



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de
la Magistratura

AMAYA MERCHÁN GONZÁLEZ

CANTABRIA

LA ¿DEFINITIVA? REGULACION DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Resumen: La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, supuso una significativa modificación de los hasta entonces denominados delitos contra la libertad e indemnidad sexual, ahora delitos contra la libertad sexual, que motivó la revisión de las sentencias condenatorias hasta su entrada en vigor dictadas, dando lugar, en la mayoría de las ocasiones, a una reducción de las penas impuestas, en algunos casos con la consiguiente puesta en libertad de los condenados por su íntegro cumplimiento, y que motivó la promulgación de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

I-Regulación anterior

Sin duda la novedad más importante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre fue la supresión de la anterior distinción entre **agresión sexual**, que englobaba aquellos actos contra la libertad sexual concurriendo violencia o intimidación; y los **abusos sexuales**, supuestos castigados con menor pena y que comprendían aquellas conductas realizadas sin consentimiento pero sin la concurrencia de violencia o intimidación, entendiéndose como actos no consentidos los realizados sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare; aquellos en los que se había anulado previamente la voluntad de la persona suministrándole fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química y también aquellos en los que el supuesto "consentimiento", viciado y por tanto inválido, se hubiera obtenido prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coartara la libertad de la víctima. En ambos casos con las agravaciones de penas previstas para los supuestos de la conocida como "violación"; esto es, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

II-Regulación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

Con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre todas las conductas atentatorias de la libertad sexual pasaron a denominarse agresión sexual, comprendiendo todos los supuestos anteriores, con una declaración genérica en el apartado primero del Artículo 178 CP de **cualquier acto que atente contra la libertad sexual realizado sin consentimiento**, con la ¿definición? que será más adelante analizado de tal consentimiento como aquél que *“se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»* (artículo 178.1 del Código Penal); y considerando en el apartado segundo del art. 178 CP en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual contemplados en la anterior regulación como agresión o abusos sexuales; esto es, los que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o **de vulnerabilidad** (esto añadido en la nueva regulación) 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; supuesto este último ampliado a aquellos casos en los que la anulación de la voluntad no tuviera su causa en el suministro de sustancias.

Mientras que el apartado 3º del art. 178 CP preveía una posible atenuación de la pena, con exclusión en su aplicación de los casos en los que concurriera alguna de las circunstancias agravatorias reguladas en el art. 180 CP, tanto reduciendo la extensión de la pena de prisión a imponer como introduciendo la pena alternativa de multa en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, atenuación esta no contemplada expresamente en la regulación anterior pero que podría equipararse a las penas previstas para el antiguo abuso sexual.

Además, se sigue manteniendo la agravación de las penas en los supuestos de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías en el art. 179 CP.

Y, a continuación, el art. 180 recogía una serie de circunstancias agravatorias de las penas en su apartado primero:

1.^a Cuando los hechos se cometan por la **actuación conjunta** de dos o más personas.

2.^a Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una **violencia de extrema gravedad** o de actos que revistan un **carácter particularmente degradante o vejatorio**.

3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una **situación de especial vulnerabilidad** por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181 CP (actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años).

4.^a Cuando la víctima **sea o haya sido esposa** o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera **prevalido de una situación de convivencia o de parentesco**, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

6.^a Cuando el responsable haga uso de **armas u otros medios igualmente peligrosos**, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor **haya anulado la voluntad de la víctima** suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Circunstancias agravatorias cuya aplicación se preveía expresamente que no tendría lugar cuando hubieren sido tomadas en consideración para determinar la concurrencia de los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 ó 179; esto es, el empleo de violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad; así como cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; lo cual puede dar lugar a situaciones conflictivas como:

.- Si, conforme al principio non bis in ídem puede o no aplicarse la agravación 3^a si la víctima se encuentra en situación de vulnerabilidad y se haya aprovechado o abusado de tal situación para cometer el delito. Si bien hay que tener en cuenta que la circunstancia agravatoria del art. 180.1º CP introduce el adjetivo o consideración de que la situación de vulnerabilidad sea "especial" con lo que podríamos plantearnos supuestos en los que concurriera una situación de vulnerabilidad de especial entidad que permitiera la agravación del nº 1 del art. 180 CP.

