

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

Polít. Crim. Vol. 19 N° 38 (Diciembre 2024), Art. 6, pp. 144-167
<https://politecrim.com/wp-content/uploads/2024/12/Vol19N38A6.pdf>

Violencia sexual y reforma del consentimiento en el Código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual*

Sexual violence and the reform of consent in the Spanish Criminal Code. An evolutionary overview of the difficult fit of the concept of violence in the crime of sexual assault

Claudio Zapata Barría

Magister en Derecho Penal de la Universidad de Talca

Investigador predoctoral del área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra

claudioalfonso.zapata01@estudiant.upf.edu

<https://orcid.org/0000-0003-1208-4507>

Fecha de recepción: 20/11/2023.

Fecha de aceptación: 05/08/2024.

Resumen

El artículo expone cómo la reforma del consentimiento afirmativo en el Código Penal español amplió el concepto de violencia típica sexual de forma inusitada respecto de los modelos regulatorios anteriores. Este efecto expansivo se concentró en la nueva figura básica de agresión sexual que equiparó las formas de comisión violentas y abusivas. De este modo, se quiso superar el déficit proteccional que los delitos sexuales presentaban frente a otras áreas de la parte especial y frente a la violencia doméstica, ámbito en el que había penetrado el concepto amplio de violencia de género. Los ajustes necesarios para mantener la proporcionalidad en el sistema, sobre todo la rebaja en los marcos penales, trajo consigo una crisis del sistema por la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. La urgente contrareforma de la LO 4/2023 restableció parte de la estructura original de los delitos sexuales del Código penal de 1995. A través de la exposición panorámica de los cambios en el tipo de agresión sexual, se evalúa la eficacia y rendimiento del modelo regulatorio resultante, concluyendo que no se superan los problemas de calificación jurídica y graduación de las situaciones fronterizas de la conducta violenta y sus formas equiparadas.

Palabras clave: derecho penal, violación, agresión sexual, abuso sexual, consentimiento.

Abstract

The article explains how the affirmative consent reform expanded the concept of sexual violence in an unprecedented way compared to previous regulatory models. This expansive effect was concentrated in the new basic concept of sexual assault, which equated violent and abusive forms of commission. In this way, the aim was to overcome the protection deficit

* Este trabajo tuvo su origen en el seminario “La reforma de los delitos sexuales de agresión y abuso de personas capaces de consentir” presentado en el Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico de la Universidad Pompeu Fabra el día 13 de junio de 2023.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

that sexual offences presented in comparison with other areas of the special part of criminal law and primarily with domestic violence, an area into which the broad concept of gender violence had penetrated. The necessary adjustments to maintain proportionality in the system, especially the lowering of the penal frameworks, brought about a crisis in the system due to the retroactive application of the most favourable criminal law. The urgent counter-reform of LO 4/2023 reinstated part of the original structure of sexual offences in the Penal Code. Through the panoramic exposition of the changes in the type of sexual assault, the effectiveness and performance of the resulting regulatory model is evaluated, concluding that the problems of legal qualification and graduation of the borderline situations of violence and its equivalent forms are not overcome.

Keywords: Criminal law, rape, sexual assault, sexual abuse, consent.

Introducción

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (en adelante LO 10/2022) constituye uno de los cambios más importantes realizados sobre la regulación de los delitos sexuales en el Código penal español de 1995 y, particularmente, de la configuración de los delitos de agresiones sexuales respecto de víctimas mayores de 16 años. La nueva regulación implica también un cambio de modelo, aquel del consentimiento afirmativo, que se anuncia en la denominación popular de la reforma como “Ley del solo sí es sí”, aludiendo al lugar central que desde ahora ocupa el consentimiento eficaz de las personas en el ejercicio de su libertad sexual. Estructuralmente, el cambio más relevante de la reforma impulsada por la LO 10/2022 es la supresión de la distinción entre los antiguos delitos de agresión sexual —conminados con mayor pena por el uso de la violencia y la intimidación— y los abusos sexuales —que por ser cometidos sin violencia y sin intimidación, eran sancionados con una pena menor.

En el nuevo esquema típico de la LO 10/2022, todo acto sexual in consentido constituye, en principio, una agresión sexual. Se equiparán penológicamente de esta forma los supuestos de comisión delictiva, cometidos con y sin violencia, en una figura básica de agresión sexual (artículo 178.1 y 2 CP) y en una figura agravada de violación para actos sexuales no consentidos con acceso carnal (artículo 179). Aunque hubo advertencias sobre los efectos que la aplicación de este nuevo modelo podría producir en las condenas dictadas bajo el imperio de la antigua regulación,¹ la LO 10/2022 no incorpora normas de tránsito entre ambos modelos, especialmente necesarias frente al principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, en especial, si se rebajan algunos marcos penales, tal como fue el caso. En efecto, el tipo básico de agresión sexual (artículo 178) rebajó su tramo superior en un año y el de violación (artículo 179) rebajó su tramo inferior en dos. Desde un principio, y por este motivo, la aplicación del nuevo modelo del consentimiento afirmativo trajo consigo el efecto no deseado de la rebaja de penas y excarcelaciones de condenados bajo la ley anterior, que según los datos recabados hasta el día 1 de septiembre de 2023 por el Consejo General del

¹ Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ). Disponible en: <https://tinyurl.com/2dacxb2s> [visitado el 08/11/2024].

Poder Judicial alcanzaba a más de mil casos.² Para evitar estas consecuencias, con fecha 28 de abril de 2023 fue publicada en el Boletín oficial del Estado la Ley Orgánica 4/2023 del 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995 (en adelante LO 4/2023). La modificación implementa una contrarreforma consistente, entre otras medidas, en el restablecimiento de los anteriores marcos penales del Código penal de 1995. Lo hace a través de la creación de dos subtipos agravados por el empleo de medios violentos o actuación sobre víctimas con su voluntad anulada: uno respecto de la agresión sexual (artículo 178.3) y otro respecto de la violación (artículo 179.2).

Aunque el preámbulo de la LO 4/2023 señala que estas modificaciones no afectan al corazón de la reforma, ya que se mantiene “la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual”, la tipificación expresa de los actos violentos recupera la anterior distinción entre delitos violentos y no violentos, estableciendo tipos calificados bajo un criterio de medios comisivos que, desde un inicio, los reformadores quisieron desterrar del sistema. Es claro que la LO 4/2023 ha significado un aumento de las penas para las antiguas modalidades que en el esquema anterior a la reforma del consentimiento constituían abusos sexuales y que ha restablecido las penas anteriores a la reforma respecto de los delitos cometidos por medio de violencia e intimidación. Pero los problemas que la reforma ha querido superar no radican solamente en una supuesta baja penalidad de los ilícitos contenidos en el modelo anterior, sino en el modo en que las distintas categorías sexuales captan la antijuridicidad material contenida en las conductas que atentan contra la libertad sexual. Cabe entonces preguntarse si la nueva configuración típica resultante de la LO 10/2022 y la LO 4/2023 tiene un mejor rendimiento respecto de la protección de la libertad sexual en relación con la calificación de las conductas ilícitas (especialmente respecto de aquellas equiparadas a la violencia) y si, en ese sentido, representa una respuesta más eficaz y coherente frente al delito sexual en términos sistemáticos.

Se contestará esta pregunta analizando brevemente la tipificación de la violencia sexual y sus modalidades equiparadas en la evolución de los modelos regulatorios de los delitos sexuales anteriores a la reforma, el del Código penal de 1848 y el instaurado a través del Código penal de 1995, para luego centrar el análisis de esta tipificación en la LO 10/2022 y la LO 4/2023. Se adopta esta perspectiva metodológica porque en el modelo del Código de 1995 la violencia fue el criterio central de tipificación y en la reforma del consentimiento ha sido el principio básico de equiparación al considerar que todo acto sexual inconsciente es una manifestación de la violencia. Se mostrará, por este camino, que la nueva configuración típica nacida con la Ley “solo sí es sí” retoma dos problemas que los modelos regulatorios anteriores intentaron sucesivamente superar. En primer lugar, aquel que surge de la incorporación en la figura agravada de agresión sexual de la circunstancia de cometer el delito “sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad”, que supone, en parte, recuperar la antigua circunstancia de privación de sentido que integraba el delito de violación del Código penal de 1848. En segundo lugar, el que resulta de la introducción de los nuevos subtipos agravados de agresión sexual y de violación (artículo 179.2) cometidos por medios violentos o

² El balance efectuado por el Consejo General del Poder Judicial de España desde la entrada en vigencia de la Ley 10/2022 y septiembre de 2023 arroja un total de 1.205 reducciones de pena en dicho periodo. Disponible en: <https://tinyurl.com/2by8ku8u> [visitado el 17 de abril de 2024].

