

## La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada? \*

Miguel Díaz y García-Conlledo y María A. Trapero Barreales

*Universidad de León*

---

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, MIGUEL y TRAPERO BARREALES, MARÍA A. 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*. 2023, núm. 25-18, pp. 1-51.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-18.pdf>

RESUMEN: A los pocos meses de la entrada en vigor de la LO de garantía integral de la libertad sexual se aprobó una “contrarreforma” por la LO 4/2023, que un sector político califica como “el regreso al Código Penal de la Manada”. Este trabajo estudia la reforma y trata de demostrar que no hay tal vuelta, sino incluso a veces una consideración aún más grave de los antiguos abusos sexuales.

PALABRAS CLAVE: agresión sexual, abuso sexual, violencia, intimidación, víctima sin voluntad o sentido, alternatividad, punitivismo.

TITLE: **The new reform of the offences against sexual freedom: a return to the Criminal Code of the Herd?**

ABSTRACT: A few months after the coming into effect of the Organic Law of integral guarantee of sexual freedom, a “counter-reform” has been approved by the OL 4/2023, which a political sector qualifies as “the return to the Criminal Code of the Herd”. This paper studies the reform and tries to demonstrate that there is no such return, but even sometimes an even more serious consideration of the old sexual abuses.

KEYWORDS: sexual aggression, sexual abuse, violence, intimidation, victim without will or sense, alternativity, punitivism.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 5 septiembre 2023

Contacto: [mdia@unileon.es](mailto:mdia@unileon.es)

---

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. El tratamiento diferenciado de las agresiones sexuales cometidas empleando violencia o intimidación ¿El regreso al CP de la Manada? 2.1. Las reformas (reforma y contrarreforma) legales y sus razones. 2.2 Las reacciones doctrinales a la reforma (a la contrarreforma). 3. La equiparación de las agresiones sexuales cometidas empleando violencia, intimidación con las realizadas sobre víctima con voluntad anulada por cualquier causa y exclusión de las cometidas sobre víctima privada de sentido. 4. El cambio en el art. 180.1 in fine CP (y art. 181.5 in fine CP). Implicaciones en la interpretación de los tipos básicos, atenuado y agravaciones de primer nivel de agresiones sexuales y violación. 5. Las agresiones sexuales a menores de 16 años. La adaptación a la nueva regulación de las agresiones sexuales de mayores de 16 años... ¿o algo más, no intencionadamente? 6. El efecto acumulativo de la LOGILS y la LO 4/2023: el incremento penológico para los delitos de agresiones sexuales. 7. A modo de conclusión. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), en las tareas de investigación de la UIC 166 CYL, y en las del GI DPULE.

## 1. Introducción

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LOGILS), incorporó importantes<sup>1</sup> cambios en la regulación de lo que rubrica solo

<sup>1</sup> Esta afirmación se puede relativizar si tenemos en cuenta las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque en la regulación anterior, a través de la tipificación de agresiones y abusos sexuales, se castigaban los actos sexuales realizados sin el consentimiento del sujeto pasivo (se ponía por tanto en el centro el consentimiento) y que lo que se hacía era diferenciar penológicamente según la forma y circunstancias que rodeaban la falta de consentimiento, básicamente utilización o no de violencia o intimidación, y según el propio acto o conducta sexual no consentida que se llevaba a cabo. En segundo lugar, los antiguos delitos de agresiones sexuales no se configuraban típicamente a través del requisito de la resistencia de la víctima, y tampoco era un elemento exigido por la reciente jurisprudencia. V., al respecto, entre otras, las SSTS SSTS 573/2017, 18 de julio (ECLI:ES:TS:2017:3187); 538/2018, 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3876); 292/2019, 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1728); 348/2019, 4 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2313); 145/2020, 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882); 886/2021, 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4213); 930/2022, 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489). En tercer lugar, porque, aunque no se contaba con una definición de consentimiento (al menos no era así hasta la entrada en vigor del Convenio del Consejo de Europa para la prevención de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul), indiscutiblemente con la jurisprudencia reciente se ha establecido la teoría general sobre el consentimiento, y siguiendo además el modelo del consentimiento positivo o afirmativo. Es decir, que los tribunales no afirmaban consentimiento en casos en los que la víctima permanece pasiva o en silencio. Y a veces en la explicación sobre la existencia o ausencia de consentimiento en el caso enjuiciado se ha recurrido precisamente a la definición del Convenio de Estambul. Y no faltan sentencias en las que se hace referencia al consentimiento expreso. V., entre otras, las SSTS 344/2019, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2200); 145/2020, 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882); 147/2020, 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1151); 369/2020, 3 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2490); 544/2022, de 1 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2192). Al respecto PASQUAU LIAÑO, 2023, señala que la ley del sí es sí no ha cambiado tanto como dijeron sus hacedores, ni tanto como han dicho de ella sus detractores. MAGRO SERVET, 2023b, 2, 7 ss., insiste en la tesis de que el TS ya estaba exigiendo el consentimiento para decidir si se había cometido o no una agresión sexual, antes de la aprobación de la LOGILS, citando a título de ejemplo las SSTS 664/2019, 14 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:93); 30/2020, 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:347); 444/2020, 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2904); 17/2021, 14 de enero (ECLI:ES:TS:2021:62); 886/2021, de 17 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4213); 460/2022, 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1863); 802/2022, 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3657). En todo caso, en el presente trabajo se va a hacer constante referencia no solo a las modificaciones introducidas por la LOGILS, sino también a la regulación de diversos delitos sexuales antes de la reforma y a los cambios que introduce la LO que reforma la LOGILS. Reproducir en cada caso el contenido de los preceptos a que nos estemos refiriendo tal vez ayudaría a seguir mejor nuestras reflexiones, pero creemos que extendería en exceso un trabajo ya de por sí largo e incluso podría producir en ocasiones el efecto contrario, entorpeciendo la lectura. Por ello, aun

delitos contra la libertad sexual, y, de manera específica, en las agresiones sexuales (y violación, en el caso de víctimas mayores de 16 años).

Esta nueva regulación está inspirada en un cambio de modelo, traducido en la denominación popular del texto legal: “ley del solo sí es sí”, pues introduce por primera vez una definición de consentimiento, siguiendo el modelo del consentimiento afirmativo (en el art. 178.1 CP), al tiempo que elimina la distinción entre los antiguos delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales para redefinir todo acto sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo como agresión sexual, equiparando penológicamente todos los supuestos subsumibles en ella (art. 178.1 y 2 CP), y, para determinados actos sexuales no consentidos como violación (art. 179). Ello solo para el caso de que la víctima sea mayor de 16 años (es más, apenas aparece el término agresión sexual en la redacción del art. 181 CP, cuando la víctima es menor de 16 años)<sup>2</sup>.

De manera sorprendente (por lo que ha provocado), a las pocas semanas de la entrada en vigor de la LOGILS (en octubre) se ha tenido noticia de un efecto que, vista la reacción de responsables políticos y, principalmente, de los impulsores de la reforma<sup>3</sup>, no era ni esperado ni, sobre todo, perseguido<sup>4</sup>: la posible aplicación retroactiva de la LOGILS porque supone la rebaja de penas, y algunas excarcelaciones, de condenados con la regulación antigua diferenciadora entre agresiones sexuales y abusos sexuales. No entraremos aquí a valorar si la aplicación retroactiva de la LOGILS se ha llevado a cabo de manera correcta en todos los supuestos, pues ello

conscientes de la dificultad de encontrar una solución satisfactoria para facilitar la comparación de cada artículo citado y seguir nuestra argumentación al respecto, vamos a optar por una genérica referencia a los arts. 178 ss. CP mediante enlaces. Para la regulación anterior a la LO 10/2022, de 6 de septiembre (LOGILS): <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=262&tn=1&p=20100623#a178>; tras la citada LOGILS: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=262&tn=1&p=20220907#a178>; y para la resultante tras la LO 4/2023, de 27 de abril: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

<sup>2</sup> Sobre las razones y argumentos para la reforma de los ahora denominados delitos de agresiones sexuales, en especial, para justificar la unificación de los antiguos delitos de agresiones y abusos sexuales en agresiones sexuales (y violación) y para la introducción de la definición de consentimiento siguiendo el modelo del sí es sí, v. DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 541-570; 2023.

<sup>3</sup> V., por ejemplo, las reacciones a las noticias publicadas sobre la revisión de condenas tras la entrada en vigor de la reforma, entre otras, en: <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html>; <https://www.lavanguardia.com/vida/20230123/8702695/rosell-califica-falacia-ley-s-permita-rebajar-penas.html>.

<sup>4</sup> La rebaja de penas sí se había planteado en el Anteproyecto de LOGILS; enviado el Anteproyecto a informe de los órganos preceptivos, el CGPJ advirtió de las consecuencias -la retroactividad- de los cambios que se planteaban en los marcos penológicos de los delitos de agresiones sexuales y violación (v. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>). Ante esta advertencia, en el Proyecto LOGILS se optó por el aumento de las penas, en los límites máximos, en la forma finalmente fue aprobada. Sobre lo comentado en el texto, v., entre otros, OLALDE GARCÍA, 2022, p. 4; DEL ROSAL BLASCO, 2022, p. 10; se adhiere a la opinión de OLALDE GARCÍA VALMAÑA OCHAÍTA, 2022, p. 12. De otra opinión, ACALE SÁNCHEZ, 2023b, al afirmar que la ley ha tenido la valentía de bajar limitadamente los topes mínimos de las penas de los delitos de agresiones sexuales, “a sabiendas, eso sí, de que incorporaba otros instrumentos que funcionarían como muros de contención de las rebajas de pena”.

excede del objetivo que nos hemos marcado. Pero lo que no cabe admitir es que toda aplicación retroactiva realizada sea incorrecta y debida a que la magistratura es “machista”, o que esto sucede porque “son fachas con toga”, tal como se ha afirmado por alguno de los impulsores políticos y la de la reforma<sup>5</sup>.

Durante meses se ha hecho un seguimiento inusual por los medios de comunicación de este efecto de la reforma, dando cuenta y computando las revisiones de condenas apreciadas por los tribunales y, lo que ha causado mayor estupor, la puesta en libertad “anticipada” de condenados con la anterior regulación como consecuencia de la revisión. Mediática y políticamente se ha generado (exageradamente) un clima de inseguridad y de miedo (al menos eso se refleja en los medios), al tiempo que parece también de injusticia, principalmente desde el punto de las víctimas, también de la ciudadanía en general, dando la impresión de que solo son justas las penas de prisión elevadas, y que los condenados por delitos sexuales son delincuentes peligrosos que volverán a las andadas por no haber cumplido en su totalidad la pena originaria impuesta por el juez<sup>6</sup>.

Este seguimiento diario de la revisión de sentencias, computando también el número de excarcelaciones, provocó que, en febrero de 2023, el Grupo Parlamentario Socialista presentara en solitario una Proposición de Ley Orgánica para reformar la LOGILS<sup>7</sup>. Tras su correspondiente trámite parlamentario la propuesta de reforma ya ha quedado plasmada en la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Como indica el título de la LO, se han modificado varias disposiciones normativas<sup>8</sup>. Interesa aquí solamente hacer un comentario a los cambios que afectan a los delitos de agresiones sexuales de los arts. 178 a 181 CP.

<sup>5</sup> No entraremos aquí a valorar si la aplicación retroactiva de la LOGILS se ha llevado a cabo de manera correcta en todos los supuestos, pues ello excede del objetivo que nos marcado. Pero lo que no cabe admitir es que toda aplicación retroactiva realizada sea incorrecta y debida a que la magistratura es “machista”, o que esto sucede porque “son fachas con toga”, tal como se ha afirmado por alguno de los impulsores políticos y la de la reforma. Sobre esto, objeta categóricamente GIMBERNAT ORDEIG, 2023, que los únicos responsables de las resoluciones favorables a los delincuentes sexuales son los autores de la ley.

<sup>6</sup> Así, LLORIA GARCÍA, 2023, señala que la contrarreforma posiblemente está muy condicionada por el estado de exaltación de la opinión pública que percibe injusticia en la rebaja de las penas, “sensación razonable si no se explican los motivos que llevan a la aplicación de dichas rebajas” (comillas destacadas por nosotros).

<sup>7</sup> V. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B Proposiciones de Ley, 17 de febrero de 2023, número 318-1. En el mes de diciembre de 2022 el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de LO de modificación del CP en lo relativo a los delitos de agresiones sexuales; en esta Proposición, aparte de otros cambios, se pretende diferenciar penológicamente entre agresiones sexuales cometidas con violencia o intimidación (recuperando las penas de los antiguos delitos de agresiones sexuales) y el resto de agresiones sexuales sin estos medios comisivos. V. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B Proposiciones de Ley, 23 de diciembre de 2022, número 306-1.

<sup>8</sup> El título de la LO 4/2023 alude a la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, también se modifican determinados preceptos que, en parte afectan a estos delitos, pero su ámbito aplicativo es mayor, como es el art. 132.1 CP en materia de prescripción, o que no tienen nada que ver con los delitos contra la

Tomando como referencia el texto de la LO 4/2023, en el Preámbulo se identifica la razón de la reforma: respetando el modelo establecido en la LOGILS, “es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual”<sup>9</sup>.

Dicho más claramente, y así se reconoce también en el Preámbulo: el principal objetivo de esta “contrarreforma” es establecer que las agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o intimidación o sobre víctimas que tienen anulada su voluntad por cualquier causa se castiguen con una pena más grave. Eso sí, se aclara que ya en la propia LOGILS se había previsto una pena más grave para las agresiones sexuales a menores de 16 años cometidas utilizando violencia o intimidación<sup>10</sup>, trasladándose ahora esto a las agresiones sexuales a mayores de 16 años y extendiéndolo a las agresiones sexuales sobre víctimas que tienen anulada la voluntad por cualquier causa.

En concreto, se propone la recuperación de los marcos penales de los antiguos delitos de agresiones sexuales y violación (a través de los oportunos cambios en los arts. 178, 179 y 180.1 CP), extendiéndolos a las cometidas sobre víctimas con la voluntad anulada, que en la regulación anterior a la reforma de la LOGILS eran calificadas y sancionadas como abusos sexuales, justificando el Preámbulo la equiparación en la igual gravedad de las conductas.

Estos cambios (o ajustes, porque en la regulación de la LOGILS ya se agravaba la pena de la agresión sexual sobre menor de 16 años cometida utilizando violencia o

libertad sexual, como es el cambio introducido en el art. 173.1 CP. En ambos casos estamos ante correcciones de desajustes originados por la LOGILS (en el art. 132 CP) o por la LO 14/2022, de 22 de diciembre (en el art. 173.1 CP). Así lo señala VELA MOURIZ, 2023, pp. 1 s., incluyendo en esta corrección de errores la modificación del art. 189 bis (este ya ubicado entre los delitos contra la libertad sexual). Sobre estos cambios operados por la LO 4/2023, v. MAGRO SERVET, 2023b, p. 6.

<sup>9</sup> Las razones de la contrarreforma que no aparecen claramente explicitadas en este Preámbulo son, como menciona (y valora negativamente) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023b, la alarma generada con la entrada en vigor de la LOGILS y el efecto no perseguido, vistas las reacciones, la rebaja de penas en determinados supuestos de agresiones sexuales (las violentas e intimidatorias principalmente). En una primera aproximación a esta propuesta de contrarreforma, este autor concluye que no es tampoco la regulación ideal de los delitos de agresiones sexuales. También PASQUAU LIAÑO, 2023, considera que la contrarreforma ha surgido, “al margen de exageradas alarmas sociales por la intolerancia de este tiempo con todo lo que sea cierta limitación del castigo penal, por cuestiones técnicas que no tienen que ver con la percepción de la gravedad de unos hechos y otros, sino por la pena que resulta en unos casos y otros por razones que no tienen que ver con lo sustantivo (la descripción de los delitos), sino con el laberíntico, tosco y arcaico sistema de ‘dosimetría penal’, es decir, de cálculo de la pena concreta”.

<sup>10</sup> Opina LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, p. 103, que la LOGILS formalmente ha suprimido la distinción entre agresiones y abusos en el caso de víctimas menores de 16 años, pero que en la práctica sigue existiendo, ya que es preciso determinar si ha habido o no violencia o intimidación para aplicar el tipo básico o el agravado del art. 181.1 o 2.

intimidación) alcanzan también a las agresiones sexuales a menores de 16 años, dando una explicación específica: para asegurar una más adecuada protección a los menores de edad, se recuperan las penas con las que se castigaban los delitos agravados contra la libertad sexual a menores de 16 años en la redacción anterior a la LOGILS (aunque es preciso aclarar que, en la regulación anterior, el acto sexual cometido sobre menor de 16 años con voluntad anulada no era calificado como agresión sexual, sino como abuso sexual, del tipo básico del antiguo art. 183.1 o del cualificado del antiguo art. 183.4).

Sigue afirmándose en el Preámbulo que no se está ante meras circunstancias agravantes que rodean al delito, sino ante elementos que están en la conducta misma y evidencian una mayor antijuridicidad, lo que precisa de una respuesta normativa diferenciada. La forma en que se plasma esta respuesta normativa-punitiva diferenciada es, como ya se ha indicado, la fijación de un marco penal específico, agravado (en arts. 178.3, 179.2 y 180.1 y en el art. 181.2, 4 y 5 CP), y la eliminación de la posibilidad de apreciar el tipo atenuado de agresión sexual del art. 178.4, y del art. 181.3 CP, cuando en la agresión se haya utilizado violencia, intimidación (algo que ya se prohibía con la LOGILS cuando la agresión sexual se cometía sobre víctima menor de 16 años) o cuando se cometa sobre la víctima que tiene anulada la voluntad por cualquier causa.

Por último, en el Preámbulo también se explican y justifican los cambios operados en los arts. 180.1 y 181.5 CP<sup>11</sup>. El que aquí interesa destacar es el que aparece en el

<sup>11</sup> En la LO 4/2023 se introducen otros cambios en la regulación de las agresiones sexuales: además del que se va a mencionar en el texto, en primer lugar, se plantea un cambio en la redacción de la circunstancia 5ª del art. 180.1 (y en el art. 181.5 e): cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. Se justifica este cambio tomando en consideración los datos que se extraen de la Macroencuesta de violencia sobre la mujer realizada en 2019; de ellos se deduce que en un porcentaje importante el agresor pertenece al círculo familiar y también que el hecho se comete en un domicilio. En segundo lugar, se introduce un cambio en el art. 180.1.7ª (y art. 181.5 g): cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. La sustitución del término autor por persona responsable se hace para evitar una indeseada falta de aplicación de esta circunstancia. En tercer lugar, se reenumeran los apartados del art. 181, con la justificación de haber añadido párrafos nuevos en este precepto. Pero veremos que no solo se ha hecho una reenumeración de apartados, sin que se haya explicado el cambio. Uno de los párrafos añadidos, realmente numerados, es el que se refiere al tipo atenuado, que antes aparecía en el art. 181.2 segundo párrafo, pasando a ocupar ahora el art. 181.3 (de esta manera se aclara que el tipo atenuado puede ser aplicado a las agresiones sexuales descritas en los apartados 1 y 2), y se ajusta la limitación de la aplicación de esta modalidad atenuada: no cabe cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurren las circunstancias del art. 181.5. En cuarto lugar, se hacen los ajustes ya mencionados en las circunstancias cualificantes que ahora aparecen en el art. 181.5. En quinto lugar, se prevé una regla de determinación de la pena en el art. 181.6 similar a la existente en el vigente art. 180.2 para cuando en la agresión sexual cometida sobre víctima menor de 16 años concurren dos o más circunstancias del art. 181.5. Este cambio se justifica afirmando que se corrige la omisión del tratamiento de la concurrencia de dos o más circunstancias de agravación en las agresiones sexuales a menores de 16 años, de modo coherente con víctimas mayores de esa edad. En la LO también se plantean cambios en el art. 14.3 LECrim para atribuir competencia a los Juzgados de lo Penal sobre el conocimiento de delitos contra la libertad sexual que venían conociendo antes de la entrada en vigor de la LO 8/2021 (en la DF 1ª), y cambios en el art. 10.2 LORRPM (DF 2ª). Y, a la vista de lo sucedido con la entrada en vigor de la LOGILS, y la falta de toda referencia a los

último párrafo del art. 180.1, y en el último párrafo del art. 181.5 CP: se sustituye el mero recordatorio del principio de *non bis in idem* o de la regla de la inherencia, expresamente mencionado en el art. 180.1 tras la reforma de la LOGILS (no así en el que hasta ahora era art. 181.4), por el principio del concurso de leyes de alternatividad o mayor gravedad punitiva (por tanto, sin que tampoco se produzca un *bis in idem*, pero optando siempre por la punición más grave) para el caso en el que el hecho pueda ser subsumido en los arts. 178/179 o 180.1 CP (o art. 181.2/4 y 5). En concreto, en el Preámbulo se explica este cambio señalando que “se resuelve el problema que se produce en aquellos casos agravados en los que concurren las mismas circunstancias de las modalidades típicas previstas en los arts. 178 y 179 del Código Penal (artículo 181., 2 y 3 en caso de víctimas menores de edad)”<sup>12</sup>.

