella que se desprendería de la lectura del artículo 194 bis.

Partiendo de la consideración de que el delito de agresión sexual y el delito de lesiones están destinados a dispensar protección a un bien jurídico diferente –la libertad sexual y la integridad, física y psíquica de la persona, respectivamente–, no exigiendo el primero de ellos como elemento del delito menoscabo alguno de la salud, venía entendiendo este tribunal que el tratamiento jurídico de las lesiones causadas en el contexto de la agresión sexual dependería de si se presentaban o no como una consecuencia forzosa del delito de agresión sexual o, en otras palabras, si las causadas eran o no, desde una apreciación razonable, inherentes a la agresión sexual. En el primer caso se apreciaría un concurso de normas en favor del delito de agresión sexual y en el segundo un concurso de delitos, que mayormente se habría estimado ideal.

Por lo que se refiere en concreto a las lesiones psíquicas se había mostrado favorable a su consunción en el delito agresión sexual si se trataba de alteraciones psíquicas ocasionadas de ordinario a la víctima de esa agresión (el estrés postraumático, los trastornos depresivos, los estados de angustia, etc.) sobre la base de que estas ya habrían sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar semejante delito y asignarle la pena, como queda patente en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003: «por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». Este criterio, que se sigue también en otros delitos³¹⁸, se aplica ya en su sentencia n.º 1305/2003, de 6 de noviembre, reconociéndose que «excepcionalmente, el origen de la lesión que afecta a la salud mental puede establecerse en hechos que exceden de los que son concretamente constitutivos del delito violento considerado, aunque estén relacionados con su ejecu-

³¹⁸ Vid., por ejemplo, en el delito de secuestro la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1387/2011, de 12 diciembre (FJ. 6.^º) –caso Alakrana–. Adviéntase la existencia en el delito de robo con violencia o intimidación de una cláusula concursal específica, que sólo tiene en cuenta los actos de violencia física («... sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que se realizasen»).

ción», al tiempo que se incidía en la especial dificultad de demostrar la relación de causalidad entre el atentado contra la libertad sexual y la lesión psíquica, exigiéndose un «esfuerzo clarificador del Tribunal de enjuiciamiento, que debe expresar razonadamente en la sentencia la vinculación entre una determinada conducta y la afectación de la salud mental», (FJ. 1.º). Se concluyó entonces que para que se pudiera afirmar «que la lesión mental ha podido ser provocada por una causa independiente de la agresión sexual, dando lugar a un concurso entre los dos delitos, como se hace en la sentencia, sería necesario que el Tribunal de instancia hubiera precisado las razones existentes para atribuir el resultado lesivo a esa causa diferente de la agresión sexual o de la violencia propia de la misma, de forma que pudiera subsistir la lesión si hipotéticamente desapareciese el ataque a la libertad sexual», (FJ. 2.º). Esas razones, como se explica en otras sentencias, entre ellas una anterior, la sentencia n.º 1080/2003, de 16 de julio, (FJ. 4.º)³¹⁹, aluden a la intensidad de la agresión o a la concurrencia de especiales circunstancias o, tal y como se observa a través de su sentencia n.º 721/2015, de 22 de octubre, (FJ. 18.º), a la desproporcionalidad de los resultados lesivos. Se recuerda aquí que las excepciones a la regla del concurso de normas, cuya aplicación, como decíamos, depende de que se trate «de consecuencias psíquicas inexorablemente unidas a la propia agresión sexual, como consecuencias ineludibles o al menos generalizadas, como sucede con la tensión, el estrés o la ansiedad y sensación de temor que de forma ordinaria suceden a cualquier agresión de naturaleza sexual», se manifiestan cuando los resultados psíquicos del delito sexual «superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurran los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento

³¹⁹ Aquí, recordando su sentencia n.º 1590/1999, de 13 de noviembre, se expresa además que «son precisamente las consecuencias extratípicas del delito que han impulsado al legislador a poner bajo la amenaza de pena los delitos sexuales, en los que no se trata sólo de proteger la libertad, sino como medio de protección de la personalidad en un sentido más amplio. Por esta razón... el legislador, aunque no ha exigido ninguna consecuencia psíquica de la víctima en el tipo del delito (de agresión sexual) ha considerado que por regla la comisión del delito las producirá». En la sentencia recordada, que vincula principalmente los resultados para la salud psíquica al sentimiento de culpabilidad de la víctima adolescente (13 años), se afirmaba que el «legislador ha incrementado el mínimo de la pena en el doble en el delito del art. 181 con relación al delito de lesiones del art. 147 CP. Esta pena más grave se explica precisamente porque el legislador, aunque no ha exigido ninguna consecuencia psíquica de la víctima en el tipo del delito, ha considerado que por regla la comisión del mismo las producirá» (FJ. 5.º).

para su sanidad³²⁰. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión»³²¹. Una doctrina recogida en sentencias anteriores y posteriores, tales como las n.º 1250/2009, de 10 diciembre, (FJ. 4.º); n.º 62/2018, de 5 febrero, (FJ. 8.º); o n.º 13/2019, de 17 enero, (FJ. 2.º)³²².

Como decíamos, el mismo criterio se aplica en relación con las lesiones físicas. Así se explica en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 2047/2002, de 10 de diciembre: «pues la naturaleza y entidad de las lesiones proferidas, con independencia de que estuviesen dirigidas a forzar la voluntad de la víctima, exceden notoriamente de la intimidación o violencia ínsitas en la comisión de cualquier delito de violación, por lo que merecen su sanción adicional. La producción de lesiones en el rostro, por ejemplo, implica un atentado a la integridad física que no se encuentra abarcado por la sanción exclusiva del delito de agresión sexual. [] La violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando, como sucede en este caso, se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la violencia de la víctima³²³, pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 77, párrafos primero y tercero, sancionando ambas acciones por separado, ya que el disvalor del resultado realmente producido supera el disvalor del delito más grave», (FJ. 16.º). Doctrina que se aplica, entre otras, en sus sentencias n.º 1259/2004, de 2 noviembre, (FJ. 4.º); n.º 1305/2003, de 6 de noviembre, (FJ. 1.º); n.º 383/2006, de 21 marzo, (FJ. 1.º); n.º 506/2008, de 17 julio, (FJ. 3.º); n.º 625/2010, de 6 ju-

³²⁰ Obsérvese que tras la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la falta de lesiones pasó a constituir también un delito de lesiones, el delito leve, que es de aplicación cuando la lesión no requiere objetivamente para su sanación de tratamiento médico o quirúrgico.

