

Os delitos contra a liberdade sexual: precedentes, regulación actual e o pilar fundamental do consentimento

Los delitos contra la libertad sexual: precedentes, regulación actual y el pilar fundamental del consentimiento

Felonies against sexual freedom: precedents, present regulation and fundamental pillar of consent

**TFG presentado por ROSALÍA SUÁREZ
SÁNCHEZ**

CURSO 2023/2024

Titor: GUMERSINDO GUINARTE CABADA

Índice de contidos

1. Introducción.....	7
2. A evolución na protección da liberdade sexual como ben xurídico protexido (afectación).....	9
2.1. Delitos contra a honestidade.....	11
2.2. Delitos contra a liberdade sexual.....	16
2.3. O Código Penal de 1995.....	18
2.4. Delitos contra a liberdade e a indemnidade sexuais: os menores de dezaseis anos e as persoas con discapacidade.....	19
3. O pilar fundamental do consentimento. Regulación legislativa e reforma do consentimento nos delitos contra a liberdade sexual. A perspectiva de xénero.....	22
3.1. Situación previa á promulgación da LO 10/2022.....	22
3.1.1. Desenvolvemento xurisprudencial do concepto de violencia.....	23
3.1.2. Desenvolvemento xurisprudencial do concepto de intimidación.....	24
3.2. Lei Orgánica 10/2022, de 6 de setembro, de garantía integral da liberdade sexual....	27
3.2.1. A orixe e o propósito da lei: a famosa sentenza do caso “La Manada”.....	27
3.2.2. Principais cambios que se produciron coa Lei Orgánica 10/2022. Unha análise do consentimento.....	30
3.2.3. Deficiencias técnicas e problemas que se suscitaron: preocupación social.....	38
3.3. A “contrarreforma” de 2023.....	40
4. Conclusións.....	44
5. Referencias bibliográficas.....	46

Palabras chave

Delito, ben xurídico protexido, liberdade e indemnidade sexual, consentimento, abuso sexual, agresión sexual, violencia e intimidación

Palabras clave

Delito, bien jurídico protegido, libertad e indemnidad sexual, consentimiento, abuso sexual, agresión sexual, violencia e intimidación

Key words

Crime, protected legal asset, sexual freedom and integrity, consent, sexual abuse, sexual assault, violence and intimidation

Resumo

Os delitos contra a liberdade e a indemnidade sexual teñen unha regulación cambiante e que foi evolucionando co pasar do tempo, á vez que máis dereitos foron concedidos paseniño ás mulleres e nenas. Neste sentido, variou a denominación do ben xurídico protexido, introducíronse novas circunstancias agravantes e mesmo se crearon novos delitos co obxectivo de adaptar a lexislación penal á realidade actual. Porén, a pedra angular destes cambios máis recentes, tendo como detonante o coñecido caso de “La Manada”, foi, sen dúbida, a Lei Orgánica 10/2022, de garantía integral da liberdade sexual, comunmente coñecida como “ley del solo sí es sí”, pois marcou un antes e un despois no tratamento xurídico deste tipo de delitos. As modificacións máis relevantes foron, por unha banda, a indiferenciación entre abuso e agresión sexual, refundindo ambos delitos nunha única tipoloxía delitiva, e, por outra banda, a conceptualización do consentimento no propio texto legal, o cal debe ser, en todo caso, afirmativo. Con todo, esta lei non estivo exenta de críticas e deficiencias técnicas, destacando as relacionadas co principio da aplicación retroactiva da lei penal máis favorable. Así as cousas, en 2023, e co obxectivo de mellorar os puntos problemáticos da normativa anterior (aínda que mantendo os eixes fundamentais), o poder lexislativo viuse obrigado a aprobar unha “contrarreforma”: a Lei Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Resumen

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales tienen una regulación cambiante y que fue evolucionando con el paso del tiempo, a la vez que más derechos fueron poco a poco

concedidos a las mujeres y niñas. En este sentido, varió la denominación del bien jurídico protegido, se introdujeron nuevas circunstancias agravantes e incluso se crearon nuevos delitos con el objetivo de adaptar la legislación penal a la realidad actual. Sin embargo, la piedra angular de estos cambios más recientes, teniendo como detonante el conocido caso de “*La Manada*”, fue, sin duda alguna, la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, comúnmente conocida como “*ley del solo sí es sí*”, pues marcó un antes y un después en el tratamiento jurídico de este tipo de delitos. Las modificaciones más relevantes fueron, por un lado, la indiferenciación entre abuso y agresión sexual, refundiendo ambos delitos en una única tipología delictiva, y, por otro lado, la conceptualización del consentimiento en el propio texto legal, el cual debe ser, en todo caso, afirmativo. Con todo, esta ley no estuvo exenta de críticas y deficiencias técnicas, destacando las relacionadas con el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Así las cosas, en 2023, y con el objetivo de mejorar los puntos problemáticos de la normativa anterior (aunque manteniendo los ejes fundamentales), el poder legislativo se vio obligado a aprobar una “contrarreforma”: la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Abstract

Crimes against sexual liberty and sexual indemnity have a changing regulation that has evolved over time, as more rights have been granted to women and girls over the years. In this sense, the name of the protected legal asset changed, new aggravating circumstances were introduced and even new crimes were created with the aim of adapting criminal legislation to the current reality. Nevertheless, the key of these recent changes, having as detonator the known case of "La Manada", was, without any doubt, the Organic Law 10/2022, of comprehensive guarantee of sexual freedom, commonly known as “*law of only yes is yes*”, since it determine the way in the legal regulation of this type of crime. The most relevant modifications were, on the one hand, the indifferenciation between abuse and sexual aggression, merging both crimes into a single offense typology, and, on the other hand, the conceptualisation of consent in the legal text itself, which must be, in any case, affirmative. However, this law is not free of criticisms and technical deficiencies, especially those related to the principle of retroactive application of the most favourable criminal law. Thus, in 2023, and with the aim of improving the problematic points of the previous legislation (while maintaining the fundamental principles), the legislature was forced to approve a "counter-reform": Organic Law 4/2023, of 27 April.

Abreviaturas

CE Constitución Española

CP Código Penal

BXP Ben xurídico protexido

LO Lei orgánica

TS Tribunal Supremo

STS Sentenza do Tribunal Supremo

SAP Sentenza da Audiencia Provincial

RAG Real Academia Galega

RAE Real Academia Española

CC Código Civil

Dir Director(a)

Coord Coordinador(a)

Páx / p. Páxina

Edit Editorial

Con especial dedicación a meus pais, por brindarme a oportunidade material de estudar esta fermosa carreira de Dereito e por apoiarme ao máximo en cada etapa da miña vida.

Obxectivo e estrutura do traballo

Este traballo ten o afán de explicar, dende a perspectiva do Dereito Penal, a evolución histórica do ben xurídico protexido e da regulación lexislativa nos delitos contra a liberdade sexual, centrándose especialmente nas derradeiras modificacións e no debatido tema do consentimento.

Asemade, non se esquecerá a percepción social do tema, posto que os delitos de índole sexual son percibidos pola sociedade como un dos ilícitos merecedores de maior reproche, tanto xurídico como moral.

Neste sentido, tendo en conta que o acceso a moitos dos dereitos contemplados foi historicamente obstaculizado a mulleres e nenas polos roles de xénero establecidos na sociedade patriarcal, resulta preciso abordar este tema dende unha **perspectiva de xénero**. Esta enténdese como unha ferramenta conceptual que busca mostrar que as diferenzas entre mulleres e homes non se dan só pola súa determinación biolóxica, senón tamén polas construcións sociais instauradas. Deste xeito, resulta preciso un compromiso a favor do establecemento de relacións de xénero equitativas e xustas, en aras de garantir o principio de igualdade, recollido no artigo 14 da Constitución Española. Ademais, a perspectiva de xénero debe ser aplicada con transversalidade; isto é, en todos os ámbitos.

Así as cousas, sendo conscientes do elevado número de delitos de índole sexual que se cometen, os cales aumentaron en España nun 15,1% entre 2022 e 2023¹, é preciso que toda a sociedade e, sobre todo, a clase política, se implique na loita contra esta lacra, pois só desta maneira as mulleres e as nenas poderán sentirse máis protexidas, pois cómpre ser conscientes de que a violencia sexual é unha forma máis de violencia de xénero.

Neste sentido, procúrase que este traballo sirva como unha ferramenta máis para concienciar a todos os cidadáns da importancia da problemática e da loita contra a mesma para tratar de erradicala.

¹ Ministerio del Interior, *Balance de Criminalidad cuarto trimestre 2023*. [Consulta: 2024]

“I believe that it is time to break our silence. It is time for us to say that it is no longer acceptable to discuss women rights as separated from human rights” (Hillary Clinton, 1995).

1. Introducción

Cómpre comezar cunha definición técnica dos alcumados **“delitos contra a liberdade sexual”**, recollidos no Título VIII do Libro II do Código Penal (en adiante, CP), artigos de 178 a 194. Trátase de delitos que afectan ao ben xurídico protexido² da liberdade sexual. Así, e segundo o Tribunal Supremo, protéxese a **facultade que ten cada persoa para poder determinarse dunha maneira autónoma no ámbito da súa sexualidade**. Nesta liña, existe delito cando non se prestou consentimento para realizar prácticas de tipo sexual ou manter relacións sexuais ou cando este non foi válido, senón viciado. Con todo, é preciso ter en conta que esta definición non comprende os menores nin as persoas con discapacidade, pois estes colectivos non dispoñen de capacidade para determinar a súa vontade sexual de forma autónoma, polo que serán obxecto dunha regulación específica que será desenvolta posteriormente.

No que respecta á **conduta típica de agresión sexual**, o precepto que regula por excelencia o tipo básico da pirámide de delitos de índole sexual é o 178.1 do CP, que tipifica a realización de calquera acto de contido sexual sen consentimento: *“Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”*.

O delito de agresión sexual trátase dun **delito de actividade**, non de resultado, polo que en principio non podería darse a tentativa. Emporiso, excepcionalmente neste delito si que cabe. Sería, por exemplo, cando o autor foxe ante a resistencia que opón a vítima, malia ter logrado sometela e retela (tentativa inacabada). Tamén se dá en casos nos que, ante os berros da vítima, alguén acode a socorrela e o autor vese obrigado a abandonar o lugar dos feitos.

No tocante aos **concurso**s, estes danse no caso de que o mesmo autor realice distintas agresións sexuais contra a mesma vítima. Se se producen no mesmo contexto de lugar e tempo (varios actos enmarcados no mesmo contexto), o TS aprecia un **delito continuado** en canto

² Segundo a RAE, ben tutelado polo Estado con ocasión da tipificación dunha determinada conduta como delito ou falta (explicación en profundidade *ut infra*).

as accións teñan un “nexo de causalidade”. Porén, se non existe esa conexión de tempo e lugar é cando se produciría un concurso de delitos (tantas agresións como actos realizados). En todos estes delitos requírese o **dolo** como elemento subxectivo. Sobre a necesidade de concorrencia dun elemento subxectivo adicional non existe consenso. Tradicionalmente para algúns autores, como MORALES PRATS e GARCÍA ALBERO³, era preciso que existise ánimo lúbrico ou libidinoso no autor. Para outros autores, como DÍEZ RIPOLLÉS, o elemento adicional é a tendencia a involucrar a outra persona nun contexto sexual. Por último, outros autores consideran superfluo ou mesmo erróneo introducir calquera destes elementos subxectivos, pois non están previstos na lei⁴; a Fiscalía General del Estado pronunciouse neste sentido. Na actualidade a concorrencia dos citados elementos non parece necesaria (SAP Álava 30 de maio de 2003). Con todo, parte da doutrina entende que a partir deste ánimo se pode apreciar dun xeito clarividente a diferenza entre delitos sexuais e delitos xenéricos contra a liberdade (STS 22 de xullo de 2002).

2. A evolución na protección da liberdade sexual como ben xurídico protexido (afectación).

Co obxectivo de abordar este tema axeitadamente, é preciso facer unha contextualización histórica dos hoxe alcumados delitos contra a liberdade e a indemnidade sexual, pois só desta maneira se poderá comprender o alcance da materia, a evolución na regulación lexislativa e a situación actual da lexislación penal.

Como ocorre con outras figuras delituosas, os delitos contra a liberdade de autodeterminación sexual son susceptibles de evolucionar conforme o fai a sociedade. No marco da evolución histórica desta tipoloxía de delitos téñense producido numerosos cambios en canto á

³ QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), (2016), *Comentarios al Código Penal Español «Título VIII»*. Aranzadi, cit., pp. 960 e ss.