Desde que se presentara la Proposición de LO por el Grupo Parlamentario Socialista en el mes de febrero, el debate se ha centrado en si se debía plantear y, en caso afirmativo, cómo, un tratamiento penológico diferenciado para las agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o intimidación. Ha pasado a segundo plano si este tratamiento diferenciado, y cómo, también es trasladable a otros supuestos de agresiones sexuales, en concreto a la cometida sobre víctima que tiene anulada la voluntad y a otros supuestos similares, y menos aún han sido objeto de comentario los cambios operados en el art. 180.1 *in fine* y su traslación al art. 181.5 *in fine*, que repercute además o provoca el efecto contrario al buscado, esto es, que la agravación de la pena se plantee no tanto para los casos de utilización de violencia, intimidación o con víctima que tiene anulada su voluntad como para el resto de supuestos de la definición auténtica de agresión sexual del art. 178.2 CP. Tampoco han suscitado especial interés los cambios en la redacción/renumeración realizada en el art. 181 CP. Y, finalmente, y esto es también preocupante, tampoco ha sido objeto de atención, no ya el excesivo punitivismo que se percibe en la regulación de las agresiones sexuales<sup>13</sup>, no tocando los techos máximos de las penas con las que se castigan estas

problemas de retroactividad que podría plantear, en la LO sí se ha incluido el régimen de Derecho transitorio a través de la DT primera, legislación aplicable, DT segunda, revisión de sentencias, y DT tercera, reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos, completada con la DT cuarta, procedimientos penales en tramitación, para tomar en consideración la reforma LECrim. Sobre los cambios operados en la LECrim, v. MAGRO SERVET, 2023b, p. 6.

<sup>12</sup> En la regulación aprobada por la LOGILS, con la unificación de todo acto sexual como agresión sexual, pero manteniendo la distinción entre tipo básico (y atenuado) y tipos agravados, de primer nivel por la conducta sexual, y, sobre todo, de segundo nivel, en el art. 180.1, se ha querido resolver el posible conflicto entre las diferentes modalidades delictivas a través del principio *non bis in idem*. Así aparece expresamente recogido en el art. 180.1, y debe entenderse que también es aplicable en las agresiones sexuales a menores de 16 años, aunque no hay una referencia expresa a este principio en el art. 181.4. Hace una primera interpretación de los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años, tomando en consideración este principio en la solución del conflicto entre tipos básicos y agravados, LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, pp. 105 ss., 111 ss.

<sup>13</sup> Sobre el exceso punitivo, hay coincidencia entre los partidarios y los detractores de la reforma llevada a cabo por la LOGILS. V., entre otros muchos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violación?>; 2022b; ACALE SÁNCHEZ, 2019a, p. 241; 2019b, pp. 427 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, pp. 28 s.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2021; RAMÍREZ ORTIZ, 2021b, p. 514; CANCIO MELIÁ, 2022c, p. 306, quien sostiene que persiste una anomalía histórica legislativa;

modalidades delictivas, sino el que la recuperación de los marcos penales de los antiguos delitos de agresiones sexuales no se ha acompasado con la revisión de los marcos penales de los delitos de agresiones sexuales tal como quedaron redactados con la LOGILS.

Estos aspectos van a ser objeto de valoración en este trabajo<sup>14</sup>, intentando responder también sobre la veracidad del slogan ya esgrimido contra la Proposición de LO en el mes de febrero de 2023: ¿estamos ante el regreso al CP de la Manada?

## 2. El tratamiento diferenciado de las agresiones sexuales cometidas empleando violencia o intimidación ¿El regreso al CP de la Manada?

### 2.1. Las reformas (reforma y contrarreforma) legales y sus razones

La LOGILS eliminó la anterior distinción entre agresiones y abusos sexuales, procediendo a la reunificación de todo acto sexual no consentido bajo el *nomen iuris* de agresión sexual, en el art. 178.1 CP, completado con una definición auténtica, ejemplificativa, de actos que, en todo caso, son constitutivos de agresión sexual, en el art. 178.2 CP. Ello se acompañó de un único marco penal, sin diferenciar entre supuestos, circunstancias y/o medios comisivos utilizados y/o aprovechados en la comisión, que existía en la regulación anterior. Se trasladó a la individualización judicial de la pena la operación de establecer las diferencias entre los distintos supuestos subsumibles en la redacción del delito de agresión sexual del art. 178.1 (y 2) CP. Este mismo planteamiento se llevó al delito de violación, término con el que se denomina a todos

MESTRE DELGADO, 2022, p. 2; ÁLVAREZ GARCÍA, 2023, p. 23 nota 44; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023a; 2023b; LLORIA GARCÍA, 2023; DE LORA, 2023a. Como ya se ha señalado anteriormente, en el Anteproyecto LOGILS sí se planteaba una reducción de los límites máximos de las penas de prisión en agresiones sexuales y violación (en concreto, para el delito de violación y las modalidades agravadas de agresión sexual y violación del art. 180), una circunstancia que fue advertida por el CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>). En el Proyecto LOGILS se “da marcha atrás” en esta decisión. Sobre ello, ACALE SÁNCHEZ, 2021, p. 172, destaca que la decisión final ha sido elevar los límites máximos de las penas previstas en los delitos más graves, los de los arts. 179, 180 (y 181.3), advirtiendo que las críticas que calificaban de punitivista la reforma en relación con el Anteproyecto 2020 carecían de fundamento porque en el fondo lo que se ha detectado es que en algunas figuras bajaban las penas. La elevación del límite máximo se traduce, ahora sí, en un endurecimiento de la respuesta penal frente a delitos ya de por sí gravemente penados. Pero el hecho de que se trate de una elevación de los límites máximos y no de los mínimos reduce la aplicación de estas graves penas a los supuestos también graves. Concluye esta autora que la elevación de las penas en los límites máximos en los arts. 179, 180, 181 no ha quedado debidamente justificada por una mayor afectación del bien jurídico protegido (p. 177).

<sup>14</sup> En él se van a tomar como referencia los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales de los antiguos arts. 178 a 183, sin contar con el antiguo delito de abusos sexuales a menores entre 16 a 18 años (el antiguo art. 182). Sí ha de aclararse que la LOGILS eliminó el antiguo delito de abuso sexual de menores entre 16 a 18 años, no porque se hayan destipificado tales hechos, sino porque han de ser castigados ahora a través de los arts. 178 a 180 CP.

los supuestos de acceso carnal (por vía vaginal, anal o bucal) o introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal no consentidos (art. 179 CP).

En la práctica esto significó que la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación (primer grupo de supuestos) no se diferencia penológicamente de la agresión sexual cometida sin ellas, cuando la víctima no ha consentido -la agresión sorpresiva, por ejemplo- o, utilizando ya la definición del art. 178.2, la agresión sexual (y lo es por falta de consentimiento) cometida abusando de la situación de superioridad, o de la vulnerabilidad de la víctima, o abusando de su situación mental, o la agresión sexual sobre víctima privada de sentido o con la voluntad anulada (segundo grupo de supuestos). Ello provocó además el efecto colateral, no buscado, de la LOGILS: la aplicación retroactiva rebajando las penas de condenados bajo la vigencia de la regulación anterior.

La LO 4/2023 trata de poner fin a este efecto retroactivo (obviamente de cara al futuro, como se reconoce en el propio Preámbulo), al recuperar el tratamiento penológico de los antiguos delitos de agresiones sexuales: se castigará con prisión de 1 a 5 años la agresión sexual cuando esta se cometa empleando violencia, intimidación o, como añadido, sobre víctima que tiene anulada la voluntad por cualquier causa (antiguo abuso sexual). Y se castigará con la pena de prisión de 6 a 12 años si la violación del art. 179 se comete empleando violencia, intimidación o cuando la víctima tenga anulada la voluntad por cualquier causa (antiguo abuso sexual agravado en el entonces art. 181.4, con prisión de 4 a 10 años). Las agravaciones de las penas también se han trasladado al art. 180.

Y se han hecho los ajustes penológicos correspondientes en las agresiones sexuales a menores de 16 años, recuperando aquí también las penas de las agresiones sexuales de la regulación anterior, aunque hay que advertir ya que no se ha hecho exactamente igual, al recuperarse las penas más graves, sí, pero para que sean aplicadas a la nueva forma de describir las agresiones sexuales a menores derivada de la LOGILS y reformulada con la LO 4/2023.

Hay que recordar la justificación dada en el Preámbulo para introducir este cambio en los arts. 178.3 y 179.2 (y 180.1, que también se traslada al art. 181): no se está ante meras circunstancias agravantes que rodean el delito, son elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuridicidad.

Esta justificación no es demasiado clarificadora y puede generar precisamente el efecto contrario al perseguido. Esto es, puede servir para convertir en elementos nucleares de la agresión sexual la violencia o la intimidación o que la víctima tenga anulada la voluntad por cualquier causa, dejando en un segundo plano lo que es muy relevante en la agresión sexual, a saber, que el sujeto pasivo se ve involucrado en un acto sexual sin su consentimiento. Y esto es precisamente lo que quería evitarse con la LOGILS, buscando la equiparación, en la definición y con un único marco penológico, de todo acto sexual no consentido como agresión sexual.

La cuestión que inmediatamente surge es si, efectivamente, se está recuperando *de facto* la antigua diferenciación entre agresiones y abusos sexuales (en la sanción penal, que no en la denominación, siempre agresión sexual), y si se está atacando la filosofía de la LOGILS, que es, recordemos, la definición de la agresión sexual tomando como núcleo o eje central el consentimiento<sup>15</sup> como este se define en el art. 178.1 segundo inciso CP, y si, para alcanzar este objetivo, se ha de unificar bajo un único precepto y un único marco penológico todo acto sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo, como sucedía en la LO reformada. Y, en definitiva, si se está volviendo o no al CP de la Manada, el eslogan tantas veces utilizado para rechazar esta reforma por partido con representación minoritaria en el Gobierno<sup>16</sup>.

Resulta necesario mencionar de manera sucinta alguna de las razones esgrimidas para justificar la reforma operada por la LOGILS, plasmadas en el Preámbulo de esta LO<sup>17</sup>.

Se argumentaba que, con el CP anterior a la LOGILS (el “de La Manada”), la protección de las víctimas, en una proporción muy elevada mujeres (y menores de ambos sexos), frente a ataques a su libertad sexual era muy deficitaria porque la víctima se tenía que resistir para que el sujeto activo fuera condenado por agresión sexual, de tal modo que la falta de resistencia daba lugar a rechazar el delito de agresión

<sup>15</sup> Como los impulsores de la reforma insisten constantemente en sus declaraciones, como si la regulación de estos delitos, ya desde 1989 -fecha en la que se cambia por primera vez la rúbrica de los delitos contra la honestidad a delitos contra la libertad sexual- no tuviera en el centro el consentimiento.

<sup>16</sup> V. la noticia publicada en <https://www.publico.es/politica/psoe-vuelta-codigo-penal-manada.html>. Sobre el CP de la Manada, v. también la opinión de IGLESIAS en <https://www.publico.es/videos/iframe/1043447>: “básicamente volver al modelo penal de La Manada, donde lo principal no es el consentimiento sino que las mujeres violadas demuestren, con heridas, que han sido objeto de violencia e intimidación”; y la plataforma unitaria contra las violencias de género de Cataluña, en: <https://www.violenciadegenere.org/sites/default/files/2023/Comunicat%20viol%C3%A8ncia%20sexual%20PUCVG.pdf>: “No queremos que vuelva a victimizarse y atemorizar a la mujer agredida sobre si se ha resistido, si lo ha querido, si ha provocado, si se lo ha buscado, si ha sido un malentendido, si el agresor es respetable, si no quería hacerlo, si ha tenido un mal momento, si se ha caído en la tentación. No queremos que se juzgue de hecho a la mujer para justificar o exculpar al agresor”. Más bien se trata de lemas, no de argumentos, como el referido a que se saca al consentimiento del centro, o, más claramente, se vuelve al CP de la Manada, tal como ha apuntado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023b, quien, además, refiriéndose al último lema, recuerda lo que supuso aplicar el CP de la Manada a los acusados en ese caso: la condena a 15 años de prisión por el delito de violación (y las correspondientes penas accesorias y medida de libertad vigilada y sin contar el resto de delitos). Y sobre el uso de este eslogan LLORIA GARCÍA, 2023, recuerda que el CP de la Manada es el CP de la democracia, por lo que no entiende la crítica. Hace también una valoración crítica de este eslogan, recordando además qué supuso la aplicación del CP de la Manada a este caso tan mediático, todo lo contrario de lo que se le pretende achacar (no deja desamparadas a las víctimas, todo lo contrario), GIMBERNAT ORDEIG, 2023, según el cual, si, con el CP de la Manada, en las manifestaciones ciudadanas se criticaba la resolución a la que se había llegado en la SAP Navarra con los eslóganes “no es abuso, es violación”, calificación que, efectivamente, se ha hecho en la STS resolviendo el recurso de casación, con el CP de la Manada en la mano, después, con la LOGILS el eslogan se hubiera transformado “no es violación, es abuso”, porque la nueva redacción del art. 179 permite imponer la pena del antiguo abuso sexual a la violación cometida utilizando violencia o intimidación.

<sup>17</sup> Para un análisis crítico más detallado de esas razones, v., por todos, DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 545-570; 2023; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023a; 2023b.

sexual y, si además la víctima no exteriorizaba de alguna manera su negativa, también el delito de abuso sexual. Esa regulación daría excesiva importancia, hasta el punto de convertirse en elementos esenciales, a la violencia o intimidación. Con ella el silencio y la pasividad del sujeto pasivo eran interpretados judicialmente como consentimiento y, por tanto, para que se apreciara el ataque a la libertad sexual, era preciso que la víctima emitiera o exteriorizara su negativa. Finalmente, la anterior regulación generaría un efecto revictimizador injustificado.

Las reacciones a la SAP Navarra 38/2018, de 20 de marzo, en la que se acaba condenando a los implicados en este caso por abusos sexuales y, sobre todo, al voto particular absolutorio de uno de los Magistrados, son la prueba más palmaria de cómo un caso especialmente mediático, con una solución que podría ser poco satisfactoria, es utilizado para probar que esta es la regla general, y, así, construir las razones antes enumeradas para demostrar la imperiosa necesidad de modificar la regulación penal de algunos delitos contra la libertad sexual<sup>18</sup>.

La apelación a la vuelta al CP de la Manada parece implicar la vuelta a lo que (algunos) partidarios de la reforma han dado como argumento probado (sin probarlo): la agresión sexual volverá a basarse en la resistencia de la víctima, el silencio y la pasividad por bloqueo volverá a ser consentimiento<sup>19</sup>. Y este reproche parece esconder incluso algo que en un primer momento sí parecía admitirse en el Anteproyecto LOGILS, pero que finalmente se eliminó del Preámbulo de la LOGILS: la inversión de la carga de la prueba<sup>20</sup>.

Pero ni lo primero es cierto ni lo segundo es, además, defendible. La interpretación jurisprudencial de los antiguos delitos de agresiones sexuales ya no se basaba en la resistencia de la víctima, por la sencilla razón de que la resistencia no era (ni es) elemento típico; la intimidación se deducía del contexto y de las circunstancias concurrentes, tal como se demuestra con la jurisprudencia sentada sobre la intimidación ambiental. La condena o absolución por un delito contra la libertad sexual no dependía de si la víctima manifestaba o no su negativa: también en casos de

<sup>18</sup> V., al respecto, el comentario de GIMBERNAT ORDEIG, 2023.

<sup>19</sup> Así, ACALE SÁNCHEZ, 2023b, comentando la Proposición de LO, habla de “la vuelta a la arena de los tribunales de justicia de las estrategias de defensa procesales que tanto has disfrutado (‘la víctima no se resistió’, ‘no cerró bien las piernas’ y en términos generales ‘ella es la única culpable de todo lo que le pasa’); de la misma opinión GUTIÉRREZ-SOLANA, 2023, al afirmar que con la contrarreforma se vuelve al CP anterior, “el que consideraba que el grado de resistencia de la mujer víctima definía la existencia o no de violación”. Crítico con esas afirmaciones, GIMBERNAT ORDEIG, 2023, quien cree que no se ha aportado ninguna STS en la que se haya establecido que no ha existido violación intimidatoria “si la mujer no hubiera cerrado bien las piernas”, ni violenta si no se encuentra en el cuerpo de la mujer alguna marca física. Y añade que no se ha aportado tal prueba porque no la hay, pues el TS (con cita de SSTs recientes) dice todo lo contrario de lo que le achaca, sobre todo, el Grupo Parlamentario de Unidas Podemos.

<sup>20</sup> CANCIO MELIÁ, 2023, rechaza la idea de que volviendo al esquema anterior se programe “un calvario probatorio” para la víctima. Y deja claro algo que no debería necesitar aclaración: es la acusación a quien compete demostrar que se ha cometido un delito por falta de consentimiento; esta falta de consentimiento se puede referir a cualquiera de los supuestos que aparecen mencionados en la definición legal del art. 178.2 CP, pero habrá que probarla en el caso concreto.

silencio o pasividad, donde no constaba inequívocamente el “no”, se condenaba por agresión o abuso sexual, por la sencilla razón de que quedaba probado fuera de toda duda razonable que la víctima no había prestado un consentimiento libre y voluntario.

Los elementos del delito y la ausencia de consentimiento deben ser probados. Y, además, para que el juez pueda establecer la pena que corresponda a la gravedad del hecho cometido, también será preciso que se prueben todas las circunstancias concurrentes en la agresión sexual: si se ha utilizado o no violencia, si la víctima es vulnerable o especialmente vulnerable, si está o no privada de sentido, etc.

También en el actual art. 178.2 CP (anterior ya a la contrarreforma) se señala que será siempre agresión sexual el acto sexual realizado utilizando violencia o intimidación; ¿cómo se va a saber tal cosa si no se prueba la violencia o intimidación? ¿Por qué en ese caso no existiría el “calvario probatorio” para la víctima que se achaca al “CP de la Manada”? Los impulsores de la ley, vista la reacción ante la aplicación retroactiva de la LOGILS, han admitido que las agresiones violentas o intimidatorias se castiguen más gravemente que el resto de las agresiones sexuales no consentidas<sup>21</sup>, pero entonces, para que la pena se ajuste a la gravedad del hecho, es preciso que esto se pruebe en el proceso penal. Y si se reconoce que la agresión sexual violenta o cometida mediante intimidación tiene que ser tratada penológicamente de manera diferente, no aplicando en estos casos los límites mínimos de las penas con las que se castigan estas figuras delictivas, entonces ¿qué problema hay en que sea la ley la que establezca este parámetro para la individualización de la pena? Porque, entre otras cosas, si es la ley la que fija tal criterio, de aplicación obligatoria por los jueces, se estará ganando en seguridad jurídica.

Y, si con la “vuelta al CP de la Manada” lo que se quisiera destacar es que los jueces van a tener que entrar a diferenciar violencia o, sobre todo, intimidación de abuso de superioridad, algo nada sencillo y que fue en realidad el problema interpretativo -o de subsunción- que se planteó en el caso de la Manada (dejando al margen el voto particular referido), el propio TS, en la casación en este caso, declaró la existencia de intimidación ambiental, definiéndola y resolviendo así uno de los casos problemáticos de diferenciación entre intimidación y prevalimiento de la situación de superioridad.