³²¹ Nótese que esta sentencia versa sobre una condena por delito de acoso sexual en el ámbito laboral en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas.

³²² Señala CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., p. 8, que es la sentencia del Tribunal Supremo n.º 204/2018, de 25 de abril, la primera en apreciar el concurso de delitos entre el delito sexual y las lesiones psíquicas por trastorno por estrés postraumático severo, puntualizando, no obstante, que se trataba de abuso y agresión sexual continuada y además de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

³²³ La víctima había sido tirada del caballo, golpeada en cara y en diversas partes del cuerpo, agarrada del cuello, que fue apretado. «Se le apreció hematomas en ambos ojos, labio y cuello, brazo derecho e izquierdo, así como erosiones superficiales en tronco y contusiones en pierna derecha...».

lio, (FJ. 7.º); n.º 1078/2010, de 7 diciembre, (FJ. 1.º); n.º 1277/2011, de 22 noviembre, (FJ. 6.º); n.º 431/2012, de 4 mayo, (FJ. 2.º); n.º 687/2017, de 19 octubre, (FJ. 4.º)³²⁴; n.º 62/2018, de 5 febrero, (FJ. 8.º); o n.º 13/2019, de 17 enero, (FJ. 2.º).

La existencia del concurso de delitos entre el ataque sexual y las lesiones se había reconocido igualmente cuando la violencia no es el medio comisivo de aquél, pero el acto de naturaleza sexual en sí mismo se realiza con tanta fuerza que causa lesión física como sucede, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 1027/2010, de 25 noviembre, (FJ. 1.º). En el caso objeto de pronunciamiento judicial en esta sentencia las penetraciones anales causaron múltiples fisuras anales con laceración del esfínter anal, precisando para su sanación de cirugía quirúrgica con el fin de restañar la laceración, rehabilitación de la musculatura del suelo pélvico y ayuda psicológica, quedando como secuelas tanto la incontinencia de urgencia a los excrementos líquidos como el estrés posttraumático.

El artículo 194 bis apunta hacia la formulación de un nuevo criterio sobre estos problemas concursales, al exigir también, sin mayor precisión, el castigo de los actos de violencia física o psíquica. Estos actos pueden causar todo tipo de lesiones, incluidas las lesiones físicas y psíquicas que con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo reproducida venían quedando absorbidas por el anterior delito de agresión sexual; pudiéndose llegar, dado su tenor, a plantear un concurso de delitos entre el delito de agresión sexual y el delito leve de maltrato de obra. La introducción de un segundo límite al alcance de este artículo para mantener la diferencia entre el concurso de normas y el concurso de delitos parece a priori más difícil debido a la redacción de la norma. No obstante, al igual que se ha mantenido en relación con otras cláusulas concursales específicas, la contrariedad de estas con la construcción dogmática de los concursos de delitos y de los concursos de leyes, garante del respeto del principio de *non bis in idem*, puede ser esgrimida para defender que el contenido del artículo 194 bis ha de ser en realidad tamizado por el órgano judicial de

³²⁴ En la sentencia del Tribunal Supremo n.º 687/2017, de 19 octubre (FJ. 4.º), se recuerda que la «sentencia 768/2012, de 11 de octubre, estableció que la diferenciación entre la violencia necesaria, absorbida en el delito de agresión, y la violencia excesiva, superadora de lo instrumentalmente preciso para su ejecución y por ello mismo sancionable de forma diferenciada, no puede establecerse con relación exclusivamente limitada al elemento típico del acto sexual de que se trate, sino también al vencimiento de la voluntad contraria mediante la fuerza necesaria, es decir, instrumentalmente imprescindible para doblegar la oposición de la víctima. De modo que en la medida en que esa violencia se mantenga en los límites de esa necesidad instrumental, el desvalor de su ejercicio quedará absorbido en la antijuridicidad del delito de agresión sexual, y en cambio se penará con independencia cuando supere esos límites por exceder lo necesario para la agresión sexual».

forma coherente con nuestro sistema de justicia penal³²⁵. Esta dirección es la que habría tomado el Tribunal Supremo a la luz, por ejemplo, de su sentencia n.º 883/2023, de 29 noviembre, donde señala que «... lo que no era posible, y tampoco lo es en la actualidad, es sancionar doblemente la violencia o intimidación, empleada para doblegar la voluntad de la víctima, sin excesos no vinculados al propósito de abordarla sexualmente sin su consentimiento», (FJ. 2.º)³²⁶, o de su sentencia n.º 61/2025, de 30 enero. Se destaca aquí «... que la fórmula concursal específica del artículo 194 bis CP debe ser interpretada conforme a criterios teleológicos, sistemáticos y axiológicos que impidan consecuencias excesivas o desproporcionadas. Su inclusión, por tanto, no puede considerarse como una suerte de ruptura con la jurisprudencia que, sobre el tratamiento concursal de la lesiones físicas y psíquicas causadas en el curso de una agresión sexual, ha sido elaborada por esta Sala partiendo de la regulación anterior» (apartado 25)³²⁷.