⁴ ASÚA BATARRITA, A. (1998). “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes Culturales y Discurso Jurídico”, en *El nuevo código penal desde una perspectiva de género*, (1998). Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, cit., p. 80. Considera superfluo o ánimo libidinoso, alegando que hai que atender ao ataque contra a liberdade sexual, pois se o móbil é outro como o sadismo, a conduta merece o mesmo reproche. Neste sentido se pronunciou a Fiscalía General del Estado na súa Circular n.º 2 / 1990 sobre a aplicación da reforma da Lei Orgánica 3/1989, de 21 de xuño, comentando que o ánimo lúbrico se podía substituír polo de venganza ou menosprecio. Ademais da ausencia de previsión por parte do lexislador de máis elementos subxectivos, GÓMEZ TOMILLO argumenta que, de considerar o ánimo libidinoso, unicamente se está prestando atención á perspectiva do autor, e non á da vítima, que pode non coñecer as intencións do autor, co engadido dos problemas probatorios que entrañan os elementos subxectivos. GÓMEZ TOMILLO, M. 07-04 (2005). *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 5.

penalización e despenalización de diversas condutas, pero tamén atopamos cambios na consideración de cal é o **ben xurídico a protexer** e que, como veremos, supón moito máis que só unha variación na súa denominación.

Enténdese por **ben xurídico protexido**, no Dereito en xeral, todo ben ou **valor da vida das persoas que é protexido pola lei**. Trátase de algo, xa sexa tanxible ou intanxible, considerado valioso⁵ a un nivel que merece unha garantía legal de non ser quebrantado pola acción dun terceiro, polo que goza de protección xurídica. Pode comprenderse como unha condición necesaria, ou socialmente concebida como necesaria ou útil, para o desenvolvemento da vida das persoas e da sociedade.

Emporiso, **só existe en tanto en canto se crea unha norma para protexelo**, normalmente establecendo unha sanción para as condutas que poidan vulneralo. Cando non existe a devandita norma, o ben carece de carácter xurídico. Por tanto, o ben xurídico é, en todo caso, **un ben que goza de protección legal**.

Aínda que toda norma que determina comportamentos protexe un ben considerado digno de protección polo lexislador, no eido do **Dereito penal** o ben xurídico protexido goza de maior relevancia, pois está en directa relación co principio de *ultima ratio* do Dereito penal. Este, tamén alcumado **principio de intervención mínima do Dereito penal**, é entendido como unha das expresións da necesidade de intervención desta rama do Dereito. Esencialmente, apunta a que o Dereito penal debe ser o último instrumento ao que a sociedade recorre para protexer determinados bens xurídicos, sempre que non haxa outras formas de control menos “lesivas”, en termos de eficiencia, racionalidade e utilidade social xeral⁶.

Deste xeito, o ***ius puniendi***, isto é, a facultade sancionadora do Estado, resérvase exclusivamente para os casos máis graves, para aqueles que afecten en maior medida ao ben xurídico protexido. Nesta liña, os delitos que afectan aos bens xurídicos protexidos de liberdade e indemnidade sexuais atópanse comprendidos entre as condutas graves das que estamos a falar, xa que se ataca unha parcela da liberdade, valor supremo do ordenamento xurídico segundo a CE de 1978. En concreto, o dereito á libre determinación adquire especial

⁵ Así, LUZÓN PEÑA, D.M. (1996). *Curso Penal General I*, p.326; MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal: Parte General*, 5ª edición, p. 136, prefire a denominación de “cosa valiosa” acollendo a concepción de Frondizi no sentido de que “os bens... son as cousas máis o valor que se lles incorporou”.

⁶ Con todo, cómpre ter presente que principios como o de *ultima ratio* teñen unha indubidable base de carácter político, pois, en definitiva, a decisión de intervir constitúe unha determinación do lexislador.

relevancia no tocante á sexualidade, pola súa implicación no ámbito máis íntimo da persoa e pola súa estreita vinculación co desenvolvemento integral da personalidade dos individuos⁷. Así as cousas, a súa importancia e necesidade de protección legal resultan claras.

Neste ámbito xurídico do Dereito penal, **cada delito ten a súa razón de ser na protección dun ben xurídico concreto**, o cal, á súa vez, cumpre unha segunda función de interpretación dos tipos penais, de xeito que o seu grao de lesividade valorarase en relación á vulneración do ben xurídico protexido; é dicir, á afectación.

No tocante concretamente aos delitos de índole sexual, estes tipificáronse, nun primeiro momento, como “**Delitos contra a honestidade**” (C.P de 1944 e C.P de 1973), posteriormente como “**Delitos contra a liberdade sexual**” (Reforma de 1989 do C.P de 1973) e finalmente foron establecidos como “**Delitos contra a liberdade e a indemnidade sexual**” (Reforma de 1999 do C.P de 1995)⁸.

Tal e como se aprecia na rúbrica dos títulos dos distintos códigos penais, todos eles fan referencia ao ben xurídico protexido, o cal foi cambiando co paso do tempo.

2.1. Delitos contra a honestidade

O Código Penal de 1944 -e outros anteriores- consideraron que a honestidade era o valor a protexer ao tipificar os delitos de índole sexual. Para a mellor comprensión do alcance desta construción xurídica é preciso recordar que a muller, nesa época, era considerada o baluarte no que descansaba a moralidade de todo un país (moralidade imposta ás mulleres, segundo a concepción social predominante) e que, por razón de estatística, a redacción destes delitos era pensada para feitos cometidos por homes contra mulleres.

A **honestidade**, de acordo coa definición que xa naquel momento daba a Real Academia Española (RAE), é un adxectivo que califica á persoa que actúa de acordo á moral e que respecta as normas de carácter sexual socialmente establecidas. Por tanto, o ben xurídico protexido relacionaba directamente a sexualidade coa **moralidade**, baixo a pretensión de que

⁷ BOIX REIG, J. (director) (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*, Volume I, edit. Iustel, páx. 353.

⁸ HERREROS HERNÁNDEZ, I., www.congreso.es, *Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género*.

só debían protexerse as condutas sexualmente aceptables; isto é, o que se tutelaba era o control público da sexualidade e da honra.

Esta construción xurídica tivo, entre outras, tres **consecuencias** importantes:

- Tipificáronse como delitos determinadas condutas polo simple feito de valorarse como moralmente reprochables –como o caso do adulterio⁹–;
- só as mulleres consideradas honestas podían ser suxeitos pasivos destes delitos –excluíndose desta protección, por exemplo, ás mulleres en situación de prostitución, ás que despois se protexía mais en menor medida, xa que se aplicaban atenuantes aos autores do delito se este tiña como suxeito pasivo unha muller prostituta–;
- e considerouse que esta protección debía alcanzar a honra dos homes da familia, como se desprendía da regulación do artigo 428 dese código penal, que estableceu que “*El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualesquiera lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.*

Si les produjese lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”.

No marco destes delitos, tipificouse a violación, os abusos deshonestos, o escándalo público, o estupro¹⁰, a corrupción de menores, o rapto e o de adulterio. Incluíndose, en posteriores reformas, a regulación do delito de prostitución (1963). Na meirande parte destes delitos cómpre salientar que o posterior matrimonio entre a ofendida e o ofensor producía o levantamento da pena imposta.

A importancia da elección da honestidade como ben xurídico protexido tivo como consecuencia que se produciran **directas e evidentes discriminacións contra a muller**, como ocorreu coa penalización do adulterio. Neste caso, se o suxeito activo do delito era unha muller, bastaba un único encontro sexual para cometer o feito delituoso, mentres que, no caso do home, só era típica a conduta se había convivencia notoria coa amante.

⁹ Relación sexual voluntaria entre unha persoa casada e outra que non sexa o seu cónxuxe. O adulterio é comunmente considerado obxectábel por motivos sociais, morais ou legais.

¹⁰ Tal e como establece a Real Academia Galega (RAG), este delito consiste en forzar a unha persoa maior de 12 anos e menor de 18 a realizar o coito (acceso carnal) valéndose da superioridade ou do engano. É sinónimo de prevalecer (prevalemento). Este delito foi modificado pola Lei 46/1978, de 7 de outubro, pasando a converterse nunha modalidade dos abusos sexuais.

Esta diferenca baseada no ben xurídico protexido viña xustificada pola moral sexual do momento, que toleraba os esporádicos encontros sexuais, sendo estes fóra do matrimonio, só para o caso de que os realizaran persoas casadas que foran homes.

Asemade, do precepto 428 xa referido *ut supra* despréndese que o feito de que un home lesionase levemente os adúlteros (a súa muller e un terceiro home) non era castigado, senón que simplemente o sería no caso de producirlles a morte ou lesións graves, e simplemente coa pena de desterro. Isto era así porque se entendía que o home debía protexer a súa honra e, neste sentido, impedir que a súa muller fose adúltera. Esta figura é a alcumada ***uxoricidio honoris causa***, e recollíase como unha atenuante do homicidio ao arbitrio do xulgador. Emporiso, esta circunstancia non operaba á inversa se unha esposa era a que sorprendía o seu marido, pois, como xa se explicou, ás mulleres sempre se lles impuxo a monogamia con máis forza, mentres que aos homes só de portas cara fóra. A reforma penal de 1963 suprimiu finalmente este privilexio.

No estudo destes delitos cómpre ter presente a realidade daquel momento baixo o eixe vertebrador da **honestidade**, vixente ata o ano 1989, pois só así se poderá apreciar, por unha banda, os moitos prexuízos de xénero que aínda perviven na práctica penal actual -e na sociedade en xeral-, mais tamén, por outra banda, os importantes avances acadados nesta materia para protexer os dereitos fundamentais das mulleres. Tómese como exemplo a histórica dificultade para perseguir os delitos de agresión ou abuso sexual cando se realizaban polos maridos contra as súas donas, ao considerarse que todo sexo dentro do matrimonio era unha práctica honesta, debido en boa parte ao coñecido como “**débito conxugal**”, refrendado pola obriga de obedecer ao marido e de satisfacer as súas demandas sexuais que o Código Civil da época imponía ás mulleres¹¹.

Nesta liña, e para comprobar a evolución antes referida, semella axeitado facer mención á sentenza con data de 21 de maio de 2019 ditada pola Sala Segunda do Tribunal Supremo, que fundamenta como, na actualidade, resulta inadmisíbel a alegación do débito conxugal como obriga da muller e dereito do home para manter relacións sexuais: “...*en modo alguno puede admitirse que la relación de pareja otorgue a una persona el derecho a tener con la otra relaciones sexuales, por cuanto si ésta se niega y se emplea violencia, como aquí ocurrió, el*

¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M. “Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género”, cit., p. 74, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., FUENTES-LOUREIRO, M. A. (coords.), FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (dirs.) (2018). *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant Lo Blanch.

hecho integra un **delito de agresión sexual** de los arts. 178 y 179 CP . La violación en pareja deviene así ante situaciones como la presente en la que concurren los elementos típicos del delito de agresión sexual, porque **el vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga ningún derecho sobre la sexualidad del otro miembro de la pareja**, de tal manera que, si el acto sexual se consigue, como aquí ocurrió, con la clara negativa de la víctima y se emplea violencia o intimidación, el hecho es incardinable en el **delito de violación...**”

“... No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP...”

A maior abastanza, outra das lacras históricas que arrastramos e que provén tamén do citado eixe vertebrador da honestidade no relativo aos delitos de índole sexual pódese observar na dificultade para considerar **suxeitos pasivos** destes ilícitos penais a **mulleres en situación de prostitución**. Tendo por sentado que estas mulleres carecían de honestidade, considerouse que a súa liberdade sexual non era digna de protección.

Con todo, ende ben, neste punto atopamos tamén numerosos pronunciamentos da Sala II do Tribunal Supremo que evidencian a evolución. Así, a sentenza que data de 14 de xullo de 2011 reitera a xurisprudencia consolidada de que os delitos contra a liberdade sexual amparan, por suposto, ás mulleres en situación de prostitución.

“...Por el contrario esta Sala ha estimado reiteradamente, desde antiguo SSTS. 17.11.71, 13.6.73, 24.11.78, 23.9.92, 29.3.94, 23.1.97, 20.7.98, 5.7.2000, 16.10.2002, y 18.10.2004, que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye **delito de agresión sexual**, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, **conserva la autonomía de su voluntad** en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia (SSTS. 1667/2002 de 16.10, 1239/2000 de 5.7, 819/2000 de 11.5, 61/2000 de 29.1).

Observamos, por ende, unha reiteración na xurisprudencia anterior da Sala en cuestión, que noutra sentenza de 2007 sentara doutrina establecendo o seguinte: “*Doctrina que constituye*

*una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone **tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento**, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con la sexualidad”* (STS. 11.10.2007).

Por último, e en liña cos anteriores, cómpre facer alusión a outro dos prexuízos que asoma nos procedementos xudiciais -e non son poucas as veces que isto acontece- ao estender a investigación destes delitos cara a **muller vítima**, coa única intención de xulgar a súa honestidade con preguntas sobre a súa roupa, os seus costumes ou os seus hábitos sexuais¹². De novo, aquí, a protección xurídica dos actos contra a liberdade das mulleres, baixo o código penal de 1944 e o de 1973, ata a súa reforma en 1989, quedaba condicionada pola **proba da honestidade da muller**.

