

**GEMMA MARTÍNEZ GALINDO**

DIRECTORA

PRÓLOGO

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**

# La reforma de los

# DELITOS

# SEXUALES

**JMB**  
**BOSCH EDITOR**

COLECCIÓN

«Penalcrim» J.M. Bosch Editor

El presente libro impulsado por el Grupo de Investigación Reconocido PENALCRIM, de la Universidad Internacional de La Rioja, en colaboración con expertos juristas, nace con la vocación de explicar al profesional del Derecho de una forma práctica y amena los cambios introducidos con las dos últimas reformas en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y cómo se encuentra el panorama actual en esta materia, tras unos meses de vigencia. Desde el análisis de la controvertida reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que entró en vigor el siguiente día 7 de octubre, hasta su modificación por Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, tan sólo siete meses después, para corregir a futuro las penas tras las numerosas revisiones de Sentencias que se estaban produciendo. En esta obra se tratan aspectos clave como la introducción del consentimiento en el tipo penal como eje central de la concurrencia de estos delitos, la violencia y la intimidación como elementos cualificantes de las conductas típicas, la punición de las conductas respecto de los menores de 16 años con el enfoque de la comisión a través de las nuevas tecnologías, se realiza una comparativa de la penalidad conforme a la legislación anterior, recogiendo los acuerdos del Pleno del Tribunal Supremo en esta materia, así como la reciente incorporación de la responsabilidad corporativa en los casos de acoso sexual, y se analizan aspectos concursales y procesales de la reforma. Esto hace que se trate de una obra única en esta materia y de máximo interés.



GEMMA MARTÍNEZ GALINDO  
DIRECTORA

# **La reforma de los delitos sexuales**

PRÓLOGO

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

2024



BOSCH EDITOR

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

**Dr. Alfredo Abadías Selma.** Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja

**Dr. Miguel Bustos Rubio.** Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja

**Dra. María del Carmen Armendáriz León.** Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal,  
Universidad Complutense de Madrid

© ENERO 2024 GEMMA MARTÍNEZ GALINDO (Directora)

© ENERO 2024



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-10044-30-2

ISBN digital: 978-84-10044-31-9

D.L.: B 347-2024

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain – Impreso en España*

## **Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor**

### **Coordinadores del Comité Científico**

---

**Dr. Alfredo Abadías Selma**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja

**Dr. Miguel Bustos Rubio**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Internacional de La Rioja

### **Miembros del Comité Científico**

---

**Dra. María del Carmen Armendáriz León**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Dr. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

**Dr. Sergio Cámara Arroyo**

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia UNED

**Dra. Beatriz Cruz Márquez**

Profesora Titular de Derecho Penal y Criminología  
Universidad de Cádiz

**Dra. Beatriz Escudero García-Calderón**

Profesora de Derecho Penal, CUNEF

**Dr. Bernardo Feijoo Sánchez**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**Dr. Juan Carlos Ferré Olivé**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Huelva

**Dr. Octavio García Pérez**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Málaga

**Dra. Alicia Gil Gil**

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Dra. María Concepción Gorjón Barranco**

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

**Dr. José León Alapont**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**Dra. Paz Lloria García**

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**Dr. Víctor Manuel Macías Caro**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**Dr. Esteban Mestre Delgado**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**Dr. Fernando Miró Linares**

Catedrático de Derecho Penal,  
Universidad Miguel Hernández de Alicante

**Dr. Fernando Navarro Cardoso**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**Dr. Félix María Pedreira González**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Dra. Ana María Peligero Molina**

Profesora Ayudante Doctora de Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja

**Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda**

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca

**Dr. Francisco Rodríguez Almirón**

Profesor Derecho Penal  
Universidad de Granada

**Dr. Enrique Sanz Delgado**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**Dr. Pere Simón Castellano**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad Internacional de La Rioja

## ÍNDICE

PRÓLOGO. <b>Esteban Mestre Delgado</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I</b>	
LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES: SU MOTIVACIÓN Y EL CAMBIO DE PARADIGMA (DE LA HONESTIDAD AL CONSENTIMIENTO) <b>Gemma Martínez Galindo</b> .....	37
1. LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y LA CRÓNICA DE UNA REFORMA ANUNCIADA .....	38
2. EL FUNDAMENTO POPULISTA DE LA REFORMA Y LAS GRAVES CONDENAS DEL CASO «LA MANADA».....	48
3. EL DESPLAZAMIENTO DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN O PRIVACIÓN DE SENTIDO EN LA DELINCUENCIA SEXUAL POR EL DEL CONSENTIMIENTO .....	55
3.1. Evolución histórica del concepto de violencia o intimidación en las agresiones sexuales.....	55
3.2. Concepto de violencia e intimidación en la jurisprudencia.....	63
3.3. Situación actual: los conceptos de violencia o intimidación como circunstancias cualificantes .....	66
4. EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA EVOLUCIÓN HACIA UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE LIBERTAD SEXUAL AMPLIADA .....	69
5. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA A FUTURO: LA NECESIDAD DE SEGUIR VALORANDO LA PRUEBA .....	75
6. BIBLIOGRAFÍA.....	80