Se da la dificultad añadida en la resolución de estos casos de que no estaría clara la influencia que la nueva disposición tiene realmente en la pena, en la medida en que la expresión «sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen» no determinaría de forma diáfana la clase de concurso de delitos entre las distintas infracciones penales, de lo que depende la regla penológica aplicable. Lo más usual, a la luz de la casuística resuelta antes de la reforma operada por la LOGILS consultada por nosotros, es que esta clase de hecho se tratase como un concurso ideal de delitos (art. 77.1), cuya regla de determinación de la pena (art. 77.2), como es sabido, se rige por el principio de absorción (pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior), limitado por el principio de acumulación material de penas. Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 61/2025, de 30 enero, (apartado 24), al recordar que antes de la reforma operada por la LOGILS ya cabía el castigo por separado de las lesiones y el

³²⁵ En esta dirección apunta, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., p. 15.

³²⁶ De pasada se refería a ello el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 61/2024, de 24 de enero: «... las lesiones no son elemento necesario del delito de agresión sexual, donde solo preside su configuración la falta de consentimiento, siendo analizadas las lesiones, en el caso de concurrir, bien en un proceso de absorción, bien en un proceso ex art. 194 bis CP»; «estas son un plus punitivo en su caso por la vía del art. 194 bis CP» (FJ. 6.º y 7.º).

³²⁷ Desciende al criterio de otros órganos judiciales, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», cit., pp. 12-15, quien aprecia que aquellos en el contexto de la regulación de las agresiones sexuales conforme a la LOGILS se habrían decantado por castigar de forma separada las lesiones que con anterioridad quedaban comprendidas en el delito sexual.

delito sexual, se dice que estos se castigarían generalmente mediante la formulación del concurso real. Este es el criterio asumido por la Fiscalía General del Estado, quien, en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, lo defiende al proyectar sobre el artículo 194 bis la interpretación que el Tribunal Supremo viene haciendo de la cláusula concursal del artículo 242.1 del Código penal³²⁸, cuyo tenor («... sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase»), como se habrá advertido, coincide sustancialmente³²⁹. Este órgano ha realizado además una lectura del nuevo artículo 194 bis con arreglo a la cual concluye que el delito de agresión sexual no absorbe en su totalidad las lesiones efectivamente ocasionadas al ejecutar el atentado contra la libertad sexual; por consiguiente, como regla general, cuando se produzca un resultado lesivo –se piensa tanto en lesiones físicas como en lesiones psíquicas– procede su calificación jurídica autónoma aunque aquel esté instrumentalmente conectado con el delito contra la libertad sexual. En cambio, sí considera que quedan absorbidos por el delito sexual los posibles maltratos de obra por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual.

No ha tenido presente el legislador, por otra parte, que la causación de lesiones psíquicas en la víctima no es patrimonio exclusivo de las agresiones sexuales que se acompañan de la acción violenta o intimidatoria. Hecho fácilmente explicable si tenemos presente la razón que parece subyacer en la gestación de esta norma, pero que en el contexto de la actual regulación de las agresiones sexuales hace que semejante omisión resulte problemática. Obviamente la relación entre las agresiones sexuales sin violencia o intimidación y esta clase de lesiones no es susceptible de resolverse, dado el origen del artículo 194 bis, en base a una lectura en sentido contrario del mismo que abocase a la consunción de aquellas en el delito de agresión sexual, pero la aplicación de las reglas generales de orden concursal determinaría en los casos de menor entidad una respuesta diferente a la que cabría dar, en virtud de la literalidad del artículo 194 bis, si se produce una lesión física. Se evidencia con ello, en cualquier caso, que el reconocimiento de la relevancia penal de la merma de la salud psíquica sigue sin ser equiparable de forma absoluta al de la salud física aun cuando la primera pueda ser más relevante en la vida de la persona.

³²⁸ Así en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/2019, de 9 de mayo (FIJ. 2.º).

³²⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 1/2023, de 29 de marzo, cit., p. 79. Sigue este planteamiento, TURIENZO FERNÁNDEZ, A., «Art. 194 bis», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 939.

IV. UNA BREVÍSIMA REFLEXIÓN FINAL

A lo largo de estas líneas, hemos ido dejando constancia de una amplia gama de problemas jurídicos vinculados a la regulación de las modalidades cualificadas del delito de agresión sexual a mayores de 16 años tras su modificación por la LOGILS y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, tratando de ofrecer al lector, siempre que nos ha sido posible, el posicionamiento al respecto de la doctrina, de la Fiscalía General del Estado y del Tribunal Supremo. En un figurado diálogo con ellos, hemos elaborado nuestras propuestas sobre la interpretación de esta normativa, evidenciado tanto la necesidad de futuras reformas y resaltado el carácter innecesario, e incluso contraproducente, de algunas de las modificaciones ejecutadas en fechas recientes.

Llegado el momento de cerrar este trabajo, nos gustaría dejar por escrito una brevísima reflexión final.

El eterno reconocimiento y agradecimiento al movimiento feminista por haber logrado despertar en los poderes públicos la preocupación y el interés por resolver el problema de la violencia sexual contra la mujer, impulsándoles a la adopción de medidas y mecanismos diversos enfocados a acabar con esta lacra social, entre ellos el empoderamiento de las víctimas para que finalmente el miedo y la vergüenza con la que tradicionalmente han vivido su victimización sexual no continúe silenciando también su voz, contribuyendo, paradójicamente, con ello la propia víctima a la conservación de una esfera de impunidad del agresor sexual que favorece la perpetuación de esta violencia, no debería ensombrecer la importancia de afrontar las reformas penales sobre la base de un estudio en profundidad del fenómeno en el que se pretende incidir a través del derecho penal y, en caso de que se trate de una realidad sometida con anterioridad a una concreta regulación legal, del análisis riguroso de la aplicación judicial del derecho. Posiblemente, este habría sido el buen camino