Porén, hoxe en día todos somos conscientes -ou polo menos deberíamos ser- da imposibilidade de que a práctica penal por parte dos tribunais funcione deste xeito, pois en ningún caso unha muller vítima (e suxeito pasivo do delito) pode ser xulgada tendo en conta a súa actitude ou vestimenta, senón que é preciso centrarse, en todo caso, nos feitos típicos e penalmente relevantes, e, en consecuencia, no autor dos mesmos.

Neste sentido se pronunciou tamén a Sala Segunda do Tribunal Supremo con sentenzas como a de 14 de maio de 2020, ao considerar que a actitude da vítima non pode ser cuestionada para lexitimar un delito contra a liberdade sexual. Deste xeito, en ningún caso se pode entender que unha provocación previa por parte da vítima sexa sinónimo dun consentimento afirmativo para continuar realizando actos de carácter sexual, senón que estes serán considerados, en todo caso, delituosos.

“...No puede admitirse el alegato expuesto por el recurrente sobre la “actitud de la víctima” en el local, ya que ello no legitima, ni habilita en modo alguno a los recurrentes para haber llevado a cabo los actos de agresión sexual por los que han sido condenados. No puede, por

¹² Isto corresponde á alcumada “vitimización secundaria”, que nace, segundo ECHEBURÚA, da relación entre a vítima primaria e “o sistema xurídico-penal (policía ou sistema xudicial)”, que podería provocar prexuízos ou maltratos na vítima debido ás propias carencias do sistema.

ello, hacerse responsables a las mujeres de que por una pretendida “actitud” de la víctima alegada por el autor de una agresión sexual sirva como salvoconducto, o excusa para perpetrar un delito tan execrable como el de una violación, y, además, en este caso grupal...”

*“... El agresor sexual no tiene legitimación alguna para actuar, **sea cual sea el antecedente o la actitud de la víctima**, la cual tiene **libertad para vestir o actuar** como estime por conveniente. Y ello, dentro de su arco de libertad para llevar a cabo la relación sexual cuando le parezca, y no cuando lo desee un agresor sexual. No puede admitirse en modo alguno que el agresor sexual se escude en una pretendida provocación previa de la víctima para consumir la agresión sexual. Y ello no convierte en consentida la relación, como propone el recurrente, en base a la suficiencia de la prueba de que se trató del empleo de violencia o intimidación, por la forma en que se describe el hecho probado y por el carácter de intimidación ambiental del lugar donde se ejecutan los hechos, en el piso de contadores, alejado de cualquier opción de que cualquier vecino pudiera ver el hecho y socorrer a la víctima...”*

Con todo, a existencia de sentenzas como as referidas non son produto senón do cambio de consideración sobre o ben xurídico protexido nestes delitos, pasando de ser a honestidade á liberdade sexual.

Ata a instauración da democracia no noso país, claro está que as mulleres non eran cidadás de pleno dereito, senón tuteladas polo seu marido e a súa familia. Existía unha concepción de que a muller debía ser a servinte do home, case como se fose da súa propiedade, e, ademais, debía ter descendencia.

Se ben é certo que se ten avanzado moito neste eido a nivel social, non é menos certo que continúan a existir prexuízos ligados á moralidade e á pretendida honestidade que perduran na nosa sociedade actual e que en moitas ocasións seguen contaminando certos procedementos xudiciais con investigacións policiais frustradas, sobresementos anticipados ou inxustificadas, revitimizacións secundarias ou absolucións indebidamente fundamentadas, polo que a necesidade de seguir traballando para erradicalos é latente.

2.2. Delitos contra a liberdade sexual

A primeira reforma constitucional do Código Penal vixente ao tempo de aprobarse a Constitución Española produciuse por Lei Orgánica con data de 25 de xuño de **1983**, denominada *Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*, que modifica o daquela vixente Código Penal de 1973. Esta lei, e no tocante aos delitos que nos ocupan, mantén a denominación do ben xurídico protexido –con todas as consecuencias que xa foron comentadas– e só realiza pequenas modificacións, como a de **suprimir o concepto de autoridade marital** –en clara alusión ao sometemento da muller ao home– incompatible coa nosa carta magna; establece a **natureza semiprivada destes delitos e derroga o perdón do ofendido**, no delito de violación, como causa de extinción da acción penal.

Así mesmo, no ano 1988 é eliminado pola LO 5/1988, de 5 de xuño, o **delito de escándalo público** do CP, ao tempo que se modificaron varios artigos relacionados con ese mesmo precepto ata o momento vixente. Este antigo delito é, en certo modo, a base do que hoxe é coñecido como delito de exhibicionismo e provocación sexual -formulación compatible coa CE, o que non acontecía antes-, regulado nos artigos 185 e 186 do actual CP. O artigo 185 dispón: *“El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”*. Así, o que se busca na actualidade é a protección da indemnidade sexual dos menores de idade e das persoas con discapacidade, polo que á hora de cualificar estas condutas como delito é preciso ter en conta a concepción social do obsceno, se ben o que hai que valorar realmente é a posta en perigo do ben xurídico protexido.

Non é ata o 21 de xuño de **1989** cando se aproba a LO 3/1989, de 21 de xuño, de actualización do Código Penal, que realiza importantes modificacións ao Código Penal de 1973 e que, por fin, modifica a rúbrica do título en consonancia co ben xurídico protexido real, pasando de considerarse “delitos contra a honestidade” a **“delitos contra a liberdade sexual”**.

A necesidade latente deste cambio foi explicada na exposición de motivos desta lei do seguinte xeito: *“La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad”, “...lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”*.

Así as cousas, con este cambio na denominación do ben xurídico protexido recoñécese a liberdade sexual como un dos ámbitos do **desenvolvemento da personalidade** que é digno de protección fronte á imposición de condutas non consentidas. Enténdese por liberdade sexual a **autonomía e libre disposición do ámbito da sexualidade individual**. En consecuencia, e segundo PÉREZ CEPEDA¹³, “tutélese o dereito inalienable de todo ser humano a non verse involucrado, sen o seu consentimento, por unha persoa nun contexto sexual”. Superándose así, a lo menos de xeito formal, a identificación do sexo coa moral para determinar o tipo penal. Deste xeito, protéxese integramente á persoa vítima e non a institución do matrimonio nin da familia.

Este cambio permitiu iniciar a desmontaxe de certas construcións sociais que asignaban roles de xénero desiguais e discriminatorios para a muller. Con todo, segundo FARALDO CABANA, isto permitiu só iniciar o cambio, “porque un análisis jurisprudencial incluso superficial demuestra que el proceso de superación de la idea de que únicamente la mujer honesta merece protección penal, o la de que la mujer casada está obligada a prestar servicios sexuales al marido, está siendo lento y laborioso”¹⁴

A maior abastanza, esta regulación introduce outras dúas modificacións:

Por un lado, modifícase a redacción en canto ao **suxeito pasivo**, de xeito que poida ser tanto un **home** como unha **muller**. Así mesmo, se ben existían dúbidas sobre se o suxeito activo deste tipo de delitos podía ser unha muller -ao non existir referencia algunha ao xénero do autor no texto legal-, entendeuse que si, tal e como dispuxo a doutrina e tamén a Fiscalía General del Estado¹⁵. Este último cambio, en consonancia co artigo 14 da Constitución Española (CE), que garante a igualdade de todos os españois ante a lei, era unha das consecuencias lóxicas que proviñan da superación da honestidade e a moral da muller como eixe vertebrador destes delitos.

Por outro lado, a **extensión do delito de violación** ás vías bucal e rectal, avanzando de novo nunha concepción da sexualidade máis ampla e acorde coa práctica, non centrada unicamente

¹³ PÉREZ CEPEDA en GÓMEZ RIVERO, M.C. (2015). *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Volumen I, 2ª edic., Tecnos.

¹⁴ FARALDO CABANA, P. *Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales*, pp. 60-61.

¹⁵ FARALDO CABANA, P. *Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales*, cit., p. 52, en referencia á Circular 2/1990, de 1 de outubro da Fiscalía General del Estado.

no coito heterosexual. Este cambio foi obxecto de certas críticas, mais tamén aplaudido por parte da doutrina, como BOIX REIG e DÍEZ RIPOLLÉS. Existía reticencia a considerar violación a prácticas distintas do coito a causa da mentalidade arrastrada do pasado sobre as nocións do valor da muller ligadas á virxitude, mais para a meirande parte da sociedade resultou un acerto, ao tratarse de prácticas equivalentes¹⁶.

Segundo a miña opinión persoal, considero que estes cambios resultaban necesarios e foron, ademais, axeitados á evolución da sociedade en virtude da procura da igualdade entre ambos sexos.

2.3. O Código Penal de 1995

O **23 de novembro de 1995** é aprobado por Lei Orgánica un **novo Código Penal**, o vixente na actualidade, que era moi necesario, pois transcorreran xa dezasete anos dende a aprobación da Constitución Española. A exposición de motivos explica así: *“El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, este debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse”*.

No que aos delitos contra a liberdade sexual se refire, este código, na mesma exposición de motivos, explica como o criterio na nova regulación dos delitos contra a liberdade sexual supón a necesidade de *“adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone eliminar totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”*.

Neste sentido, coa tipificación que realiza destes delitos, o novo Código Penal consolida verdadeiramente o cambio de paradigma que supón a modificación do ben xurídico protexido que fora aprobada na reforma de 1989 (a través da LO 3/1989) do código anterior.

¹⁶ Neste sentido, o propio Tribunal Supremo dirixiu ao Goberno a recomendación de que a penetración anal debía considerarse equivalente á vaxinal, de acordo co sentir da sociedade. Así se reflicte na STS 11086/1987 de 7 de novembro (ECLI: ES:TS:1987:11086)

No libro II, título VIII e baixo a rúbrica de “delitos contra a liberdade sexual”, tipifícanse nos artigos comprendidos entre o 178 e o 194 bis os delitos de agresións sexuais, abusos sexuais, acoso sexual, delitos de exhibicionismo e provocación sexual e delitos relativos á prostitución.

2.4. Delitos contra a liberdade e a indemnidade sexuais: os menores de dezaseis anos e as persoas con discapacidade.

Coa Lei Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación do Título VIII do Libro II do Código Penal, ao ben xurídico protexido¹⁷ da liberdade sexual, que xa foi explicado, sumáselle o da **indemnidade sexual** como valor a preservar e co obxectivo de protexer dunha maneira íntegra os colectivos máis vulnerables; é dicir, **os menores de dezaseis (16) anos e as persoas con discapacidade**.

A propia exposición de motivos explica que a tipificación vixente debe axeitarse ás esixencias, con data en 29 de novembro de 1996, que realiza o Consello de Europa, sobre a base do artigo K.3 do Tratado da Unión Europea. Estas foron as seguintes: *“Las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”*.

¹⁷ Algúns autores non consideran a indemnidade sexual como un ben xurídico protexido propiamente, senón como unha “situación” (escudo) que se crea entorno a persoas incapaces de consentir (menores de dezaseis anos e persoas con discapacidade). Así o expresou, entre outros, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.M., ESQUINAS VALVERDE, P. (Dir.), MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (coord.) (2022). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*. Aranzadi, *passim*.

Así, a inclusión da indemnidade sexual como ben xurídico a protexer supón un paso máis na protección dos dereitos da infancia e, en concreto, do **libre desenvolvemento da personalidade** e de cada unha das etapas da alcumada “maduración sexual”, pois estes delitos afectan, por suposto, ao desenvolvemento da personalidade do menor. A indemnidade sexual ten que ver coa **falta de madurez**, xa que un menor de dezaseis anos aínda se está formando, conformando a súa madurez tamén no terreo da sexualidade. Deste xeito, se se comete algún delito de índole sexual aféctase a este proceso de madurez natural en relación aos anos de idade e ás experiencias que a vida propiciará, intervindo de xeito brusco no proceso.

Nesta liña, cómpre destacar que o **consentimento prestado polos menores de dezaseis anos** no ámbito da súa sexualidade é considerado, salvo excepción expresamente consagrada, **inválido** en todo caso, posto que se entende que non teñen a capacidade suficiente para poder decidir sobre os seus desexos sexuais. Isto é así mesmo se as persoas implicadas xa mantiveran relacións sexuais con anterioridade, pois cada acto sexual é independente.

Emporiso, existe unha soa excepción, a coñecida como “**cláusula Romeo e Julieta**”, a cal establece que cando se manteñen relacións sexuais entre un menor e un maior de 16 anos, se este último é unha **persoa próxima ao menor por idade e en grao de desenvolvemento e madurez**, tal e como consagra o artigo 183 bis do CP, o consentimento prestado polo menor si será tomado como válido. O mencionado precepto dispón o seguinte: “*Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178¹⁸, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica*”.

Deste xeito, aínda que por regra xeral o consentimento non serve para eliminar o delito cando o suxeito pasivo é un menor de 16 anos, nestes casos enténdese que non existe o delito, pois o ben xurídico protexido non está en perigo. Son en todo caso, iso si, **relacións consentidas**.