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

anulación de la voluntad de la víctima, que vuelve a poner sobre la mesa el problema que con la reforma de la LO 10/2022 se deja de lado respecto a distinguir adecuadamente entre intimidación y prevalimiento. Se concluirá finalmente si esta nueva configuración típica mejora el rendimiento proteccional de estas situaciones intermedias o fronterizas, que la reforma del consentimiento buscó superar como uno de sus propósitos más importantes, o si estas dificultades persisten de la misma manera bajo el modelo del consentimiento.

1. La tipificación de la violencia en el Código penal español antes de la reforma

El tipo de agresión sexual introducido por la reforma del Código penal de 1995 es, desde un punto de vista evolutivo, la figura sucesora del delito de violación del modelo tradicional. Si bien presenta diferencias importantes en relación con su predecesora, en ambos modelos la violación es el delito más grave del esquema y, en tal sentido, el eje en torno al cual se organiza sistemáticamente cada uno de ellos. Desde su configuración, emprenderemos una revisión sucinta de sus rasgos principales para observar la funcionalidad del concepto de violencia sexual en el delito de violación y en el sistema general.

1.1 El modelo tradicional: el uso de la fuerza y el principio del consentimiento

Concebido como una figura de abuso deshonesto en el Código de 1822,³ el tipo de violación del modelo tradicional quedó asentado en su estructura básica a partir del Código penal de 1848. En su primera redacción, sancionaba con la pena de “cadena temporal” a quien “yaciendo con la mujer” lo hace en cualquiera de estos tres casos: Primero, “cuando se usa de fuerza ó intimidación”; Segundo, “cuando la mujer se halle privada de razón ó de sentido por cualquier causa”; Tercero, “cuando sea menor de doce años cumplidos”. La primera circunstancia corresponde a la violación propia, mientras las otras dos circunstancias que no requieren típicamente el empleo de la violencia o la intimidación corresponden a sus variantes impropias. Conviene tener presente el hecho de que, en el Código de 1848, la violación propia se diferencia como una figura autónoma y distinta de los accesos carnales subsumibles en las figuras de estupro y de abusos deshonestos bajo distintos criterios: respecto del estupro, que admite el prevalimiento y el engaño, el criterio diferenciador es el empleo de la fuerza y la intimidación; mientras que respecto de los abusos deshonestos el criterio de distinción es la vía corporal de acceso carnal vaginal, de modo tal que todo acceso carnal por otra vía se califica como una forma de abuso.

Cada una de estas formas típicas responde, no obstante, al mismo principio fundamentador del ilícito sexual, que es la falta de consentimiento de la víctima. Señala Pacheco, en su comentario sobre el delito de violación en el Código penal de 1848 que siempre será necesario justificar alguno de los tres casos mencionados, pues la violación misma no se presume. La fuerza no es el principio común de los actos entre hombre y mujer; sino que lo

³ Estos abusos pueden ser cometidos mediante violencia, intimidación o amenaza (artículo 668), engaño (arts. 686 y 688), anulación de la voluntad por uso de sustancias y aprovechamiento de la privación de sentido (artículo 687).

es el consentimiento.⁴ Según este principio, en el sistema de los delitos sexuales el consentimiento se presume mientras no consta la presencia de las circunstancias típicas de comisión que aluden al medio empleado o a la situación particular de la víctima. La violencia, la intimidación, el prevalimiento, ciertos casos de engaño o la minoría de edad, funcionan así como indicadores de situaciones en las que falta el consentimiento. Había entonces, como señala Manzanares Samaniego, una especie de régimen de excepciones tasadas cuya persistencia se extiende hasta la entrada en vigor de la reforma del consentimiento afirmativo.⁵ El delito de violación requiere invariablemente el uso de la fuerza en sus dos vertientes, la violencia o *vis absoluta*, y la intimidación o *vis compulsiva*. Desde la primera codificación el legislador español, sin embargo, ha considerado modalidades equiparadas al empleo de medios violentos. El artículo 668 del Código penal español de 1822 utilizaba originalmente el término “violencia” en la descripción típica del delito de abuso equivalente a la violación,⁶ equiparando la fuerza en gravedad a la sorpresa, las amenazas y la intimidación si resultan suficientes para vencer la “resistencia” de la víctima. El Código de 1848, a su vez, equiparó a la comisión violenta el acceso carnal de personas privadas de sentido o que padezcan un grave trastorno mental. Al mismo tiempo reemplazó la palabra “violencia” por “fuerza”⁷ y abandonó el requisito legal de “resistencia”, que el tipo penal de violación ya no incorporó desde entonces y que progresivamente la jurisprudencia irá moderando en el ámbito forense como requisito probatorio.⁸

En la variedad “impropia” de la violación de personas en edad de consentir, radicada en la situación particular de la víctima privada de razón o de sentido, la manifestación del consentimiento obtenido sin fuerza o sin intimidación, cuando ello es posible, carece de toda relevancia jurídica.⁹ Si el principio que excluye el consentimiento en estos casos es la fuerza, ya como *vis absoluta* o *vis compulsiva*, queda en el aire la determinación del principio que permite justificar la equiparación de esta circunstancia a la hipótesis de violencia. Bajo el principio según el cual la interacción humana es consentida a menos que exista una voluntad contraria ostensible, no estaba clara la justificación del delito que se reputa violento. Los intentos de fundamentación iban desde la dominante teoría de la “fuerza o violencia presunta”

⁴ PACHECO (1881), p. 426.

⁵ MANZANARES SAMANIEGO (2022), *passim*. Así se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que requiere indicios para superar esta presunción que subyace en el silencio, por ejemplo, considerando que frente a los gritos de la víctima y las condiciones “de enorme sordidez y crudeza” de los actos sexuales “el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa”, véase STS 344/2019, 4 de julio de 2019 (ponente Susana Polo García); por lo que cabe entender que sin la presencia de aquellos signos, se habría de interpretar el silencio como consentimiento. Para una lectura de esta jurisprudencia en el sentido contrario, véase ACALE SÁNCHEZ (2022), p. 79.

⁶ Como primera modalidad castigada en el artículo 668 se sanciona la conducta del que “sorprendiendo de cualquier modo a otra persona, mediante violencia o amenaza o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia. intente abusar deshonestamente de ella”; para un análisis detallado de esta figura véase GONZÁLEZ RUS (1982), pp. 168 y ss.

⁷ SÁNCHEZ TOMÁS (1999), p. 79, con nota 2, señala el hecho de que el término “fuerza” no solo tuvo el sentido de *vis física* en el Código de 1822, sino que también fue utilizado como concepto general (artículo 669) comprensivo de la violencia y la intimidación.

⁸ Aun cuando sigue pesando como criterio en algunas sentencias de este siglo tal como ha mostrado CUERDA ARNAU (2018), pp. 105 y 106, con relación a la STS 618/2003 de 5 de mayo (Ponente Sánchez Melgar).

⁹ GONZÁLEZ RUS (1982), p. 194, quien señala la inutilidad y lo artificioso de plantear en estos casos una presunción de voluntad contraria o de consentimiento.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

o la teoría de la “fuerza impura” por ausencia presunta de consentimiento, hasta la “equivalencia de contrariedad y falta de consentimiento”, entre otras¹⁰. Es posible asumir que la equiparación entre la circunstancia primera —que presupone una voluntad contraria— y las otras dos —supuestos de ausencia de voluntad— parece estar basada solo en un criterio orientado a la determinación de la pena y no en el reconocimiento de la existencia de algún elemento estructural semejante.¹¹ Tal elemento común en la fenomenología del delito, no obstante, podría establecerse desde la coacción y así prescindir de una ficción jurídica, pero su fundamentación normativa exigiría que el objeto de protección del delito fuese, ante todo, la libertad sexual. Ciertamente, esta valoración no podría llevarse a cabo si lo que se protege es la honestidad y una determinada moralidad pública, más que la autodeterminación de las personas.

1.2 La violencia típica y sus límites en el Código penal de 1995

La reforma del Código penal de 1995 dejó atrás la sistemática tradicional de la regulación sexual del Código penal de 1848 con un siglo y medio de vigencia,¹² para adecuar sus disposiciones al bien jurídico de la libertad sexual.¹³ El eje de la nueva sistemática de los delitos sexuales fue el medio comisivo que constriñe la voluntad, distinguiéndose entre agresión sexual (comisión violenta) y abusos sexuales (comisión no violenta).¹⁴ El acto sexual inconsciente caracterizado por el empleo de medios violentos se estableció como figura básica de agresión sexual (artículo 178) para sancionar a quien “atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”. Sobre este tipo básico se articuló el subtipo agravado de violación previsto en el artículo 179 que establecía una pena de prisión de seis a doce años para el caso de la agresión consistente en un acto de acceso carnal. Por su parte, los abusos sexuales eran definidos en el artículo 181 como los actos sexuales cometidos “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento”. Los contornos de las figuras se establecieron objetivamente: como factor de delimitación típica, los medios comisivos; y como factor de agravación de la pena, el acceso carnal. La violación es, bajo este esquema, una modalidad agravada de agresión sexual que requiere de modo estricto la presencia de medios violentos: violencia (*vis physica*) o intimidación (*vis moralis*), sin modalidades comisivas equiparadas. Se trata de un cambio muy importante en el camino hacia una regulación que protege efectivamente la libertad sexual, pues en este modelo la violencia representa la negación de la voluntad del sujeto pasivo y, en consecuencia, la conducta violenta es esencialmente antijurídica. Por su parte, el prevalimiento y otras

¹⁰ Al respecto con detalle véase GONZÁLEZ RUS (1982), pp. 194 y ss.