Ahora bien, si los partidarios de la LOGILS pretendían que los jueces efectivamente discriminaran penológicamente entre agresiones con violencia o con intimidación y el resto sin que concurran estos medios, entonces también con la LOGILS

<sup>21</sup> Sobre este particular afirmaba GIMBERNAT ORDEIG, 2023, que es el legislador de la LOGILS el primero que no se cree que sean igualmente graves un tocamiento sin el consentimiento ejecutado con violencia o intimidación que el mismo tocamiento realizado con el consentimiento, pero viciado por la situación de prevalimiento, pues no se ha quedado con las penas de las antiguas agresiones sexuales. Y añade que, de ser efectivamente igual de graves, en el art. 179, que abarca actos cometidos con violencia o intimidación o sin ellas, el legislador tendría que haber optado por la pena de prisión de 6 a 12 años, en lugar de por la pena de 4 a 12 años.

la delimitación entre intimidación y abuso de superioridad era en ocasiones sencillo, pero en otras enormemente complicado.

Y, por fin, los impulsores de la LOGILS rechazan la reforma que ha acabado plasmada en la LO 4/2023 como “vuelta al CP de la Manada”, porque se regresa material, aunque no nominalmente, a la antigua distinción entre agresiones y abusos y el consentimiento deja de ser el eje o el centro de la regulación de los delitos contra la libertad sexual. Al margen de que el consentimiento ha sido y es el eje de la regulación, desde el momento en que se protege la libertad sexual individual, la LO 4/2023 no toca en absoluto la redacción del art. 178.1 y 2 y, por tanto, mantiene la definición, cerrada, de consentimiento en materia sexual<sup>22</sup> y, dejando de lado si esta definición debería mantenerse o suprimirse, o, como mal menor, modificarse, porque, como insistentemente se ha puesto de relieve desde que se dio el primer paso de la que ha acabado siendo LOGILS, el problema del consentimiento no es de definición, sino de prueba<sup>23</sup>, esos impulsores olvidan algo más: la diferenciación entre agresiones sexuales utilizando violencia o intimidación y el resto de agresiones sexuales ha sido mantenida en la LOGILS en la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años, desde luego a la hora de apreciar el primer nivel de agravación de las agresiones sexuales, ya que se excluye en todo caso la posibilidad de que se aprecie el tipo atenuado de agresión sexual si se ha empleado la violencia o la intimidación para cometer la agresión sexual (en el art. 181.2 en su redacción por la LOGILS).

Si el planteamiento de partida denunciado se corresponde con la realidad judicial, entonces ¿acaso en menores no resulta difícil demostrar que ha habido violencia o intimidación? ¿Acaso los menores de 16 años tienen que seguir resistiéndose para

<sup>22</sup> Reconoce FERNÁNDEZ TERUELO, en: <https://www.huffingtonpost.es/politica/que-queda-ley-si-si-reforma-psoe-claves-entenderlo.html>, que el consentimiento no se cambia respecto de la LOGILS. También VELA MOURIZ, 2023, p. 1, señala que la LO 4/2023 mantiene la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual, o lo que es lo mismo, “solo el sí sigue siendo sí”.

<sup>23</sup> V., entre otros muchos, el CGPJ en el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, añadiendo que las dificultades probatorias no se pueden trasladar al ámbito de la tipicidad; ESCANILLA, 2021, p. 3; ESTEVE MALLENT, 2021, pp. 40, 50 s., 51; LÓPEZ MARCHENA, 2021, p. 4 nota 66, p. 13; CAMPANER MUÑOZ, 2022; ESCRIBUELA CHUMILLA, 2022, p. 917; MANZANARES SAMANIEGO, 2022, p. 16; DE LA MATA BARRANCO, 2022; MESTRE DELGADO, 2022, p. 2; RUBIDO DE LA TORRE, 2022, p. 5; VALMAÑA OCHAÍTA, 2022, p. 4; AGUSTINA, 2023, pp. 47 s.; MARTÍNEZ DE ABREU, 2023, p. 133; TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 29. Insiste en esta objeción, una vez aprobada la LO 4/2023, DE LORA, 2023b. De innecesaria, porque no aporta nada, ni siquiera claridad, la califica FERNANDES ROMERO, 2023, añadiendo que la LOGILS no ha incorporado absolutamente nada que no estuviera ya previsto por la jurisprudencia. Por ejemplo, v. más ampliamente sobre los problemas probatorios del consentimiento en caso de consumo de drogas o alcohol, por todos, CERRATO GURI/CASANOVA MARTÍ, 2023, pp. 155 ss. Ahora bien, desde el momento en el que se introduce en el art. 178.1 una referencia/definición de consentimiento, lo que puede ocurrir es lo que señala ACALE SÁNCHEZ, 2020, p. 56: “de entrar en vigor esta nueva regulación, la ley española hace un balance con otros datos y ha decidido hacer apoyar a la víctima y en caso de duda, *in dubio, pro víctima*”, lo que creemos puede tener implicaciones que afectan a la vigencia de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Para más detalles sobre el argumento de que se ha de cambiar el modelo del no es no por el modelo del solo sí es sí o consentimiento afirmativo, y la forma en que ha sido plasmado en el art. 178.1 segundo inciso CP, v., por todos, DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 564 ss.; 2023; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023a; 2023b.

que, efectivamente, se aplique el tipo agravado de agresión sexual? ¿Acaso no es preocupante que los tribunales absuelvan porque los menores permanezcan en silencio, pasivos y, por tanto, deduzcan que han consentido el acto sexual -un consentimiento que, a continuación, esto sí, tiene que ser valorado con la cláusula “Romeo y Julieta”-?

Durante la presentación de enmiendas a la Proposición de LO (la “contrarreforma”), el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem Galicia en Común propuso introducir la agravación para la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación, no en los arts. 178 y 179, sino en el art. 180.1.2ª CP<sup>24</sup>. Pero, visto el argumento-eslogan acabado de mencionar, si efectivamente genera el efecto que se denuncia, ¿la incorporación de la agravación en el art. 180 salva todos los inconvenientes mencionados?

## 2.2. *Las reacciones doctrinales a la reforma (a la contrarreforma)*

La reacción doctrinal a la reforma de la LOGILS no se ha hecho esperar. Y ha sido, claro, dispar.

Un primer grupo ha hecho una valoración positiva. Así, entre otros<sup>25</sup>, LLORIA GARCÍA<sup>26</sup> considera que la introducción de la agravación para la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación era una necesidad técnica para cumplir con el principio de proporcionalidad. Ahora bien, matiza que no está de acuerdo con las consecuencias penológicas introducidas.

También QUINTERO OLIVARES<sup>27</sup> ha hecho en general una valoración positiva por la recuperación de la diferenciación entre agresiones y abusos, lo que ha de entenderse que se refiere a la diferenciación entre agresiones sexuales violentas o intimidatorias y el resto<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> V. la enmienda número 44 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem Galicia en Común. El Grupo Parlamentario Republicano Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu también presentó varias enmiendas (las número 13, 15 y 16), para rechazar los cambios en los arts. 178.3 y 179.2 y, en su lugar, pasar la agravación de la agresión sexual empleando violencia o intimidación al art. 180.1.2ª (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, Proposiciones de Ley, 19 de abril de 2023).

<sup>25</sup> En este primer grupo también ha de incluirse a GIMBERNAT ORDEIG, 2023.

<sup>26</sup> LLORIA GARCÍA, 2023.

<sup>27</sup> QUINTERO OLIVARES, 2023.

<sup>28</sup> Es previsible una valoración positiva de la diferenciación legal entre agresiones sexuales con violencia o intimidación y el resto por el sector doctrinal crítico con la unificación de todo acto sexual como agresión sexual. V., para más detalles sobre este sector doctrinal que rechaza la reforma operada por la LOGILS en este aspecto, DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 552 ss. notas 16 y 17; 2023. Y también es previsible que valore positivamente la disposición legal que agrava la pena en agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o intimidación el sector doctrinal partidario de la reforma operada por la LOGILS (la eliminación de la antigua distinción entre agresiones y abusos sexuales), pero reclamando un tratamiento penológico diferenciado para las agresiones sexuales violentas o intimidatorias. Esta era la tesis que expresamente defendió COMAS D'ARGEMIR, 2021, pp. 22, 28. Claro está, si aceptan que la plasmación en la LO 4/2023 no supone atacar el núcleo y filosofía de la LOGILS. Sobre este sector doctrinal, v. DÍAZ/TRAPERO, 2023.

En este primer grupo se ha de incluir también a MAGRO SERVET<sup>29</sup>, ya que considera que con esta iniciativa legislativa se modifican solo aspectos puntuales en materia de penalidad, pero en esencia se mantiene la LOGILS. O a PASQUAU LIAÑO<sup>30</sup>, quien, de manera gráfica, afirma que “es poco más que un arreglo que estira por acá y cose por allá”, señalando además que, habiendo violencia o intimidación, la pena mínima (en la violación) no puede ser inferior a 6 años, cuando en la LOGILS podía bajar a 4 años. “Ya está, eso es todo”.

Pero precisamente la afirmación de MAGRO SERVET de que son aspectos puntuales puede ponerse seriamente en entredicho. Y, en relación con PASQUAU LIAÑO, tampoco es cierto que la contrarreforma se limite a aclarar que en caso de violación la pena mínima es 6 años y ya está. Esto se explicará más adelante en la valoración del cambio introducido en el art. 180.1, sustituyendo la mención a la inherencia o al principio *non bis in idem* por el principio de alternatividad en la resolución del conflicto entre la subsunción del hecho en los arts. 178/179 o 180 (y lo mismo en las agresiones sexuales a menores de 16 años).

Un segundo grupo hace una valoración algo más neutra. Así, algunos autores como FERNÁNDEZ TERUELO<sup>31</sup>, han reconocido que con la reforma de la LO 4/2023 se vuelve *de facto* al modelo anterior (sin emitir valoración), ha de entenderse en el sentido de que se diferencia penológicamente como en el modelo anterior entre agresiones y abusos sexuales. Su valoración sí es claramente negativa en cuanto al efecto endurecedor de las penas en esta LO 4/2023.

CANCIO MELIÁ<sup>32</sup> ha señalado que esta opción de volver a la distinción entre agresiones con o sin violencia no es una panacea. Señala que, con la regulación plasmada en los arts. 178 y 179 en la versión de la LOGILS, normalmente se podía establecer judicialmente una diferencia penológica y ello sería lo habitual<sup>33</sup>. La opción

<sup>29</sup> MAGRO SERVET, 2023a, p. 1; 2023b, pp. 1, 14, donde afirma que la LO 4/2023 tiene como eje el regreso al sistema de penas como principal modificación. Más adelante, en su explicación de la definición legal de agresión sexual del art. 178.2, parece estar de acuerdo con los cambios introducidos por la LOGILS (p. 10, al menos en el tratamiento de la agresión sobre víctima privada de sentido). Y parece criticar la reforma operada por la LO 4/2023, ya que en la explicación del art. 180.1 señala que se ha de imponer la pena de prisión de 2 a 8 años cuando concorra alguna de las circunstancias cualificantes en la agresión sexual del art. 178.1, pero la misma pena también cuando se trate de la agresión sexual del art. 178.2 (abusando de la situación de superioridad o de la vulnerabilidad de la víctima) (p. 12).

<sup>30</sup> PASQUAU LIAÑO, 2023.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, entrevista recogida en: <https://www.huffington.post.es/politica/que-queda-ley-si-reforma-psoe-claves-entenderlo.html>.

<sup>32</sup> CANCIO MELIÁ, 2023. Para probar que con la regulación introducida con la LOGILS la diferencia penológica ya se puede alcanzar, compara la agresión sexual doblegando la voluntad de la víctima amenazándola con un arma blanca y la agresión aprovechando que la víctima está ebria y no podría consentir válidamente: el uso del cuchillo generalmente será (casi siempre) más grave que el otro supuesto. Siendo ello así, debemos subrayar que ello quedaba al arbitrio judicial dentro del amplio margen de determinación de la pena en la LOGILS. Y, además, con la nueva LO, el juez precisamente tendrá difícil hacer la distinción valorativa que propone el ejemplo de CANCIO, pues se equipara penológicamente la utilización de la violencia e intimidación con el supuesto de incapacidad para consentir, de manera temporal o definitiva, cuando la víctima tiene anulada la voluntad por cualquier causa.

<sup>33</sup> Esta es también la lectura del art. 178.1 (y 2) en su redacción por la LOGILS en la Circular FGE 1/2023.

de la LO 4/2023 va a elevar a regla legal lo que se esperaba que bajo la LOGILS fuera la interpretación más habitual.

Aceptando que, efectivamente, en la aplicación judicial de la regulación de la LOGILS se establecería adecuadamente el diferente desvalor de acción y de resultado de los distintos supuestos subsumibles en los arts. 178 y ss. CP, cabe no obstante hacer algunas observaciones.

El argumento de que la violencia o intimidación se castigará en general más gravemente, dentro de los marcos penales que hasta la entrada en vigor de la LO 4/2023 estaban establecidos para agresiones sexuales<sup>34</sup> y violación, significa a su vez que esto no sucederá necesariamente siempre, quedando al arbitrio judicial valorar cuándo la violencia o la intimidación son graves y cuándo no a efectos de aplicar una u otra pena. O, visto desde la otra perspectiva, quedaba al arbitrio judicial valorar cuándo el abuso de la situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o su privación de sentido o situación de voluntad anulada, es o no igual de grave que la agresión sexual violenta o intimidatoria, para decidir si procede imponer una pena igual o diferente. Lo que hace la LO 4/2023 es reducir el arbitrio judicial: se fijan límites concretos, mínimos y máximos -en el caso de la agresión sexual del tipo básico-, descartando además el recurso al tipo atenuado de agresión sexual del art. 178.4, si se utiliza violencia o intimidación, o si la víctima tiene anulada la voluntad por cualquier causa.

Y, por otro lado, el hecho de que en la contrarreforma se introduzcan reglas legales para determinar cómo se castigará la violencia o la intimidación, no significa que siempre estos casos vayan a ser castigados más que las agresiones sexuales no violentas, pues hay marcos penales que se superponen: una agresión sexual violenta del art. 178 se puede castigar con prisión de 1 año igual que una agresión sexual sorpresiva, o abusando de la situación de superioridad, por poner dos ejemplos y desde los límites mínimos en ambos casos (si no se impone la pena de multa en la agresión sexual sorpresiva, o abusando de la situación de superioridad por la aplicación del art. 178.4 CP, lo que no puede suceder si el hecho encaja en el art. 180.1.5ª CP). Y, más claramente, con esta regla legal el juez puede imponer la misma pena a la agresión sexual cometida utilizando la intimidación y a la agresión sexual abusando de la situación de superioridad, pues las horquillas penológicas de una y otra prácticamente se superponen: en la agresión del art. 178, la primera se castiga con prisión de 1 a 5 años, la segunda con prisión de 1 a 4 años (descartando que en la agresión

Y así también se ha indicado en la STS 128/2023, 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:658): los medios comisivos empleados en la agresión sexual se han de valorar para concretar la pena que se impone. La idea aparece también en otros defensores de la unificación producida por la LOGILS, con su amplio marco penológico. V., en este sentido, entre otros, RAMÓN RIBAS, 2022. También otros autores fuera de este sector como, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, 2022b, pp. 12 s.; 2023; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2022b.

<sup>34</sup> En el caso de las agresiones sexuales el art. 178.1 sí había reducido el límite máximo de la pena de prisión a 4 años, pues era de 5 anteriormente, límite máximo recuperado en la LO 4/2023 para la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación en el art. 178.3 CP.

sexual abusando de la situación de superioridad se aplique el tipo atenuado, y con el principio de alternatividad fijado en el art. 180.1 último párrafo); en la violación la primera se castiga con prisión de 6 a 12 años, la segunda con prisión de 4 a 12 años. De esta manera se está dando respuesta a aquel sector doctrinal<sup>35</sup> que objetaba el diferente tratamiento del antiguo delito de agresión sexual utilizando intimidación y el de abuso sexual de prevalimiento de la situación de superioridad, por las dificultades en la diferenciación entre uno y otro supuesto y por la excesiva diferencia punitiva, cuando la realidad demuestra que esta diferencia de gravedad no es tal en todos los supuestos, siendo en ocasiones igual de grave o más grave el abuso de la superioridad que la intimidación.

Además, en la opinión que valoramos no tenía suficientemente en cuenta que el objetivo de la reforma de 2022 era equiparar todo acto sexual no consentido, prescindiendo de las circunstancias y medios comisivos concurrentes, porque el ataque al bien jurídico libertad sexual es idéntico sean cuales sean las circunstancias que rodean el hecho. A través del régimen concursal, reforzado con la introducción del art. 194 bis CP, se haría la diferenciación entre unos casos y otros de agresión sexual, en particular, si se utiliza violencia o intimidación, porque entonces entrará en juego el concurso con delitos contra la integridad física o salud, incluso con los delitos contra la libertad si se llega a la conclusión de que el art. 194 bis CP elimina toda la posibilidad de aplicar el régimen del concurso de leyes entre agresiones sexuales y los delitos de coacciones y amenazas<sup>36</sup>. Precisamente la introducción de un nuevo marco penal agravado para agresiones sexuales cometidas empleando violencia o intimidación va a afectar a la interpretación del art. 194 bis CP, debiendo entenderse que, cuando estos medios sean los utilizados para llevar a cabo el acto sexual no consentido -en una relación de medio a fin- sí debe apreciarse el principio de consunción del art. 8.3 CP. Porque, si a pesar de los cambios operados en los arts. 178.3, 179.2 y 180.1 CP (trasladados también a agresiones sexuales a menores de 16 años), se sigue manteniendo que el art. 194 bis CP establece un régimen de concurso de delitos, sin excepciones, entonces se estaría produciendo una doble agravación en las consecuencias penales para los agresores sexuales, sin que nuevamente se explique ni justifique este tratamiento tan severo: una agravación porque en la agresión sexual se utiliza violencia o intimidación, y otra porque ello da lugar a un acto de violencia psíquica castigado a través del delito de coacciones o amenazas.

<sup>35</sup> CANCIO MELIÁ, 2022a; 2022b, p. 13; 2022c, pp. 309 s., 312 s.; 2023. En términos parecidos GONZÁLEZ RUS, 2021a, p. 7; 2021b, pp. 695 s.; 2023, p. 1438.

<sup>36</sup> En la Circular FGE 1/2023 se propone mantener el tratamiento del concurso de leyes entre agresiones sexuales y coacciones: solo cabrá apreciar un concurso de delitos entre las amenazas o coacciones y el delito contra la libertad sexual cuando aquellas no constituyan el instrumento empleado para intimidar a la víctima a fin de doblegar su voluntad y lograr la realización del acto sexual; en otro caso no cabrá apreciar una antijuridicidad distinta e independiente a la que castigan los arts. 178 y ss. CP, debiendo apreciarse un concurso de normas a resolver con arreglo a la regla de la consunción (art. 8.3.<sup>a</sup> CP).

Si, como pensaba CANCIO MELIÁ, partiendo de la unificación de todo acto sexual no consentido como agresión sexual, la aplicación judicial discriminaría correctamente entre los diferentes supuestos valorando adecuadamente el diferente grado de injusto, entonces la reforma de la LO 4/2023 habría sido innecesaria. Vendría a establecer legalmente lo que previsiblemente iba a ocurrir en la interpretación judicial igualmente. Y, desde esta perspectiva, la contrarreforma por LO 4/2023 no sería tan importante para poner fin a la aplicación retroactiva de la LOGILS, pese a que tal fue el motivo principal de la aprobación de aquella. Tampoco resultaría imprescindible para asegurar que en casos graves (las agresiones cometidas con violencia o intimidación) no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas (declaración expresa hecha en el Preámbulo). Lo que reflejaría la LO 4/2023 es una gran desconfianza en que los jueces y magistrados interpretaran los preceptos de la LOGILS en el sentido esperado por la opinión que comentamos.

Un tercer grupo se ha pronunciado valorando de manera negativa la LO 4/2023. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ<sup>37</sup> ha afirmado que esta LO vuelve a poner a la violencia y a la intimidación en el centro de la regulación de los delitos sexuales. Y, de manera más contundente aún, GUTIÉRREZ-SOLANA<sup>38</sup> concluye que con esta LO se anula el consentimiento<sup>39</sup>.