Na práctica dos tribunais esta cláusula veuse aplicando da seguinte maneira:

¹⁸ As circunstancias son as seguintes: actos de contido sexual con emprego de violencia, intimidación, abuso dunha situación de superioridade ou de vulnerabilidade da vítima, anulación da vontade desta ou que o suxeito pasivo do delito sexa unha unha persoa privada de sentido ou de cuxa situación mental se abusare.

Por unha banda, como se viña explicando, non existe ningún dos delitos sexuais coa aplicación desta cláusula. Porén, cómpre matizar un que si se podería realizar malia o funcionamento da devandita cláusula: o **engano** (art. 183.2 CP), o cal consiste nunha fraude, nun engano **á vítima** para que teña relacións sexuais, polo que o consentimento prestado por esta non é libre (a vítima enganada non consinte).

Por outra banda, no que respecta ao concepto de **“idade próxima”**, pode semellar que este é, en certo modo, ambiguo. Así, resulta de importancia explicar que os tribunais españois, ata o momento, veñen aplicando a cláusula Romeo e Julieta cando a vítima ten, como mínimo, trece anos, e o autor ten, como máximo, cinco anos máis que ela. Así, entre outras, o considera a STS de 16 de decembro de 2020 (ROJ: 4326/2020), ao estimar o recurso de casación presentado polo acusado (de 18 anos e 4 meses no momento dos feitos) dun delito de abuso sexual con acceso carnal a unha menor de 13 anos e 3 meses. Se ben a sentenza da Audiencia Provincial o condenaba a 4 anos de prisión, ademais da prohibición de achegarse ou comunicarse coa vítima, entendendo que existía unha clara e non mínima disimetría de madurez pola que a menor non podía consentir nin valorar as consecuencias da relación, finalmente o Tribunal Supremo resolveu o recurso de casación reducindo a pena imposta en dous grados, atendendo ao artigo 66.1.2ª CP¹⁹, xa que non existían diferencias substanciais no grao de madurez de ambos como para non reducir a pena en dous graos. Emporiso, o tribunal non contemplou a exclusión total da responsabilidade penal, pois a proximidade no grao de madurez non era total, ou a lo menos non puido quedar demostrada. Deste xeito, estableceu: *“si no tan cercana a la simetría en cuanto al grado de madurez como para apreciar la exención de responsabilidad penal, desde luego no era tan lejana como para no considerarla muy próxima”* (ROJ: 4326/2020).

3. O piar fundamental do consentimento. Regulación lexislativa e reforma do consentimento nos delitos contra a liberdade sexual. A perspectiva de xénero.

3.1. Situación previa á promulgación da LO 10/2022.

Xa ben entrada a democracia no noso país, a tipificación penal relativa aos delitos de violencia sexual distinguía claramente entre dúas figuras delitivas principais: o abuso sexual e

¹⁹ Este precepto trata as regras da aplicación das penas, consagrando: *“Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”*.

a agresión sexual. En ambos casos se trataba dun atentado contra a liberdade sexual, o cal exige un contacto corporal entre os suxeitos activo e pasivo, tal e como indica MUÑOZ CONDE²⁰. Porén, este contacto non ten porque ser por parte do suxeito activo cara o suxeito pasivo, senón que cabe a obriga do suxeito activo a que o pasivo realice actos sobre o corpo do primeiro, ou o seu propio, ou o dun terceiro, aínda que non hai unanimidade doutrinal sobre estas modalidades comisivas. Con todo, o positivo da tipificación do artigo 178 é que non hai motivo que indique que deberían excluírse estas condutas, que sen dúbida son un ataque á liberdade sexual no seu aspecto negativo²¹. Nesta liña, resulta importante matizar que se protexe a liberdade sexual na súa vertente negativa; é dicir, a liberdade de rexeitar un acto sexual, pois en caso de atentar contra a liberdade sexual doutra persoa no seu aspecto positivo, como podería ser a obstaculización por parte dun suxeito de que persoas adultas realicen actos sexuais con outras de acordo coa súa vontade, estaría subsumido dentro do delito de coaccións²².

Se ben ambos delitos afectaban ao mesmo ben xurídico protexido (a liberdade e indemnidade sexuais), a **agresión sexual**, de maior gravidade -e, por ende, máis punitiva-, requiría, para a súa apreciación, o **emprego de violencia ou intimidación** (elementos do tipo) por parte do suxeito activo do delito como medio para realizar a conduta sexual imposta. Con todo, non se describe ningunha acción concreta. A taxatividade neste tipo de delitos é moi complexa e, de facer unha enumeración de condutas, tal vez a seguridade xurídica diminuíría, xa que é difícil conseguir una descrición que abarque todas²³. Así, requírese que as condutas teñan contido sexual segundo o entender social.

Se ben é certo que a violencia e a intimidación conducen a unha mesma calificación xurídica do delito de agresión sexual, cómpre delimitar o seu alcance coa fin de diferencialas nunha conduta concreta. Por unha banda, a **violencia** precisa de medios violentos, dunha forza física

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Derecho Penal, Parte Especial*. 19ª edición, Tirant lo Blanch.

²¹ MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII» (xa citado *ut supra*), cit., pp. 960 e ss. así o conciben estes autores. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I, Derecho Penal, Parte Especial*, conforme ás Leis Orgánicas 1 e 2/2015, de 30 de marzo; en ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.) (2016). *Derecho Penal, Parte Especial*. 3a edición. Comares, pp. 194-195, presenta dúbidas ao respecto.

²² MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII», cit., p. 960 e ss.

²³ MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII», cit., pp. 960 y ss.; ORTS BERENGUER, E./ BOIX REIG, F. J. (2001). Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999. *Revista Actualidad Penal*, cit., pp. 1010 y ss. polo motivo aludido, opinan que é un acerto.

que permita doblegar a vontade da vítima. A **intimidación**, por outra banda, enténdese como o uso dalgún tipo de ameaza que consiga a mesma finalidade.

Nesta liña, pásase a expoñer o desenvolvemento xurisprudencial de ambos conceptos.

3.1.1. Desenvolvemento xurisprudencial do concepto de violencia

Primeiro de todo, cómpre ter presente que para o emprego de violencia se presupón unha oposición da vítima á realización da acción sexual ou, dalgún xeito, enténdese que o suxeito pasivo vai resistirse nalgún momento. Deste xeito, o agresor fai uso deste medio para conseguir o seu obxectivo.

Ao comezo da análise doutrinal, a violencia relacionábase directamente co uso da forza física. Con todo, o Código Penal de 1995 xa non fala de “forza”²⁴, senón que, segundo a STS 421/2009, de 29 de xaneiro de 2009, o requisito fundamental para considerar a violencia elemento da acción típica é a existencia dunha **relación causal** entre a forza exercida e o contacto sexual que consegue o agresor coa vítima.

Emporiso, a xurisprudencia actual aclara que non resulta preciso para apreciar a concorrencia de violencia na acción que esta sexa irresistible dende un punto de vista obxectivo, senón que basta conque sexa **suficiente e eficaz**, valorándoa atendendo ás circunstancias persoais e fácticas concurrentes no caso concreto. Neste sentido, a violencia debe, polo tanto, caracterizarse por ser inmediata e grave, podendo obter, grazas á intensidade da mesma, que a vítima deixe de resistirse. Con todo, está claramente explicado que non pode esixirse unha resistencia efectiva por parte da vítima, pois o importante neste caso é o propio emprego da violencia, non a actitude que a persoa agredida tome fronte a esta, xa que non é esixible que a vítima poña en risco serio a súa integridade física ou incluso a súa vida en defensa da súa liberdade sexual²⁵.

²⁴ Como de xeito temperá dixeran MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), (1996), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, a redacción de 1995 ten, entre outras, a virtude de relativizar a irresistibilidade da violencia, así como o grao de resistencia esixible á vítima.

²⁵ FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dirs.) (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, p.111, tal e como indica no seu pé de páxina 7: “La bibliografía y las citas jurisprudenciales son tan innumerables que casi resultan ociosas. Ello no obstante, y a título meramente ilustrativo, vid. con ulteriores referencias ORTS BERENGUER, E., (1995) *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, pp.79 ss.”.

3.1.2. Desenvolvemento xurisprudencial do concepto de intimidación

No que respecta a este concepto, e segundo a Sala II do TS, a xurisprudencia define a intimidación como a “ameaza de palabra ou de obra de causar un dano inxusto que infunda medo no suxeito pasivo”, tendo esta que acadar a entidade suficiente como para poder superar a capacidade de resistencia da vítima (igual que sucedía no caso da violencia), atendendo ás circunstancias do caso concreto. É dicir, a vítima adopta unha decisión como consecuencia do anuncio dun dano, decisión que non tería adoptado de non terse realizado esa intimidación suficiente. Tal e como explica, entre outros, RAMÓN RIBAS²⁶, a intimidación requerida polo artigo 178 do CP antes da reforma para aplicar o tipo de agresión sexual “debe ser non só eficaz, senón tamén obxectivamente bastante, e isto nun dobre sentido: bastante para vencer a vontade do suxeito pasivo e bastante para conceptuarse como agresión sexual”. Con todo, non se esixe que sexa unha intimidación de tal grao que resulte en todo caso irresistible para a vítima, senón que basta con que sexa bastante para someter ou suprimir a súa vontade de resistencia. Tal e como explica a STS 578/2004, de 26 de abril, a violencia típica deste delito é a que fora idónea para impedir ao suxeito pasivo actuar segundo a súa propia autodeterminación, criterio igualmente aplicable aos casos de intimidación.

Secasí, existen posturas que, se ben minoritarias, non comparten a directa relación entre unha ameaza e a intimidación suficiente que esta produce na vítima. MONGE FERNÁNDEZ²⁷ cita o seguinte de DÍEZ RIPOLLÉS: “a intimidación é un efecto que non ten porque proceder sempre dunha ameaza”; isto é, non considera como intimidación típica da agresión sexual calquera ameaza.

Asemade, a xurisprudencia esixe que o mal co que se intimida á vítima sexa antixurídico e ilícito, de suficiente entidade, grave, real e próximo. De feito, a SAP de Navarra recorda que “foi definida pola xurisprudencia como constreñimento psicolóxico, consistente na ameaza ou no anuncio dun mal grave, futuro e verosímil, se a vítima non accede a participar nunha determinada acción sexual”.

²⁶ RAMÓN RIBAS, E. El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999. *Revista de derecho y proceso penal*. Cit., p. 283.

²⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A. (2019). Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso *La Manada* (“SOLO SÍ ES SÍ”), en *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 1ª edic., J.B. Bosch, págs. 339-370.

Por outro lado, a postura amplamente compartida pola doutrina atopa innecesario que a duración da ameaza sexa prolongada e ininterrumpida, abondando con que esta presentase a entidade suficiente para cambiar por completo a vontade da vítima. Mais en contra pronúnciase unha vez máis DÍEZ RIPOLLÉS, ao considerar que a intimidación debe prolongarse durante a totalidade da execución do delito sexual.

Así mesmo, a xurisprudencia entendeu que o mal non é imprescindible que sexa inmediato (STS 914/2008, de 22 de decembro), bastando que sexa grave, futuro e verosímil (STS 355/2015, de 28 de maio).

No tocante ao delito considerado anteriormente de **abuso sexual**, que estaba regulado no capítulo II do Título VIII do C.P., *contrario sensu* á agresión sexual, este caracterizábase pola ausencia de violencia ou intimidación á hora de realizar condutas sexuais, mais estas tampouco eran consentidas. A falta de consentimento era -e segue a ser na actualidade, mesmo en maior medida, como será abordado-, como ocorre en moitas outras figuras delitivas, o elemento clave do tipo para considerar unha conduta como delituosa. As situacións podían ser de diversa índole; ben faltaba o consentimento, ou ben este era inválido ou viciado. O castigo do tipo básico era a pena multa de dezaioito a vintecatros meses (texto orixinal do C.P. de 1995).

Nos apartados seguintes da xa derogada redacción dos preceptos 181 e 182 do CP presentábanse distintas modalidades de comisión do abuso en función de como se perpetrara o ataque á vítima.

No artigo 181 establecíase, no seu primeiro apartado, o tipo básico do abuso sexual, que era a conduta consistente na realización de actos que atenten contra a liberdade sexual doutra persoa sen que medie consentimento pero tampouco violencia nin intimidación. Ademais, aclarábase que se consideraban en todo caso abusos sexuais non consentidos os realizados sobre menores de 12 anos e sobre as persoas privadas de sentido (o que inclúe o suministro de fármacos ou drogas) ou de cuxo trastorno mental se abusare, acarreado nestes casos pena de prisión. No seu apartado terceiro incluíase tamén como abuso sexual o realizado con prevalemento; isto é, cando o consentimento se obtén como consecuencia dunha situación de superioridade manifesta, mais neste caso a pena era de multa e inferior á do tipo básico.