¹¹ GONZÁLEZ RUS (1982), p. 209.

¹² Cabe señalar que este modelo es el que, en sus rasgos generales, sigue vigente en Chile pese a las importantes modificaciones llevadas a cabo por la ley N° 19.617 de 12 de julio de 1999 y la ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004. Sobre este punto con más detalle véase RODRÍGUEZ COLLAO (2006) pp. 2 y 3. GONZÁLEZ RUS (1982), p. 123, califica el esquema chileno antes de las reformas mencionadas como una reproducción literal de la regulación española.

¹³ BOLDOVA PASAMAR (2022), p. 200, indica que con la transición hacia la democracia ya no fue preciso proteger penalmente una determinada moral sexual, y el reproche penal solo abarcó conductas que involucran a un sujeto en un acto sexual contra su voluntad, sin su voluntad o con una voluntad viciada o inválida.

¹⁴ SÁNCHEZ TOMÁS (1999), p. 79 con nota 1, afirma que el empleo de violencia como medio comisivo resulta ser así el elemento fundamental del tipo objetivo de ambos delitos.

situaciones de abuso del consentimiento viciado no niegan esa voluntad, solo la restringen y, en tal sentido, la antijuridicidad de la conducta abusiva es claramente de menor grado. Pero el límite entre violencia y abuso en situaciones intermedias no es siempre tan claro como ocurre, por ejemplo, cuando la amenaza no es intensa para cualquier persona o cuando sin violencia no concurre la voluntad del sujeto pasivo en la comisión del delito.

La solución del legislador fue, como vimos, centrar la delimitación típica en el empleo o no de la violencia. El esquema condujo así a una reconfiguración del tipo de violación contenido en el artículo 179 que restringió su esfera de aplicación.¹⁵ El acceso carnal de una persona privada de sentido, de aquella acometida sorpresivamente o sometida químicamente —situaciones que permiten prescindir del uso de la violencia— no eran calificadas como violación, sino como una modalidad de abusos sexuales con acceso carnal (artículo 181.4) y, en consecuencia, sancionadas con un piso mínimo de pena de cuatro años de prisión, frente a una violación cuyo piso mínimo era de seis años.¹⁶ Particularmente en los casos de privación de sentido, circunstancia que por más de un siglo fue constitutiva de una violación, la respuesta penal ahora era la sanción de un abuso. También era esta la respuesta en los casos en que las víctimas quedaban paralizadas frente a un ataque sorpresivo o en grupo. Esta calificación resultaba deficitaria, más que en términos de pena, en sus aspectos comunicativos.¹⁷

El elemento típico de la violencia cumplía, por tanto, una función de graduación de la antijuridicidad material de los actos sexuales, mientras la base del injusto recaía en el consentimiento de dichos actos.

En ese sentido, ha de existir un vínculo ideológico entre la violencia ejercida y la realización del tipo, es decir, toda manifestación de la violencia debe estar dirigida a realizar un atentado en contra de la libertad sexual, ámbito de protección delimitado esencialmente por la existencia de consentimiento.¹⁸ De este modo, se aprecia con claridad que el consentimiento del acto sexual en el modelo del Código de 1995 se mantuvo como un elemento (negativo)

¹⁵ ACALE SÁNCHEZ (2022), p. 42, lo define como una reducción del ámbito de la tipicidad.

¹⁶ Desde el año 2010, el legislador incluye expresamente en este grupo aquellas situaciones de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias naturales o químicas, aunque como señala AGUSTINA (2023), pp. 12 y ss., sin diferenciar lo que la doctrina distingue y denomina “sumisión” (supuesto de anulación de la voluntad) y “vulnerabilidad” química (supuesto de doblegamiento sin anular la voluntad) respectivamente, por lo que en ambos casos la circunstancia se encuentra excluida del concepto de violencia.

¹⁷ VICENTE MARTÍNEZ (2018), p. 182, señala que fue la división de los tipos penales atendiendo a los medios utilizados en la transgresión del bien jurídico protegido, lo que permitió que, en el famoso caso de “La manada” —en el que un grupo de cinco hombres efectúan diversos actos sexuales de acceso carnal con una joven que no opuso resistencia visible— los sentenciadores de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 optaran por la calificación de un delito de abusos sexuales con prevalimiento.

¹⁸ Así, es posible observar en una de las escasas sentencias del Tribunal Supremo español sobre relaciones sadomasoquistas, STS 1049/2002, 5 de junio de 2002 (ponente Julián Sánchez Melgar), que se absolvió al procesado del delito de agresión sexual del que venía acusado por el Ministerio fiscal y se le condenó como autor de un delito de lesiones, con la atenuación prevista en el artículo 155, precisamente por tratarse de lesiones consentidas en el contexto sexual. De este modo, el mismo consentimiento que solo puede atenuar el injusto de las lesiones, es suficiente para excluir la tipicidad del delito sexual aunque se trate de actos violentos.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

fundamentador del injusto, pero, tal como en el modelo tradicional, sin llegar a ser el criterio de distinción típica.¹⁹

Aunque el tipo de violación vio reducida su esfera de tipicidad, el concepto de violencia típica sexual persistió en cuanto a su contenido. Resultó más bien cosmético el hecho de que el término “violencia” reemplazara en la descripción típica de la agresión sexual al de “fuerza”, que utilizó el legislador español desde la redacción del artículo 354 del Código penal de 1848. Este reemplazo del término “fuerza” para describir el delito de agresión sexual no parece haber incidido sustancialmente en el contenido del concepto de violencia sexual típica, que la jurisprudencia ha entendido histórica y uniformemente como “la fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima”.²⁰ Tampoco respecto del concepto de intimidación que se entiende mayoritariamente en la jurisprudencia y la doctrina como la provocación de temor en una persona por medio del anuncio de un mal relacionado con su vida, su integridad física o su libertad.²¹ Así, en el ámbito de los delitos sexuales y pese a que la figura central de agresión sexual no contenía una descripción precisa de los actos típicos, los contornos del concepto de la violencia no desbordaron sus límites históricos bajo la sistemática del Código de 1995.

1.3. Concepto expansivo y restrictivo de la violencia

En las últimas dos décadas del siglo pasado se produce un proceso sostenido de ampliación de los límites del concepto de violencia en la doctrina y la jurisprudencia españolas con relación a otros delitos de la parte especial. En efecto, aunque originalmente el término “violencia” se asociaba en forma exclusiva a la fuerza física aplicada a las personas, la doctrina y la jurisprudencia realizaron una paulatina y sucesiva ampliación de sus límites conceptuales. Lo que se entiende como violento pasó de una estricta interpretación mecanicista, a una amplia interpretación teleológica y extensiva en lo que se denominó el proceso de “espiritualización” del concepto de violencia contenido en el tipo de coacciones.²² En este contexto, el concepto de violencia llegó a abarcar diversos medios comisivos más allá de la fuerza aplicada a las personas, particularmente, la intimidación, la fuerza en las cosas y las vías de hecho; al punto de ser calificado como “un concepto comodín donde

¹⁹ GONZÁLEZ RUS (2021), p. 2, mal podría serlo bajo este esquema pues, como señala este autor, la falta de consentimiento puede dar lugar tanto a una agresión sexual como a alguna modalidad de los abusos sexuales.

²⁰ Respecto de los límites del concepto en el derecho penal sexual, véase RAGUÉS I VALLÈS (2021), p. 134, quien cita la STS 1546/2002 que en sus fundamentos hace una breve relación de las anteriores sentencias que sostienen este concepto. De otra idea es MONGE FERNÁNDEZ (2005), p. 85, con nota 143, quien ve en la sustitución del tradicional término de fuerza por el de violencia “una acertada depuración del concepto”, pues señala con mayor evidencia la naturaleza personal ínsita en el sentido de la fórmula del Código penal: “violencia o intimidación de las personas” contrapuesta a la de “fuerza en las cosas”. Se ha dicho asimismo, para aprobar este reemplazo, que el concepto de fuerza se refiere al vencimiento de una resistencia, mientras que el de violencia lo hace al doblegamiento de la voluntad, idea que sería más ajustada al delito de agresión sexual. No obstante, como acertadamente observa CARUSO FONTÁN (2006), p. 185, esta concepción puede llevar a una confusión entre los conceptos de violencia e intimidación.