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

para conseguir, al menos, una regulación capaz de fortalecer en mayor medida la obligada seguridad jurídica y para evitar que a corto plazo terminen surgiendo nuevas demandas modificativas en este cuerpo legal, el de los delitos sexuales, que parece encontrarse en constante crecimiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Cuerda Arnau, M. L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «Delitos sexuales: Razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadEs*, 2021, n.º 5.
- «Tratamiento penal de las agresiones sexuales colectivas», en de Vicente Reme sal, J.; Díaz y García Conledo, M., y Paredes Castaño, J. M., et al (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020.
- *La violencia sexual de género frente a las mujeres adultas*, Ed. Reus, Madrid, 2019.
- «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en Monge Fernández, A. (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019.
- ACALE SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A. I., y García España, E. (dir.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- AGUADO LÓPEZ, S., «Las reformas proyectadas de los delitos contra la “indemnidad sexual” en las leyes integrales de libertad sexual y de protección de la infancia. Especial referencia a los delitos de “child grooming” y “sexting” (artículo 183 ter)», en González Cussac, J. L. (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- AGUSTINA, J. R., «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la “confusión típica” a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- AGUSTINA, J. R. y PANYELLA-CARBÓ, M. N., «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», en *Polit. Crim.*, 2020, vol. 15, n.º 30.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *RECPC*, 2023, n.º 25.
- «La libertad sexual en peligro», en *DLL*, 2022, n.º 10.007.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y VILLALBA LÓPEZ, N., «Lección 20.: Agresiones sexuales sobre menores de diecisésis años (I). El delito de exhibicionismo coercitivo», en Álvarez García, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial I. Delitos contra las personas*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso político», en *Ánálisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, 1998.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», en *RGDP*, 2020, n.º 33.
- BOIX REIG, J., «Del estupro», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo II. El Derecho penal del estado democrático*, EDERSA, Madrid, 1983.
- BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El actual entendimiento de los delitos de violencia de género y sus perspectivas de expansión», en *InDret*, 2020, n.º 3.
- «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», en *DLL*, 2019, n.º 9500.
- CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de los menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019.
- CADENA SERRANO, F. A., «Violaciones conjuntas. Caso La Manada», *DLL*, 2019, n.º 9481.
- CAMPO MON, M. A. y MARTÍNEZ LÓPEZ, V., «La sexualidad y la afectividad en la discapacidad intelectual desde un punto de vista psicológico», en González Tas-cón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad sexual», en *Memento Penal 2025*, Francis Lefevre, 2024.
- «Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *FFICP*, 2022, n.º 3.
 - «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *RJL*, 1996, D-336.
- CARMONA SALGADO, C., «Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo», en Jorge Barreiro, A. (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2005.
- «Lección 9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
 - *Los delitos de abusos sexuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- CARUSO FONTÁN, V., «El nuevo paradigma del Derecho sexual vindicativo: ¿Por qué es preciso “deconstruir” la perspectiva de género?», en *RDPCrUNED*, 2023, n.º 30.
- «Reflexiones en torno a la conveniencia de categorizar a los delitos sexuales como agresiones y abusos», en Abel Souto, M.; Brage Cedán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portomeñ Seijas, F. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
 - «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada», en Faraldo Cabada. P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
 - «La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?», en *LP*, 2017, n.º 128.
 - *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Engaño, consentimiento y acceso carnal», en *Indret*. 2024, número monográfico «El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio».
- «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidaso, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
 - «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *RECPC*, 2023, n.º 25-32.
- CASTRO CORREDOIRA, M., «La relación de afectividad análoga en Derecho penal: Problemas interpretativos», en Abel Souto, M.; Brage Cedán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portomeñ Seijas, F. (coords.),

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», en *RGDP*, 2023, n.º 41.
- CAZORLA GONZÁLEZ, C., «Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencia», en *e-Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2021, n.º 6.
- CHANG KCOMT, R. M., *Consentimiento en Derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas*, tesis doctoral leída en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2017.
- COCA VILA, I., «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?», en *Indret*, 2024, número monográfico «El tratamiento jurídico del stealthing. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio».
- «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», en *Indret*, 2023, n.º 3.
- COLÁS TURÉGANO, M. A., «Punitivismo y justicia de menores: la reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000), por la Ley del “solo sí es sí” (LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual)», en *RECPG*, 2023, n.º 25-26.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, de 11 de mayo de 2011.
- *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, de 25 de octubre de 2007.
- *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, de 23 de noviembre de 2001.
- CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen n.º 393/2021*, de 10 de junio.
- CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 2 de febrero de 2021.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, de 25 de febrero de 2021.
- CORRÉA CAMARGO, B. y RENZIKOWSKI, J., «El concepto de “acto de naturaleza sexual” en el derecho penal», en *Indret*, 2023, n.º 31.
- CRUZ BLANCA, M. J., Intervención en el III Seminario di Ricerca/Seminario de Investigación Hispano-Italiano de Derecho Penal, celebrado en la Universidad de Jaén, 2024.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra la libertad sexual (I): agresiones sexuales contra mayores de edad y cuestiones comunes», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- CUERDA ARNAU, M. L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores», en *RECPC*, 2017, n.º 19-09.
- CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual», en Muñoz Sánchez, J., García Pérez, O., Cerezo Domínguez, A. I. y García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019*, Ed. Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- DE CUESTA AGUADO, P. M., «La LO 1/2024 de violencia de género: política criminal para la igualdad de género», en Rodríguez Zapatero, J. L. (coord.), *La democracia y sus derechos. La legislatura que cambió España*, Ediciones Península, Barcelona, 2024.
- «Sobre la asistencia a víctimas de delitos más allá del Estatuto de la víctima», en *EPC*, 2019, vol. XXIX.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La incidencia de los medios comisivos en la configuración de los delitos de agresión sexual y violación: un análisis comparativo de las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023», en *RGDP*, 2024, n.º 42.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024.
- DE LA TORRE LASO, J., «Violencia sexual en grupo: una aproximación a la realidad delictiva», en de la Torre Laso, J. (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código penal de la Manada?», en *RECPC*, n.º 2023, n.º 25-18.
- «La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad o pareja o expareja [arts. 180.1.4.^a y 181.4 d) CP]», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A. I., y García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- «La cualificación por actuación conjunta de dos o más personas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en Abel Souto, M.; Brage Cedán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portomeñé Seijas, F. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «Reforma delitos sexuales y convenio de Estambul», en Pérez Manzano, M.; Iglesias Río, M. A.; Andrés Domínguez, A. C., de; Martín Lorenzo, M. y Valle Mariscal de Gante, M. (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocido*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, Madrid, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», en *RECPC*, 2019, n.º 21-10.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *RDPCrUNED*, 2000, n.º 6.
- «Las últimas reformas en el Derecho penal sexual», en *EPC*, 1988-1990, n.º 14.
- *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «La sumisión química en los delitos sexuales antes y después de la ley del solo sí es sí», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
- ESQUINAS VALVERDE, P., «Lección 9.ª Delitos contra la libertad sexual (I)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed. Actualizada con las últimas reformas del Código penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP)», en Marín de Espinosa Ceballos y Esquinias Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- FARALDO CABANA, P., «La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima», en Vicente Martínez, R. de, et al. (eds). *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, vol. II., Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.
- «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», en *RDPCrUNED*, 2019, n.º 22.