Finalmente, e seguindo coa liña normativa anterior, o artigo 182 estipulaba as agravantes por consistir o abuso sexual en acceso carnal, castigando neste caso ao responsable coa pena de prisión de catro a dez anos. Asemade, regulábase a realización de abusos sexuais con engano ou outras circunstancias como autoridade, influencia sobre a vítima ou vulnerabilidade da mesma.

Centrándonos agora nas reformas que se produciron neste Capítulo VIII do C.P., que é o capítulo da parte especial do código que máis veces se reformou, pasamos a explicar as máis importantes na última década, analizando sutilmente a realizada no 2015 e centrándonos en maior medida nas famosas reformas e leis orgánicas de 2022 e 2023.

No que respecta á **reforma de 2015**, que foi aprobada pola Lei Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pola que se modifica o Código Penal, resulta de importancia destacar que foron incluídas novas figuras delituosas co obxectivo de dar cobertura a condutas sexuais ligadas, sobre todo, á irrupción das novas tecnoloxías e redes sociais no noso mundo.

Neste sentido, introduciuse un novo delito de acoso ou hostigamento (tamén alcumado *stalking*) consistente en realizar chamadas telefónicas continuas, seguimentos ou calquera outra forma que poida lesionar gravemente a liberdade e o sentimento de seguridade da vítima, aínda que non se produza violencia (art. 172 ter CP). Se ben esta conduta non é estritamente de tipoloxía sexual, a meirande parte das veces o *stalking* ten o propósito de atentar contra a liberdade sexual da vítima.

Así mesmo, tamén se tipificou como novo delito a divulgación non autorizada de grabacións ou imaxes íntimas obtidas co consentimento da vítima nun domicilio ou lugar fóra da vista de terceiros, mais despois divulgadas sen o seu coñecemento nin consentimento, cando afecten gravemente a súa intimidade, o que tamén se denomina *sexting* (art. 197.7 CP).

Por outra banda, elévase a idade mínima de consentimento sexual dos 13 aos 16 anos, motivo polo cal o lexislador se viu obrigado a introducir a cláusula do artigo 183 bis referida *ut supra*, a coñecida como cláusula Romeo y Julieta, coa fin de evitar que a norma, ao establecer límites de idade, puidese acarrear interpretacións estritas que impedisen as relacións sexuais consentidas entre persoas xóvenes semellantes en idade e madurez (Circular 1/2017).

3.2. Lei Orgánica 10/2022, de 6 de setembro, de garantía integral da liberdade sexual.

3.2.1. A orixe e o propósito da lei: a famosa sentenza do caso “La Manada”.

Tamén coñecida como “*Ley del solo sí es sí*” ou como “*Ley Montero*”, por ser Irene Montero a ministra promotora da mesma, esta lei, que entrou en vigor o 7 de outubro de 2022, quixo ser presentada, en certo modo, como o *opus magnum* (gran obra) da lexislación penal desta década, se ben as eivas presentes na mesma, como serán *a posteriori* explicadas, non poden ser esquecidas.

Esta lei tivo a súa orixe na polémica suscitada polo caso de “*La Manada*” e a respectiva sentenza da Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 38/2018, de 20 de marzo²⁸ (en adiante, SAP 38/2018), avivada especialmente polo voto particular dun dos maxistrados²⁹. Estes fitos marcaron un antes e un despois na lexislación e no tratamento xurídico dos delitos contra a liberdade sexual.

O devandito caso aconteceu nas festas dos Sanfermines do ano 2016 en Pamplona, e consistiu nunha violación grupal por parte de cinco varóns adultos (alcumados, por si mesmos, “*la manada*”) a unha moza de dezaioito anos, ebria no momento dos feitos.

Porén, na citada sentenza, o tribunal navarro considerou que non se daba a existencia de violencia ou intimidación, senón simplemente un consentimento viciado por parte da vítima (o cal fora obtido mediando unha superioridade manifesta que coartara a liberdade da vítima), polo que se descartou a condena por agresión sexual, aplicando, por ende, unha pena por **delito de abuso sexual continuado con prevalemento** (artigos 181.3 e 4 e 74 do CP). Esta pena era moi inferior á que correspondería no caso de que foran condenados por agresión sexual. Isto propiciou numerosas manifestacións por todo o territorio español, tendo como lemas “*Hermana, yo sí te creo*”, “*solo sí es sí*” ou “*no es abuso, es agresión*”. Así mesmo, este caso foi coñecido amplamente a nivel internacional, e neste punto resulta preciso ter

²⁸ Texto completo da sentenza en <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20180426/443022024534/sentencia-manada-documento-texto-integro.html>

²⁹ O maxistrado Ricardo Javier González desmarcouse do veredito final e defendeu a absolución dos acusados, pois apreciou nos vídeos relacións sexuais consentidas e “*un ambiente de jolgorio y regocijo*”, como literalmente expresou.

presente a influencia doutro factor, o “cuarto poder”, expresión referida aos medios de comunicación e á prensa³⁰.

Co obxectivo de analizar a postura adoptada por dous dos Maxistrados da Audiencia Provincial de Navarra na referida sentenza, cómpre ter en conta, por unha banda, a vinculación do xuíz á Lei, e, por outra banda, a vinculación aos feitos e a pertinente proba dos mesmos.

Tal e como matiza MUÑOZ CONDE, *“aquí non se trataba dun problema de interpretación da Lei, senón da determinación e proba dos feitos aos que a lei debe aplicarse”*. Se ben é certo que a ausencia de consentimento non foi manifestada verbalmente, como manifesta NÚÑEZ FERNÁNDEZ cando di que *“ao ter que probar unha ausencia de consentimento non verbalizada, o coñecemento de dita circunstancia polos autores (...)”*, iso non implicou que o tribunal da AP recoñecese que a vítima *“non prestou o seu consentimento libremente, senón viciado, coaccionado ou presionado por tal situación”*, ademais de recoñecer que os cinco homes crearon unha *“atmósfera coactiva... na que a presenza de cada un deles, contribuíu causalmente para configurar unha situación de abuso de superioridade da que se prevaleiron”*.

Con todo, malia describir na sentenza, sen paliativos, a intimidación, resulta canto menos chamativo que a AP de Navarra non apreciase unha situación de **intimidación ambiental**, como si fixo despois o Tribunal Supremo na corrección da devandita sentenza (que fora confirmada polo Tribunal Superior de Justicia de Navarra) cos mesmos argumentos que utilizara a AP para rexeitala. En relación con este concepto de **intimidación ambiental** procede citar a STS 953/2016, de 15 de decembro, en canto expón que *“a intimidación empregada non debe ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles ou de gravidade inusitada. Abonda con que sexa suficiente e eficaz na ocasión concreta para alcanzar a fin proposta, paralizando ou inhibindo a vontade de resistencia da vítima e actuando en axeitada relación causal, tanto por vencemento material como por convencemento da inutilidade de prolongar unha oposición da que -sobre non conducir a resultado positivo-, poderían derivarse maiores males”*. Asemade, tal e como explican

³⁰ Algúns titulares destacados son: “Thousands protests in Spain after five men escape gang rape convictions”, no xornal Time; “Spain wolf pack case: Thousands protests over rape rulling”, en BBC News; “Colère en Espagne à la suite de la condamnation pour abus sexuels de la Meute de Pamplone”, no xornal francés Le Monde.

ACALE SÁNCHEZ e FARALDO CABANA³¹, este concepto de intimidación ambiental foi construído pola xurisprudencia do TS³² no delito de violación para considerar cooperadores necesarios aos suxeitos que simplemente coa súa presenza física e consciencia do acto sexual que está realizando outra persoa axudan no incremento dun ambiente intimidatorio, reforzando a situación de desamparo da vítima e facendo nulo calquera intento de defensa que ben puidera terse activado no caso de non concorrer ditos agresores, que no caso de “*La Manada*” tamén realizaron, todos eles, actos de contido sexual, ademais da clara superioridade física e numérica dos cinco acusados contra a vítima nun recinto pechado³³.

Nesta liña, a vítima deste caso declarou o seguinte, que foi expresado na SAP 38/2018: “*En ese momento estaba totalmente en shock, no sabía qué hacer, quería que todo pasara rápido y cerré los ojos para no enterarme de nada y que pasara rápido*”. Deste xeito, malia non dicir un rotundo “non” ante as prácticas sexuais realizadas, isto non é sinónimo, de ningún modo, de aquiescencia³⁴, senón que a vítima estaba paralizada e sobrepasada pola situación.

Así mesmo, foron probadas -habendo mesmo filmacións dos feitos realizadas polos acusados- condutas de acceso carnal, trato especialmente degradante e actuación conxunta de dúas ou máis persoas, condenando deste xeito o Tribunal Supremo os acusados por cinco delitos de agresión sexual cualificada; isto é, violación.

Tendo presente a gran polémica suscitada naquel momento³⁵, algúns sectores comezaron a esixir unha reforma do Código Penal no tocante aos delitos contra a liberdade sexual, abordando a mesma dende unha **perspectiva de xénero**; isto é, considerando a necesidade de protección da muller, da lacra social existente da violencia de xénero e, sobre todo, non sendo

³¹ ACALE SÁNCHEZ, M., FARALDO CABANA, P. (directoras), RODRÍGUEZ-LÓPEZ, S., FUENTES-LOUREIRO, M.A. (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Tirant lo Blanch. *Passim*.

³² Vid, entre outras, as SSTs de 2 de febreiro de 1998, de 28 de xuño de 1999 e 23 de decembro de 1999.

³³ MASFERRER, A. (2020). *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*. Aranzadi.

³⁴ Nestes feitos radica a denominación que se lle deu posteriormente á LO 10/2022, “*ley del solo sí es sí*”.

³⁵ O primeiro informe de avaliación sobre a aplicación por España do Convenio de Estambul (RCL 2014, 789), elaborado polo Grupo de Expertos na loita contra a Violencia contra a Muller e a Violencia Doméstica (en adiante, GREVIO) e publicado o 25 de novembro de 2020, sinalou que “*en España la aplicación de los [delitos de agresión sexual y abuso sexual] por parte del Poder Judicial, especialmente en tribunales de primera instancia, ha sido objeto de indignación pública generalizada, ya que manifiesta una comprensión inadecuada del uso de la fuerza y la intimidación y de las reacciones que esto puede desencadenar en las víctimas de violación (por ejemplo, susto, bloqueo, etc.)*”.

tanto punitivistas senón situando o consentimento no centro (se ben este xa era unha pedra angular neste tipo de delitos).

A maior abastanza, buscábase incluír medidas de prevención e de sensibilización, ao tempo de garantir os dereitos das vítimas. Neste sentido, en xullo de 2018, o grupo parlamentario Unidos Podemos-En comú Podem-En Marea presentou unha proposición de lei de protección integral da liberdade sexual e para a erradicación das violencias sexuais, que foi finalmente aprobada o día 25 de agosto de 2022.

3.2.2. Principais cambios que se produciron coa Lei Orgánica 10/2022. Unha análise do consentimento.

As novidades e modificacións introducidas por esta normativa foron numerosas e producíronse en distintos eidos, como por exemplo no proceso penal ou no axuízamento de menores. Con todo, centrarémonos nas modificacións estritamente penais, as cales reformaron o CP. Estas buscaban, *a priori*, unha maior protección das mulleres, tomando entón como base o **consentimento unicamente afirmativo, expreso e inequívoco**. Asemade, refundíronse nun único tipo penal -o delito de agresión sexual- as condutas anteriormente diferenciadas de abuso e agresión sexual, como explicaremos *ut infra*.

Unha análise do consentimento: a pedra angular.

O consentimento é a manifestación de vontade, expresa ou tácita³⁶, sobre un feito específico que exterioriza a conformidade dunha persoa sobre tal feito. Este é un concepto importante no Dereito en xeral, posto que se trata dunha manifestación pola cal un suxeito se vincula xuridicamente³⁷.

A primeira concepción que se ten sobre o termo consentimento atópase no *Digesto*, onde ULPIANO escribe “nulla iniuria est, quae in violentem fiat” (o que se realiza con vontade do lesionado non constitúe inxusto). Neste momento o termo “iniuria” debe interpretarse no sentido máis amplo posible, quedando dentro do mesmo calquera dano producido aos dereitos persoais (honra, saúde, liberdade ou vida)³⁸.

³⁶ Que non se expresa formalmente, senón que se sobreentende ou supón. Nota: farase fincapé neste asunto, pois no contexto dos delitos contra a liberdade sexual está prevista unha regulación específica do consentimento.

³⁷ Esta é unha das definicións aportadas pola RAE.

³⁸ Machado Rodríguez (2012).

Dentro do ámbito do Dereito Penal existen diversas definicións que foron cambiantes co pasar do tempo e en función da postura doutrinal adoptada, mais semella interesante destacar a dada por Vital de Almeida: *“otorgar del titular del bien jurídico disponible, pidiendo o permitiendo que alguien haga alguna cosa, obligándose dicho titular a la renuncia del bien respectivo, siempre que manifieste su libre voluntad de manera expresa o tácitamente a ese respecto, lo que impone una vinculación jurídica con efectos dogmáticos atípicos”*.