La idea crítica con la contrarreforma es que el consentimiento deja de estar en el centro, ocupando su lugar la violencia y la intimidación. Y ello supone volver al “CP de la Manada”, tirando por la borda el cambio operado por la LOGILS, que sería “el CP de las víctimas de las Manadas”.

Pero es preciso insistir en esto: el consentimiento es y seguirá siendo el núcleo de las agresiones sexuales mientras se mantenga que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, al margen de la regulación penal que se establezca para diferenciar entre los distintos supuestos de ataque a la libertad sexual y del nombre que se le quiera dar a las diferentes modalidades delictivas. Con la LO 4/2023 esto no cambia en absoluto: el delito de agresión sexual sigue siendo definido por la ley penal como acto sexual realizado sin consentimiento del sujeto pasivo<sup>40</sup>. La violencia y la intimidación pasan a ser elementos que configuran una modalidad agravada de agresión sexual, que, para su aplicación, ha de ser probada por la acusación. En la propia re-

<sup>37</sup> ACALE SÁNCHEZ, 2023a. Y añade “Dice con inocencia política la Ministra de Justicia que su propuesta no quita al consentimiento del centro de la regulación, si bien todo apunta a que con la misma, la única diferencia que le separa de la regulación que te condenó es que desaparece el vetusto término de ‘abuso’ sexual: el resto seguiría exactamente igual que antes puesto que en ese ‘modelo’, el consentimiento se convierte en un mero postizo o una excusa legal para ocultar que en este país para que haya una agresión sexual tiene que haber violencia o intimidación”.

<sup>38</sup> GUTIÉRREZ-SOLANA, 2023.

<sup>39</sup> Es previsible que el sector doctrinal que apoyó la reforma operada por la LOGILS (la filosofía que la inspira) también haga una valoración negativa de la LO 4/2023 en este aspecto. Para más detalles sobre ese sector doctrinal, v., por todos, DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 551 ss.; 2023.

<sup>40</sup> Así también, por ejemplo, MAGRO SERVET, 2023b, pp. 9, 10.

gulación de las agresiones sexuales operada por la LOGILS se tomaba en consideración la violencia o la intimidación como medios comisivos que agravan la pena, sin que ello afectara al núcleo del delito, que es la falta de consentimiento (manifestado de manera clara) libre y voluntario del sujeto pasivo: así era en las agresiones sexuales a menores de 16 años, para fijar una pena agravada, y en varias circunstancias cualificantes en el art. 180.1 (y en el art. 181.4, ahora apartado 5).

También LAURENZO COPELLO<sup>41</sup> ha criticado la contrarreforma negando que se esté ante un simple retoque técnico, pues no sería una simple corrección de penas para las agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o intimidación, sino un cambio más profundo, afectando a las bases mismas del modelo, pues se vuelve a la diferencia tradicional entre tipos penales dependiendo de si se utiliza o no la violencia o la intimidación; aunque no se toca el consentimiento, este pierde su centralidad a la hora de determinar la gravedad de los delitos sexuales, la gran novedad de la LOGILS.

Pero, insistimos: la contrarreforma “copia” la regulación que la LOGILS estableció para las agresiones sexuales a menores de 16 años: en el art. 181 había y hay un diferente tratamiento penológico para las agresiones sexuales con violencia o intimidación, primero, porque se impone una pena más elevada (prisión de 5 a 10 años), y segundo, porque legalmente se proscribía la apreciación del tipo atenuado de agresión sexual si hay tales medios. Y, por si se pensara lo contrario y se buscara ahí la explicación, ha de recordarse que la LOGILS fijó una doble regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años, diferenciando entre las agresiones cometidas con consentimiento fáctico, pero no válido jurídicamente porque no se cumplen las condiciones y requisitos del art. 183 bis (art. 181.1), y las agresiones sexuales no consentidas (art. 181.2), y son no consentidas todas las que aparecen tipificadas en el art. 178, por tanto, no consentidas porque no se ha manifestado el consentimiento en la forma que exige su número 1, y en todo caso las de su número 2, las agresiones sexuales cometidas empleando violencia o intimidación, entre otras. En el supuesto de validez del “libre consentimiento del menor” del art. 183 bis, hay que entender que este debe reunir las características que expresa la fórmula del art. 178.1.

Ahora bien, una vez formulada su crítica, LAURENZO COPELLO reconoce que no todos los supuestos de acto sexual no consentido han de tener la misma consecuencia penológica, pues a veces, a través de los medios comisivos utilizados y/o las situaciones y circunstancias concurrentes, se pueden ver afectados otros bienes jurídicos de la víctima. Y se citan los siguientes ejemplos: la respuesta penal ha de tener en cuenta si en el acto sexual no consentido además el autor amenaza a la víctima con un arma, o la golpea para hacerla callar, o anula su voluntad usando alguna droga. En todos estos supuestos el ataque a la libertad sexual es el mismo, y su valoración se ha de hacer desde el acto sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo;

<sup>41</sup> LAURENZO COPELLO, 2023.

la diferencia entre unos y otros supuestos estriba en el menoscabo de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la integridad moral, para cuya toma en consideración cabe recurrir a las circunstancias cualificantes que aparecen en el art. 180 CP. Es aquí donde cabía percibir el error de la LOGILS, a saber, que en la enumeración de circunstancias agravantes no aparece la violencia (con excepción de la violencia extrema) ni la intimidación<sup>42</sup>.

Con esta argumentación se está reconociendo que la agresión violenta o intimidatoria ha de recibir un tratamiento penológico diferenciado. Y la discrepancia con la LO 4/2023 parece que es la forma en que ha de quedar plasmada en la ley la mención a estos dos medios comisivos: no debe estar en la descripción del delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 (como hace la contrarreforma), sino que debe pasar a formar parte del elenco de circunstancias cualificantes del art. 180.

Sin embargo, creemos que, en realidad, la cuestión no es tan trascendente. Si atendemos a la clasificación de los delitos por su conexión con otros tipos<sup>43</sup>, en la regulación derivada de la contrarreforma tendríamos unos tipos básicos (acto sexual realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo) y otros derivados (los realizados mediante violencia, intimidación o con víctima con voluntad anulada por cualquier causa, si se quiere, agravaciones de primer nivel), que siguen siendo dependientes de los básicos. En definitiva, en términos generales, no es otra cosa que la fijación de pautas legales de individualización de la pena dentro de la horquilla penológica que ahora mismo tienen los delitos de agresiones sexuales.

Otra cosa es que sea preferible la existencia de distintos niveles de agravación, como resulta de la contrarreforma o menos niveles (pasando al menos el que vamos a llamar primero al segundo). Tras la contrarreforma encontramos un primer nivel agravatorio atendiendo a medios comisivos utilizados o a determinada situación de la víctima, un segundo, en el delito de violación, atendiendo a la conducta sexual en la que se involucra al sujeto pasivo, y sobre todos estos tipos, básico y agravados, un tercero por las circunstancias cualificantes del art. 180 CP, a su vez con subniveles, según concurra una sola circunstancia (180.1), dos o más (180.2), o exista prevalimiento de la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público del sujeto activo (180.3, circunstancia aplicable a todos los casos previstos en el Capítulo).

Creemos en definitiva que la reforma operada por la LO 4/2023 permite rechazar la objeción (especialmente en sus formulaciones fuertes) de que el consentimiento deja de ser el centro y la violencia y la intimidación recuperan ese centro en la regulación de las agresiones sexuales. La descripción del delito de agresión sexual aparece en el art. 178.1, que se mantiene intacto respecto de la LOGILS: comete delito de agresión sexual el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se mantiene, además, la definición auténtica

<sup>42</sup> LAURENZO COPELLO, 2023.

<sup>43</sup> V., por todos, LUZÓN PEÑA, 2016, 12/nm. 59-62 (pp. 164 s.).

y cerrada de consentimiento. Y ello se completa con la precisión de que se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que menciona el art. 178.2, que, más allá de una modificación formal en su comienzo, no varía respecto de la versión de la LOGILS. Y sobre todo ello opera ahora la cualificación del nuevo art. 178.3 tras la contrarreforma: si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Y en la violación del art. 179 sucede lo mismo.

En resumidas cuentas: los nuevos arts. 178.3 y 179.2 CP establecen nuevas reglas legales para la determinación de la pena de las agresiones sexuales definidas en los otros números de modo idéntico a como lo hacía la LOGILS.

### **3. La equiparación de las agresiones sexuales cometidas empleando violencia, intimidación con las realizadas sobre víctima con voluntad anulada por cualquier causa y exclusión de las cometidas sobre víctima privada de sentido**

En la LO 4/2023 se ha optado (arts. 178.2 a 4, 179.2 y concordantes) por la equiparación penológica de las agresiones sexuales empleando violencia o intimidación, medios comisivos de los antiguos delitos de agresiones sexuales, y las cometidas sobre víctima que tiene anulada la voluntad por cualquier causa, abusos sexuales antes de la reforma de la LOGILS. Es decir, algo que no puede criticarse con el eslogan de que se vuelve al CP de la Manada, y que tampoco se ha objetado por otras razones o consideraciones.

En el Preámbulo de la LO 4/2023 se ofrece una explicación muy escueta: encierra una gravedad equiparable al empleo de violencia o intimidación.

Este cambio de la LO 4/2023 no ha merecido la atención, ni doctrinal ni en el debate parlamentario durante la tramitación de la iniciativa legislativa que ha acabado convirtiéndose en esta LO.

Antes de entrar a valorar lo acertado o no de esta opción legislativa es preciso establecer el ámbito aplicativo de la agresión sexual sobre víctima que tiene anulada la voluntad por cualquier causa.

Este supuesto vendrá en consideración cuando la víctima se encuentre en esta situación por causas ajenas a la voluntad e intervención del sujeto activo (el autor y los partícipes). Porque si es el autor o un partícipe el que provoca la anulación de la voluntad, esto sucederá porque se recurre a la violencia o, sobre todo, a la intimidación, por lo que estaremos ante agresiones sexuales utilizando violencia o intimidación, o porque se recurre a la anulación de la voluntad suministrando a la víctima sustancias naturales o químicas, por lo que estaremos ante las agresiones sexuales del art. 180.1.7ª CP.

En la regulación anterior a la LOGILS diferenciadora entre agresiones y abusos

sexuales, se contemplaban estos supuestos, en concreto, a través del antiguo delito de abuso sexual del art. 181.2, donde se subsumía también el supuesto en el que era el autor quien anulaba la voluntad de la víctima suministrándole sustancias naturales o químicas, o, en última instancia, el apartado 1. El antiguo art. 181.2, literalmente, aludía a los supuestos en los que el autor o su partícipe era el que abusaba sexualmente de la víctima a la que previamente había anulado la voluntad con el suministro de sustancias. El abuso sexual sobre víctima que tenía la voluntad anulada sin que en esta situación hubiera intervenido el sujeto activo se castigaba, bien a través del abuso de persona privada de sentido (pues se planteaba una interpretación amplia de esta modalidad delictiva, abarcando supuestos de efectiva privación de sentido y supuestos que en realidad eran de anulación de la voluntad), o, si se descartaba esta posibilidad, bien a través del abuso sexual de persona de cuyo trastorno mental se abusaba o, en última instancia, del abuso sexual no consentido. Y, por cierto, el recurso al antiguo abuso sexual no consentido del art. 181.1 antes de la reforma LOGILS sirve para demostrar la inconsistencia de algunos de los argumentos utilizados para justificar la reforma operada por esta LO: el silencio, la pasividad, la falta de un no expreso no era interpretado como consentimiento; pese a que las circunstancias concurrentes parecieran dar a entender que había consentimiento, por el comportamiento de la víctima en el desarrollo del acto sexual, al menos aparentemente no lo rechazaba, se condenaba por abuso sexual porque la víctima no estaba prestando un auténtico consentimiento válido<sup>44</sup>.

La reforma de la LOGILS incluyó solo el supuesto de anulación de la voluntad por el autor en la cualificación del art. 180.1.7<sup>a</sup> CP, lo que significaba que los casos de agresiones sexuales sobre víctimas con la voluntad anulada por causas ajenas a la intervención del autor (y el partícipe) habían de ser castigados a través del tipo básico del art. 178.1, y, para que su ámbito aplicativo tuviera autonomía propia, tal situación

<sup>44</sup> El antiguo art. 181.2, literalmente, aludía a los supuestos en los que el autor o su partícipe era el que abusaba sexualmente de la víctima a la que previamente había anulado la voluntad con el suministro de sustancias. El abuso sexual sobre víctima que tenía la voluntad anulada sin que en esta situación hubiera intervenido el sujeto activo se castigaba, bien a través del abuso de persona privada de sentido (pues se planteaba una interpretación amplia de esta modalidad delictiva, abarcando supuestos de efectiva privación de sentido y supuestos que en realidad eran de anulación de la voluntad), o, si se descartaba esta posibilidad, bien a través del abuso sexual de persona de cuyo trastorno mental se abusaba o, en última instancia, del abuso sexual no consentido. Y, por cierto, el recurso al antiguo abuso sexual no consentido del art. 181.1 antes de la reforma LOGILS sirve para demostrar la inconsistencia de algunos de los argumentos utilizados para justificar la reforma operada por esta LO: el silencio, la pasividad, la falta de un no expreso no era interpretado como consentimiento; pese a que las circunstancias concurrentes parecieran dar a entender que había consentimiento, por el comportamiento de la víctima en el desarrollo del acto sexual, al menos aparentemente no lo rechazaba, se condenaba por abuso sexual porque la víctima no estaba prestando un auténtico consentimiento válido. Sobre la interpretación del antiguo abuso sexual cometido anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, v., entre otros muchos, BRAGE CENDÁN, 2013, pp. 1349-1357; CABRERA MARTÍN, 2019, pp. 127-131; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, 2019, pp. 1-26; 2020, pp. 139-187; TORRES FERNÁNDEZ, 2019, pp. 655-707; AGUSTINA/PANYELLA-CARBÓ, 2020, pp. 526-581; MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 248-252; PANYELLA-CARBÓ, 2020, pp. 1-15; ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 175-179.

tampoco debería tener que ver con la utilización de violencia o intimidación para provocar dicho estado en la víctima. Por tanto, en el supuesto de la cualificación, equiparada a la utilización de violencia o intimidación, por tener la víctima anulada por cualquier causa su voluntad es una novedad de la LO 4/2023.

Conviene realizar otra aclaración. El supuesto se describe como agresión sexual cometida sobre víctima que tiene anulada la voluntad por cualquier causa. Se ha de poner el acento en que se trata de una víctima con la voluntad anulada; esto puede deberse a factores externos, como el consumo de sustancias, pero también se puede deber a factores internos, porque la víctima padece alguna anomalía psíquica, por ejemplo. Esto obliga a establecer la diferencia entre esta modalidad de agresión sexual y la agresión sexual abusando de la situación mental, una delimitación que se nos antoja esencial, pues afectará a la mayor o menor amplitud aplicativa de los arts. 178.3, 179.2 (y el correspondiente tipo agravado del art. 180.1), o, por el contrario, de los arts. 178.1 y 2 (y, eventualmente, el tipo atenuado del art. 178.4), 179.1 (y el correspondiente tipo agravado del art. 180.1, sin contar el posible impacto de la toma en consideración del principio de alternatividad para el caso de que el hecho sea susceptible de ser calificado en varios de estos preceptos).

A la espera de que la exégesis doctrinal y jurisprudencial aclare el alcance de una y otra modalidad de agresión sexual, en este momento tomaremos como hipótesis que el supuesto de agresión sobre víctima con la voluntad anulada se refiere a ambos casos. Es decir, abarcará supuestos que en la regulación anterior a la LOGILS eran calificados como abuso sexual por el abuso del trastorno mental y porque la víctima tenía anulada la voluntad. Y será preciso plantear en el futuro una interpretación que permita diferenciar casos que se subsumirán en agresión sexual sobre víctima que se halle privada de sentido, sobre víctima de cuya situación mental se abusare (ambos en arts. 178.1 y 2 y concordantes), o que tenga la voluntad anulada (cualificación del 178.3 y concordantes).

La LO 4/2023 equipara penológicamente el supuesto de agresión sexual con intimidación o violencia (anulando o casi así la voluntad de la víctima) al supuesto de agresión sexual sobre víctima que tiene la voluntad anulada por causas ajenas a la intervención del autor (incluyendo de entrada algunos supuestos que también serían calificables como abuso de la situación mental, que habrá que distinguir de otros de esta clase que no supongan anulación de la voluntad de la víctima). En todos ellos falta absolutamente el consentimiento del sujeto pasivo, tomando en consideración la tesis de RAGUÉS I VALLÈS sobre el consentimiento como entidad graduable<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> RAGUÉS I VALLÈS, 2023b, pp. 97 ss., diferencia tres niveles en la graduación del consentimiento (con subgraduaciones): el consentimiento perfecto, porque lo manifiesta quien dispone de completa información sobre el hecho y tiene plena capacidad para impedirlo; el consentimiento imperfecto, cuando el sujeto tiene información incompleta y/o tiene afectada la capacidad de oponerse al hecho, pero mantiene aún cierto grado de conocimiento y control; inexistencia absoluta de consentimiento, cuando el sujeto carece por completo de información y/o de capacidad de oposición. En la modalidad de agresión sexual sobre víctima con la voluntad anulada MAGRO SERVET, 2023b, pp. 10, 14, parece incluir la agresión sobre

Esta equiparación no parece que vaya a ser criticada por el sector doctrinal que, rechazando la reforma de la LOGILS, reconocía que la regulación anterior diferenciadora entre agresiones y abusos sexuales era mejorable, en concreto, porque algunos supuestos antes calificados como abusos sexuales deberían ser tratados en realidad como agresiones sexuales, porque el grado de injusto es equiparable a la utilización de la violencia o la intimidación. Uno de estos supuestos es, precisamente, el acto sexual realizado sobre víctima con voluntad anulada por cualquier causa<sup>46</sup>.

Sin entrar a discutir la equivalencia en el grado de injusto, llama la atención que se deje fuera de la equiparación el supuesto de víctima privada de sentido (naturalmente, cuando la privación no haya sido provocada por el sujeto activo mediante violencia o suministro de sustancias). Este supuesto ha de ser castigado a través del tipo básico de agresión sexual del art. 178.1 (dejando de momento el efecto que puede generar la introducción del principio de alternatividad en el art. 180.1), pues, cuando es el autor quien provoca la privación de sentido, su calificación deberá ser a través de la apreciación de alguna circunstancia del art. 180.1: visto el tenor literal de la circunstancia 7<sup>a</sup>, que se limita a la anulación de la voluntad, parece que habrá

víctima privada de sentido, de cuya situación mental se abusare y víctima con la voluntad anulada por cualquier causa.