- «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en Monge Fernández, A. (dir.), *Mujer y Derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Ed. Bosch, Barcelona, 2019.
- «Evolución del delito de violación en los Códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales», en Faraldo Cabana, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA, P. y ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., «La sentencia de la manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en Faraldo Cabada, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M., *El menor como agresor sexual: hacia una respuesta penal racional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., «Criterios rigorista y sustancialista del reconocimiento legal de las personas trans como víctimas y agresores en la LOVG», en Fernández Teruelo, J. G.; García Amez, J., y Fernández-Rivera González, P., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*.
- *Decreto de 21 de noviembre de 2022 relativo a la fijación de las pautas concretas a seguir por los fiscales en los procesos de revisión de sentencias condenatorias firmes por delitos contra la libertad sexual*.
- *Circular 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*.
- FUERTES IGLESIAS, C., «Elementos centrales y periféricos del consentimiento: reflexiones en torno a la autodeterminación sexual y sus límites», en *RGDP*, 2025, n.º 43.
- *La cláusula «Romeo y Julieta» en el Derecho español (art. 183 bis CP). Las fronteras de la intervención penal en la protección de la libertad e indemnidad sexuales de los menores*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024.
- *La cláusula de consentimiento sexual de los menores en el escenario de un nuevo derecho penal sexual*, tesis doctoral leída en la Universidad de Zaragoza, 2023.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «El precio de una reforma penal fruto de la presión social», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
- GARCÍA RIVAS, N., «Lección 17.ª Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abusos sexuales», en Álvarez García, J. (dir.), *Derecho penal*

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- español. Parte especial (1), 2.^a edición aumentada y corregida conforme a la L. O. 5/2010, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la Ley del “solo sí es sí” y su problemática aplicación retroactiva», en *RDPCrUNED*, 2023, n.^o 30.
- GIL GIL, A., «La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A. I., y García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GIL GIL, A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «A propósito de “La Manada”: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales», en *El Cronista*, 2018, n.^o 77.
- GILI PASCUAL, A., «Stealthing y legalidad penal», en *Indret*. 2024, número monográfico «El tratamiento jurídico del stealthing. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio».
- «“Stealthing”: Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», en *CPC*, 2021, n.^o 131.
- GIMÉNEZ- SALINAS FRAMIS, A. y PÉREZ RAMÍREZ, M., «Agresiones sexuales múltiples e individuales entre desconocidos: diferencias y variables predictoras», en de la Torre Laso, J. (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- «Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal», en *RECPC*, 2005, n.^o 07-04.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ GUERRA, C. M., *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales*, tesis doctoral leída en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del modelo del consentimiento», en Muñoz Sánchez, J.; García Pérez, O.; Cerezo Domínguez, A. I., y García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- GONZÁLEZ RUS, J. J., «Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales», en Abel Souto, M.; Brage Cedán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Del caso de “La manada” y de algunas de sus repercusiones legislativas en el orden penal», en Piloñeta Alonso, M. (dir.), *Temas y casos de derecho vivo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2024.
- «El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal», en *EPC*, 2023, n.º 43.
 - «Una vuelta alrededor del bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II del Código penal rubricado “Delitos contra la libertad sexual”», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*. *Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
 - «La victimización sexual de las personas menores de edad: prevalencia y consecuencias del abuso sexual infantil», en González Tascón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
 - «El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros», en González Tascón, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual. Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
 - «La circunstancia agravante de discriminación por razones de género: problemas de interpretación», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. y FONSECA FORTES-FURTADO, R. H., *Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos*, Ed. Aranzadi, 2021.
 - «El mecanismo de respuesta penal frente al delincuente sexual imputable: del favorecimiento de la ideología inocuizadora en detrimento del tratamiento resocializador», en Roca Agapito, L. (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
 - «La protección de los menores frente al abuso y la explotación sexual a través de las consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas físicas imputables», en *RDPCrUNED*, 2019, n.º 21.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales*, 2021.
- GUIASOLA LERMA, C., «Acerca del movimiento de reforma de los delitos sexuales: el papel del consentimiento de la víctima», en Abel Souto, M.; Brage Cedán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- HARRIS, L. y QUIRK, H., «England and Wales», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2022.
- HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Offenses» (octubre 1, 2016), en <https://ssrn.com/abstract=2999677>.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente», en *ADPCP*, vol. LXXV, 2022.
- JERICÓ OJER, L., «Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual», *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, 2020, n.º 11.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», en <https://almacendedderecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, publicado el 9 de marzo de 2022.
- «Las huellas de la manada», en *El Cronista*, 2018, n.º 77.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Agresiones sexuales a menores de 16 años tras la reforma de 2022», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», en Fernández Teruelo, J. G. (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2012.
- LLOBET ANGLÍ, M., «¿Es legítimo tomar en consideración el género de la víctima para agravar las agresiones sexuales?», en Fernández Teruelo, J. G. y García Amez, J. (dirs.), *La prevención del feminicidio y de otras formas de violencia contra la mujer: enfoques actuales*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2025.
- MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- MANSO PORTO, T., «La agresión sexual en Alemania (§ 177 STGB)», en Marín de Espinosa Ceballos, E. M. de y Esquinas Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- MARCO FRANCIA, M. P., «Delitos sexuales y victimización secundaria», en *P. Cr.*, 2023, n.º 34.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. M., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *RECPC*, 2023, n.º 25-24.
- «Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de “La Manada”», en Vicente Remesal, J.; Díaz y García Conledo, M., y Paredes Castañón, J. M., *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, Vol. II*, Ed. Reus, Madrid, 2020.