No que aos **delitos contra a liberdade sexual** respecta, tal e como dispón o artigo 178 do CP, enténdese que existe o delito de agresión sexual cando teñen lugar condutas que atentan contra a liberdade sexual dunha persoa sen o seu consentimento. Isto é, a falla de consentimento é o elemento que determina a tipicidade da conduta sexual. Neste sentido, cómpre sinalar que se unha persoa consinte a realización dunha práctica sexual coa ou coas persoas e na forma que estime convinte non estaremos ante unha conduta ilícita, posto que tal decisión corresponde ao seu ámbito de liberdade sexual e de acción³⁹. Así as cousas, o consentimento pasa a ser o elemento determinante do novo tipo de agresións sexuais⁴⁰. Este cambio de perspectiva xa viña xustificado na Exposición de Motivos do Proxecto de Lei, baixo o entendemento de que a reforma contribuiría a evitar o risco de revitimización secundaria⁴¹, cumprindo deste xeito o noso país coas obrigas asumidas no ano 2014 ao ratificar o Convenio de Estambul.

A maior abastanza, introdúcese por primeira vez unha definición de **consentimento** no ordenamento xurídico español, pois se ben é certo que o CP se refería ao consentimento sexual no seu articulado, non se especificaba que se entendía como tal. Así, o precepto 178 no seu apartado primeiro aporta unha definición concreta deste concepto: *“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”*.

Nesta liña, requírese que o consentimento sexa **expreso, explícito e inequívoco**. Ademais, este ha de ser, por suposto, **afirmativo**. O consentimento expreso ou explícito pode

³⁹ Así o expresa DOMINGO JARAMILLO, C. en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma* (xa citado *ut supra*).

⁴⁰ Outros países do entorno modificaron os seus Textos Punitivos de xeito semellante, concretando o consentimento como elemento central dos delitos sexuais. Entre eles, Alemaña e Países Baixos.

⁴¹ Porén, as opinións son enfrontadas. A xuízo de ACALE SÁNCHEZ, M., esta vitimización secundaria obedece á propia letra da lei, non é consecuencia dunha forma de actuación procesal. (2019) *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Reus Ed. cit., p. 123.

outorgarse a través de tres formas xurídicas básicas -escrito, verbal e mecánico ou xestual-. Resulta obvio que mentres o primeiro se refire a unha práctica máis formalista, propiamente típica do Dereito Civil, cuxa validez e análise resultan moito máis sinxelos, o segundo e o terceiro método xeran máis problemas de interpretación e, en consecuencia, conlevan unha maior dificultade probatoria.

De feito, no ámbito das prácticas sexuais, ás veces resulta moi complexo avaliar o consentimento, xa que resulta difícil interpretar o sentido ou o contido de certos xestos ou actitudes. Un exemplo son os tocamientos á parella que está durmindo por parte do seu compañeiro habitual e persoa coa que mantén relacións sexuais habitualmente e non hai ningún elemento previo que permita sospeitar de malas condutas, forcexeos ou obrigas. O mesmo sucede cando dúas persoas interpretan un determinado xesto de maneira distinta. Neste sentido cómpre facer alusión á sentenza da AP de Castellón do 6 de abril de 2022 (SAP 112/2022), que trata sobre os seguintes feitos: unha parella coñécese nunha discoteca e inicia un contacto físico, o cal avanza ao longo da noite. Posteriormente, noutro local o home invita á muller a ir ao baño de homes, ao que ela accede. Secasí, para ela iso non implicaba manter ningún contacto sexual. Chegados a este punto, esta situación podería xerar dúbidas segundo a interpretación de cada persoa. Con todo, en caso de dúbida debe considerarse que non existe consentimento, polo que habería que desistir na continuación dos actos sexuais e, en caso contrario, é dicir, de proseguir coa conduta sexual, a conduta sería ilícita⁴².

O **consentimento** é un **elemento do tipo**, polo que un erro sobre o mesmo podería xerar un erro de tipo⁴³, salvo aqueles casos nos que hai erros futuralmente condicionados. Por exemplo, costumes ou usos de certas comunidades que implican manter relacións con menores, mais que para os integrantes de ditas comunidades esas condutas non constitúen agresións. Nese caso habería un **erro de prohibición**⁴⁴, aínda que tal calificación non prosperaría nos tribunais.

⁴² Así o expresa DOMINGO JARAMILLO, C. no libro *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma* (xa referido).

⁴³ O autor ignora algúns dos elementos do tipo.

⁴⁴ O autor non é coñecedor de estar cometendo un delito, ben porque cre que se trata dun acto que non está prohibido ou ben porque cre que ten autorización para facelo.

Así mesmo, tamén existe delito cando o consentimento é **viciado**. Segundo o artigo 1265 do Código Civil (CC), existe vicio do consentimento e, por ende, este será nulo, cando fora prestado “por erro, violencia, intimidación ou dolo”.

No tocante ao **momento no que se presta consentimento**, cómpre subliñar que este ten especial importancia, xa que ten consecuencias diversas en función de cando se outorgara: *ex ante facto* (antes de que teña lugar a acción típica); *in facto* (durante o desenvolvemento da acción típica); ou *post facto* (unha vez que a acción típica xa se tivera levado a cabo).

Parte da doutrina segue o pensamento defendido por CASAS BARQUERO, “*el consentimiento en Derecho penal ha de ser otorgado con anterioridad al acto que se autoriza y ha de prevalecer su validez en el momento del inicio de la acción*” (Vital de Almeida, 2006). Porén, isto non obsta a que o consentimento, unha vez prestado *ex ante* e con total validez, poida ser anulado ou revocado en culquera momento polo suxeito pasivo en pos de defender o seu dereito volitivo de libre expresión. De feito, así foi expresado na recente e mediática sentenza do caso de Dani Alves (SAP de Barcelona, Sección 21ª, Rollo de Sumario 27/2023), que foi condenado por delito de agresión sexual: “*el consentimiento no solamente puede ser revocado en cualquier momento, sino que también es preciso que se preste el consentimiento para cada una de las variedades sexuales dentro de un encuentro sexual y no consta que, al menos en lo que se refiere a la penetración vaginal, la denunciante prestase su consentimiento, y no solo eso, sino que además el acusado sometió la voluntad de la víctima con uso de la violencia*”. Deste xeito, queda claro que se precisa de consentimento para todas e cada unha das condutas sexuais que se desexen realizar, as cales son consideradas independentes.

Neste sentido se expresaron tamén outros autores, entendendo que o acto de manifestación da vontade de aceptar ou non o mantemento dunha relación sexual pode ter lugar en calquera momento, de maneira que pode consentirse ao inicio das prácticas sexuais pero non despois⁴⁵. Con todo, neste punto prodúcese un problema, xa que ao entenderse o asentimento da vontade polo suxeito pasivo dende que outorga consentimento -dende un momento presente

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2020). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso *La Manada*. *Revista Criminalia*.
En MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., y GARCÍA ALBERTO, M. (Coords.), (2018) *Represión Penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi, p. 236. O autor cita a Fletcher e o seu concepto de “metafísica do consentimento”, entendéndose deste xeito que o que nun principio puido ser consentido deixa de selo nun momento posterior.

cara un momento futuro-, o suxeito pasivo non poderá protexer o ben xurídico con efecto de regreso, se non revocou o consentimento antes de que se iniciaran os feitos -mantendo a conduta realizada polo autor ou autores, unha configuración atípica para a teoría do delito-.

A xeito de conclusión, os requisitos xenéricos precisos para poder entender outorgado o consentimento de forma efectiva son: a **capacidade** (requisito indispensable para poder expresar a vontade); a **dispoñibilidade xurídica penal do ben**; unha **manifestación clara e concisa**; o **recoñecemento externo**; a **ausencia de erros ou vicios** á hora de prestar o consentimento e realizalo *ex ante facto*.

Asemade, outros dos cambios que se produciron coa aprobación da “*ley del solo sí es sí*” foron os seguintes:

- **Desaparece o delito de abuso sexual**

Malia ser certo que se suprime o abuso sexual como tipo penal específico, isto non quere dicir que se despenalice, senón que se equiparan dentro do mesmo abanico de penas o abuso e a agresión sexual, baixo o *nomen iuris* deste último. Neste punto convén ter presente que a distinción entre agresións e abusos sexuais era relativamente recente, pois só aparece no CP de 1995. No seu momento relacionouse coa importancia do novo ben xurídico, a liberdade sexual, como criterio de sistematización dos delitos sexuais máis graves, e nesa función recibiu entón un aplauso practicamente unánime⁴⁶. Porén, hoxe en día, non responde ás tendencias internacionais en materia de protección dos dereitos das mulleres e, asemade, deu lugar a notables disfuncións.

A base desta modificación foi a supresión do emprego de violencia ou intimidación como elemento determinante do tipo penal a aplicar, xa que era, en certo modo, un elemento distorsionador⁴⁷, pois ao fin e ao cabo a afectación ao ben xurídico protexido da liberdade sexual era a mesma. Póñase por caso, entre outros, que a vítima está durmida ou queda paralizada pola situación e, polo tanto, non é precisa a violencia ou intimidación para cometer o ataque contra a liberdade sexual, a protección penal é menor. FARALDO CABANA explica que, a fin de contas, a liberdade sexual da vítima vese atacada do mesmo xeito tanto

⁴⁶ Por exemplo, CANCIO MELIÁ, M. “Delitos contra la libertad sexual”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), (1997). *Comentarios al Código Penal*, Civitas, p. 522.

⁴⁷ Así o expón FARALDO CABANA, P., pois deste xeito se transmite a idea de que merecen máis protección as mulleres que se resisten aos actos de violencia sexual.

se atentan contra este ben xurídico tras ameazala cunha navalla como se o fan aproveitando que estaba borracha ou drogada (e tiña, por ende, a súa vontade anulada) ou provocan os mesmos autores esta situación (mediante a administración de substancias para obter a submisión química, por exemplo). Se ben no primeiro caso tamén se afectaría a outro ben xurídico protexido, a integridade física da vítima, e por iso a penalidade sería maior, a esencia do delito contra a liberdade sexual non varía, tal e como apunta LAURENZO COPELLO, P.R., que considera que sería máis axeitado introducir a violencia con intimidación como agravante e non no tipo básico, como finalmente se estableceu.

Porén, existen outros expertos na materia que discrepan desta postura, como por exemplo ORTUBAY FUENTES, M., que sostén: “*O Dereito Penal castiga actuacións concretas e ten que avaliar a súa gravidade. En determinados casos, ademais da liberdade sexual, pódese atacar tamén o sentimento de seguridade da vítima, polo que o dano é maior*”. Neste sentido, a ORTUBAY non lle parece negativo que no tipo básico haxa unha diferenciación entre agresión sexual e agresión sexual con violencia e intimidación, que é o que introduciu a reforma aprobada da lei do ‘*solo sí es sí*’, senón que “*é caer no tópico erróneo de que máis penas implica máis protección*”, como será explicado posteriormente.

Deste xeito, como se viña explicando, xa non se ten en conta se mediou violencia ou intimidación no ataque de índole sexual, senón que se castiga en todo caso como agresión sexual o feito de atentar contra a liberdade sexual doutra persoa maior de dezaseis anos sen o seu consentimento, tal e como dispón o artigo 178.1 do CP. Así, se anteriormente o delito de abuso sexual se castigaba con pena de prisión de un a tres anos, e o de agresión sexual con prisión de un a cinco anos, o novo delito, suma dos dous anteriores, establece un marco penolóxico de un a catro anos, polo que as condenas que estaban sendo cumpridas e que tivesen unha duración superior a catro anos tiveron que ser reducidas, producíndose entón, de súpeto, numerosas excarceracións.

Con todo, establecéronse dous subtipos de agresión sexual en función da entidade dos feitos (isto é, a gravidade dos ataques), distinguindo entón entre o **tipo básico**, castigado coa pena de prisión, e o **tipo atenuado**, o cal abrangía feitos, a criterio do xuíz, de menor entidade e tendo en conta as circunstancias persoais do autor, que era castigado neste caso con pena de prisión na súa metade inferior ou con multa de dezaioito a vinte e catro meses.