<sup>46</sup> Mencionando expresamente la equiparación entre la agresión sexual utilizando violencia o intimidación y la agresión sexual sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa (dejando al margen la interpretación que, eventualmente, se dé a esta última modalidad), v. GIMBERNAT ORDEIG, 2020; ÁLVAREZ/DEL MOLINO, 2020, pp. 2028 s.: en agresiones sexuales se incluirán los ataques utilizando violencia, intimidación, anulando la voluntad de la víctima por el suministro de drogas u otras sustancias, sobre personas privadas de sentido o de razón y aprovechando situaciones de absoluta indefensión de la víctima; los restantes ataques sexuales sin consentimiento van a atentados sexuales (parece adherirse a la opinión de estos autores IGLESIAS CANLE, 2022, p. 292); ÁLVAREZ GARCÍA, 2022a, p. 13 (2022b, p. 325); PÉREZ DEL VALLE, 2022, pp. 3 s., parece proponer que se mantenga la distinción entre agresiones/abusos sexuales, pasando al primer grupo los casos de ataques a la libertad sexual utilizando violencia, intimidación, o sobre persona privada de sentido o con voluntad anulada, abusando del trastorno mental y sobre menores de determinada edad (hoy 16 años); 2023, p. 74; BARJA/CALAZA, 2023, p. 26. Desde su explicación sobre la graduación del consentimiento, RAGUÉS I VALLÈS, 2023b, pp. 103 ss., critica la anterior regulación, pues no se ajustaba a esta graduación del consentimiento (por ejemplo, porque no se equiparaban el acto sexual violento, intimidatorio y el cometido sobre víctima privada de sentido, abusando de su trastorno mental, de víctima con la voluntad anulada) y a la LOGILS, porque sí habría corregido alguna de las deficiencias de la anterior regulación (claramente en el caso de víctimas privadas de sentido, con abuso del trastorno mental, víctimas con voluntad anulada), pero habría introducido otros desajustes al optar por la unificación de todo acto sexual como agresión sexual (por ejemplo, porque equipara supuestos de anulación total del consentimiento -violencia, intimidación, víctima privada de sentido- con supuestos de consentimiento imperfecto -abuso de la situación de superioridad o de la vulnerabilidad de la víctima). Parece defender otra reforma de los delitos sexuales TORRES FERNÁNDEZ, 2023, pp. 26, 27, refiriéndose a los supuestos de incapacidad para consentir por falta de aptitud y las condiciones necesarias para poder hacerlo (los supuestos de privación de sentido) y a los supuestos de personas que están incapacitadas para oponer resistencia, así como las personas de cuyo trastorno se abusa. Se trataría de víctimas que se encuentran, por distintas razones y circunstancias, en una situación de incapacidad para oponerse al acto sexual, así que el sujeto activo ya no necesita el recurso a la violencia o la intimidación para cometer el hecho. De hecho, valora positivamente la reforma en este punto, porque con la unificación de todo acto sexual no consentido como agresión sexual se termina con la injustificada menor protección de las víctimas que no cuentan con la aptitud para consentir válidamente o para oponerse al agresor (pp. 33 s.).

que subsumir este supuesto en la circunstancia 2<sup>a</sup>, que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad, si se entiende que esta circunstancia también deberá permitir atender al efecto alcanzado con la violencia, y parece que puede haber extrema gravedad si el efecto es que la víctima pierde el sentido. Se hace esta propuesta interpretativa puesto que el legislador de la LOGILS da un tratamiento específico, agravado, a los supuestos en los que el autor provoca la anulación de la voluntad, la denominada sumisión química: esto se justifica porque integra una especie de alevosía aplicada al ámbito de los delitos de agresiones sexuales, y/o porque el recurso a la anulación de la voluntad supone un serio obstáculo para la persecución penal del hecho, porque la víctima no recuerda lo sucedido, no identifica al agresor, se toma conciencia del ataque a su libertad sexual *a posteriori*, y esto genera efectos añadidos en la víctima<sup>47</sup>, etc. Si ello es así, los mismos argumentos son trasladables a la agresión sexual sobre víctima a la que el autor priva de sentido.

También en la víctima que se halla privada de sentido falta absolutamente el consentimiento para aceptar o impedir el acto sexual, su situación es de completa indefensión y vulnerabilidad, en el mismo nivel o quizá mayor que en el supuesto de víctima con la voluntad anulada. Incluso la doctrina crítica con LOGILS, reconoce que la regulación anterior era mejorable y que algunos supuestos calificados legalmente como abusos sexuales deberían ser tratados como auténticas agresiones sexuales, siendo el ejemplo más claro el del acto sexual realizado sobre víctima privada de sentido<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Sobre los argumentos mencionados en el texto, entre otros, para justificar la introducción en el art. 180.1.7<sup>a</sup> CP de la circunstancia citada (sumisión química), v. ACALE SÁNCHEZ, 2019a, pp. 249 s.; 2019b, pp. 420 s.; 2023, p. 149; 2020, pp. 2028 s.; JERICÓ OJER, 2020, p. 22; LÓPEZ MARCHENA, 2022, p. 13; MONGE FERNÁNDEZ, 2022, p. 328; SORIANO RUIZ, 2022, pp. 8 s.; GREEN, 2023, p. 134. Parece aceptar la vigente regulación penal de la sumisión química CANCIO MELIÁ, 2022c, p. 308 nota 18. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, p. 12; 2020, pp. 1562 s., es partidario del tratamiento con cierta autonomía típica y punitiva de las conductas que eluden el consentimiento de la víctima mediante la previa anulación de su voluntad o su sentido, si bien no aclara cuál sería exactamente este tratamiento autónomo. También el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2021, admite que las conductas en las que se anula la voluntad de la víctima o se le priva de sentido pueden merecer una respuesta penal mayor; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023a; en: 2023b, considera que es un acierto el tratamiento como supuesto agravado de la sumisión química. Sobre la previsión de esta circunstancia cualificante del art. 180.1.7<sup>a</sup> CP hace otra valoración MORALES HERNÁNDEZ, 2022, p. 136: su introducción es innecesaria porque los supuestos que se engloban en ella podrían ser incluidos en la circunstancia relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima, máxime cuando en 2021 se reforma el art. 180 para mencionar, como supuestos de especial vulnerabilidad, la edad, la enfermedad, la discapacidad u otra circunstancia.

<sup>48</sup> Mencionan expresamente que el acto sexual realizado sobre víctima privada de sentido ha de recibir el mismo tratamiento que la agresión sexual utilizando violencia o intimidación, GIMBERNAT ORDEIG, 2020 (esta parece ser la tesis que defienden BARJA/CALAZA, 2023, p. 26, al afirmar, en su comentario al art. 178.2, que se ha recuperado, con todo acierto, que constituyen agresiones sexuales los supuestos de persona privada de sentido o razón o cuando tenga anulada la voluntad); AGUADO LÓPEZ, 2020, p. 67; ÁLVAREZ/DEL MOLINO, 2020, pp. 2028 s. (parece adherirse a la opinión de estos autores IGLESIAS CANLE, 2022, p. 292); ÁLVAREZ GARCÍA, 2022a, p. 13 (= en: 2022b, p. 325]; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en: *El Mundo* 7 de abril 2021, 18; 2022a; 2023, pp. 52, 54, 60; RAMÍREZ ORTIZ, 2021a, p. 40, tiene dudas

Dado que la LOGILS, y esto se ha mantenido en la LO 4/2023, ha querido diferenciar entre la agresión sexual sobre víctima con la voluntad anulada atendiendo a si esta situación ha sido provocada o no por el sujeto activo (a través de los arts. 178.1-2 y 180.1.7<sup>a</sup> CP), entendemos que en la agresión sobre víctima privada de sentido tendrá que hacerse la misma distinción, atendiendo a si la víctima se halla privada de sentido o ha sido el autor quien ha provocado este estado (como hemos explicado, a través del art. 178.1-2 y 180.1.2<sup>a</sup>)<sup>49</sup>; y si la LO 4/2023 ha dado un paso más, al equiparar penológicamente la agresión sexual utilizando violencia, intimidación y sobre víctima con la voluntad anulada, en esta equiparación debería haberse incluido también a la víctima que se halla privada de sentido.

Porque, ¿qué diferencia habría entre el acto sexual realizado sobre víctima con voluntad anulada y el realizado sobre víctima privada de sentido? En uno y otro caso estamos ante personas con incapacidad absoluta para manifestar el consentimiento; en el segundo caso la persona ni siquiera podrá realizar manifestación alguna al estar inconsciente. Contra ello no cabe alegar que la víctima privada de sentido tiene también su voluntad anulada<sup>50</sup> y, por tanto, le alcanza la cualificación. Tal argumento ha de ser rechazado, aunque solo sea por el hecho de que es la propia ley (art. 178.2) la que distingue entre privación de sentido y voluntad anulada, máxime cuando la ley establece claramente un tratamiento penológico diferenciado entre las agresiones sexuales de personas privadas de sentido y las agresiones sexuales de personas con voluntad anulada (a través del juego de los arts. 178.1/2 y 3 y 180.1 CP. Hasta la reforma operada por la LO 5/2010, en la regulación de los abusos sexuales solo se hacía mención legal específica al abuso sobre persona privada de sentido, no al abuso sobre persona con la voluntad anulada. En la interpretación doctrinal (y jurisprudencial) de aquella modalidad de abuso sexual se planteaba una interpretación amplia,

sobre el tratamiento de la violación cometida sobre persona privada de sentido, pero sí es partidario de diferenciar entre la intimidación y el prevalimiento de la situación de superioridad, pues son supuestos cualitativamente distintos; ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 148 s., 211 ss., 218; PÉREZ DEL VALLE, 2022, pp. 3 s.; 2023, p. 74; RAGUÉS I VALLÈS, 2023b, pp. 103 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, 2023, pp. 26, 27.

<sup>49</sup> Algunos autores han reconocido que la antigua regulación diferenciadora entre agresiones y abusos sexuales era mejorable, reclamando un tratamiento con cierta autonomía los supuestos en los que el sujeto activo provoca la anulación de la voluntad o priva de sentido a la víctima, como DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, p. 12; o para que se incluyera entre las agresiones sexuales el supuesto en el que el autor anula la voluntad de la víctima; entre otros, ÁLVAREZ/DEL MOLINO, 2020, pp. 2028 s.; ÁLVAREZ GARCÍA, 2022a, p. 13 (2022b, p. 325); ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 148 s., 211 ss., 218. También El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2021, admite que merece mayor respuesta penal el acto sexual cometido sobre persona a la que se anula la voluntad mediante fármacos o sustancias similares, o se le priva de sentido.

<sup>50</sup> Sobre la interpretación de los dos supuestos de agresión sexual, de personas que se hallan privadas de sentido y de personas que tengan anulada su voluntad por cualquier causa, desde la vigente regulación establecida por la LOGILS, diferenciándolas, v. TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 30; y en víctimas menores de 16 años, LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, pp. 106 s. Parece equiparar víctima privada de sentido y víctima con la voluntad anulada, en la interpretación del art. 178 y en el art. 180.1.7<sup>a</sup> CP, MAGRO SERVET, 2023b, p. 10, pues, bajo el término mujer privada de razón o de sentido, parece incluir los supuestos de agresión de personas que se hallan privadas de sentido o con la voluntad anulada y, además, la agresión abusando de la situación mental.

abarcando supuestos de anulación total o parcial de sentido, y supuestos de anulación (o disminución) de la voluntad. A partir de la reforma de 2010 se introduce expresamente la modalidad de abuso sexual anulando la voluntad de la víctima por el suministro de drogas o sustancias, es decir, cuando es el autor quien provoca la anulación de la voluntad de la víctima, así que se siguió recurriendo al abuso de persona privada de sentido (o bien, como hemos señalado ya, al abuso sobre persona de cuyo trastorno mental se abusaba o al abuso sexual no consentido genérico) para castigar el abuso sexual cometido sobre la víctima con la voluntad anulada<sup>51</sup>.

Ahora bien, el hecho de que en la LO 4/2023 se produzca un doble cambio, el primero, la agravación de la pena para agresiones cometidas con violencia, intimidación o sobre personas con su voluntad anulada, y, el segundo, el de la sustitución de la alusión al principio *non bis in idem* o a la inherencia por el de la solución de la alternatividad entre los tipos de los arts. 178/179 y 180.1 (y también en las agresiones sexuales a menores de 16 años), va a tener incidencia precisamente en el tratamiento de la agresión sexual sobre víctima que se halla privada de sentido: puede convertirse en una agresión sexual agravada, pero de segundo grado o nivel, pues entrará en juego la circunstancia cualificante del art. 180.1.3<sup>a</sup> referida a agresiones cometidas sobre víctimas especialmente vulnerables (sin entrar en la discutible cuestión de, si en los casos señalados en su momento, podría aplicarse además la agravación del art. 180.1.2<sup>a</sup>), tal como se va a tratar de explicar a continuación.

#### **4. El cambio en el art. 180.1 in fine CP (y art. 181.5 in fine CP). Implicaciones en la interpretación de los tipos básicos, atenuado y agravaciones de primer nivel de agresiones sexuales y violación**

La sustitución por la LO 4/2023 del recordatorio al principio de *non o ne bis in idem* o la mención de la inherencia que aparecía en el art. 180.1 en su redacción dada por la LOGILS (no así en el precepto dedicado a las agresiones sexuales a menores de 16 años) por la remisión expresa a la solución de la alternatividad o mayor gravedad punitiva (art. 180.1 *in fine*) para el caso en el que el hecho pueda ser subsumido en los arts. 178/179 o 180.1 CP (o art. 181.2/3 o 181.5) produce importantes consecuencias, la mayoría de ellas ni explicadas ni

<sup>51</sup> Hasta la reforma operada por la LO 5/2010, en la regulación de los abusos sexuales solo se hacía mención legal específica al abuso sobre persona privada de sentido, no al abuso sobre persona con la voluntad anulada. En la interpretación doctrinal (y jurisprudencial) de aquella modalidad de abuso sexual se planteaba una interpretación amplia, abarcando supuestos de anulación total o parcial de sentido, y supuestos de anulación (o disminución) de la voluntad. V., para más detalles sobre ello, antes y después de la reforma de 2010, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 323 ss.; CABRERA MARTÍN, 2019, pp. 125 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 242 ss.; ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 162 ss. A partir de la reforma de 2010 se introduce expresamente la modalidad de abuso sexual anulando la voluntad de la víctima por el suministro de drogas o sustancias, es decir, cuando es el autor quien provoca la anulación de la voluntad de la víctima, así que se siguió recurriendo al abuso de persona privada de sentido para castigar el abuso sexual cometido sobre la víctima con la voluntad anulada.

justificadas, y, en nuestra opinión, no justificables por conducentes a un exacerbado punitivismo.

Este cambio no ha sido objeto de valoración o comentarios, y, desde luego, no encaja tampoco en el eslogan que se regresa al CP de la Manada. Al contrario, en este aspecto punitivista el CP de la Manada es ampliamente superado, sin que se explique, ni siquiera de manera sintética, la razón para ello. Pues recordemos que el principal objetivo, declarado en el Preámbulo, de la LO 4/2023 es blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible benevolencia de la regulación derivada de la LOGILS. Pero nos preguntamos si el blindaje a favor de las víctimas incluye incrementar desproporcionadamente en algunos casos las penas con las que se castigan los delitos de agresiones sexuales e incluso si solo penas elevadas sirven para proteger a las víctimas. Si el blindaje se producía para no aplicar penas mínimas, lo que se ha hecho en la LO 4/2023 en realidad es afectar a las penas mínimas y máximas, incluyendo además el juego de los cambios introducidos en los arts. 178.3, 179.2 y 180.1 último párrafo CP (y los cambios correspondientes en agresiones sexuales a menores de 16 años).

Pero veamos las consecuencias o efectos del cambio del que nos ocupamos (la remisión a la alternatividad).

El más importante efecto que va a provocar es convertir, *de facto*, los tipos básicos de agresiones sexuales del art. 178.1, completado con la definición auténtica ejemplificativa del apartado 2, y violación del art. 179.1 en tipos residuales. Repercutirá también en la posible aplicación, también residual, del tipo atenuado del art. 178.4 CP. Y, de manera colateral, hará que la pretensión de incrementar la pena para las agresiones sexuales con violencia o intimidación no se alcance en la forma pretendida.

En el art. 178.1 CP se van a subsumir todos los supuestos de actos sexuales no consentidos que no estén abarcados por la definición legal del apartado 2. Entre ellos están los actos sexuales sorprendidos, si se toma en sentido estricto la definición de consentimiento del art. 178.1 segundo inciso, los actos sexuales que no son consentidos porque no se ajustan a esa definición (básicamente, no hay manifestación *clara* de la libre voluntad)<sup>52</sup>, los actos sexuales no consentidos por el error relevante del

<sup>52</sup> La introducción de una definición auténtica, cerrada, de consentimiento en el art. 178.1 segundo inciso CP puede provocar serios problemas de sobreinclusión e infrainclusión. Porque, si se toma literalmente la definición legal de consentimiento, puede que el sujeto pasivo efectivamente consienta el acto sexual, pero, al no ajustarse dicho consentimiento a la forma de manifestarse que exige el art. 178.1, cabría concluir que este no concurre, llevando al absurdo de que se ha cometido un delito de agresión sexual, que supone que sirve para castigar el ataque a la libertad sexual de una persona, en supuestos en los que tal lesión al bien jurídico no solo no se produce, sino que se está ante el ejercicio de ese derecho. Sobre estos problemas de sobreinclusión e infrainclusión v., por todos, DÍAZ/TRAPERO, 2021, pp. 564 ss.; 2023; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2023a; 2023b. Insiste en la posible conclusión a la que se puede llegar si se atiende a la redacción literal del art. 178.1 segundo inciso CP: considerar delictivos actos sexuales libremente consentidos (con consentimiento tácito), GIMBERNAT ORDEIG, 2023. Rechazan esta interpretación, considerando el consentimiento fáctico sí es subsumible en el art. 178.1 segundo inciso CP, FARALDO/RAMÓN, 2020, p. 35; RAMÓN/FARALDO, 2023, pp. 90 s.

sujeto pasivo, los actos sexuales en los que el consentimiento quede anulado por el engaño. A ninguno de ellos le va a afectar el cambio operado en el art. 180.1 CP. Los hechos subsumibles en este apartado 1 pueden dar lugar a la apreciación del tipo atenuado del art. 178.4 atendiendo a la menor entidad del hecho (el acto sexual en sí mismo, otras circunstancias concurrentes) y las circunstancias personales del culpable. Si los actos sexuales son alguno de los mencionados en el delito de violación, entrará en juego el art. 179.1 CP.

En el apartado 2 del art. 178 se ofrece una definición legal ejemplificativa de agresión sexual, que también es aplicable en el delito de violación del art. 179: los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada la voluntad por cualquier causa.

Si la agresión sexual se comete empleando violencia, pero esta no es de extrema gravedad, entra en aplicación el primer nivel agravatorio fijado por la LO 4/2023 (en los arts. 178.3 y 179.2), y esto no se ve afectado tampoco por el cambio del art. 180.1 CP. Si la agresión sexual se comete empleando violencia queda descartada, por disposición legal, la modalidad atenuada del art. 178.4 CP.

Igualmente, si la agresión sexual se comete empleando intimidación, y esta no es intimidación ambiental derivada de la actuación conjunta de dos o más personas, entra en aplicación el primer nivel agravatorio fijado por la LO 4/2023 (en los arts. 178.3 y 179.2), y esto tampoco se ve afectado por el cambio del art. 180.1 CP. Si la agresión sexual se comete empleando intimidación queda descartada igualmente, por disposición legal, la modalidad atenuada del art. 178.4 CP.

En la agresión sexual abusando de la situación de superioridad ya es preciso diferenciar entre el abuso de la situación de superioridad que daría lugar a la aplicación del tipo básico del art. 178.1, donde podría entrar en aplicación el tipo atenuado del art. 178.4, y en el delito de violación el art. 179.1, y la circunstancia del art. 180.1.5<sup>a</sup> CP.

El tenor literal del art. 180.1.5<sup>a</sup> CP es diferente a la definición legal de agresión sexual del art. 178.2, así que será preciso tomar en consideración esta diferencia terminológica para apreciar el ámbito aplicativo de una y otra modalidad delictiva. En concreto, el art. 180.1.5<sup>a</sup> CP exige que la persona responsable se prevalga de la relación de superioridad con respecto a la víctima<sup>53</sup>. Y hay que entender que la mención

<sup>53</sup> En la regulación anterior diferenciadora entre agresiones y abusos sexuales la circunstancia cualificante del art. 180.1.4<sup>a</sup> también se refería al prevalimiento de la situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco. Como se ve, también se aludía a la relación de superioridad, no a la situación de superioridad, así que se podrá mantener la interpretación de esta circunstancia para su traslado al vigente art. 180.1.5<sup>a</sup>. Sobre el antiguo art. 180.1.4<sup>a</sup>, v., por todos, ALCÁCER GUIRAO, 2004, pp. 66 ss.; Díez Ripollés, 2004, pp. 362 ss.; y, más recientemente, CABRERA MARTÍN, 2019, pp. 110 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 206 ss.; MORALES HERNÁNDEZ, 2022, pp. 116 ss.; ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 304 ss.

a la situación o relación de convivencia o parentesco no es otra cosa que la mención específica de dos supuestos de prevalimiento de la relación de superioridad. No parece que la diferencia haya de fijarse desde los verbos abusar o prevalerse; pero sí cabe diferenciar entre relación de superioridad, un concepto formal, más restringido, y situación de superioridad, concepto que atiende a la situación fáctica o material, más amplio. Desde esta perspectiva todos los supuestos de situación de superioridad que sean subsumibles o calificables como abuso o prevalimiento de la relación de superioridad se van a ver afectados por el principio de alternatividad del art. 180.1, así que dejarán de castigarse con las penas de los arts. 178.1 y 179.1 y pasarán a castigarse con las penas del art. 180.1. En la interpretación de la agresión sexual por el abuso de la situación de superioridad, además, será preciso establecer la delimitación clara entre lo que es abuso de situación de superioridad y lo que es auténtica intimidación, que, en este segundo caso, da lugar a la aplicación del primer nivel agravatorio de los arts. 178.3 -sin posibilidad de apreciar el tipo atenuado- y 179.2 CP.