²¹ RAGUÉS I VALLÈS (2021), p. 135.

²² SÁNCHEZ TOMÁS (1999), p. 59 y ss.; con amplia referencia bibliográfica al abordaje del fenómeno en la doctrina RAGUÉS I VALLÈS (2003), p. 485 con nota 9; CARUSO FONTÁN (2005), p. 117.

encuentra encaje toda conducta coactiva que no pueda ser integrada en las amenazas”.²³ Este proceso de espiritualización de la violencia, sin embargo, no tuvo un impacto reflejo y de la misma manera sobre el concepto de violencia sexual típica. La presión expansiva de la idea de violencia comienza a aparecer indirectamente en el ordenamiento sexual español bajo el concepto de “violencia de género”, que ingresa a la sistemática del Código a través de la ley penal 11/2003.²⁴ Por medio de esta norma se convierte en delito el maltrato habitual físico y psicológico al interior del núcleo familiar o entre personas ligadas por relaciones afectivas. Bajo esta idea llega a considerarse como violencia típica todo maltrato físico o psicológico, cuyas víctimas son en su mayoría mujeres y niños, por leve que este pueda ser. Al ampliar la misma definición de violencia, en lo que se identifica como un esfuerzo institucional por incluirla bajo el concepto de violencia de género, siguió el legislador la tendencia general del feminismo por hacer extensivo el concepto de violencia a cualquier agresión contra la mujer.²⁵

Esto evidenciaba una especie de desproporción proteccional respecto del tipo de agresión sexual, en la medida que el concepto de violencia sexual típica siguió desvinculado del concepto más amplio de violencia de género, que se mantuvo circunscrito a sus manifestaciones en el ámbito de la violencia doméstica.²⁶ Así se explica, por otra parte, que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género solo modificara las penas de ciertos delitos (lesiones agravadas, maltrato singular, amenazas leves, coacciones leves y quebrantamiento de condena), sin abarcar todas las modalidades de violencia definidas en su mismo artículo 1.3., expresamente referido a “las agresiones a la libertad sexual” de las mujeres.²⁷ Esto fue observado como causa de un déficit de protección, en la medida en que los delitos que protegían la libertad sexual no experimentaron un incremento de sus respectivas penas paralelamente a otros delitos considerados bajo la perspectiva de la violencia de género que sí vieron sus penas elevadas.²⁸

Como se aprecia, la tendencia a ampliar los márgenes conceptuales de la violencia no alcanzaba al derecho penal sexual, cuyo concepto restrictivo persistió a pesar de las reformas

²³ SÁNCHEZ TOMÁS (1999), p. 61.

²⁴ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. En la exposición de motivos (III) el legislador advierte que respecto de los delitos de violencia doméstica se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y *se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido* (el destacado es nuestro).

²⁵ MAQUEDA ABREU (2009), pp. 27 y ss., señala que se hizo siguiendo el modelo de una violencia doméstica indiferenciada, indicando algunos de sus efectos indeseados: el identificar a la mujer como un ser vulnerable al mismo nivel que los menores y personas afectadas por alguna discapacidad, o el desincentivo a los tribunales para investigar las situaciones graves de violencia que se escondían detrás de la primera denuncia de malos tratos.

²⁶ ACALE SÁNCHEZ (2018), p. 78, la califica como “una especie de desprotección proporcional programada de la libertad sexual” que ya había sido advertida por el Tribunal Constitucional —entre otras, por la STC 1/2008, de 17 de julio—, motivo suficiente para pensar en una reforma que la corrija.

²⁷ “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”

²⁸ ACALE SÁNCHEZ (2022), pp. 46 y 47. Déficits observados también por el Grupo de Expertos en la lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (en adelante GREVIO) que hizo recomendaciones al respecto, si bien centradas en la tipificación de los delitos más que en el *quantum* de las penas.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

experimentadas hasta la entrada en vigor de la LO 10/2022. Con todo, la aplicación de un concepto restrictivo de la violencia sexual —que exigía muchas veces verificar sus signos exteriores— ventilaba constantemente en la doctrina y la jurisprudencia dos ideas aparentemente superadas que venían del modelo tradicional: en primer lugar, que es necesario que la víctima se resista en alguna medida; y, en segundo lugar, que la intimidación, para ser equiparada a la violencia, ha de ser suficientemente grave hasta el punto de que la víctima se vea forzada a soportar la realización del acto sexual por tratarse del mal menor.²⁹ Esto último, incluso en contraposición a una jurisprudencia que resultaba ser mucho más “generosa” al calificar la violencia y la intimidación en el ámbito de los delitos patrimoniales, ya que los jueces no dejan de apreciar la existencia del robo, aunque la violencia empleada por el autor sea mínima, si la víctima al temer por su vida decide no oponerse entregando ella misma los objetos.³⁰

1.4. Anomalías y déficits de protección en el modelo centrado en los medios de coerción

El modelo dicotómico del Código penal de 1995, el primero diseñado enteramente para la protección de la libertad sexual, se configuró sobre los momentos de afectación de la voluntad. El legislador distinguía entre actos ejecutados sin consentimiento por medio de violencia e intimidación, aquellos ejecutados sin consentimiento y sin violencia ni intimidación, y aquellos en los que concurre para su comisión la voluntad de la víctima por medio de un consentimiento inválido o ineficaz.³¹ Mientras la agresión sexual es un tipo restringido a las hipótesis de falta de consentimiento por el uso de la violencia —en el sentido de fuerza física— y por la intimidación —como amenaza condicional grave—, los abusos sexuales constituían un variopinto conjunto de modalidades que abarcaban simultáneamente las hipótesis de falta de consentimiento y de consentimiento viciado o inválido. Este modelo superaba la vieja controversia que discurría sobre la justificación de las hipótesis de comisión no violenta en el delito de violación. Mientras que en el modelo anterior la privación de sentido y la falta de razón fueron explicadas por medio de una ficción como aquella de la “fuerza presunta” o bajo la “presunción de una voluntad contraria”, ahora estas circunstancias son hipótesis de abusos sexuales sobre la base objetiva de la ausencia de un medio comisivo típicamente violento.

Respecto del modelo anterior, como se dijo, esto llevó a rebajar la respuesta penal frente a los casos de acceso carnal de personas “privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”, y lo hizo en dos sentidos. En primer lugar, una rebaja del marco penal (prisión de cuatro a diez años) frente al delito de violación (prisión de seis a doce años) y, en segundo lugar, una rebaja comunicativa de la reacción penal que consideraba ahora una variante clásica de violación como un atentado sexual de menor entidad.³² Es claro que estos ataques

²⁹ FARALDO CABANA (2018), pp. 63 y 64.

³⁰ ACALE SÁNCHEZ (2022), p. 76.

³¹ BOLDOVA PASAMAR (2019), p. 3, señala que efectivamente faltan las condiciones para el ejercicio de la libertad sexual tanto si el comportamiento sexual se realiza contra la voluntad de la otra persona, sin su voluntad, como con una voluntad viciada o inválida y, por ello, no libre.

³² Respecto de los efectos comunicativos de este etiquetamiento, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ (2022), *passim*.

ocurren sobre la base de una ventaja del autor que es por sí misma alevosa: ante la incapacidad para intentar alguna forma de defensa, el atacante no necesita recurrir a la violencia ni a la intimidación para consumar el contacto sexual.³³ Por este motivo, y bajo un esquema que busca proteger más la libertad sexual que la honestidad, resultaba contraproducente que aquellos supuestos que antes estaban comprendidos por el tipo de violación en el modelo tradicional (el acceso carnal o penetración típica de personas privadas de sentido, el cometido anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias, o el que se lleva a cabo sobre personas que no pueden resistirse por incapacidad física o psicológica), fueran tipificados como figuras de abuso sexual y no como violación.³⁴

El otro problema que surgió en el esquema típico del Código de 1995 se relaciona con la frontera conceptual ubicada entre la intimidación y el prevalimiento coercitivo, zona gris que lleva a distinguir con dificultad entre las figuras básicas de agresión sexual y de abuso sexual.³⁵ Esto es así porque, entre la amenaza coactiva de la intimidación y la coercitiva o menos intensa del prevalimiento, no existe una solución de continuidad que asegure resultados correctos para todos los casos. La imposibilidad de erigir un criterio que permita una distinción certera entre las figuras de prevalimiento e intimidación aparecía, en todo caso, como un fenómeno propio de la naturaleza de las cosas.