- **Reforma do delito de violación**

Con anterioridade á aprobación da “*ley del solo sí es sí*”, o artigo 179 do Código Penal establecía unha pena de prisión de seis a doce anos para o delito de violación, o cal consiste nun acceso carnal por vía vaxinal, anal ou bucal ou a introdución de membros corporais ou obxectos por algunha das dúas primeiras vías. Entendíase que, para que se tratara dunha violación, debía haber sempre violencia ou intimidación, posto que a violación se configuraba como un tipo agravado do delito de agresión sexual (no cal tales elementos do tipo eran precisos). Con todo, só se esixe a violencia ou intimidación para dobregar a vontade da vítima, non para vencer a súa resistencia. A esixencia legal da concorrencia de violencia ou intimidación debe entenderse, en palabras de CUERDA ARNAU⁴⁸, como o mecanismo a través do cal a norma pretende garantir que efectivamente a conduta en cuestión tivo lugar malia a negativa da vítima. Así, o silencio e a pasividade do suxeito pasivo eran interpretados xudicialmente como consentimento e, polo tanto, para que se apreciara o ataque á liberdade sexual, era preciso que a vítima emitira ou exteriorizara a súa negativa. Así as cousas, a anterior regulación xeraba un efecto revitimizador inxustificable, ademais de entender que, cando non existía tal violencia ou intimidación, non concorria o delito de violación, senón o delito de abuso sexual agravado.

Así as cousas, e tendo por obxectivo castigar da mesma maneira a todos os violadores, o artigo 179 do CP estableceu unha única pena para o delito de violación, con independencia de que houbera ou non violencia ou intimidación. Emporiso, ao refundirse todas as condutas nun único tipo penal, o abanico de penas pasou de ser de seis a doce anos de prisión na lei anterior a establecerse como límite mínimo do mesmo o tempo de catro anos. Deste xeito, os condenados por delitos contra a liberdade sexual que estaban a cumprir condena tiñan o dereito a que as súas penas foran revisadas, provocando nalgúns casos rebaixas das mesmas.

- **Introdúcense novas agravantes**

Esta modificación resulta de suma importancia, pois a anulación da vontade da vítima pola alcumada “**submisión química**” por parte da persoa responsable dos feitos pasou a considerarse tamén como delito de agresión sexual, se ben antes era considerada como abuso sexual pola ausencia de violencia ou intimidación. Ademais, modificouse o termo “o autor

⁴⁸ CUERDA ARNAU, M. L., (2010). “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género: consideraciones críticas” en *Revista General de Derecho Penal*, N° 13, 2010.

dos feitos” pola “persoa responsable”, entendendo así que pode realizar tal conduta alguén distinto ao agresor sexual.

Por outro lado, a referida lei recolleu como agravante o feito de que **a vítima sexa ou teña sido muller ou parella do agresor sexual**, establecendo así no artigo 180.1.4ª CP : "*Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*".

Así mesmo, modifícase a agravante relativa ao emprego de **violencia de extrema gravidade**, aplicando esta circunstancia agravante a agresións nas que antes ou durante se exercera tal violencia, sen necesidade de que a mesma revista un carácter degradante ou vexatorio; isto é, non se trata de requisitos cumulativos.

Por último, introdúcese un novo punto 180.3, que dispón o seguinte: “3. *En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su **condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público**, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años*”. Así, no caso de que o autor dos feitos tivese a condición de autoridade ou de funcionario público e se tivera prevalido da mesma, sería castigado tamén coa pena de inhabilitación absoluta.

- **Ampliación do delito de difusión de imaxes íntimas**

Con esta nova normativa non só é delito difundir, revelar ou ceder a terceiros as imaxes obtidas directamente da vítima mais sen o seu consentimento para difundilas (o alcumado como *sexting*), senón tamén que **quen as reciba faga o propio**. E, ao igual que nese caso, o autor dos feitos ten unha pena agravada en determinados casos, como por exemplo se a conduta é realizada pola parella da vítima ou se esta é menor de idade ou persoa necesitada de especial protección, ou ben se os feitos se cometeron cunha finalidade lucrativa.

3.2.3. Deficiencias técnicas e problemas que se suscitaron: preocupación social.

Se ben é certo que a “*ley del solo sí es sí*” introduciu unha morea de cambios positivos e tiña un claro e loable afán protector á vez que modernizador, coa fin de adecuar a lexislación á sociedade dos tempos presentes, o resultado non foi, en moitos dos puntos reformados, o esperado. As deficiencias técnicas que presentaba a devandita lexislación, malia ter sido

comentadas xa durante o proceso de tramitación da lei por expertos penalistas, resultaron nunha rebaixa de penas e excarceracións de autores de delitos contra a liberdade sexual, o cal suscitou, unha vez máis, unha gran polémica e escándalo social. Malia que certos colectivos, entre eles o grupo parlamentario Podemos, sostiveron que o problema radicaba no xeito de aplicar a lei por parte dos xuíces e tribunais, as eivas presentes na redacción do texto legal non poden ser negadas. Cómpre salientar, neste sentido, que no propio texto legal non se introduciu ningunha disposición transitoria que dera solución a esta cuestión.

Esta situación foi produto do conglomerado, nun mesmo tipo penal, do abuso e da agresión sexual, posto que se ampliou o marco punitivo das condutas delituosas, ao ser abordadas ambas as dúas, facendo entón que baixase o límite mínimo das penas impostas, situándose incluso por debaixo do correspondente ao anterior tipo básico de abuso sexual.

Neste sentido, e en virtude da aplicación do **principio de retroactividade da lei penal máis favorable** ao reo, regulado no artigo 2.2 do CP⁴⁹ (*“Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”*), centos de condenas xa impostas a agresores sexuais e violadores e que estaban sendo cumpridas foron revisadas polos tribunais, pois os condenados gozaban deste dereito. Dende outubro de 2022, cando entrou en vigor a lei, ata a actualidade, cóntanse máis dun millar de rebaixas de penas e máis dun cento de excarceracións.

Con todo, non todas as condenas foron revisadas. De feito, segundo a interpretación da doutrina maioritaria -aceptada tamén por algúns tribunais-, entendíase que sempre que a lei permitise impoñer a pena que se impuxera anteriormente (isto é, estando dentro do marco penolóxico) e non habendo razóns materiais para unha redución non había que impoñer unha pena menor. De feito, a Fiscalía General del Estado instruíu aos fiscais para manter as penas establecidas nestes casos. Emporiso, é decisión dos tribunais, e do Tribunal Supremo en última instancia, seguir ese criterio interpretativo⁵⁰.

⁴⁹ Este principio tamén se recolle na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea no seu artigo 49.1, así como a *sensu contrario* no artigo 9.3 da nosa carta magna.

⁵⁰ Artigo de GUINARTE CABADA, G. en La Voz de Galicia: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2022/11/26/deberia-rectificar-gobierno-ley-solo-/00031669477819014723726.htm>

Se ben non todas as sentenzas foron revisadas, houbo casos nos que era inevitable facelo. Por exemplo, tal e como explica MOLINA FERNÁNDEZ, cando tivera lugar unha tentativa de delito sexual, como o sistema de medición da pena en España para a tentativa parte de reducir á metade a pena mínima, unha vez que se fixo desaparecer a distinción entre abuso e agresión sexual e, deste xeito, se creou un marco penal máis amplo, baixando a pena mínima e subindo a máxima, o resultado foi que a calquera tentativa dun feito, mesmo gravísimo, tiña que impoñerse unha pena que era a metade da pena mínima correspondente á agresión sexual no seu marco completo.

Estas revisións e excarceracións, ademais de constituír un perigo para a sociedade no seu conxunto e para as vítimas dos delitos en concreto, poñen en risco o **principio de proporcionalidade penal**, segundo o cal as penas deben gardar relación coa gravidade dos feitos cometidos.

A segunda das consecuencias provocadas por certos erros desta lexislación é a **inseguridade xurídica** e o risco de agravio comparativo respecto a situacións semellantes. Isto é debido, entre outros motivos, á inclusión no mesmo precepto dos supostos de “abusos sorpresivos” e agresións sexuais cometidas con violencia, e todas as condutas que entre estas dúas se enmarquen. Sendo o lexislador consciente de tal situación, engade un apartado polo que se permite reibaxar a pena atendendo, como xa explicamos *ut supra*, “á menor entidade do feito e ás circunstancias pessoais do autor”; isto é, un tipo atenuado. Con todo, deste xeito déixase a criterio do tribunal tal valoración sen establecer criterios específicos, outorgando, polo tanto, maior discrecionalidade que na regulación anterior.

3.3. A “contrarreforma” de 2023.

Como consecuencia da revisión de condenas producida e das rebaixas de penas e excarceracións que tiveron lugar (en virtude do principio de aplicación da lei penal máis favorable -como se explicou-), e a polémica social que xurdiu⁵¹, ademais doutras referidas eivas, o lexislador viuse obrigado a aprobar unha nova lei, a Lei Orgánica 4/2023, de 27 de

⁵¹ Así, LLORIA GARCÍA (2023) sinala que a contrarreforma posiblemente está moi condicionada polo estado de exaltación da opinión pública que percibe inxustiza na rebaixa das penas, “*sensación razoable se non se explican os motivos que levan á aplicación de ditas rebaixas*”, tal e como indican DÍAZ M., GARCÍA-CONLLEDO E TRAPERO BARREALES no artigo “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de *La Manada*?” na *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm 25-18, pp. 1-51.

abril, para a modificación da Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, nos delitos contra a liberdade sexual, a Lei de Enxuiciamento Criminal e a Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, reguladora da responsabilidade penal dos menores.

Esta lei foi proposta polo Partido Socialista, no goberno en coalición con Unidas Podemos -malia que este grupo político non apoiou a reforma en cuestión-, e a proposición lexislativa, rexistrada en febreiro, foi tramitada pola vía de urxencia. Alcumouse a “contrarreforma” da anterior LO 10/2022, e un sector político cualificouna como “o regreso ao Código Penal de *La Manada*”.

Se ben é certo que se mantivo o corazón da lei, isto é, a definición de consentimento que se dá no artigo 178 CP e a consideración do mesmo como pedra angular na regulación dos delitos contra a liberdade sexual⁵², aprobouse esta nova lei co obxectivo, tal e como se expón no seu preámbulo, de “*blindar a lei en favor das vítimas e evitar o efecto non desexado dunha posible aplicación das penas mínimas dos novos marcos penais, que son máis amplos, para que en casos graves non exista a posibilidade de que se imponían penas baixas a potenciais delincuentes*”.

Do mesmo xeito, mantívose a unificación do tipo penal do delito de agresión sexual (e tampouco se modifica a nomenclatura), mais introduciuse de novo a distinción en función do emprego ou non de violencia e intimidación coa fin de modificar o marco penolóxico e aumentar de novo certas penas, tanto as máximas como as mínimas. De feito, regresouse en certo modo ao sistema de penas máis graves do CP en delitos sexuais.

Así as cousas, se ata o momento a “*ley del solo sí es sí*” establecía penas de un a catro anos de prisión para o **delito de agresión sexual**, agora habería dous subtipos:

- Agresión sexual sen violencia, que acarrearía unha pena de un a catro anos de prisión.
- Agresión sexual con violencia ou intimidación ou sobre unha vítima que teña anulada a súa vontade por calquera causa, que implicaría unha pena de prisión de un a cinco anos. Neste caso non estamos ante meras circunstancias agravantes que rodean o delito, senón ante elementos que están na conduta mesma e evidencian unha **maior**

⁵² En calquera caso, cómpre dicir que o consentimento xa era, como resulta obvio, esixido polo Tribunal Supremo na súa xurisprudencia, marcando, de feito, a liña xurisprudencial de que era preciso que constara o consentimento para evitar, no seu defecto, a concorrencia dun delito de índole sexual.

antixuricidade (contrariedade a Dereito), o que precisa, por ende, dunha resposta normativa diferenciada. Con todo, esta xustificación non é demasiado clarificadora e pode xerar precisamente o efecto contrario ao perseguido; isto é, pode servir para converter en elementos nucleares da agresión sexual a violencia ou a intimidación ou que a vítima teña anulada a vontade por calquera causa, deixando nun segundo plano o que é moi relevante na agresión sexual, a saber, que o suxeito pasivo se ve involucrado nun acto sexual sen o seu consentimento. Así, xorde a cuestión de se se estaría volvendo á diferenciación entre abuso e agresión sexual (na sanción penal, que non na denominación, pois mantense en todo caso o *nomen iuris* de agresión sexual). A maior abastanza, se os feitos concorren con violencia ou intimidación ou aproveitándose da anulación da vontade da vítima exclúese a aplicación do subtipo atenuado do artigo 178.4 CP, como está expresamente previsto en dito precepto. Deste xeito, con esta reforma sanciónanse máis gravemente este tipo de agresións sexuais que as levadas a cabo con abuso de superioridade ou aproveitando a vulnerabilidade da vítima (que son en todo caso agresións sexuais, tal e como dispón o artigo 178.2 CP).

O mesmo sucede co delito de **agresión sexual cualificada ou con penetración**, tamén alcumado delito de **violación** e regulado no artigo 179 CP. Antes da reforma, o delito establecía penas de catro a doce anos de cárcere. Tras a reforma diferénciase, así mesmo, entre a violación sen violencia, castigada cunha pena de catro a doce anos; e a violación con violencia ou intimidación ou sobre unha vítima que teña anulada a súa vontade, cunha pena de seis a doce anos de prisión.