A modo de ejemplo, el abuso de la situación de superioridad entraría en juego en relaciones de vecindad, amistad entre autor y víctima; el abuso-prevalimiento de la relación de superioridad, además de los expresamente mencionados en el art. 180.1.5<sup>a</sup>, entraría en juego en agresiones en el ámbito laboral o docente.

En la agresión abusando de la situación de vulnerabilidad de la víctima, también es preciso establecer la distinción con el art. 180.1.1<sup>a</sup> y, sobre todo, 3<sup>a</sup> CP.

Hay dos supuestos que son situaciones de vulnerabilidad que se mencionan de manera expresa en el propio art. 178.2: las víctimas privadas de sentido y las víctimas con voluntad anulada. Pero cabe concluir que estos dos supuestos realmente se corresponden a víctimas especialmente vulnerables, diferentes por tanto de la mera situación de vulnerabilidad, más genérica y, por tanto, más amplia. E incluso cabría entender que hay un tercer supuesto que también es de abuso de la vulnerabilidad (que puede ser también de especial vulnerabilidad) de la víctima: el que se refiere al abuso de su situación mental. Además, con carácter previo será preciso diferenciar entre víctima con la voluntad anulada y víctima de cuya situación mental se abusa, como se ha indicado en el apartado anterior.

La distinción con la circunstancia del art. 180.1.1<sup>a</sup> CP parece fácil de establecer: en este caso la vulnerabilidad es provocada por los sujetos que actúan conjuntamente. No es una vulnerabilidad que sea predicable de la propia víctima atendiendo a sus circunstancias.

La diferencia con el art. 180.1.3<sup>a</sup> CP es más compleja. Esta circunstancia cualificante será de aplicación cuando el hecho se cometa contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia. Cabe utilizar un doble elemento diferenciador entre el art. 178.1/2 (y 179.1) y el 180.1.3<sup>a</sup>: en primer lugar, con la dificultad

que ello supone, atender al grado de vulnerabilidad: si es víctima simplemente vulnerable se aplicará el tipo básico, si es víctima especialmente vulnerable, el art. 180.1.3ª CP. En segundo lugar, unido o no a lo anterior, atender a las circunstancias de las que se deriva la vulnerabilidad o especial vulnerabilidad de la víctima: si son circunstancias inherentes a la propia víctima (como la edad, la enfermedad, la discapacidad, entendiéndose también que la referencia a cualquier otra circunstancia tiene que ser interpretada en este sentido análogo), se aplicará el art. 180.1.3ª CP, quedando para el tipo básico la vulnerabilidad, o especial vulnerabilidad, cuando son factores externos los que colocan a la víctima en dicha situación. Este segundo criterio diferenciador es, sin embargo, el que difícilmente va a prosperar, por lo siguiente. Esta circunstancia cualificante fue objeto de una reforma operada por la LO 8/2021: antes de esta reforma la circunstancia aludía a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación. El término situación se entendió como referido a situaciones análogas a las mencionadas expresamente y que aluden a características inherentes a la propia víctima. La LO 8/2021 modificó el tenor literal de esta cualificación, sustituyendo la referencia a situación por la de cualquier otra circunstancia, parece que con la finalidad de abarcar todos los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima, también los debidos a causas externas y circunstanciales<sup>54</sup>.

A modo de ejemplo, será víctima vulnerable la mujer embarazada, que puede llegar a ser especialmente vulnerable (si se quiere fijar la diferenciación atendiendo al grado de vulnerabilidad) y/o que es víctima especialmente vulnerable atendiendo a circunstancias inherentes a la propia víctima (como lo es la enfermedad, la edad, la discapacidad, mientras dura el periodo gestacional). O la que es agredida sexualmente en una zona aislada.

La víctima privada de sentido y la víctima que tiene anulada su voluntad son víctimas en situación de absoluta indefensión y, por tanto, especialmente vulnerables por cualquier otra circunstancia que no es la edad, la enfermedad (a veces la privación de sentido si es por esta causa) o discapacidad (a veces la víctima con voluntad anulada sí es por esta causa, si entendemos comprendidos supuestos de anulación de la voluntad por la discapacidad psíquica). Debe entrar en aplicación el principio de alternatividad del art. 180.1 último párrafo (y art. 181.5 último párrafo), así que el hecho deberá castigarse a través del art. 180.1.3ª, quedando anulada la posibilidad de apreciar el tipo básico de agresión sexual del art. 178.1/2 -y el tipo atenuado del art. 178.4- y de violación del art. 179.1 CP. Y en el caso de víctima con la voluntad anulada también quedará excluida la posibilidad de que se apliquen los tipos agravados introducidos por la LO 4/2023: tanto el art. 178.3 como el art. 179.2 CP.

<sup>54</sup> Sobre la interpretación de la circunstancia cualificante referida a la especial vulnerabilidad de la víctima, antes y después de la reforma por LO 8/2021, v., por todos, ALCÁCER GUIRAO, 2004, pp. 47 ss.; DíEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 356 ss.; y, más recientemente, CABRERA MARTÍN, 2019, pp. 108 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 200 ss.; MORALES HERNÁNDEZ, 2022, pp. 108 ss.

Para evitar esta consecuencia del vaciado de contenido de una modalidad legal de agresión sexual, cabría proponer (aunque no resulte evidente) diferenciar entre los supuestos de auténtica o completa privación de sentido y anulación de voluntad, que se subsumirán en el art. 180.1.3<sup>a</sup> CP, y los supuestos de disminución de sentido y voluntad, que, de concluirse que, efectivamente, los actos sexuales no son consentidos, darán lugar, por disposición legal con un diferente tratamiento penológico, a la apreciación del tipo básico de agresión sexual en supuestos de víctimas privadas parcialmente del sentido, arts. 178.1/2 y 179.1, y el tipo agravado de agresión sexual sobre víctimas con anulación parcial de la voluntad, arts. 178.3 y 179.2 CP. Y en este segundo supuesto sin posibilidad de que se aprecie el tipo atenuado de agresión sexual del art. 178.3 CP.

Queda el análisis de la agresión sexual con víctima de cuya situación mental se abusare. Con carácter previo es preciso advertir que esta modalidad delictiva no se corresponde exactamente con el antiguo delito de abuso sexual consistente en el abuso del trastorno mental de la víctima; el cambio en su tenor literal es de suponer que busca ampliar el ámbito aplicativo de este supuesto de agresión sexual<sup>55</sup>, para que abarque supuestos que no se ajustarían a la interpretación del término trastorno mental, pues esta podría estar más apegada a la interpretación de las causas de inimputabilidad del art. 20.1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> CP<sup>56</sup>. Además, como se ha indicado ya, también es preciso establecer la diferencia entre la agresión sexual abusando de la situación mental y la agresión sexual cometida sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa, pues esta segunda también puede existir cuando la voluntad está anulada como consecuencia de la discapacidad psíquica.

Dicho esto, nuevamente será preciso establecer la diferencia con la circunstancia cualificante del art. 180.1.3<sup>a</sup> referida a la víctima especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Un primer criterio diferenciador será que aquella situación mental no debe ser consecuencia de la enfermedad o discapacidad de la víctima. Pero queda sin resolver el problema de que no sea subsumible o abarcada por la referencia genérica a cualquier otra circunstancia. El segundo criterio diferenciador parece que ha de ser nuevamente el planteado

<sup>55</sup> Valora negativamente este cambio ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 215 s., porque la imprecisión y vaguedad de la nueva formulación legal, generando problemas de taxatividad y determinación de la ley penal. Quizás con esta redacción, sustituyendo el término trastorno por situación, se pretende evitar un concepto que tiene un significado más inequívoco a efectos penales, conectado con la inimputabilidad del sujeto pasivo; con el término situación, además, se amplía el ámbito de aplicación de la definición auténtica de agresión sexual, pues se permite abarcar todo supuesto en el que se llegue a la conclusión de que la persona no está en condiciones de dar un consentimiento válido en materia sexual, al margen o con independencia de si tiene o no afectada su capacidad de comprensión en el ámbito sexual. Sobre la nueva modalidad de agresión abusando de la situación mental, v. MUÑOZ CONDE, 2022, p. 239; RAGUÉS I VALLÈS, 2023a, pp. 144 s.; y en la agresión sexual a menor de 16 años, LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, p. 107.

<sup>56</sup> Sobre la interpretación del antiguo delito de abuso sexual consistente en el abuso del trastorno mental de la víctima, v., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 314 ss.; CABRERA MARTÍN, 2019, pp. 126 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 244 ss.; ESQUINAS VALVERDE, 2022, pp. 168 ss.

anteriormente para la modalidad del abuso de la vulnerabilidad de la víctima: el de grado, mayor o menor, de vulnerabilidad, con la complejidad que ello implica.

Hechas estas precisiones, derivadas de la solución de la alternatividad impuesta expresamente en el art. 180.1 último párrafo (y art. 181.5 último párrafo) CP, y que sirven una vez más para negar que se está ante el regreso del CP de la Manada, el ámbito aplicativo de las modalidades básica, atenuada, y agravadas, de primer, segundo y tercer nivel, de agresiones sexuales y violación quedaría como sigue:

- Los arts. 178.1 y 2 y 179.1: para las agresiones sexuales sorpresivas, las agresiones sexuales no consentidas por no ajustarse a la definición de consentimiento (pero habría que añadir: siempre que efectivamente no sean consentidas), las no consentidas por el error del sujeto pasivo, las no consentidas por el engaño, la agresión sexual por el abuso de la situación de superioridad que no sea calificable al mismo tiempo como relación de superioridad, la agresión sexual de víctima vulnerable que no sea especialmente vulnerable, la de víctima abusando de su situación mental que no proceda o tenga relación con la enfermedad o discapacidad o cualquier otra circunstancia de la víctima y, en todo caso, que no la convierta en víctima especialmente vulnerable, y la agresión sexual sobre víctimas que se hallen parcialmente privadas de sentido o con la voluntad parcialmente anulada.
- Respecto de estas modalidades del tipo básico es posible plantear el tipo atenuado del art. 178.4, valorando la menor entidad del hecho y las circunstancias personales del sujeto.
- Los arts. 178.3 y 179.2, para las agresiones sexuales cometidas utilizando violencia que no sea de extrema gravedad, o intimidación que no sea ambiental por la actuación conjunta. Queda sin aplicación cuando se trate de agresión sexual cometida sobre víctima que tiene anulada completamente la voluntad, pues este supuesto también encaja en víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia del art. 180.1.3ª CP.
- El art. 180.1 abarcará los supuestos de agresión sexual y violación violentas, cuando la violencia sea de extrema gravedad, intimidatorias, cuando se trate de intimidación ambiental por actuación conjunta de dos o más personas, la agresión sexual de víctima privada completamente de sentido o con la voluntad completamente anulada, abusando de la vulnerabilidad de la víctima que alcance el grado de especialmente vulnerable, abusando de la situación mental de la víctima que alcance el grado de especialmente vulnerable, y abusando de la situación de superioridad que se englobe en una relación de superioridad.

Como se puede percibir, las dificultades de delimitación entre las diferentes modalidades delictivas de agresiones sexuales y violación resultan harto complejas, con las consecuencias penológicas que todo ello implica, algo que será tenido muy en

cuenta por jueces y tribunales, pues no es infrecuente que estos acaben optando por interpretaciones restrictivas valorando precisamente las consecuencias penales que comporta una u otra calificación de los hechos delictivos.

Si pensamos en el famoso caso de La Manada de Pamplona, donde por cierto, no se criticaba principalmente la pena impuesta por la primera sentencia condenatoria a los implicados en el caso, sino sobre todo otros aspectos de la regulación penal de las antiguas agresiones y abusos sexuales, debemos entender que, en parte la LOGILS y, sobre todo, la LO 4/2023 lo ha olvidado en buena medida, y, muy al contrario, ha optado por un endurecimiento de la respuesta penal para todos los agresores sexuales, quizá mayor aún del pretendido.

### **5. Las agresiones sexuales a menores de 16 años. La adaptación a la nueva regulación de las agresiones sexuales de mayores de 16 años... ¿o algo más, no intencionadamente?**

También el precepto dedicado a los delitos de agresiones sexuales a menores de 16 años ha sido objeto de modificaciones en la última reforma, algunas, no todas, en paralelo a lo sucedido en las agresiones sexuales de los arts. 178 a 180 CP.

Se debe destacar la cautela a la hora de utilizar el término agresión sexual en la redacción de este art. 181 CP, algo que ya sucediera con la reforma de la LOGILS. Fuera de la rúbrica del Capítulo II (de las agresiones sexuales a menores de 16 años), en la LOGILS apenas se utilizaba el término agresión sexual en la redacción del precepto: sí aparecía en el art. 181.2, para la tipificación de la modalidad agravada de primer nivel si en las conductas descritas en el apartado 1 concurría alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el art. 178. Y también aparecía en la descripción de la circunstancia cualificante del entonces art. 181.4 b): cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

La LO 4/2023 limita aún más la utilización literal y expresa del término agresión sexual, ya que, aparte de en la citada rúbrica, solo se mantiene en la descripción de la circunstancia cualificante del ahora art. 181.5 b). Ni en la LOGILS ni en la última reforma aparece el término violación.

Quizá haya que recordar que uno de los argumentos esgrimidos para justificar la primera reforma era precisamente el efecto comunicativo del lenguaje; tal vez al legislador de la LOGILS y de la LO 4/2023 agresión sexual no le parece la denominación más oportuna, tal vez considere “contraintuitivo” su uso en el caso de víctimas menores de 16 años.

Varios han sido los cambios operados en el art. 181 CP en la LO 4/2023, no todos ellos justificados en su Preámbulo. En líneas generales la reforma en trasladar el

tratamiento penal diferenciado para agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o, intimidación (tratamiento diferenciado que la LOGILS se constreñía a los hechos subsumibles en el 2) o sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa a la regulación penal de las agresiones sexuales a menores de 16 años, también para recuperar los marcos penales de las antiguas agresiones sexuales, pero, por un lado, extendiendo tales marcos penales a los actos cometidos sobre víctimas con la voluntad anulada (que en la regulación anterior eran calificados como abusos sexuales) y, por otro lado, manteniendo la decisión de la LOGILS de eliminar, con excepciones, la distinción entre agresiones y abusos sexuales.

Veamos con algo más de detalle la reforma del art. 181 CP operada por la LO 4/2023, dejando (casi) fuera de nuestro comentario los cambios operados en las circunstancias cualificantes del art. 181.5 CP y en la hiperagravación del art. 181.6 CP.

El primero de los cambios que merece ser destacado afecta a la aplicación del tipo atenuado de agresión sexual, ahora ubicado en un apartado específico, en el art. 181.3 CP (en vez del 181.2, segundo párrafo, en la LOGILS). En el Preámbulo simplemente se alude a que se añaden dos apartados en este precepto, lo que supone su reenumeración.

Pero lo que realmente significa esta reenumeración es que ahora queda totalmente claro que el tipo atenuado de agresión sexual resulta aplicable tanto a las agresiones sexuales descritas en el tipo básico del número 1 como a las agresiones sexuales agravadas, de primer nivel, del 2<sup>57</sup>. De esta manera, a través de la modalidad atenuada puesta en relación con el tipo básico del apartado 1, se dará respuesta legal a los supuestos que hasta ahora se resolvían a través de la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7<sup>a</sup> CP cuando el acto sexual se realiza con el consentimiento fáctico, pero no válido porque no cumplir los requisitos de la eximente del art. 183 bis CP, del menor de 16 años<sup>58</sup>. Otra cosa es que la solución penológica resulte satisfactoria, pues la aplicación del tipo atenuado supone la imposición de la pena inferior en grado a la de prisión de 2 a 6 años; el recurso a la atenuante analógica permitió a los jueces su apreciación como muy cualificada, con la consiguiente posibilidad de rebaja en uno o dos grados (art. 66.1.2<sup>a</sup> CP) la pena prevista para el antiguo delito de abuso sexual (prisión de 2 a 6 años).

<sup>57</sup> Con la redacción del art. 181.2 dada por la LOGILS era objeto de discusión si el tipo atenuado que aparecía descrito en el párrafo segundo era aplicable a las agresiones sexuales del número 2 y/o a las agresiones sexuales del apartado 1. Sobre esta cuestión v. MUÑOZ CONDE, 2022, p. 254; VALMAÑA OCHAITA, 2022, p. 9; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2023, p. 12; LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, p. 108. La STS 967/2022, 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4686) interpretó que esta modalidad atenuada se había de poner en relación con el art. 181.1 CP. En la Circular FGE 1/2023 se ofrecen distintos argumentos para llegar a la conclusión de que la modalidad atenuada era aplicable a las agresiones sexuales de los números 1 y 2. Para más detalles sobre esta cuestión, v. DÍAZ/TRAPERO, 2023.

<sup>58</sup> La atenuante analógica (art. 21.7<sup>a</sup> en relación con el antiguo art. 183 quater) se planteó como posibilidad, por ejemplo, en la STS 337/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2658), y se aplicó en el “Caso Arandina” a dos de los condenados en la STSJ Castilla y León 14/2020, 18 de marzo (ECLI:ES:TSJCL:2020:62) confirmada en este punto por la STS 930/2022, 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

El segundo cambio corresponde al mencionado ajuste en paralelo con las agresiones sexuales de los arts. 178-180 CP. Por un lado, porque el tipo agravado de primer nivel que ya se había previsto en la redacción de la LOGILS para las agresiones sexuales cometidas empleando violencia o intimidación (en el art. 181.2) se amplía ahora a las agresiones sexuales cometidas sobre víctimas menores de 16 años con la voluntad anulada por cualquier causa: en estos tres supuestos se ha de imponer la pena de prisión de 5 a 10 años, es decir, la pena con la que se castigaban las antiguas agresiones sexuales a menores de 16 años, pero cuando las agresiones sexuales se circunscribían a actos sexuales cometidos utilizando violencia o intimidación. Para los actos sexuales consistentes en acceso carnal y conductas asimiladas, en estos tres supuestos (pero no solo en ellos) la pena de prisión será de 12 a 15 años, es decir, la pena con la que se castigaban las antiguas agresiones sexuales a menores de 16 años, pero cuando las agresiones sexuales se circunscribían a actos sexuales consistentes en acceso carnal y conductas asimiladas cometidos utilizando violencia o intimidación.

El tipo atenuado del art. 181.3 CP no podrá ser aplicado en esos supuestos y tampoco cuando concurra alguna de las circunstancias cualificantes del art. 181.5 CP.

En el art. 181.5 *in fine* CP también se recoge expresamente el principio de alternatividad como solución para el caso de que el hecho sea susceptible de ser calificado a través del art. 181.1-4 o 181.5. De esta manera los problemas de delimitación entre los arts. 178/179 y 180.1 son trasladables al art. 181, aquí con el añadido de que será más difícil diferenciar entre víctimas menores vulnerables y víctimas menores especialmente vulnerables [para el caso de que se pretenda aplicar las modalidades de agresión sexual cometida sobre víctima abusando de su vulnerabilidad, o sobre víctima abusando de su situación mental, descartando así la aplicación del art. 181.5 c)].

Pero con la LO 4/2023 se introducen otros cambios en la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años, algunos explicados en el Preámbulo, pero otros no, lo que nos induce a pensar que no han sido intencionados o conscientes.

Como ya se ha destacado en la introducción, en el Preámbulo se argumenta que, para asegurar una más adecuada protección a los menores de edad, se recuperan las penas con las que se castigaban los delitos agravados contra la libertad sexual a menores de 16 años en su redacción anterior a la LOGILS.