Si bien la jurisprudencia unánimemente reconoce la existencia de intimidación suficiente en los casos en los que se amenaza a la víctima con causarle un daño relacionado con su vida, su integridad física o su libertad de manera próxima en el tiempo,³⁶ ya no es tan claro que exista intimidación cuando el mal que se anuncia reviste una menor entidad, por ejemplo, si se amenaza a la víctima con la publicación de hechos vergonzosos que la involucran; o cuando la amenaza de la causación de un mal se difiere en el tiempo de modo tal que el afectado podría denunciar el hecho; y, en general, en todos los casos de contextos intimidatorios difusos en los que no hay una amenaza explícita.³⁷ Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo reiteradamente, el prevalimiento consiste en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta para coartar la libertad de la víctima y obtener su consentimiento a un acto sexual.³⁸ En este sentido, resultaba determinante en el abuso sexual por prevalimiento que, a pesar de estar sometido a una coerción, el sujeto pasivo efectivamente admite o consiente el acto sexual concreto.³⁹ El problema surge frente a casos de intimidación grave, pero en los que esta gravedad aparece velada o no es evidente para todas las personas. En estos casos puede darse la “apariencia”

³³ TORRES FERNÁNDEZ (2023), p. 26.

³⁴ FARALDO CABANA (2019), pp. 33 y 63; quien señala que esta solución, sin embargo, fue valorada positivamente por la doctrina de la época sobre la idea de que se conseguía una mayor coherencia en cuanto a las características esenciales de las conductas incriminadas como agresión sexual y centradas en la violencia o intimidación, FARALDO CABANA (2019), p. 44, con nota 69.

³⁵ GONZÁLEZ RUS (2019), p. 3, indica que la intimidación se convirtió en una fuente inagotable de complicaciones precisamente por la necesidad de diferenciarla de las situaciones típicas configuradoras de los abusos sexuales.

³⁶ ALTUZARRA ALONSO (2020), p. 531.

³⁷ RAGUÉS I VALLÈS (2023), pp. 140 y 141.

³⁸ ALTUZARRA ALONSO (2020), p. 534, con referencia a la jurisprudencia consolidada en este sentido.

³⁹ CUERDA ARNAU (2018), p. 110, indica que no puede de ser de otro modo en la medida en que así lo exige el propio precepto legal contenido en el artículo 181.3 al disponer que “el consentimiento se obtenga”.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

de un consentimiento que no es tal, un consentimiento viciado y todo bajo el manto de una actitud, también aparente, de tolerancia hacia el acto sexual. En tal situación, el acto abusivo de una posición de superioridad y el acto intimidatorio adoptan el mismo aspecto exterior para un tercero que debe juzgar lo ocurrido *ex post*. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha definido el prevalimiento en varias ocasiones como una especie de intimidación, pero “de grado inferior”.⁴⁰ Determinar ese grado de entidad de la amenaza o la intimidación constituye un juicio de valoración complejo, pues envuelve no solamente consideraciones objetivas, sino también subjetivas respecto de las víctimas para arribar a una idea de conjunto.⁴¹ Con todo, una consecuencia concreta e indeseada de esta difícil diferenciación es que, sea cual sea la decisión adoptada, implicaba resultados penológicos significativamente distintos.⁴²

Ambas situaciones —la calificación de abuso sexual del acceso carnal de personas privadas de sentido o que tengan anulada su voluntad y la difícil distinción entre intimidación y prevalimiento— pueden ser caracterizadas como anomalías sistemáticas,⁴³ pues no encajaban bien con el fin de protección de la libertad sexual de las disposiciones. Esto daba lugar a eventuales déficits proteccionales frente a casos concretos de intimidación ambiental y de ataques a las personas que no están en posición de consentir o de oponerse. La superación de ambos problemas fue uno de los propósitos que, en el nivel sistemático, condujo a adoptar el modelo regulatorio del consentimiento afirmativo que dejaba atrás la distinción típica entre lo violento y lo abusivo.

2. La reforma del consentimiento afirmativo

2.1 El informe GREVIO y la tipificación del consentimiento

El antecedente jurídico más importante que impulsó la reforma de los delitos sexuales fue el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, ratificado por España el 10 de abril de 2014. El Convenio obliga a los Estados miembros a tipificar como delito los actos de violencia sexual en los que no medie el consentimiento,⁴⁴ el que “debe prestarse

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS (2023), pp. 140; ALTUZARRA ALONSO (2020), p. 535.

⁴¹ GONZÁLEZ GUERRA (2015), p. 65, señala que la concepción tradicional utilizada en la jurisprudencia española y en particular la del TS, no limita su atención a la amenaza del sujeto activo y las condiciones del sujeto pasivo, sino que en muchos casos analiza esas circunstancias en conjunto con la situación en que se desarrollan los hechos.

⁴² ALTUZARRA ALONSO (2020), p. 530; BOLDOVA PASAMAR (2019), p. 3. En efecto, bajo la modalidad agravada de acceso carnal si la situación coercitiva se subsume bajo el concepto de intimidación el piso mínimo de la pena asignada era de 6 años, mientras que, subsumida bajo el concepto de prevalimiento, el mismo era de 4 años.

⁴³ En el sentido definido por KUHN (2004) p. 93, como el reconocimiento de que, en cierto modo, la naturaleza de los hechos viola las expectativas inducidas por el paradigma y, específicamente en este caso, el paradigma legal que lleva a distinguir entre actos violentos y no violentos sobre la compleja dinámica de la amenaza y el temor.

⁴⁴ Artículo 36.1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.⁴⁵

En noviembre de 2020, se publicó el primer informe de evaluación sobre su aplicación en España elaborado por el Grupo de Expertos. El informe del GREVIO constata que, a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, España adoptó un enfoque “ejemplar” en la conceptualización de los casos de violencia ejercida en el ámbito de la pareja. Sin embargo, se observó que solo se hizo en un menor grado respecto de otras formas de violencia de género incluidas en el Convenio, y en particular con relación a la violencia sexual.⁴⁶ Esto confirmó lo que una parte de la doctrina española venía sosteniendo: que la regulación de los delitos sexuales del Código penal de 1995 no cumplía los estándares internacionales para la tipificación de la violencia sexual.⁴⁷

2.2. El modelo del consentimiento afirmativo de la LO 10/2022

El día 7 de octubre de 2022 entró en vigencia la Ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (en adelante: LO 10/22). España se sumaba, de este modo, junto a Finlandia y Suiza en 2022, a los 16 países que para entonces habían adoptado legislación que define los delitos sexuales y la violación por ausencia de consentimiento. La mayor parte del articulado de la LO 10/22 dispone y regula, la debida atención y apoyo a las víctimas de las “violencias sexuales” que son definidas en el preámbulo de la Ley como “los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado”, y entre los que incluye “la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII” del Código penal. Bajo esta idea de violencia sexual desaparece toda distinción con relación a los actos ejecutados. Violencia es toda agresión sexual. Ya en referencia a los cambios introducidos en el Código penal, el preámbulo define las agresiones sexuales como “todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. Este concepto amplio de violencia sexual, que abarca no solo el uso de la fuerza —violencia en sentido estricto— sino también las modalidades de comisión abusiva, hacía superflua las distinciones sobre la conducta ilícita del perpetrador.

Precisamente, el foco que concitó la mayor atención de la comunidad jurídica y que ha estado en el centro de las controversias es la modificación del Código Penal que establece un nuevo

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.

⁴⁵ Artículo 36.2.

⁴⁶ Véase al respecto el resumen ejecutivo del Primer Informe de evaluación del GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), España; disponible en: <https://tinyurl.com/qekphz> [visitado el 08/11/2024].

⁴⁷ Así se reconoce en el preámbulo de la LO 10/2022, sec. II. Sobre la discordancia del Código penal de 1995 y las normas internacionales, véase ALTUZARRA ALONSO (2020), p. 542; PERAMATO MARTÍN (2022), p. 203.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

delito de agresión sexual y suprime simultáneamente la tradicional categoría típica de los abusos sexuales. De esta manera, se unificó bajo una sola figura típica los ahora antiguos delitos de agresión sexual y abuso sexual (artículo 178. 1 y 2), y se introdujo una norma para la determinación del consentimiento (segunda parte del artículo 178.1) que exige verificar su expresión efectiva para poder considerar que se ha otorgado en el contexto de la relación sexual. Estos cambios por sí solos suponen un giro tan radical en el sistema de los delitos sexuales, que puede hablarse de un nuevo esquema de regulación, cuyos elementos adoptan la fisionomía del llamado “modelo del consentimiento afirmativo”.⁴⁸

El nuevo tipo penal de agresión sexual del artículo 178.1 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años “al que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”. El marco penal se rebaja así en un año en su tramo superior respecto del tipo de agresión sexual original, que ahora incluye también los actos de naturaleza abusiva considerados normalmente de menor gravedad que los actos violentos. El nuevo tipo de agresión sexual en esta primera versión de la reforma ya no exige hacer uso de la violencia o de la intimidación sobre la víctima, pues todas las formas de ataque a la libertad sexual pueden ser subsumidas en esta figura si son realizadas sin el consentimiento o con un consentimiento viciado del sujeto involucrado.⁴⁹