.- Si, conforme al principio non bis in ídem puede o no aplicarse la agravación nº 5. cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una relación de superioridad con respecto a la víctima en aquellos supuestos en los que la conducta se haya calificado de agresión sexual, precisamente por abusar de una situación de superioridad sobre la víctima, tal y como señala en art. 178.1º CP.

.- Si es posible aplicar la agravación nº 7 al autor de la agresión sexual que previamente haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Considero que sí y ello por el mayor

desvalor en su acción, producir la sumisión química de la víctima con la finalidad de atentar contra su libertad sexual; y que hay que tener en cuenta que la conducta delictiva contemplada en el art. 178 CP es más amplia y referida a los actos que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad (luego no solo sumisión química) y sin exigir que tal anulación provenga o sea causada por el luego agresor sexual.

En el apartado segundo del art. 180 CP se prevé una hiperagravación cuando concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, en cuyo caso las penas se impondrán en su mitad superior; y si el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, según el apartado tercero, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

III-Regulación por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril se mantiene en el apartado primero del artículo 178, la consideración de agresión sexual como cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, así como la ¿definición? del consentimiento; se mantiene la consideración en el apartado segundo como agresión sexual de los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad; y se mantiene la posible atenuación de la pena (ahora ubicada en el apartado cuarto del art. 178 CP) atendiendo a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable con exclusión en su aplicación no solo cuando, como anteriormente, concurre alguna de las circunstancias agravatorias del art. 180 CP sino también, ahora, cuando concurre violencia o intimidación o la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad; supuestos estos que agravan las penas en el nuevo apartado tercero del art. 178 CP.

Luego la diferencia respecto de la regulación dada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre consiste en agravar la pena cuando el hecho se haya cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, pena de uno a cinco años de prisión frente a la pena de prisión de uno a cuatro años del tipo básico del art. 178.1º CP que se mantiene.

Se sigue manteniendo la agravación de las penas en los supuestos de violación (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías) en el art. 179.1º CP y se añade una agravación de la violación en el art. 179.2º CP si esta se ha producido empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada su voluntad.

El art. 180 CP mantiene sin modificar las previsiones de sus apartados segundo y tercero e igualmente mantiene las circunstancias

agravatorias del apartado primero en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, si bien matiza dos de ellas:

.-La circunstancia agravatoria 5ª: cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, suprimiendo la necesidad de ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima, con lo que se amplía a cualquier situación de parentesco, manteniendo el prevalimiento por relación de superioridad.

.-La circunstancia agravatoria 7ª: cuando para la comisión de estos hechos se haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, suprimiendo la necesidad de que tal anulación de voluntad hubiera sido realizada por el propio autor de la posterior agresión sexual, con lo que se incluyen, sin duda alguna ya, los supuestos en que el suministro de sustancias para la anulación de la voluntad sea realizada por terceras personas distintas del agresor.

Y se suprime la anterior previsión de no aplicar la circunstancia agravatoria cuando hubiere sido tomada en consideración para determinar la concurrencia de los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 ó 179, sustituyéndola por la previsión de que cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 ó 179 se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias (agravatorias), el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código; esto es, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor.

IV- El consentimiento

Como ya se ha dicho se mantiene tras la última reforma el contenido del art. 178.1º CP que califica de responsable de agresión sexual a quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento y añade 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.*"; indicando expresamente el Preámbulo de la LO 4/2023, de 27 de abril que la norma se dicta para evitar el efecto no deseado de una posible (real en la práctica) aplicación de las penas mínimas de los nuevos y más amplios marcos penales, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero, dice, sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Lo primero que podemos preguntarnos es si, en efecto, se trata de una definición o delimitación de lo que debe entenderse por consentimiento (para realizar actos sexuales) o si se trata de una especie de regla probatoria, siendo a mi entender, más esto último ya que la consideración del consentimiento como aquél que, en atención a las circunstancias del caso, se haya manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona, no