- MARTÍN FERNÁNDEZ, N., *Análisis del delito de agresión sexual desde una perspectiva ambiental: patrones espacio-temporales, conductas de movilidad del infractor y características del escenario del crimen ubicados en espacio público urbano*, tesis doctoral leída en la Universidad del País Vasco, 2016.
- MATA BARRANCO, N. DE LA, «Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual (I, II y III)», en <https://almacendedederecho.org/>, octubre de 2022.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio (“Sólo sí es sí”)», en Abel Souto, M.; Brage Cerdán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C., y Vázquez-Portoméñe Sejas, F. (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «*Las manadas*» y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 de Código penal», en Marín de Espinosa Ceballos, E. M. de y Esquinas Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español, Tomo I. (Arts. 1 a 233)*, 7.^º ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., y DE LAS HERAS VIVES, L., «Título VIII. Delitos contra la libertad sexual», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español, Tomo I. (Arts. 1 a 233)*, 8.^º ed., Aranzadi, Madrid, 2024.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales», en *CPC*, 2022, n.^º 1.
- MOYA FUENTES, M. del M., *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- «Lección 19.^º: Agresiones sexuales sobre adultos», en Álvarez García, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial 1. Delitos contra las personas*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MOYA GUILLEM, C., «La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española», en *RDP-CRUNED*, 2020, n.^º 24.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 24.^a ed. Revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las ll. oo. 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», en *RP*, 2019, n.^o 43.
- «Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal)», en *EPC*, 1988-1989, n.^o 13.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «La expansión de la violencia de género: breves reflexiones sobre el elemento subjetivo del injusto tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre», en Fernández Teruelo, J. G.; García Amez, J., y Fernández-Rivera González, P., *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en *Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2022.
- ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PARRILLA VERGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años (Art. 181 CP)*, Ed. JM Bosch, España, 2024.
- PÉREZ ALONSO, E., «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», en *Indret*. 2019, n.^o 3.
- PEROMATO MARTÍN, T., «Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. El consentimiento», en *Boletín Comisión de Violencia de Género. Delitos contra la Libertad Sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, 2020, n.^o 11.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *RECPC*, 2023, n.^o 25-25.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *EPC*, 2009, vol. XXIX.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”», en *IgualdadEs*, 2021, n.^o 5.
- RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desacuerdo de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P. y Caruso Fontán, V. (dirs.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, Ed. Colex, La Coruña, 2023.
- «La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales», en Faraldo Cabada, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P., «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces*

- y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- REQUEJO CONDE, C., «Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual», en *RECPC*, 2023, n.º 25-30.
- Ros MARTÍNEZ, M., «Delitos contra la libertad sexual: subtipos agravados de agresiones y abusos sexuales. Concursos de delitos y formas de participación». Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/M%20Ros%20Mart%C3%ADnez.pdf?idFile=b759ccf4-92ee-4079-ab60-516ec36a1152 (consulta 20-11-2016).
- SCHEIDECKER, N., «Switzerland», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2022.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en el parte especial del Código Penal español», en *RECPC*, 2022, n.º 24-24.
- SANDOVAL, J. C., «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho penal? El caso de la vulnerabilidad victimal», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.
- SERRANO GÓMEZ, A., «Aplicación retroactiva de la Ley orgánica 10/2022 (ley del sólo sí es sí). Pleno jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6-7 junio 2023», en *RDPCrUNED*, 2025, n.º 33.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La violación «por actuación conjunta» (art. 180-2.º CP)», en *CPC*, 2021, n.º 131.
- *El concurso de normas y el concurso de delitos en el libro II del Código penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC», en *Internet, Dret i Política*, 2018, n.º 26.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- TAPIA BALLESTEROS, P., «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en Moya Guillem, C. (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- TARANCÓN GÓMEZ, P., «Capítulo 17: Agresión y abusos sexuales», en Álvarez García, J. (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial 1. Delitos contra las personas* (3.ª edición aumentada y corregida conforme a la LO 1/2015 y las ll. oo. 1 y 2/2019), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- TOMÉ GARCÍA, J. A., «La ley del solo sí es sí: consentimiento sexual y carga de la prueba», en *LP*, 2022, n.º 159.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. R. (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Ed. Atelier, Barcelona, 2023.
- «Perspectiva de género y delitos contra la libertad sexual», en *RGDP*, 2021, n.º 35.
- «Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales», en *EPC*, 2019, vol. XXXIX.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A., «Art. 194 bis», en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- VALVERDE-CANO, A. B., «Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos», en *Indret*, 2024, número monográfico «El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio».
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Ancianidad y especial vulnerabilidad de la víctima en los delitos de agresiones sexuales. Algunas notas para la reinterpretación del subtipo agravado del artículo 180.1.3.ª del Código penal», en CASTRO CORREDORIA, M. y GUINARTE CABADA, G., *Violencia contra mujeres mayores de 65 años. Aspectos penales y criminológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de Estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», en *RECP*, 2018, n.º 20-04.
- «El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad», en *RECP*, 2007, n.º 12.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. DE, «El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción», en Faraldo Cabada, P. y Acale Sánchez, M. (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- WEGERSTAD, L., «Sweden», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2022.
- WEIGEND, T., «Germany», en Hoven, E. y Weigend, T. (eds), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2022.
- ZAMFIR, I. (dir.), *Definitions of rape in the legislation of EU Member States*, Ed. European Parliamentary Research Service, Bruselas, 2024.

VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CONSULTADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, Sección 5.^a, de 23 de enero de 2025, asunto H. W. c. Francia.
STEDH, Sección 5.^a, de 25 de julio de 2024, asunto M. A. y otros c. Francia.
STEDH, Sección 1.^a, de 17 de mayo de 2021, asunto J. L. c. Italia.
STEDH, Sección 1.^a, de 4 de diciembre de 2003 asunto M. C. v. Bulgaria.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, Pleno, n.^o 99/2019, de 18 de julio.
STC, Pleno, n.^o 59/2008, de 14 de mayo.

TRIBUNAL SUPREMO

STS, Sala de lo Penal, n.^o 499/2025, de 29 mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 438/2025, de 14 mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 316/2025, de 3 de abril.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 203/2025, de 4 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 61/2025, de 30 enero.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 1052/2024, de 20 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 1035/2024 de 14 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 828/2024, de 3 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 771/2024, de 13 de septiembre.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 654/2024, de 26 de junio.
STS, Sala de lo Penal, n.^o 698/2024, de 3 de julio.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

STS, Sala de lo Penal, n.º 625/2024, de 19 de junio.
STS, Pleno, n.º 603/2024, de 14 de junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 479/2024, de 28 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 228/2024, de 7 de marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 61/2024, de 24 de enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 15/2024, de 11 enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 883/2023, de 29 noviembre.
STS, Pleno, n.º 523/2023, de 29 de junio.
STS, Pleno, n.º 487/2023, de 21 de junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 471/2023, de 15 junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 444/2023, de 14 junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 428/2023, de 1 de junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 349/2023, de 11 mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 258/2023, de 19 abril.
STS, Sala de lo Penal, n.º 128/2023, de 27 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 108/2023, de 16 febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 90/2023, de 13 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 61/2023, de 7 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 10/2023, de 19 enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 930/2022, de 30 noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 809/2022, de 7 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 767/2022, de 15 de septiembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 681/2022, de 6 de julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 588/2022, de 15 junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 544/2022, de 1 junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 456/2022 de 10 mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 389/2022, de 21 abril.
STS, Sala de lo Penal, n.º 324/2022, de 30 de marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 288/2022 de 23 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 165/2022, de 24 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 3/2022, de 12 de enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 987/2021, de 15 diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 886/2021, de 27 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 828/2021, de 29 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 447/2021, de 26 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 395/2021, de 6 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 351/2021, de 28 de abril.
STS, Sala de lo Penal, n.º 268/2021, de 24 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 221/2021, de 11 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 181/2021, de 2 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 114/2021, de 11 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 2/2021, de 13 de enero.

- STS, Sala de lo Penal, n.º 650/2021, de 20 julio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 556/2020, de 29 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 547/2020, de 26 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 444/2020, de 14 septiembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 311/2020, de 15 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 145/2020, de 14 de mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 257/2020, de 28 de mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 520/2019, de 30 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 462/2019, de 14 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 344/2019, de 4 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 332/2019, de 27 junio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 254/2019, de 21 de mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 241/2019, de 9 de mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 13/2019, de 17 enero.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 707/2018, de 15 de enero, de 2019.
- STS, Pleno, n.º 677/2018, de 28 de noviembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 565/2018, de 19 de noviembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 449/2018 de 10 octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 384/2018, de 25 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 204/2018, de 25 de abril.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 62/2018, de 5 febrero.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 714/2017, de 30 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 697/2017, de 25 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 687/2017, de 19 octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 643/2017, de 2 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 985/2016, de 11 enero.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 953/2016, de 15 de diciembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 480/2016, de 2 de junio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 301/2016, de 12 de abril.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 721/2015, de 22 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 576/2015, de 5 de octubre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 258/2015, de 8 de mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 28/2015, de 22 de enero.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 834/2014, de 10 de diciembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 644/2013, de 19 de julio.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 355/2013, de 3 mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 338/2013, de 19 de abril.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 1005/2012, de 18 diciembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 968/2012, de 30 de noviembre.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 431/2012, de 4 mayo.
- STS, Sala de lo Penal, n.º 194/2012, de 20 de marzo
- STS, Sala de lo Penal, n.º 1387/2011, de 12 diciembre.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

STS, Sala de lo Penal, n.º 1277/2011, de 22 noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 606/2011, de 14 junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1078/2010, de 7 diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1027/2010, de 25 noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 625/2010, de 6 julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 575/2010, de 10 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1397/2009, de 29 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1302/2009, de 9 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1250/2009, de 10 diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1142/2009, de 24 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1113/2009, de 10 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1005/2009, de 9 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 948/2009, de 6 octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 568/2009, de 28 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 843/2008, de 5 diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 506/2008, de 17 julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 889/2007, de 24 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 159/2007, de 21 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 131/2007, de 16 febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1295/2006, de 13 diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 905/2006, de 29 septiembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 383/2006, de 21 marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 76/2006, de 2 de mayo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 15/2006, de 13 de enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1518/2005, de 19 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1414/2005, de 21 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1386/2005, de 23 noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1291/2005, de 8 noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 975/2005, de 13 de julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 909/2005, de 8 de julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 76/2005, de 28 de enero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1538/2004, de 30 de diciembre.
STS de 15 de diciembre de 2004 (ECLI: ES: TS:2004:81222).
STS, Sala de lo Penal, n.º 1259/2004, de 2 noviembre,
STS, Sala de lo Penal, n.º 1169/2004, de 18 de octubre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1607/2003, de 1 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1305/2003, de 6 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1080/2003, de 16 de julio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 812/2003, de 3 de junio.
STS, Sala de lo Penal, n.º 2047/2002, de 10 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 486/2002, de 12 de marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 456/2000, de 21 de marzo.