El contenido del tipo de abusos sexuales y sus modalidades (antigua versión del artículo 181) se incluyó en el nuevo tipo básico de agresión sexual como circunstancias típicas de falta o invalidez del consentimiento que, sin ser *numerus clausus*, vienen a equiparar los medios comisivos de la agresión y los abusos sexuales en el artículo 178.2.⁵⁰ A partir de la reforma, el consentimiento asume, junto a su función fundamentadora del injusto, también una función

⁴⁸ En el preámbulo (III) de la LO 10/2022 se advierte que la medida más relevante en la modificación del Código penal es la eliminación de “la distinción entre agresión y abuso sexual”, “(...) cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul”. Este modelo de tipificación, que no encuentra su base inmediata en las disposiciones del Convenio, ni forma parte de las observaciones y sugerencias del informe GREVIO, parece inspirarse más bien en el debate angloamericano en torno a la figura de la violación y, particularmente, en ideas emblemáticas del feminismo estadounidense. Para una más amplia exposición de este punto y las inspiraciones del modelo, véase MALÓN MARCO (2020), p. 23 y ss. PERAMATO MARTÍN (2022), p. 205, señala también el origen del modelo del consentimiento en la reivindicación feminista.

⁴⁹ Lo que se ha entendido ocurre, por ejemplo, en los casos de *stealth*, aunque no exista una modalidad de engaño expresamente tipificada. Sobre esta amplitud del criterio actual, véase Fiscalía General, Circular 01/2023, p. 14, donde se señala que la existencia o no de consentimiento para la realización de actos con significación sexual constituye el “elemento nuclear” a objeto de valorar la posible subsunción de la conducta en el artículo 178 CP.

⁵⁰ Artículo 178.2: “Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.” Según señala la Fiscalía General, Circular 1/2023 del 29 de marzo, p. 13, el nuevo artículo 178 CP no determina con carácter tasado los métodos o formas a través de los que ejecutar el delito, lo que se evidencia por el empleo de la locución “en todo caso” cuya referencia es meramente enunciativa y presupone que la realización de actos de contenido sexual siempre será típica cuando se ejecute empleando alguno de los medios descritos en el artículo 178.2 CP.

delimitadora de la relevancia típica,⁵¹ que pasa ahora a estructurar por su ausencia o defecto una categoría que puede abarcar conductas tan diferentes como la violencia, la intimidación, la sorpresa, el prevalimiento y el engaño. Todas ellas consideradas expresiones de la violencia sexual.

La LO 10/2022 mantuvo en el artículo 179 el tipo agravado de agresión sexual por acceso carnal y penetración por vías típicas equiparadas bajo la denominación de violación,⁵² *nomen iuris* que se aplica desde el código de 1848 al delito sexual más grave del catálogo,⁵³ con una horquilla de pena que ahora va de los 4 a los 12 años en su extremo superior. De este modo, el legislador ha conservado la distinción de largo arraigo histórico entre agresiones sexuales agravadas por el acceso carnal y modos equiparados por un lado, y aquellas genéricas del artículo 178, que se aplican entonces como tipo residual por exclusión de los actos constitutivos de violación, todo ello con el objeto de mantener una graduación proporcionada a la gravedad del ilícito sobre la base de la injerencia corporal.⁵⁴ La rebaja de dos años en el tramo inferior del marco penológico que llevó a cabo la reforma, se explicaba por la absorción en esta nueva figura de aquellos casos de abusos sexuales agravados por la circunstancia del artículo 181.4 sancionados con pena de prisión de 4 a 10 años, que ahora ven aumentado su tramo superior en dos años, llegando hasta los 12. Esta exasperación parece un tanto desproporcionada, atendida la menor intensidad de una comisión abusiva que no coacciona a la víctima y que, ya intuitivamente, recibe en términos de valoración social un reproche menos severo.

La intención de los reformadores tras este allanamiento de las formas comisivas fue, en parte, superar las calificaciones jurídicas contraintuitivas que rebajaban la respuesta penal en los casos de ataques con acceso carnal u otras injerencias corporales en el ámbito fronterizo de la intimidación y el prevalimiento⁵⁵ o en las situaciones de acceso carnal sobre una víctima privada de sentido etiquetadas como abuso sexual. También en alguna medida dar carta de ciudadanía en el derecho penal sexual al concepto amplio de “violencias sexuales” que se proyectaba desde los instrumentos internacionales y cuajaba en la nueva figura de agresión

⁵¹ En este caso, considerada la manifestación de la voluntad de la víctima como requisito para la disposición sobre su cuerpo en virtud de su libertad sexual. Un panorama general de las funciones sistemáticas del consentimiento en CANCIO MELIÁ (2021), pp. 176 y ss.

⁵² También contempla esta distinción el Convenio de Estambul. Así, en el preámbulo se menciona la “violación” como una de las formas graves de violencia, en el artículo 25 se refiere a los Centros de ayuda de emergencia para víctimas de “violaciones” o de violencias sexuales y el artículo 36 se refiere a las medidas legislativas que se han de adoptar respecto de la violencia sexual incluida “la violación”.

⁵³ Salvo por un corto periodo entre 1995 y 1999 en que fue suprimido, pero a partir de la LO 11/1999 la agresión sexual con acceso carnal recuperó el nombre de violación.

⁵⁴ En sintonía con lo establecido en el artículo 36.1 a) del Convenio de Estambul. Ya en su fundamentación el Anteproyecto de la reforma sostenía que una penetración por cualquiera de las modalidades típicas es un comportamiento sexual que merece caracterizarse autónomamente, y así se mantuvo un tipo agravado con todos los supuestos de penetración y también su designación como violación. Por esta razón se ha observado que finalmente el enfoque genital siguió manteniendo el protagonismo en el ánimo reformista; al respecto véase DIEZ RIPOLLÉS (2019), pp. 14 y 15.

⁵⁵ Por todos, ACALE SÁNCHEZ (2021), pp. 474 y 478. En opinión de esta autora, la solución proviene de considerar los medios de comisión solo como elementos accidentales del delito de agresión sexual, superando así una tipificación “basada en una criminógena, sutil y artificiosa diferenciación entre la intimidación y el prevalimiento”.

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

sexual. La reforma descrita exigía, paradójicamente, una solución compleja para la que parecía ser la manera más simple y literal de ajustar la legislación española a lo dispuesto en el artículo 36 del Convenio de Estambul.⁵⁶

2.3 Los mecanismos de ajuste sistemático

Debido a que la horquilla de pena del nuevo delito de agresión sexual resultaría ahora aplicable a un espectro más amplio de conductas y situaciones, cuya distinta gravedad material es manifiesta, la solución práctica para superar las posibles distorsiones sistemáticas producidas por esta homologación típica fue triple: en primer lugar, la modificación de las horquillas penales de los tipos básicos y subtipos agravados; en segundo lugar, una cláusula de determinación judicial de la pena *ad hoc*; y, en tercer lugar, la ampliación de una norma concursal.

El primer recurso mencionado para matizar la respuesta punitiva bajo la nueva estructura típica consistió en una serie de ajustes en los marcos penológicos del tipo de agresión sexual y los subtipos agravados, que consistían principalmente en la rebaja de los tramos superiores e inferiores de las penas y de la extensión del marco penal del subtipo agravado de agresión sexual.⁵⁷ Puede decirse que, en general y bajo los nuevos marcos punitivos de la reforma, solo los antiguos abusos sexuales del artículo 181 vieron aumentadas sus penas en relación con las personas capaces de consentir.

El segundo recurso de modulación consistió en la creación de una cláusula de atenuación judicial de la pena que transfiere a los jueces la facultad de hacer las distinciones axiológicas y graduar el injusto para cada caso, con la única condición, en la primera versión de la reforma, de su inaplicabilidad para los delitos que se hayan cometido concurriendo las circunstancias típicas agravantes del artículo 180. La atenuación así prevista en el artículo 178.3 permitía al juez “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”, lo que habría de justificar razonablemente en la sentencia.

El tercer y último recurso consistió en la incorporación de una regla concursal contenida en el artículo 194 bis del Código Penal por la que los delitos contra la libertad sexual se castigarán “sin perjuicio de las penas que procedan por los concretos actos de violencia física o psíquica que se realicen”. A juicio de sus promotores, de este modo la equiparación típica no conlleva a su vez una equiparación automática de las penas en el caso concreto y no se vulnera en consecuencia el principio de proporcionalidad, pues más allá de la protección de

⁵⁶ Véase nota 44.