Sin entrar a discutir su corrección<sup>59</sup>, con esta justificación se explica el cambio en los marcos penológicos para las agresiones sexuales utilizando violencia o intimidación, que no se produce en el art. 181.2, pues, como ya se ha señalado, en la LOGILS se había fijado la pena de prisión de 5 a 10 años para las agresiones sexuales cometidas utilizando violencia o intimidación (la pena del antiguo art. 183.2), pero sí en

<sup>59</sup> Parece estarse dando por descontado que la más adecuada protección de los menores es con el recurso a penas elevadas de prisión, afirmando además que son más proporcionadas en relación con las formas de violencia sexual sobre menores de edad.

las agresiones sexuales agravadas por existir acceso carnal o similar en relación con las conductas del apartado 2 (o, sea, las del art. 178.2 y 3), para las que el art. 181.4 establece pena de prisión de 12 a 15 años, la misma que el antiguo art. 183.3 puesto en relación con el apartado 2, mientras que la pena establecida en la LOGILS era prisión de 10 a 15 años. Lógicamente, ello afecta también al art. 181.5 CP.

En definitiva, se quiere explicar así el cambio del marco penológico de las agresiones sexuales agravadas por acceso carnal y similares del art. 181.4 (con su repercusión en el apartado 5): prisión de 8 a 12 años en los casos del apartado 1 y prisión de 12 a 15 años en los casos del apartado 2. Es decir, el mismo marco penológico del antiguo art. 183.3 (que afecta también al apartado 4), frente al establecido en la LOGILS: prisión de 6 a 12 años, en los casos del número 1, y de 10 a 15 años en los del 2.

El problema es que no existe correspondencia entre los hechos que se subsumían en el antiguo art. 183.1 y 3, por un lado, y en el antiguo art. 183.2 y 3, por otro lado, con los hechos que ahora se subsumen en el vigente art. 181.1, 2, 3 y 4<sup>60</sup>. Porque, de manera simplificada, hechos que con la anterior regulación eran calificados como abusos sexuales, con la pena de prisión de 2 a 6 años, que a lo sumo podrían ser agravados por la apreciación de alguna de las circunstancias cualificantes del antiguo art. 183.4, imponiéndose entonces la pena en su mitad superior, ahora son directamente subsumidos en el art. 181.2, castigados de entrada con la pena de prisión de 5 a 10 años, pero que puede llegar a ser en su mitad superior porque el juez aplique alguna de las circunstancias cualificantes del art. 181.5, de manera obligada porque el conflicto se tiene que resolver con la aplicación del principio de alternatividad. O hechos que con la anterior regulación eran castigados como acceso carnal “abusivo” con la pena de prisión de 8 a 12 años, que a lo sumo podrían ser agravados por la apreciación de alguna de las circunstancias cualificantes del antiguo art. 183.4, imponiéndose entonces la pena en su mitad superior, ahora son directamente subsumidos en el art. 181.4 en relación con el apartado 2, castigados de entrada con la pena de prisión de 12 a 15 años, pero que puede llegar a ser en su mitad superior porque el juez aplique alguna de las circunstancias cualificantes del art. 181.5, y de manera obligada, porque el conflicto se tiene que resolver con la aplicación del principio de alternatividad.

O, dicho con las palabras que deberían aparecer en el Preámbulo, se recuperan las penas con las que se castigaban los delitos agravados contra la libertad sexual a menores de 16 años en la redacción anterior a la LOGILS (los cometidos con violencia o intimidación), que, en el caso de agresiones agravadas por las conductas sexuales

<sup>60</sup> Para un análisis algo más detallado de la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años tal como quedó con la LOGILS, comparándola con la anterior regulación diferenciadora entre agresiones y abusos sexuales, v. LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, pp. 101 ss.

realizadas, han de ponerse en relación con todas las modalidades de agresiones sexuales que ahora aparecen en la definición auténtica del art. 178.2 y 3.

Los dos siguientes ejemplos servirán para comprender con mayor claridad esta observación. En el caso del acto sexual realizado sobre menor de 16 años privado de sentido, con la regulación anterior, al no utilizarse violencia ni intimidación, el hecho tenía que ser subsumido en el antiguo abuso sexual del art. 183.1, castigado con prisión de 2 a 6 años, pero cabía también recurrir a la circunstancia de víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia (salvando, eso sí, el principio *non bis in idem*), en cuyo caso la pena aplicable sería prisión de 4 a 6 años (antiguo art. 183.4.a). Con la LO 4/2023 este hecho no se va a castigar a través del art. 181.1 y/o 5 puesto en relación con el apartado 1, lo que nos llevaría a la misma pena, sino que va a ser subsumido en el art. 181.2, castigado por tanto con prisión de 5 a 10 años, y, al ser víctima privada de sentido, cabe entender que es también víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia, correspondiendo, por tanto, la mitad superior: prisión de 7 años y 6 meses a 10 años. Además, como concurre esta circunstancia cualificante, queda descartada absolutamente la posibilidad de apreciar el tipo atenuado del art. 181.4.

En el caso del acceso carnal realizado sobre víctima privada de sentido, nuevamente, como se realiza sin violencia ni intimidación, el hecho se subsumía en el antiguo art. 183.3, castigado con prisión de 8 a 12 años, que podría imponerse en su mitad superior si se consideraba que era un abuso sexual cometido sobre víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia (salvando, eso sí, el principio *non bis in idem*). Con la LO 4/2023 este hecho no se va a castigar a través del art. 181.4 puesto en relación con el apartado 1, sino a través del art. 181.4 puesto en relación con el apartado 2, así que se castigará con prisión de 12 a 15 años, que podrá apreciarse en su mitad superior si entra en aplicación la circunstancia cualificante de víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia.

Por último, se ha introducido un cambio en la regulación de las agresiones sexuales a menores de 16 años que tampoco aparece explicado en el Preámbulo.

Centrando la atención en los apartados 1 a 3 del art. 181, comparemos las siguientes modalidades de agresiones sexuales a menores de 16 años tras la LOGILS y tras la LO 4/2023:

- En el tipo básico (apartado 1), el acto sexual concurriendo el consentimiento fáctico del menor de 16 años, pero no válido jurídicamente porque no se cumplen los criterios del art. 183 bis CP. Este tipo básico se castigaba con prisión de 2 a 6 años. Ello parece no variar tras la LO 4/2023.
- El tipo agravado de primer nivel (apartado 2), cuando en la comisión de los actos sexuales concurre alguna de las modalidades (¡cualquiera!) de agresión sexual del art. 178, por tanto, el acto sexual realizado sin el consentimiento del menor de 16 años (y tomando consideración la definición legal

de consentimiento del art. 178.1, segundo inciso), así como el acto sexual (no consentido) realizado empleando violencia, intimidación, abusando de la situación de superioridad, o de vulnerabilidad de la víctima, el ejecutado sobre persona que se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abuse y el que se realice cuando la víctima tenga anulada la voluntad por cualquier causa. Este tipo agravado se castigaba tras la LOGILS con prisión de 5 a 10 años. Todo parece similar en la LO 4/2023, pero se mencionan solo las modalidades del art. 178. 1 y 2, ¡no la del número 1!

- El tipo atenuado, aplicable atendiendo a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluidas las personales del culpable, siempre y cuando no concorra violencia o intimidación, o alguna de las circunstancias cualificantes del entonces art. 181. 4. El ámbito aplicativo de este tipo atenuado, cabe interpretar que estaba referido tanto al tipo básico como al tipo agravado de primer nivel. Aparte del cambio de numeración de las cualificaciones (ahora art. 181.5), no parece haber cambios en la LO 4/2023, salvo los derivados de las contenidas a los preceptos con que se conecta.

La cuestión que inmediatamente surge es: ¿dónde está incluida ahora la agresión sexual consistente en el acto sexual realizado sin el consentimiento, ni siquiera fáctico, del menor de 16 años, o, de manera más sencilla, el acto sexual cuando concurre alguna de las modalidades del art. 178.1?

No puede ser que todos los hechos subsumibles en el art. 178.1, en el caso de cometerse con menores de 16 años sean impunes, por atípicos penalmente. Así que, descartada la aplicación del art. 181.2, pues aquí con claridad meridiana se remite a los apartados 2 y 3 del art. 178, la solución tendrá que ser que tales hechos han de ser castigados a través del tipo básico del art. 181.1. Esto significa que la LO 4/2023 ha equiparado penológicamente el acto realizado con el consentimiento fáctico del menor, pero no válido jurídicamente, y el acto realizado sin el consentimiento, ni siquiera fáctico, del menor de 16 años, supuestos que la LOGILS sí había querido diferenciar, a través de las modalidades básica y agravada de primer nivel antes descritas.

## **6. El efecto acumulativo de la LOGILS y la LO 4/2023: el incremento penológico para los delitos de agresiones sexuales**

La reforma de la LOGILS y la contrarreforma de la LO 4/2023, tomadas en su conjunto, han tenido un efecto que debe ser objeto de severa crítica: el incremento

penológico que se ha producido resulta difícilmente explicable o justificable, al permitir aplicar penas desproporcionadas, como regla general además<sup>61</sup>. Es más que probable que esto genere el efecto “compensatorio” por parte de los aplicadores del Derecho Penal: los jueces y magistrados se verán abocados a realizar interpretaciones restrictivas, a veces con cierta “relajación” del principio de legalidad, buscando la imposición de la pena menos grave posible. Y el incremento penológico, incluso exacerbado, afecta también a modalidades de agresión sexual que no han sido objeto de atención por la LO 4/2023, con el efecto contrario al perseguido, por tanto: no se va a castigar más gravemente, siempre, la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación o sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa.

Este incremento penológico se deriva de la acumulación de los cambios penológicos operados por las dos LO: por un lado, porque las penas de los actuales delitos de agresiones sexuales y violación de los arts. 178.1 y 2 y 179.1 se aplicarán a los hechos que antes de la LOGILS se calificaban, y castigaban, como abusos sexuales. Pero, además, muchos de los supuestos teóricamente subsumibles en la definición legal de agresión sexual (extensible al delito de violación) finalmente se castigarán a través de las circunstancias cualificantes del art. 180.1, con el consiguiente incremento de la pena que esto conlleva (recuérdese la regla de alternatividad introducida por la LO 4/2023). Por otro lado, con la LO 4/2023 se recuperan las penas de las antiguas agresiones sexuales cuando en el hecho se utiliza violencia, intimidación o (nueva ampliación) sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa. Como efecto colateral, puede que, frente al objetivo de la LO 4/2023, las agresiones sexuales utilizando violencia o intimidación pueden resultar castigadas con una pena menor. Nuevamente, el eslogan de la vuelta al CP de la Manada queda desvirtuado claramente.

Para dejar constancia de esta circunstancia, y para no alargar en demasía este trabajo, haremos una comparación entre la regulación anterior, la de la LOGILS y la actual, tras la LO 4/2023, relativa a los delitos de los arts. 178-180, a través de solo algunas conductas de modo simplificado, fijándonos, donde corresponde, en uno de los supuestos subsumibles en la definición legal de agresión sexual, el acto sexual realizado sobre persona privada de sentido, partiendo de la hipótesis de que tal modalidad posee autonomía, como hemos sostenido, de la de agresión sobre persona con la voluntad anulada por cualquier causa. Pero los mismos problemas son extensibles a las restantes modalidades del art. 178.2 CP, pues en todas ellas se plantean los problemas de posible concurrencia con alguna circunstancia cualificante del art. 180.1 CP, tal como hemos explicado<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Reclama insistentemente que se reduzcan las penas PASQUAU LIAÑO, 2023. No comparte esta opinión, considerando que las penas en España no son demasiado elevadas, FERNANDES ROMERO, 2023, opinión que hace extensiva probablemente a buena parte del electorado (más o menos inducido política y mediáticamente), motivo por el que hay pocas manifestaciones de opinión sobre esta cuestión.

<sup>62</sup> Se pueden consultar otras tablas comparativas entre las antiguas agresiones sexuales y abusos sexuales

*El acto sexual no consentido realizado de manera sorpresiva:*

En la regulación anterior este hecho era calificado como abuso sexual (antiguo art. 181.1), castigado con prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses.

Con la regulación LOGILS este hecho es calificado como agresión sexual (art. 178.1), castigada con prisión de 1 a 4 años, con la posibilidad de que se aprecie el tipo atenuado, en cuyo caso el hecho se castigará con prisión de 1 a 2 años y 6 meses o multa de 18 a 24 meses. Con la LO 4/2023 no cambia.

*Acto sexual no consentido realizado sobre persona privada de sentido:*

En la regulación anterior este hecho era calificado como abuso sexual (antiguo art. 181.1 y 2), castigado con prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses. Al estar prevista legalmente como modalidad de abuso sexual, quedaba descartada la aplicación de la circunstancia cualificante basada en la especial vulnerabilidad de la víctima por esta causa o razón.

Con la regulación LOGILS este hecho es calificado como agresión sexual (art. 178.1 y 2), castigada con prisión de 1 a 4 años, con la posibilidad de que se aprecie el tipo atenuado (art. 178.3)<sup>63</sup>, en cuyo caso el hecho se castigará con prisión de 1 a 2 años y 6 meses o multa de 18 a 24 meses. Con la LO 4/2023 es calificado como agresión sexual (art. 178.1 y 2), en principio castigada con prisión de 1 a 4 años, pero es muy probable que acabe calificándose a través del art. 180.1.3<sup>a</sup> CP, porque la víctima privada de sentido es víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia, de modo que se castigará con prisión de 2 a 8 años.

*Acto sexual utilizando violencia (no extrema) o intimidación (no ambiental)*

En la regulación anterior era agresión sexual (antiguo art. 178), castigada con prisión de 1 a 5 años. Con la regulación LOGILS este hecho es calificado como agresión sexual (art. 178.1 y 2), castigada con prisión de 1 a 4 años, con la posibilidad de que se aprecie el tipo atenuado, en cuyo caso el hecho se castigará con prisión de 1 a 2 años y 6 meses o multa de 18 a 24 meses. Con la LO 4/2023 es calificado como

y las agresiones sexuales de la LOGILS. V., por ejemplo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2023, pp. 5-20. Otros introducen en la comparación la Proposición de LO de reforma del Grupo Socialista. V., por ejemplo, Redacción del Diario La Ley, 2022; MAGRO SERVET, 2022, pp. 1 ss.; 2023a, pp. 1 ss.; ROIG ANGOSTO, 2023, pp. 30 ss. Comparando la regulación anterior de las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años y la vigente de las agresiones sexuales a menores de 16 años LÓPEZ PEREGRÍN, 2023, pp. 105 ss. Y entre la LOGILS y la LO 4/2023, MAGRO SERVET, 2023, pp. 11 ss. Y entre la regulación anterior, la LOGILS y la LO 4/2023, Redacción La Ley, 2023.

<sup>63</sup> Sobre la interpretación del tipo atenuado, v., entre otros, JERICÓ OJER, 2020, pp. 19 s.; MAGRO SERVET, 2020, p. 6; 2021, p. 12; COMAS D'ARGEMIR, 2021, pp. 27 s.; ACALE SÁNCHEZ, 2022, pp. 71 s. y nota 71; LÓPEZ LORCA, 2022, pp. 118 s.; MUÑOZ CONDE, 2022, pp. 234 s.; RUBIDO DE LA TORRE, 2022, p. 5; AGUSTINA, 2023, pp. 45 s.; CUERDA/FERNÁNDEZ, 2023, pp. 1279 s.; GIL GIL, 2023, p. 816; RAGUÉS I VALLÈS, 2023a, p. 146; TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 28. La LO 4/2023 ha optado por excluir del ámbito aplicativo del tipo atenuado la agresión sexual si se ha utilizado violencia, intimidación o se comete sobre víctima con la voluntad anulada. Valora positivamente este cambio, MAGRO SERVET, 2023b, pp. 2, 11.

agresión sexual, entrando en aplicación el art. 178.3, así que se castigará con prisión de 1 a 5 años. No cabe apreciar el tipo atenuado. Al no ser violencia de extrema gravedad ni intimidación ambiental, no resulta aplicable el art. 180.1.

El incremento penológico es mucho más acusado cuando los actos sexuales no consentidos consisten en acceso carnal y similares.

#### *Acto sexual realizado sobre persona privada de sentido*

En la regulación anterior se trataba como abuso sexual agravado por la conducta sexual realizada (antiguo art. 181.4), castigado con prisión de 4 a 10 años. Al estar prevista legalmente como modalidad de abuso sexual, quedaba descartada la aplicación de la circunstancia cualificante basada en la especial vulnerabilidad de la víctima por esta causa o razón.

Con la regulación LOGILS es calificado como violación (art. 179), castigada con prisión de 4 a 12 años. Al calificarse como acto no consentido por realizarse sobre víctima privada de sentido, queda descartada la aplicación del art. 180.1.3<sup>a</sup>, si es esta la única causa o razón para la agravación (principio *non bis in idem*, inherencia). Con la LO 4/2023, es violación (art. 179.1), castigada con prisión de 4 a 12 años, pero, por aplicación del principio de alternatividad, es más que probable que acabe calificándose a través del art. 180.1.3<sup>a</sup> CP, porque la víctima privada de sentido es víctima especialmente vulnerable por cualquier circunstancia, correspondiendo prisión de 7 a 15 años.

#### *Acto sexual utilizando violencia (no extrema) o intimidación (no ambiental)*

En la regulación anterior este hecho se calificaba como violación (antiguo art. 179), castigada con prisión de 6 a 12 años.

Con la LOGILS es violación (art. 179), castigada con prisión de 4 a 12 años. Con la LO 4/2023 es violación (art. 179.2), castigada con prisión de 6 a 12 años. Al no ser violencia de extrema gravedad ni intimidación ambiental, no resulta aplicable el art. 180.1.

Venimos hablando de endurecimiento del tratamiento de agresiones sexuales y violación fijándonos solo en la pena de prisión que cabe imponer al delincuente sexual. Pero, como la pena de prisión impuesta efectivamente puede superar fácilmente los 5, añadimos que entrará en juego el periodo de seguridad del art. 36.2 CP, con los correspondientes efectos para la clasificación en tercer grado y la obtención de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional, quedando descartado que los condenados sean clasificados en tercer grado de manera directa. Además, a la pena de prisión le acompañarán otras penas privativas de derechos que cabe imponer a través de los arts. 192.3 y 55 a 57 CP y la medida de seguridad de la libertad vigilada del art. 192.1 CP, entre otras consecuencias jurídicas.

## 7. A modo de conclusión

Como conclusión general de este trabajo y respuesta a la pregunta que planteamos en su título y al final de la introducción, podemos resumir: Nno solo no estamos ante el regreso al CP de la Manada, en el sentido peyorativo de este eslogan, que implica que aquel texto punitivo no protegía de manera adecuada a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual. La LO 4/2023 no solo no regresa al CP de la Manada, sino que abandona la filosofía que inspiraba aquella regulación, a través de la diferenciación entre agresiones sexuales, graves, porque se cometen utilizando violencia o intimidación, y abusos sexuales, menos graves, el resto de actos sexuales no consentidos. Ahora cabe incluso hacer la lectura de que la LO 4/2023 invierte aquella filosofía: los actos sexuales no consentidos que antes se llamaban abusos sexuales son ahora, muchos de ellos, las agresiones sexuales graves, a veces más graves que las cometidas utilizando violencia o intimidación.

La LO 4/2023 ciertamente ha abandonado el modelo de la LOGILS, que vinculaba la unificación de todo acto sexual como agresión sexual con la consiguiente equiparación penológica a través de un amplio marco punitivo para todos los supuestos de actos sexuales realizados sin consentimiento. Pero esto no se ha hecho en el sentido que pretende criticar el eslogan del regreso al CP de la Manada, porque se busca castigar más gravemente la agresión sexual cometida utilizando violencia o intimidación, sino porque, partiendo de la unificación en el *nomen iuris*, se vuelve a la diferenciación penológica, pero ahora a menudo los hechos más graves son los que con la antigua regulación eran calificados como abusos sexuales.

Para llegar a esta conclusión general, hemos transitado por diferentes reflexiones y extraído conclusiones parciales, entre las cuales podríamos mencionar, de manera muy general y sin repetir el detalle, algunas:

La reforma de ciertos delitos sexuales por la LOGILS tuvo que ver en gran medida con el “ruido” social y mediático que se produce en nuestro país a partir del conocido como caso de la Manada (de Pamplona), a veces no ajustado a la realidad de la regulación existente (no tan defectuosa y como se pretendía) ni a su aplicación jurisprudencial; de hecho, los argumentos utilizados para justificar la reforma no siempre (en realidad en escasa medida, en nuestra opinión) sirven para ello. Pero también el “ruido” y la distorsión han estado muy presentes en la “contrarreforma” de la LOGILS, con muchas exageraciones, algunas mentiras y bastantes medias verdades. Igualmente, la respuesta doctrinal a la “contrarreforma” ha sido dispar (desde las claramente positivas a otras rotundamente negativas, pasando por algunas intermedias y más neutras). En todo caso, como hemos dicho, la “contrarreforma” no supone una vuelta al CP de la Manada formalmente, pero tampoco materialmente.