STS, Sala de lo Penal, n.º 1590/1999, de 13 de noviembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 430/1999, de 23 de marzo.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1029/1996, de 18 de diciembre.
STS, Sala de lo Penal, n.º 587/1998 de 28 abril.
STS, Sala de lo Penal, n.º 127/1998, de 2 de febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 584/1997, de 29 de abril.
STS, Sala de lo Penal, n.º 975/1996, de 21 enero, de 1997.
STS, Sala de lo Penal, n.º 1254/1995, de 8 febrero.
STS, Sala de lo Penal, n.º 314/1994, de 14 febrero.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

AT SJ de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 18/2023, de 11 de septiembre.
STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, n.º 159/2024, de 15 mayo.
STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 34/2022, de 14 de noviembre.
STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, n.º 80/2021, de 23 de septiembre.
STSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 186/2021, de 1 de julio.
STSJ de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, n.º 24/2020, de 8 de mayo.
STSJ de Castilla y León, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 14/2020, de 18 de marzo.
STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y de lo Penal, n.º 8/2018, de 30 de noviembre.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de La Coruña, Sección 1.ª, n.º 109/2023, de 29 marzo.
SAP de Valencia, Sección 4.ª, n.º 440/2022, de 1 de septiembre.
SAP de Murcia, Sección 3.ª, n.º 227/2022, de 6 de junio.
SAP de Álava, Sección 2.ª, n.º 133/2021, de 2 de junio.
SAP de Sevilla, Sección 4.ª, n.º 375/2020, de 29 de octubre.
SAP de Barcelona, Sección 3.ª, n.º 379/2020, de 14 de octubre.
SAP de Cáceres, Sección 2.ª, n.º 209/2020, de 24 de septiembre.
SAP de Burgos, Sección 1.ª, n.º 379/2019, de 11 de diciembre.
SAP de Las Palmas, Sección 2.ª, n.º 362/2018, de 17 septiembre.
SAP de Navarra, Sección 2.ª, n.º 38/2018, de 20 de marzo.
SAP de Huelva, Sección 3.ª, de 20 de diciembre de 2016.
SAP de Valencia, Sección 1.ª, n.º 164/2017, de 21 de marzo.
SAP de Huesca, Sección 1.ª, n.º 76/2015, de 26 de mayo.
SAP de Madrid, Sección 1.ª, n.º 273/2012, de 25 junio.

■ LAS AGRESIONES SEXUALES CUALIFICADAS A PERSONAS EN EDAD...

JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL

SJCP, n.º 3/2025, de 20 de febrero.

JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN

SJI de Salamanca Sección 2.^a, n.º 1/2019, de 15 de abril.

Colección Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Últimos títulos publicados:

20. El principio de responsabilidad penal por el hecho

Directores: Miren Txu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín

Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ibañez

21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela

Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares

22. La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?

David Gallego Arribas

23. Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español

Directores: Enrique Peñaranda Ramos, Laura Pozuelo Pérez

Coordinador: Nicolás Cantard

24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna

Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín

25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales

Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas

26. El delito de trato degradante discriminatorio

David Miras Estévez

27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales

Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín

Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana

28. Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)

Brian Buchhalter Montero

María Marta González Tascón

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Oviedo. Licenciada en Derecho, Grado de Derecho, Grado de DADE, Grado de Trabajo Social, Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Doctorado, Máster en la Abogacía, Máster en Protección de Personas y Grupos Vulnerables, TP de Criminología y TP de Máster en Protección Jurídica de los Derechos Humanos y Justicia: Persona, Bioética y Género. Ha dirigido aproximadamente 70 trabajos de fin de estudios, dirige una tesis doctoral y codirige otra. En el marco del programa de movilidad docente ha sido profesora en la *Juristische Fakultät. Ruhr-Universität Bochum*. Ha participado en diversos cursos de formación de profesionales del Principado de Asturias y de la Policía Local, en cursos de extensión y aulas universitarias de la Universidad de Oviedo y en el programa PUMUO. Ha realizado numerosos cursos de formación del profesorado y ha sido miembro del equipo de varios proyectos de innovación docente. Miembro del Grupo de Investigación de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Oviedo e IP del proyecto Protección jurídica de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual frente a los delitos sexuales (Universidad de Oviedo 2020) y del proyecto Estudio empírico de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en Asturias (Universidad de Oviedo 2013). Es en la actualidad miembro, a tiempo parcial, del Proyecto nacional “Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)” (Proyecto PID2022-1387700B-100). Sus líneas de investigación están centradas principalmente en las consecuencias jurídicas del delito, el tratamiento de los menores que quebrantan la ley penal, los delitos sexuales, la violencia contra la mujer, la trata de seres humanos y los derechos y la protección de la infancia y adolescencia.

Esta monografía, realizada en el marco del Proyecto nacional “De-recho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)” (Proyecto PID2022-1387700B-100), versa sobre las repercusiones que la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, popularmente conocida como la Ley del “solo sí es sí”, y la Ley orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en los delitos contra la libertad sexual, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, han tenido en la tipificación penal de las agresiones sexuales cualificadas con víctimas en edad legal de consentimiento sexual. Estas agresiones sexuales son objeto de un análisis jurídico detenido a fin de evidenciar el estado actual de su abordaje, los avances que se han realizado en la materia y las cuestiones pendientes de mejora. Al hilo de ello se identifican problemas de orden dogmático y de interpretación y aplicación normativa con gran relevancia práctica respecto de los cuales se plantean propuestas interpretativas fundamentadas con el objetivo de allanar el camino a los operadores jurídicos.