⁵⁷ En el tramo superior del marco penal del delito de agresión sexual el ajuste consistía en la rebaja de un año respecto del tramo superior del marco original, ahora con una pena máxima de 4 años de prisión; del mismo modo, se contemplaba una rebaja de dos años del piso mínimo de la horquilla de pena del delito de violación que ahora se ubica también en los 4 años de prisión (originalmente situado en los 6 años), así como la modificación del marco punitivo de sus formas agravadas del artículo 180 que ahora va de los 2 a los 8 años de prisión para el caso del tipo básico de las agresiones (antes de 5 a 10 años), y de 7 a 10 años en el caso de la violación (anteriormente de 12 a 15 años).

la libertad sexual que dispensa el artículo 178, en los casos más graves la norma permite castigar separadamente el atentado a otros bienes jurídicos cuando comprometan la integridad física o psíquica de las víctimas.⁵⁸

2.4 la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

La puesta en marcha del modelo de consentimiento afirmativo de la LO 10/2022 con la nueva figura de agresión sexual basada en la falta de consentimiento fue problemática. La amplitud típica, que se refleja también en la amplitud de los marcos penales, planteó problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo relacionados con los criterios jurisprudenciales para determinar la ley más favorable y su retroactividad conforme al artículo 2.2. del Código penal español. Como resultado inmediato, se rebajó el *quantum* de la pena en un número significativo de condenas por agresión sexual, y en otros casos se dispuso incluso excarcelaciones. Esta razón llevó a la aprobación de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que tiene como uno de sus objetivos el regreso a los rangos penológicos semejantes a los existentes antes de la ley “solo sí es sí”, evitando las rebajas posibles en virtud del principio de la ley más favorable para hechos cometidos a partir de su entrada en vigor el día 28 de abril de 2023 y, al mismo tiempo, limitando las posibilidades judiciales para determinar penas más rebajadas.⁵⁹ Esta modificación sistemática de apariencia sencilla encierra, sin embargo, un giro importante respecto de las ideas que inspiraron la primera reforma y que buscaba superar la calificación típica de los medios comisivos presentes en el modelo coercitivo.⁶⁰

Respecto a la figura de agresión sexual, y para lo que en este punto de la exposición interesa, la LO 4/2023 introdujo un subtipo de *agresión sexual* a través de un nuevo artículo 178.3 definido por su comisión empleando “violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad”. Esta nueva figura conmina el delito con la misma pena de la antigua agresión sexual (de uno a cinco años de prisión). El resultado es que el tipo básico de agresión sexual sin empleo de medios violentos (artículo 178.1) que abarca las modalidades comisivas de los antiguos abusos sexuales —excepto por la circunstancia de anulación de la voluntad que ahora es una hipótesis equiparada a la comisión violenta— eleva la pena en dos años de las antiguas modalidades abusivas, antes conminadas con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. La LO 4/2023 introdujo también un nuevo tipo agravado de agresión sexual con acceso carnal en el artículo 179.2, esto es, cuando la agresión se comete “empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad”. Para esta modalidad de comisión violenta el legislador elevó el piso mínimo de la pena de prisión de cuatro a seis años respecto del subtipo agravado cometido sin violencia, restableciendo el antiguo marco penal del delito de violación del modelo anterior. La modificación ha dejado fuera de la equiparación entre

⁵⁸ ACALE SÁNCHEZ (2021), pp. 478 y 479.

⁵⁹ Según reza el preámbulo para “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”.

⁶⁰ Lo deja ver el preámbulo de la LO 4/2023 al referirse a la violencia, la intimidación o el ataque sobre una víctima con la voluntad anulada, como casos que no constituyen meras circunstancias agravantes que rodean el delito, sino como *elementos propios de la conducta típica que evidencian una mayor antijuridicidad* y precisan, por ello, de una respuesta normativa diferenciada (el destacado es nuestro).

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

violencia y voluntad anulada el supuesto de víctima privada de sentido, cuando la privación no haya sido provocada por el sujeto activo mediante violencia o suministro de sustancias (caso cubierto por la modalidad agravada de la circunstancia 7ª del artículo 180.1). Este supuesto ha de ser castigado a través del tipo básico de agresión sexual del artículo 178.1⁶¹. Esta cesura, que no ha sido fundamentada en la Ley ni en sus motivos, no tiene una razón que sea evidente. Surge en este punto, en el que el legislador ha decidido distinguir, un nuevo límite de grado entre situaciones semejantes que —al igual que aquel entre intimidación y prevalimiento— trae consecuencias penológicas dispares.

La reforma de la LO 4/2023 matizó también la amplitud de la facultad judicial en relación con el tipo atenuado contenido ahora en el nuevo artículo 178.4, excluyendo su aplicación no solo por la concurrencia de las modalidades agravadas contenidas en el artículo 180, sino también cuando concurra en el hecho la violencia, la intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad. Esta restricción resulta más acorde con el principio de gradualidad de la antijuridicidad de la conducta que se enuncia en el preámbulo de la ley, pero no resulta evidente, ni se aclara en ese lugar, qué llevó al legislador a no excluir del tipo de atenuación los casos en que el acto sexual distinto del acceso carnal se ejecuta sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare, situaciones a todas luces equivalentes a la anulación de la voluntad.⁶² La omisión de esta circunstancia que se sustrae a la equiparación con los medios violentos, y por tanto, a los ajustes agravatorios de la contrarreforma, requerirá una fina interpretación jurisprudencial y doctrinaria para evitar la emergencia de una nueva anomalía sistemática.

La contrarreforma aplicada por la LO 4/2023 supone también reestablecer una de las dificultades de tipicidad fronteriza que se quiso superar con la reforma del consentimiento. La existencia o no de los elementos que permitan establecer el empleo de medios violentos tendrá que ser probado como antes y la zona gris existente entre la intimidación y el prevalimiento ocupa otra vez su lugar en la calificación de la agresión sexual para efectos de determinación de la pena. La diferencia penológica entre un acto cometido por intimidación y otro cometido por prevalimiento también sigue siendo la misma —dos años— en los casos de acceso carnal. No obstante, un acto sexual distinto del acceso carnal cometido sin violencia o intimidación, pero bajo una circunstancia de anulación de la voluntad, que antes era subsumido en el tipo básico de abusos sexuales y sancionado con una pena de prisión de uno a tres años, hoy será calificado como una agresión sexual con una pena de prisión de uno a cinco años sin la posibilidad alternativa, como antes, de una pena de multa. Por esta razón, es posible afirmar que, junto a la derogación de las modalidades de abusos sexuales del antiguo artículo 181, la agravación de las agresiones sexuales cometidas bajo la circunstancia de anulación de la voluntad de la víctima representa, después de la contrarreforma de la LO 4/2023, el cambio sistemático más significativo dentro del nuevo esquema regulatorio en relación con el modelo anterior.

⁶¹ DIAZ GARCÍA Y CONLLEDO y TRAPERO BARREALES (2023), p. 24.

⁶² Sobre esta equivalencia véase DIAZ GARCÍA Y CONLLEDO y TRAPERO BARREALES (2023), p. 26.

La nueva configuración de los delitos sexuales con el reposicionamiento típico de la comisión violenta y medios equiparados, ha hecho surgir tres niveles conceptuales de la violencia sexual: un nivel de conceptualización amplia y general que comprende todo acto sexual in consentido (artículo 178.1 y 2, artículo 179.1) un nivel intermedio que contiene el sentido estricto de uso de la fuerza y sus modos equiparados (artículo 178.3 y 4, artículo 179.2) y, finalmente, el concepto más grave de violencia vejatoria (artículo 180) que, en todo caso, viene del modelo del Código de 1995. Las dificultades fronterizas ya asoman en el límite de los dos primeros niveles que exigirán en lo sucesivo de parte de la doctrina y la jurisprudencia una exhaustiva elaboración frente al silencio del legislador.

Conclusiones

La reforma de los delitos sexuales de España es parte de una tendencia generalizada en los sistemas del entorno europeo para estandarizar sus modelos regulatorios a los lineamientos generales contenidos en el Convenio de Estambul, cuyo objetivo es la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Al contrario de lo sucedido con otros delitos de la parte especial y respecto de la violencia doméstica —ámbitos en los que se produjo un proceso de “espiritualización” y expansión de los contornos típicos del concepto de violencia— hasta la entrada en vigor de la reforma del consentimiento, la violencia típica sexual mantuvo su significado jurídico-penal dentro de los límites históricos, a pesar de los significativos cambios en la configuración de los delitos sexuales violentos.