La supresión de la distinción entre agresión sexual y abuso sexual en la LOGILS supuso un amplio marco penológico unificado de una serie de supuestos que antes estaban sometidos a marcos penales diferenciados, con la consecuencia además de

la aplicación retroactiva favorable (más o menos justificada o adecuada) que, en definitiva, motivó la “contrarreforma”, que no recupera formalmente la diferenciación anterior, pero da especial relevancia, entre otras, a la presencia de violencia o intimidación en las agresiones sexuales.

No es cierto que con la “contrarreforma” se castiguen siempre más las agresiones sexuales con violencia o intimidación, pues existen marcos penales que se superponen. Se establecen, sí, nuevas reglas legales para la determinación de la pena de las agresiones sexuales, cuya definición no sufre cambios notables.

Las relaciones concursales se complican, como detallamos en el texto, especialmente por el tenor que la LOGILS dio al art. 194 bis CP, en combinación con la nueva relevancia que la “contrarreforma” de 2023 da a la violencia y la intimidación en las agresiones sexuales, siendo precisas interpretaciones restrictivas para evitar la vulneración de principios esenciales.

No creemos que ni la LOGILS pusiera tan en el centro de las agresiones sexuales el consentimiento, pues en realidad ya lo estaba, pero tampoco que la “contrarreforma” lo saque de él. La necesidad de la fórmula legal es discutible y supone en ocasiones riesgos, pero no cambia tanto la cuestión de la presencia o ausencia de consentimiento y su prueba como a veces se pretende.

Una diferencia clara del texto legal tras la “contrarreforma” frente al del “CP de la Manada” es que en el primero se equiparan penológicamente las agresiones sexuales mediante violencia o intimidación a las cometidas sobre víctima que tenga anulada la voluntad por cualquier causa, supuesto constitutivo de abusos sexuales en el segundo. Todavía falta una reflexión doctrinal al respecto y la búsqueda de criterios que distingan la agresión sexual sobre víctima que tenga anulada su voluntad por cualquier causa de la que recae sobre persona que se halle privada de sentido o sobre víctima de cuya situación mental se abuse, conteniéndose en el trabajo alguna propuesta.

Se intenta demostrar detalladamente (y a falta de debate doctrinal todavía) además que las consecuencias del cambio en el art. 180.1 CP de la mención a la inherencia (un recordatorio del *non bis in idem*) que aparecía en la LOGILS por la remisión expresa a la alternatividad en la “contrarreforma” produce consecuencias mayoritariamente no explicadas ni justificadas y criticables por conducir a un exacerbado punitivismo. Se hace alguna propuesta para mitigar algunas consecuencias previsibles de la regulación.

En lo que se refiere a las agresiones sexuales a menores de 16 años, sostenemos que no se trata solo, conscientemente o no, de una adaptación de la regulación a la nueva de las agresiones a mayores de 16 años, sino que se producen en ocasiones (que se detallan) fuertes incrementos punitivos seguramente más allá de los pretendidos, así como otros desajustes inexplicados.

Por fin, ejemplificamos con varios supuestos cómo la combinación de las disposiciones de la LOGILS y las de la “contrarreforma” por LO 4/2023 conduce a una severidad punitiva difícilmente justificable y conducente con carácter bastante general a penas desproporcionadas, lo que aventuramos conducirá a una tendencia restrictiva por parte de los aplicadores de los preceptos penales, tal vez incluso más allá de lo que permite el texto legal. Además, puede producirse la paradoja de que, contra lo perseguido en la “contrarreforma”, no siempre se castiguen más gravemente las agresiones sexuales mediante violencia o intimidación o sobre víctima con la voluntad anulada por cualquier causa.

Todo ello, además de poner de manifiesto consecuencias negativas de unas reformas seguramente innecesarias y que creemos que no eran las que precisaban los delitos contra la libertad sexual en nuestro CP, conduce a la conclusión general enunciada al comienzo de este apartado: la “contrarreforma” por LO 4/2023 no supone, como se le acusa por un sector, una vuelta al CP de la Manada, sino, en algunos puntos y en combinación con la regulación de la LOGILS, algo peor.

## Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2019a), “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género”, en Monge Fernández (dir.)/Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Barcelona, pp. 215-254.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2019b), *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Madrid.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021), “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”, *Revista Sistema Penal Crítico*, n. 2, pp. 155-179.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2022), “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa”, en Marín de Espinosa Ceballos/Esquinas Valverde (dirs.)/Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), pp. 39-88.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2023a), “Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia”, en Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 137-151.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2023b), “Odiado agresor sexual que estás penando en las cárceles españolas”, en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/odiado-agresor-sexual-que-penando-carceles-espanolas/20230225103736208768.html> (fecha de consulta 25 de febrero de 2023).
- AGUSTINA, J. R. (2023), “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la ‘confusión típica’ a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 37-50.
- AGUSTINA, J. R./PANYELLA-CARBÓ, M. N (2020). “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Política Criminal* volumen 15, número 30, pp. 526-581.

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2004), *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona, 2004.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022a), “La libertad sexual en peligro”, *La Ley* n. 10007, pp. 1-17. También se ha publicado en: (2022b), Iglesias Canle/Bravo Bosch (dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia, pp. 295-326.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2023), “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-r3, pp. 1-28.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./DEL MOLINO ROMERA, M. (2020), “Agresión y abusos sexuales: evolución histórica, algunas cuestiones controvertidas y propuestas de reforma”, en De Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario volumen II*, Madrid, pp. 2019-2039.
- BARJA DE QUIROGA, J./CALAZA LÓPEZ, S. (2023), “De cuando las vías se deforman y los trenes siguen pasando: por una protección integral de la libertad sexual sin ambages ni dobleces”, en Llorente Sánchez-Arjona/Zafra Espinosa de los Monteros (dirs.), *La violencia de género en la sombra*, Cizur Menor (Navarra), pp. 17-47.
- BRAJE CENDÁN, S. B. (2013), “El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas”, *La Ley*, volumen 5, pp. 1349-1357.
- CABRERA MARTÍN, M. (2019), *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Madrid.
- CAMPANER MUÑOZ, J. (2022), “El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 56 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/periodical/106406085/v20220065/page/RR-5.11>.
- CANCIO MELIÁ, M. (2022a), “Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales”, en: <https://elpais.com/opinion/2022-06-07/guerra-cultural-y-reforma-de-los-delitos-sexuales.html> (fecha de consulta 10 de julio de 2022).
- CANCIO MELIÁ, M. (2022b), “La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales”, *Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 3, pp. 12-13.
- CANCIO MELIÁ, M. (2022c), “Alguna breve consideración sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 3, pp. 299-313.
- CANCIO MELIÁ, M. (2023), “Ley del solo sí es sí’: un debate irreal”, en: <https://elpais.com/opinion/2023-02-13/ley-del-solo-si-es-si-un-debate-irreal.html> (fecha de consulta 14 de febrero de 2023).
- CERRATO GURI, E./CASANOVA MARTÍN, R. (2023), “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 153-165.
- COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, M. (2021), “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, *Juezas y Jueces para la Democracia Boletín Penal*, n. 12-I, pp. 17-28.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>
- CUERDA ARNAU, M. L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (2023), “Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Muñoz Sánchez/García Pérez/Cerezo Domínguez/García España (dirs.), *Estudios jurídico-penales*,

- criminológicos y político criminales. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, pp. 1269-1287.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2023a), “Reformas (y no reformas) penales, principios y libertades. Especial referencia a los ultrajes a España y a los delitos de odio”, en Núñez Castaño/García Arroyo (dirs.)/Rodríguez Molina (coord.), *Reformas penales y Estado de Derecho*, en prensa.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2023b), “Elogio de una garantista, de los límites a la potestad punitiva y de la legislación bien hecha”, en: *Sociedad del riesgo y expansión del Derecho Penal. Propuestas garantistas*, en prensa.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M. A. (2021), “¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?”, en: Santana Vega/Fernández Bautista/Cardenal Montraveta/Carpio Briz/Castellví Monserrat (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez* Barcelona, pp. 545-570.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./TRAPERO BARREALES, M. A. (2023), *La reciente reforma de los delitos de agresión (y abuso) sexual: motivos y valoración* (título provisional de libro en vías de publicación).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004), “Artículos 178-183”, en Díez Ripollés/Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia, 2004, pp. 271-389.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019), “Alegato contra un Derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-10, pp. 1-29.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2020), “Las propuestas de reforma del derecho penal sexual de 2018: su fundamento”, en: De Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, volumen II Madrid, pp. 1551-1563.
- No es abuso, es violación’, ‘No es no, lo contrario es violación’”, *La Ley*, n. 9845, pp. 1-9.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J. (2022), *Todo penal. Actualizado con las reformas de la garantía integral de la libertad sexual y de imprudencia en la conducción*, 3ª edición, Madrid.
- ESQUINAS VALVERDE, P. (2022), “De los abusos sexuales”, en: Marín de Espinosa Ceballos/Esquinas Valverde (dirs.)/Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), pp. 141-225.
- ESTEVE MALLENT, L. (2021), “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual”, *El Criminalista Digital*, n. 9 pp. 38-58.
- FARALDO CABANA, P./RAMÓN RIBAS, E. (2020), “‘Solo sí es sí’, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XL, pp. 21-42.
- FERNANDES ROMERO, I. (2023), “Los verdaderos feministas de la ley del “solo sí es sí” son los magistrados del Tribunal Supremo”, en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1232784](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232784).
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2023), Entrevista publicada en: <https://www.huffingtonpost.es/politica/que-quegado-ley-si-si-reforma-psoc-claves-entenderlo.html> (fecha de consulta 22 de abril de 2023).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.
- GIL GIL, A. (2023), “La agravante de ser o haber sido la víctima esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en Muñoz Sánchez/García Pérez/Cerezo Domínguez/García España (dirs.), *Estudios*

- jurídico-penales, criminológicos y político criminales. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, 2023, pp. 807-823.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2020), “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: ‘Solo sí es sí’”, en: [iustel.com//diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1201972&popup=994](http://iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972&popup=994) (= [gimbernat.eu/?p=994](http://gimbernat.eu/?p=994)).
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2023), “No es violación: ¡es abuso!””, en: [https://www.iustel.com//diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1232767&utm\\_source=DD&utm\\_medium=email&nl=1&utm\\_campaign=24/4/2023&popup=994](https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232767&utm_source=DD&utm_medium=email&nl=1&utm_campaign=24/4/2023&popup=994)
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2021a), “La reforma de las agresiones sexuales”, *La Ley*, n. 9790, pp. 1-12.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2021b), “Propuesta de un nuevo enfoque sobre la regulación de las agresiones sexuales”, en: Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte Cabada/Martínez-Buján Pérez/Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia, pp. 687-700.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2023), “Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del “modelo del consentimiento””, en: Muñoz Sánchez/García Pérez/Cerezo Domínguez/García España (dirs.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político criminales. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, pp. 1429-1443.
- GREEN, S. P. (2023), “La antijuridicidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 123-136.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, (2021), “Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales”, en <https://www.politicacriminal.es/documentos/comunicados/comunicado-sobre-la-reforma-de-las-agresiones-y-abusos-sexuales>.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. (2023), “Análisis del cambio de penalidad de los delitos de agresión sexual en la Ley Orgánica 10/2022”, *La Ley*, n. 10230, pp. 1-20.
- GUTIÉRREZ-SOLANA, A. (2023), “El ataque de Pedro Sánchez al consentimiento sexual y la vuelta al Código Penal de ‘La Manada’”, en: <https://www.lamarea.com/2023/02/20/el-ataque-de-pedro-sanchez-al-consentimiento-sexual/> (fecha de consulta 21 de febrero de 2023).
- IGLESIAS CANLE, I. C. (2022), “Libertad sexual y violencia sexual”, en Iglesias Canle/Bravo Bosch (dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Valencia, 2022, pp. 265-294.
- JERICÓ OJER, L. (2020), Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Juezas y Jueces para la Democracia Comisión Violencia de Género*, n. 11, pp. 15-25.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “¿Qué es una violación?”, en: <http://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/que-es-una-violacion>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2021), “Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?”, *El Mundo*, 7 de abril, p. 18.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2022a), “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, en: <https://almacenedderecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2022b), “Las penas de los delitos sexuales: tres preguntas”, en <https://elpais.com/opinion/2022-11-23/las-penas-de-los-delitos-sexuales-tres-preguntas.html> (fecha de consulta 25 de noviembre de 2022).

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2023), “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 51-62.
- LAURENZO COPELLO, P. (2023), “La contrarreforma de los delitos sexuales: tanto camino para nada”, en: <https://elpais.com/opinion/2023-03-07/la-contrarreforma-de-los-delitos-sexuales-tanto-camino-para-nada.html> (consultado el 7 de marzo de 2023).
- LLORIA GARCÍA, P. (2023), “El gatopardismo y la reforma del solo sí es sí”, en [https://www.iustel.com//diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1230334&popup=](https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1230334&popup=)
- LÓPEZ LORCA, B. (2022), “El Anteproyecto de ley orgánica de garantía de la libertad sexual. Hacia la reconfiguración del derecho penal sexual”, en: De la Torre Laso (coord.), *Violencia sexual en grupo. Un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 99-140.
- LÓPEZ MARCHENA, M. Á. (2022), “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: aspectos de la reforma en relación con las víctimas menores de edad”, *La Ley Penal*, n. 159, pp. 1-20.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2023), “Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022”, *Revista Penal México*, n. 22, pp. 95-121.
- LORA, P. de (2023a), “Sexo, consentimiento y prueba”, en <https://www.elmundo.es/opinion/columnistas/2023/02/09/63e39dce21efa025188b45d5.html>. (consulta el 15 de febrero de 2023).
- LORA, P. De (2023b), “Irene Montero: un fraude despótico”, en <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2023-04-22/irene-montero-fraude-despotico/> (fecha de consulta 22 de abril de 2023).
- LUZÓN PEÑA, D.-M. (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Valencia.
- MAGRO SERVET, V. (2020), “Esquema sobre la reforma del Código penal en materia de delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, n. 9595, pp. 1-10.
- MAGRO SERVET, V. (2021), “Análisis comparativo acerca de la inminente reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, n. 9894, pp. 1-16.
- MAGRO SERVET, V. (2022), “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual”, *La Ley*, n. 10133, pp. 1-28.
- MAGRO SERVET, V. (2023a), “Cuadro comparativo de la LO 10/2022, de 6 de septiembre y la reciente proposición de Ley de reforma del Código Penal en delitos sexuales y aspectos diferenciales”, *La Ley*, n. 10229, pp. 1-7.
- MAGRO SERVET, V. (2023b), “La nueva Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de delitos sexuales: la reforma de la reforma”, *La Ley*, n. 10277, pp. 1-15.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2022), “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, n. 10143, pp. 1-17.
- MARTÍNEZ DE ABREU, D. (2023), “Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español”, *Revista Penal México*, n. 22, pp. 123-134.
- MATA BARRANCO, N. de la. (2022), “Aspectos penales de la nueva ley de garantía integral de la libertad sexual (II)” 13 de octubre, en: <https://almacenederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-ii>.
- MESTRE DELGADO, E. (2022), “El difícil arte de legislar y que se entienda”, *La Ley Penal*, n. 159, pp. 1-2.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020), “Las Manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Valencia.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2022), “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en Marín de Espinosa Ceballos/Esquinas Valverde (dirs.)/Morales Hernández (coord.),

- Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), pp. 253-330.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. Á. (2022), Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal”, en Marín de Espinosa Ceballos/Esquinas Valverde (dirs.)/Morales Hernández (coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), pp. 89-137.
- MUÑOZ CONDE, F. (2022), *Derecho penal. Parte especial*, 24ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia.
- OLALDE GARCÍA, A. (2022), “A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho comparado”, *La Ley Penal*, n. 154, pp. 1-16.
- PANYELLA-CARBÓ, M. N. (2020), “Análisis jurisprudencial de los casos de abuso sexual en situaciones de vulnerabilidad química”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 33, pp. 1-15.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2023), “Un Derecho penal de calculadora. A propósito de la ley ‘sin sí o con no’”, en: <https://ctxt.es/es/20230401/Firmas/42752/miguel-pasquau-ley-solo-si-es-si-derecho-penal-penas-minimas.htm>.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2022), “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, *La Ley*, n. 10045, pp. 1-9.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2023), “Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 63-77.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2023), La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual”, en: <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2023/02/06/reforma-ley-solo-si-es-si/>.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2023a) “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Silva Sánchez (dir.)/Ragués I Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 8ª edición, Barcelona, pp. 133-161.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2023b), “El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 95-106.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2021a), “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: ¿cambio de paradigma o juego de espejos?”, *Juezas y Jueces para la Democracia Boletín Penal*, n. 12-I, pp. 29-43.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2021b), “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos ‘integral’”, *IgualdadES*, n. 5, pp. 487-517.
- RAMÓN RIBAS, E. (2022), “El polémico régimen de penas de la Ley del ‘solo sí es sí’, 22 de noviembre, en <https://almacenedderecho.org/el-polemico-regimen-de-penas-de-la-ley-del-solo-si-es-si>.
- RAMÓN RIBAS, E./FARALDO CABANA, P. (2023), “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, en: Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 79-94.
- Redacción del Diario La Ley (2022), “Aspectos penales de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual”, *La Ley*, n. 10127, 9 de septiembre.
- Redacción de La Ley (2023), “Tabla comparativa. Reforma de los delitos contra la libertad sexual (LO 4/2023)”, enlace desde *La Ley*, n.10279, 4 de mayo.
- ROIG ANGOSTO, C. (2023), “Comparativa de la regulación de los delitos contra la libertad sexual tras la LO 10/2022 y la Proposición de Ley de modificación de estos”, *Juezas y Jueces para la Democracia Boletín Informativo*, n. 89, pp. 30-33.

- DEL ROSAL BLASCO, B. del (2022), “El pecado original de la ley Montero”, *Foro Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 3, pp. 9-11.
- RUBIDO DE LA TORRE, X. L. (2022), “Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del ‘solo sí es sí’)”, *La Ley Penal*, n. 159, pp. 1-11.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (2019), “El concepto de violencia y el problema de la “sumisión química” en los delitos sexuales (A propósito de la discusión en España)”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 5 Especial, pp. 1-26.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (2020), “Los ataques a la libertad sexual por “sumisión química”. A propósito de su naturaleza y la reforma de los delitos sexuales”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 58, pp. 139-188.
- SORIANO RUIZ, N. (2022), “Violencia sexual y protección a las víctimas: un análisis con perspectiva de género desde la Criminología”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 10, pp. 1-18.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2019), “Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad? La llamada sumisión química en Derecho Penal: especial referencia a los delitos sexuales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XXXIX, pp. 655-707.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E. (2023), “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)”, en Agustina (coord.), *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, pp. 21-36.
- VALMAÑA OCHAÍTA, S. (2022), “La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal”, *La Ley Penal*, n. 159, pp. 1-17.
- VELA MOURIZ, A. (2023), “Comentario a la LO 4/2023, de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley*, n. 10277, pp. 1-3.

#### Noticias en prensa:

- El País. Sobre Irene Montero <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html> (fecha de consulta 27 de enero 2023).
- La Vanguardia. Sobre Rosell <https://www.lavanguardia.com/vida/20230123/8702695/rosell-califica-falacia-ley-s-permita-rebajar-penas.html> (fecha de consulta 27 de enero de 2023).
- Público. <https://www.publico.es/politica/psoe-vuelta-codigo-penal-manada.html> (consultado el 15 de febrero de 2023).
- IGLESIAS, Pablo. En: <https://www.publico.es/videos/iframe/1043447>
- Plataforma unitaria contra las violencias de género de Cataluña. *Comunicado Sobre la reforma de la ley de la libertad sexual y el consentimiento: o hay consentimiento de la mujer o no lo hay*, en: <https://www.violenciadegenere.org/sites/default/files/2023/Comunicat%20viol%C3%A8ncia%20sexual%20PUCVG.pdf> (fecha de consulta el 15 de febrero de 2023).