contiene una verdadera definición sino la consideración de que debe entenderse que el acto sexual no es consentido si no hay prueba de que así se exteriorizó de manera clara, libre y voluntaria; lo cual enlaza con otra cuestión y es si se quebranta o no la regla probatoria del derecho penal cual es que la prueba de la comisión del hecho delictivo (y sus elementos integrantes) corresponde a la acusación; y la respuesta debe de ser negativa: la carga de la prueba de la comisión del delito y, a lo que al caso nos ocupa, si no hubo consentimiento para la realización del acto sexual corresponde y corresponderá a la acusación.

E igualmente debe de advertirse que antes de la modificación de los delitos sexuales el consentimiento (más bien su ausencia) era, como sigue siendo, definitorio de los actos atentatorios de la libertad sexual: el consentimiento válido y efectivo ya era necesario para no considerar delictivo el acto sexual. Aun no conteniendo nuestro Código Penal una definición de consentimiento, era sustancial a los delitos sexuales que el agresor actuara sin el consentimiento de la persona agredida sexualmente o con un consentimiento viciado (por circunstancias concurrentes en la propia que implicaban la anulación de la necesaria voluntad para prestarlo, como estar privada de sentido o padecer enfermedades mentales o haberse anulado artificialmente su voluntad mediante sustancias aptas o por circunstancias derivadas de la posición de dominio del autor del hecho, significativamente su parentesco o situación de superioridad...); y era necesario para entender cometido el delito sexual, ya se llamara agresión sexual, cuando concurría violencia o intimidación, ya se llamare abuso sexual castigado con menor pena por la no concurrencia de tal violencia o intimidación pero con ausencia de consentimiento válido.

Cuestión distinta es si sometimiento es sinónimo de consentimiento y la respuesta debe de ser negativa, resolviendo el conocido como " Caso de la Manada" precursor de la reforma legislativa de los delitos sexuales, el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de julio de 2019, revocando la sentencia de instancia consideraba que los hechos debían de calificarse de agresión sexual y no de abuso sexual porque el relato fáctico describe un auténtico escenario intimidatorio en el que la víctima en ningún momento consiente los actos sexuales llevados a cabo por los acusados; situación intimidante (la sentencia habla de intimidación ambiental) que hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, sin que fuera necesario, prosigue diciendo el TS, una actitud heroica de la misma para que los acusados tuvieran conocimiento de su negativa.

Idea que reitera nuestro TS en sentencias como la 23/2023, de 20 de enero en la que se dice que *"..siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual."*

En definitiva, la ausencia de consentimiento fue y sigue siendo necesario para estar en presencia de un delito contra la libertad sexual, lo cual implica la tarea de examinar la terminología que

utiliza ahora nuestro Código Penal para ver qué hay que entender por consentimiento, que no difiere de la jurisprudencia que se venía sosteniendo hasta antes de la reforma.

Lo primero que nos indica el legislador es que el consentimiento debe de manifestarse mediante "actos", y como tales se han de entender todo tipo de manifestaciones de la persona tanto verbales como gestuales o situacionales; actos que expresen claramente la voluntad, esto es, la prestación del consentimiento al acto sexual, sin que, como indica el TS por ejemplo en sentencia n° 145/2020 de 14 de mayo el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente una voluntad de participar en el encuentro sexual, deban de interpretarse como consentimiento.

Por tanto, no era ni sigue siendo necesario la resistencia activa: como señala la jurisprudencia, 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; por ello en, por ejemplo un clima de intimidación por la superioridad numérica de agresores y acompañantes la jurisprudencia es reiterativa cuando señala que en estas condiciones, carece de relevancia que la víctima no presentara resistencia activa.

En definitiva, la concurrencia o no de consentimiento libre y válido en la realización del acto sexual seguirá siendo una cuestión de valoración de la prueba.