El concepto clásico y restrictivo de la violencia quiso ser equiparado por el legislador reformista con los otros medios abusivos en pos de un concepto amplio de “violencias sexuales”, como se explicita en el preámbulo de la LO 10/2022. El núcleo de la reforma del consentimiento, en esa dirección, fue la supresión de la distinción típica de los delitos sexuales basada en el empleo de la violencia. Esto permitía superar los déficits en la respuesta penal del modelo coercitivo, especialmente sobre los casos de intimidación ambiental y respecto de la protección de personas en especial situación de vulnerabilidad, ya sea por privación de sentido, anulación de la voluntad o por padecer un trastorno mental grave, es decir, respecto de quienes resulta innecesario el acometimiento violento. Sin embargo, la supresión de la función delimitadora de la tipicidad que tenían los medios comisivos llevó a otras distorsiones en el sistema de los delitos sexuales. En parte, estas consecuencias son moduladas por medio de distintos ajustes, como la modificación de los marcos penales o las nuevas reglas de atenuación judicial y en materia de concurso. A pesar de ello, el nuevo modelo del consentimiento instaurado por medio de la LO 10/2022 produjo resultados indeseados a propósito de los nuevos marcos penales del delito de agresión sexual y la derogación de los abusos sexuales. Esto condujo, durante la breve vigencia de la primera versión de la reforma, a la rebaja de condenas y a excarcelaciones respecto de condenados por delitos sexuales como resultado de la aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable.

La LO 4/2023 reestableció la función de graduación de la antijuridicidad material de los medios comisivos con la creación de dos subtipos agravados de agresión sexual por comisión violenta —la que ahora comprende violencia, intimidación y actuar sobre una víctima que

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

tenga anulada por cualquier causa su voluntad—. Con esta medida se recupera el anterior marco penal del delito de agresión sexual y de la violación del Código de 1995 y se eleva la pena de los actos sexuales cometidos sobre personas cuya voluntad ha sido anulada, con o sin acceso carnal.

La violencia sexual típica, que ahora puede distinguirse del concepto más amplio de “violencias sexuales” por su especificidad y mayor gravedad, reinstala en todo caso el problema de la difícil frontera entre intimidación y prevalimiento, con los resultados penológicos dispares y todos los problemas que antes se quiso dejar atrás. La nueva valoración legal de las situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima que se equiparan a la violencia típica, efectivamente supera uno de los principales déficits del sistema del Código de 1995 y devuelve la circunstancia de anulación de la voluntad a su clásica posición en el delito más grave de violación. Quedan cuestiones abiertas con esta nueva tipificación, como la de distinguir entre las circunstancias típicas de privación de sentido y anulación de la voluntad, distinción que influye en la aplicación de los tipos agravados y del tipo de atenuación del artículo 178.4 que excluye solo la circunstancia de anulación de la voluntad. Lo mismo ocurre respecto de la aplicación del subtipo de violación por medios violentos que solo es aplicable a los casos de anulación de voluntad, pero no a los casos de privación de sentido o abuso de una “situación mental”, situación además que la ley no especifica. Como la circunstancia de anulación de la voluntad cabe respecto de cualquier causa, parece producirse un solapamiento con los casos de privación de sentido y en aquellos de trastornos mentales que comprometan gravemente el juicio o la conciencia. Con todo, estas circunstancias que antes eran consideradas constitutivas de abusos sexuales, hoy alcanzan un nivel de protección penal semejante o igual a una violación cometida por medio de violencia o intimidación.

Sin embargo, sigue presente una distinción dificultosa entre la intimidación y el prevalimiento de una situación de superioridad, frontera a la que además se suma también la ahora necesaria distinción entre anulación de la voluntad y la privación de sentido y abuso de la situación mental de la víctima. Aunque las penas hayan aumentado para todos los delitos considerados antes modalidades de abuso, algo que no necesariamente se traduce en una mejor protección, el dolor del límite en las zonas de tipicidad fronteriza ha aumentado su presencia en el sistema y será probablemente la aplicación del principio *in dubio pro libertate* y no la previsión del legislador, el factor que finalmente condicionará la eficacia proteccional de la reforma del consentimiento.

Bibliografía citada

- ACALE SÁNCHEZ, María (2021): “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, en: *IgualdadES* (5), pp. 467-485.
- ACALE SÁNCHEZ, María (2022): “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca (Dir.), ESQUINAS VALVERDE, Patricia (Dir.), MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (Pamplona, Aranzadi), pp. 39-88.
- AGUSTINA, José (Coord.) (2023): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (Barcelona, Atelier)
- AGUSTINA, José (2023): “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la «confusión típica» a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas”, en: AGUSTINA, José (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*, (Barcelona, Atelier), pp. 39-50.
- ALTUZARRA ALONSO, Itziar (2020): “El delito de violación en el código penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, en: *Estudios de Deusto*, (68-1), pp. 511-558.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2019): “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: *Diario La Ley*, (9500), pp. 1-13.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2022): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en: ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.) (2022): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. (Granada, Comares).
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2001): *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal* (Barcelona, Bosch).
- CARUSO FONTÁN, María Viviana (2006): *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual* (Valencia, Tirant lo Blanch)
- COCA VILA, Ivó (2022): “El stealthing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre”, en: *InDre* (Nº 4/2022), pp. 294-308.
- CONSEJO DE EUROPA (2020) *Primer Informe del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO) sobre España*. Disponible en: <https://tinyurl.com/265rrnum> [visitado el 19/10/2023].
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2018) *Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado*, en: FARALDO CABANA, Patricia; ACALE SÁNCHEZ, María (dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia; FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (coords.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 110.
- CUGAT MAURI, Miriam (2022): “Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

- confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”, en: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena; ESQUINAS VALVERDE, Patricia (dirs.); MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel (coord.), Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma (Pamplona, Aranzadi), pp. 227-249.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. (2023): “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?” en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (25-18), pp. 1-51.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2019): “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (21-10), pp. 1-29.
- FARALDO CABANA, Patricia (2018): “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles”, en: FARALDO CABANA, Patricia; ACALE SÁNCHEZ, María (dirs.); RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia; FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (coords.), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 31-70.
- FARALDO CABANA, Patricia; ACALE SÁNCHEZ, María; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia; FUENTES LOUREIRO, María Ángeles (2018): La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2023) “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”. Disponible en: <https://tinyurl.com/24apwcp6> [visitado el 19/10/2023].
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos (2015): “Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo” (Buenos Aires, BdeF).
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (1982): “La violación en el Código penal español” (Granada, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada).
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2021): “La reforma de las agresiones sexuales”, Diario La Ley, 12/02/2021. Disponible en: [visitado el 13/04/24].
- KUHN, Thomas (2004): La estructura de las revoluciones científicas (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica)
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2022), “¿Qué es una violación?”. Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/que-es-una-violacion> [visitado el 22/09/2023].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2023): “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, en: AGUSTINA, José (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 (Barcelona, Atelier), pp. 51-62.
- MALÓN MARCO, Agustín (2020): La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón (Pamplona, Aranzadi)
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2022): “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, Diario La Ley, 27/09/2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/23gpf854> [visitado el 20/03/2023].

- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca; ESQUINAS VALVERDE, Patricia, MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2022): Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma (Pamplona, Aranzadi)
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (2005): Los delitos de agresiones sexuales violentas. Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NERUDA, Pablo (2002): Confieso que he vivido, 3ª edición (Barcelona, Plaza & Janés).
- PACHECO, Joaquín Francisco (1881): Código Penal. Concordado y comentado, 5ª ed. (Madrid, Imp. y Fund. de Manuel Tello), tomo III.
- PERAMATO MARTÍN, Teresa (2022): “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”, en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II, pp. 191-224.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2023): “Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma”, en: AGUSTINA, José R (coord.), Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre (Barcelona, Atelier), pp. 63-77.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2003): “Coacciones sin violencia. Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal”, en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), tomo II, pp. 481-497.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2021): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, 7ª ed. (Barcelona, Atelier), pp. 131-156.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2023): “El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022”, en: AGUSTINA, José (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 (Barcelona, Atelier), pp. 95-106.
- RAMON RIBAS, Eduardo; FARALDO CABANA, Patricia (2023): ¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?, en: Agustina, José (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 (Barcelona, Atelier), pp. 79-94.
- RAMOS VÁSQUEZ, José (2023): “El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento”, en: AGUSTINA, José R (coord.), Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre (Barcelona, Atelier), pp. 167-177.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2006): “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, en: Política Criminal (N° 1), pp.1-19.
- ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.) (2022): Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed. (Granada, Comares).
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (1999): La violencia en el derecho penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995, 1ª ed. (Barcelona, Bosch).

ZAPATA, Claudio: “Violencia sexual y reforma del consentimiento en el código penal español. Panorama evolutivo del difícil encaje de la violencia típica en el delito de agresión sexual”.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.) (2021): Lecciones de Derecho penal. Parte Especial, 7ª ed. (Barcelona, Atelier)

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena (2023): “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual”, en: AGUSTINA, José (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 (Barcelona, Atelier), pp. 21-36

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018): “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en: La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España (Valencia, Tirant lo Blanch).

Jurisprudencia citada

STS 1546/2002 del 23 de septiembre de 2002.

STS 1049/2002, de 5 de junio de 2002.

STS 344/2019, de 4 de julio de 2019.