Como xa acontecía antes da reforma, estas penas aumentarán en determinados casos se concorren certas **circunstancias agravantes**, tal e como dispón o artigo 180 CP. As penas destes tipos agravados foron axustadas, establecendo así uns marcos punitivos que reflicten normativamente a maior gravidade dalgúns condutas, en concreto das seguintes recollidas no referido precepto:

180.1. Pola comisión dos feitos por actuación conxunta de dúas ou máis persoas.

180.2. Cando a agresión sexual vaia precedida ou acompañada dunha violencia de extrema gravidade ou de actos que revistan un carácter particularmente degradante ou vexatorio.

180.3. Pola situación de especial vulnerabilidade da vítima.

180.4. Por ser ou ter sido a vítima muller, esposa ou con análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia.

180.5. Por situación de convivencia, parentesco⁵³ ou superioridade respecto da vítima.

180.6. Por uso de armas ou outros medios igualmente perigosos susceptibles de producir a morte ou lesións.

180.7. Pola anulación da vontade da vítima por submisión química para a comisión dos feitos.

Por outra banda, resólvese o problema que se produce daqueles casos agravados nos que concorran as mesmas circunstancias das modalidades típicas previstas nos artigos 178 e 179 CP; é dicir, cando o subtipo agravado concorre nas condutas que determinan a agresión sexual. Deste xeito evítase a violación do **principio non bis in idem**, dereito fundamental segundo o cal non é posible sancionar máis dunha vez á mesma persoa polos mesmos feitos co mesmo fundamento.

Asemade, a devandita reforma inclúe tamén modificacións no tocante aos delitos contra a liberdade e a indemnidade sexual cometidos contra **menores de dezaseis anos**, mais estas non serán explicadas profundamente por non ser o estrito obxecto do traballo.

Con todo, malia o loable desexo de modificación buscado con esta nova lei, é preciso advertir que esta reforma só se puido aplicar a futuro, ao ter quedado consolidada a nova realidade normativa, de xeito irreversible, por efecto da LO 10/2022, tanto para os delitos cometidos antes da entrada en vigor da mesma como para os que se perpetraran baixo a vixencia da referida lei orgánica, é dicir, os ocorridos ata o 28 de abril de 2023. Isto é unha consecuencia, como xa se explicou, dos artigos 9.3 e 25.1 da Constitución Española, así como do precepto 2 do CP, que dispón que “no será castigado ningún delito con pena que non se halle prevista por ley anterior a su perpetración”.

Ademais, tamén resulta de aplicación a LO 10/2022 para os delitos cometidos antes da súa entrada en vigor e enruizados despois da súa derogación, xa no momento de vixencia da LO 4/2023, pois os reos teñen o dereito a que se lles aplique a **lei penal intermedia** se esta

⁵³ Cómpre incidir na agravante por parentesco, posto que a mesma se amplía a outros parentes antes non incluídos, como por exemplo os primos.

resulta máis favorable para eles (aínda que non fose a vixente nin no momento de comisión dos feitos nin no momento do axuizamento), xa que non son, en ningún caso, os culpables dos retrasos no funcionamento da Administración de Xustiza. Asemade, de establecer de novo penas máis altas na “contrarreforma” de 2023, en ningún caso se podería aplicar esta nova lei retroactivamente, pois a retroactividade da lei cando a mesma prexudica ao reo está claramente prohibida na nosa carta magna.

Así as cousas, cálculase que os efectos da rebaixa de penas aínda durarán entre tres e cinco anos dende a aprobación da “contrarreforma” de 2023, polo que só queda a esperanza de que a interpretación que poida realizar o Tribunal Supremo das vixentes disposicións transitorias recollidas no Código Penal sexa a máis acorde ás garantías penais das vítimas. Mentres tanto, en palabras de NOGUEIRA POL, E., “os xuíces estarán aplicando a lei e os avogados/as exercitando o dereito de defensa, como pilar fundamental dun Estado de dereito”⁵⁴.

4. Conclusións

Tras esta exhaustiva análise dos delitos contra a liberdade sexual e a súa evolución histórica no tocante, sobre todo, ao ben xurídico protexido e a súa regulación lexislativa, cómpre destacar, como broche final, os seguintes puntos:

1. A regulación legal deste tipo de delitos, así como a xurisprudencia, ten cambiado e evolucionado en gran medida co paso dos anos.
2. O ben xurídico protexido, na actualidade, é a liberdade e a indemnidade sexual.
3. O coñecido caso de “*La Manada*” marcou un antes e un despois na percepción social desta problemática e na loita contra a mesma, así como no cambio de regulación lexislativa.
4. A promulgación da LO 10/2022, “*ley del solo sí es sí*”, situou o consentimento no centro, establecendo como elemento esencial do tipo a falla de consentimento. Asemade, introduciu diversas modificacións, destacando a indiferenciación entre os delitos de abuso e agresión sexual, refundindo ambos baixo un só tipo delitivo alcumado agresión sexual. Con todo, esta lei foi obxecto de numerosas críticas, tanto a nivel social como xurídico, por mor das súas deficiencias técnicas e dos efectos que

⁵⁴ Artigo en La Voz de Galicia:
<https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2022/11/26/deberia-rectificar-gobierno-ley-solo-/00031669477819014723726.htm>

provocou: a rebaixa das penas a un considerable número de agresores sexuais e violadores, con consecuentes excarceracións.

5. En 2023 aprobouse a que sería chamada a “contrarreforma” da LO 10/2022, co obxectivo de reverter as consecuencias da mesma e frear as rebaixas de penas e excarceracións. Porén, neste punto entra en xogo o principio de aplicación retroactiva da lei penal máis favorable para o reo, garantizado constitucionalmente, polo que a aplicación desta lei só pode realizarse cara o futuro; isto é, é de aplicación aos feitos cometidos a partir da súa entrada en vigor.
6. Así mesmo, a LO 4/2023 introduciu novas modificacións nestes delitos, volvendo en certo modo a diferenciar entre o emprego ou non de violencia e intimidación na comisión dos feitos típicos, regresando, en parte, ao CP alcumado de “*La Manada*”.
7. A interpretación dos distintos textos legais realizada polos tribunais resulta, en todo caso, de suma importancia, pois a fin de contas son eles os que aplican as leis.

Reflexión persoal

Por último -pero non menos importante-, gustárame pechar este traballo aludindo ás posibles **solucións** a nivel social para tentar reducir en gran medida este tipo de condutas típicas que causan tanto dano e atentan en alto grao contra a liberdade dos individuos, sendo coñecedores, ademais, das elevadas cifras de delitos que neste ámbito se producen diariamente en todo o mundo.

Deste xeito, o pilar fundamental pasa pola educación de todas as persoas dende idades temperás en igualdade e en principios morais e éticos respectuosos cos demais individuos, pois se ben as penas para loitar contra esta lacra son importantes, o traballo de prevención aínda o é máis, xa que ten o fin de evitar a comisión deste tipo de delitos.

Con todo, resulta tamén crucial o traballo realizado *a posteriori*; por unha banda, no referido aos suxeitos activos, as penas impostas polos delitos cometidos teñen especial importancia, pois son mostra clara das consecuencias dos seus actos, ao tempo que axudan, en moitas ocasións, ao arrepentimento dos reos en prisión, grazas á axuda dos profesionais que traballan con eles e intentan reeducalos, aínda que a reinserción social neste ámbito sexa ás veces unha tarefa complicada, a cal non entramos a valorar neste traballo.

Por outra banda, e especialmente, é crucial o trato prestado aos suxeitos pasivos destes delitos, aos que verdadeiramente sufriron e sofren as consecuencias, primeiramente, dos actos delituosos e, ademais, das eivas lexislativas; é dicir, as vítimas.

Neste sentido, resulta importante, primeiro de todo, referirse ao medo que as vítimas adoitan ter para dar o primeiro paso tras sufrir un delito de índole sexual: denunciar os feitos ante a xustiza. Este medo ten a súa orixe, entre outros factores, no temor á repercusión social e mediática; isto é, ás consecuencias e opinións que se poidan presentar a nivel social. Así as cousas, cando unha vítima é capaz de denunciar os feitos, o que precisa é apoio dende as institucións a todos os niveis: psicolóxico, médico e, por suposto, xudicial. En ningún caso se pode provocar unha revitimización secundaria por mor do proceso penal de investigación e axuízamento dos feitos. Así as cousas, o lexislador debe traballar para ofrecer á sociedade un texto legal completo, autointegrado e sen ningún tipo de deficiencia técnica.

En Santiago de Compostela, a 17 de xuño de 2024.

5. Referencias bibliográficas

Contido dixital:

Diariolaley

Dialnet

Crimen y Castigo Podcast UEC. Consentimiento en delitos sexuales: Ley del Solo Sí es Sí (E6).

HERREROS HERNÁNDEZ, I., www.congreso.es, *Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género.*

Artigos de GUINARTE CABADA, G., e NOGUEIRA POL, E., en *La Voz de Galicia*:

<https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2022/11/26/deberia-rectificar-gobierno-ley-solo-00031669477819014723726.htm>

Lexislación:

Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Lei Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pola que se modifica a Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal.

Lei Orgánica 10/2022, de 6 de setembro, de garantía integral da liberdade sexual.

Lei Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para a modificación da Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, nos delitos contra a liberdade sexual, a Lei de Enxuízamento Criminal e a Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, reguladora da responsabilidade penal dos menores.

Manuais e artigos:

ACALE SÁNCHEZ, M., FARALDO CABANA, P. (directoras), RODRÍGUEZ-LÓPEZ, S., FUENTES-LOUREIRO, M.A. (2018). *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Tirant lo Blanch.*

MASFERRER, A. (2020). *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho Penal español en el marco de la cultura occidental.* Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), (2016), *Comentarios al Código Penal Español «Título VIII».* Aranzadi.

ASÚA BATARRITA, A. (1998). *Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes Culturales y Discurso Jurídico*, publicado no libro colectivo *Análisis del código penal desde la perspectiva del género*. Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer.

LUZÓN PEÑA, D.M. (1996). *Curso Penal General I*.

MIR PUIG, S. (1998). *Derecho Penal: Parte General*, 5ª edición.

BOIX REIG, J. (director) (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*, Volume I, edit. Iustel.

ACALE SÁNCHEZ, M. (2018). *Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género*.

GÓMEZ RIVERO, M.C. (2015). *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Volumen I, 2ª edic., Tecnos.

FARALDO CABANA, P. *Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales*.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.M., ESQUINAS VALVERDE, P. (Dirs.), MORALES HERNÁNDEZ, M.A. (coord.) (2022). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*. Aranzadi.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Derecho Penal, Parte Especial*. 19ª edición, Tirant lo Blanch.

ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.) (2016). *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª edición. Comares.

ACALE SÁNCHEZ, M. (2019) *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*. Reus Ed.

MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., y García Alberto, M. (Coords.), (2018) *Represión Penal y Estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi.

MONGE FERNÁNDEZ, A. (Dir.), PARRILLA VERGARA, J. (Coord.), (2019). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 1ª edic., J.B. Bosch.

MASFERRER, A. (2020). *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*. Aranzadi.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), (1997). *Comentarios al Código Penal*, Civitas.

GÓMEZ TOMILLO, M. 07-04 (2005). Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

ORTS BERENGUER, E./ BOIX REIG, F. J. (2001). Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999. *Revista Actualidad Penal*.

RAMÓN RIBAS, E. El concepto de intimidación en los delitos de agresiones sexuales. Comentario de la STS 1396/1999. *Revista de derecho y proceso penal*.

MUÑOZ CONDE, F. (2020). La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso *La Manada*. *Revista Criminalia*.

DÍAZ M., GARCÍA-CONLLEDO E TRAPERO BARREALES (2023). La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de *La Manada*? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm 25-18.

CUERDA ARNAU, M. L., (2010). “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género: consideraciones críticas” en *Revista General de Derecho Penal*, Nº 13, 2010.

Xurisprudencia:

SSTS de 2 de febreiro de 1998, de 28 de xuño de 1999 e 23 de decembro de 1999.

STS 61/2000, de 29 de xaneiro.

STS 819/2000, de 11 de maio.

STS 1239/2000, de 5 de xullo.

STS 1667/2002, de 16 de outubro.

STS 578/2004, de 26 de abril.

STS de 11 de outubro de 2007.

STS 914/2008, de 22 de decembro.

STS 421/2009, de 29 de xaneiro.

STS 14 xullo 2011.

STS 355/2015, de 28 de maio.

STS 953/2016, de 15 de decembro.

STS (Sala 2ª) de 21 de maio de 2019.

STS 14 de maio de 2020.

STS de 16 de decembro de 2020 (ROJ: 4326/2020).

STS 22 xullo 2022

Sentenza da Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 38/2018, de 20 de marzo.

Sentenza Penal Nº 112/2022, Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1, Rec 48/2020 de 06 de Abril de 2022.

SAP Álava 30 de maio de 2003

SAP de Barcelona, Sección 21ª, Rollo de Sumario 27/2023.