**CAPÍTULO II**

REFLEXIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL DE LAS LEYES DEL «SOLO SÍ ES SÍ»: ¿LEGISLANDO A MARTILLAZOS? **Carlos Bardavío Antón** ..... 85

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO ..... 85
2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS, NORMATIVAS Y DE DERECHO COMPARADO: *YES MODEL* ..... 91
3. EFECTOS JURÍDICO-PENALES DEL CONSENTIMIENTO: ATIPICIDAD O JUSTIFICACIÓN ..... 96
4. PROBLEMÁTICAS DE LAS FORMAS DEL ACUERDO Y DEL CONSENTIMIENTO ..... 99
5. LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO ..... 119
6. CONCLUSIONES ..... 121
7. BIBLIOGRAFÍA ..... 124

**CAPÍTULO III**

EL NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL **David Eleuterio Balbuena Pérez** ..... 131

1. INTRODUCCIÓN ..... 131
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ..... 135
3. CONDUCTA TÍPICA ..... 136
  - 3.1. Tipo básico ..... 136
    - 3.1.1. Elementos objetivos ..... 138
    - 3.1.2. Elementos subjetivos ..... 139
  - 3.2. Tipo atenuado ..... 142
  - 3.3. Subtipos agravados ..... 142
4. *ITER CRIMINIS* ..... 145
5. LAS PENAS DE PRISIÓN ..... 146
6. CONCURSOS ..... 147
7. CONCLUSIONES ..... 148
8. BIBLIOGRAFÍA ..... 150

**CAPÍTULO IV**

LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA **M.ª Dolores Hernández Rueda** ..... 151

1. INTRODUCCIÓN ..... 152

2.	DEFINICIONES DE LA LEY INTEGRAL.....	155
2.1.	Definición de violencia sexual .....	155
2.2.	Definición de consentimiento .....	157
3.	NOVEDADES DEL CÓDIGO PENAL INTRODUCIDAS POR LA LEY 10/2022 DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL .....	161
3.1.	Introducción de nuevos tipos.....	161
3.1.1.	Suplantación de la identidad en la red.....	162
3.1.2.	Acoso sexual callejero.....	162
3.1.3.	Sextorsión .....	163
3.2.	Modificación en tipos ya existentes .....	163
3.2.1.	Acoso sexual artículo 184 del CP.....	163
3.2.2.	<i>Revenge Porn</i> 197.7 del CP .....	164
3.3.	Supresión de tipos .....	165
3.3.1.	Supresión del abuso e inclusión de las conductas en la agresión sexual .....	165
3.3.2.	Supresión del artículo 182 del CP.....	167
4.	AGRESIÓN SEXUAL A MAYORES DE 16 AÑOS .....	168
4.1.	Reforma por LO 10/2022 .....	168
4.2.	Reforma por LO 4/2023 .....	170
5.	AGRESIÓN SEXUAL CONTRA MENORES DE 16 AÑOS.....	171
5.1.	Eliminación de la indemnidad sexual.....	171
5.2.	Reforma por LO 10/2022 .....	172
6.	APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LO 10/2022 .....	174
6.1.	Efecto retroactivo de las normas penales favorables .....	174
6.2.	Disposiciones transitorias en las reformas penales.....	175
6.3.	Determinación de la ley penal más favorable en caso de sucesión normativa .....	176
6.4.	El procedimiento revisorio .....	177
6.4.1.	La comparativa de la legislación.....	177
6.4.2.	Determinación de la pena imponible con la nueva legislación .....	179
7.	REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.....	182
7.1.	Disposiciones Transitorias del Código Penal.....	183
7.2.	Criterios de la Fiscalía General del Estado 1/2023 de 29 de marzo.	184
8.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: PLENO PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA SOBRE REVISIONES DE CONDENAS AL AMPARO DE LA LO 10/2022.....	186

8.1.	Las disposiciones transitorias de la LO 10/1995 no resultan aplicables en el proceso de revisión de sentencias firmes derivadas de la LO 10/2022 .....	188
8.2.	Revisiones por aplicación de la pena mínima en la sentencia revisada .....	189
8.3.	Los votos particulares.....	191
8.3.1.	Voto particular de A. Martínez Arrieta.....	191
8.3.2.	Voto particular de A. Del Moral García con la adhesión de A. Ferrer.....	192
8.3.3.	Voto particular de A. Palomo Del Arco con la adhesión de A. Ferrer, salvo el apartado 11º y S. Polo.....	192
8.4.	Otras sentencias del Tribunal Supremo.....	193
8.4.1.	Sentencias que revisan penas.....	193
8.4.2.	Sentencias que desestiman la revisión .....	195
8.5.	Algunas conclusiones sobre la jurisprudencia.....	197

## **CAPÍTULO V**

### **EL DELITO DE *CHILD GROOMING* Y EL CONSENTIMIENTO DE MENORES DE 16 AÑOS (ARTS. 183 Y 183 BIS DEL CP) Paz Lloria**

<b>García</b> .....	201	
1.	INTRODUCCIÓN. NECESIDAD Y EVOLUCIÓN DEL CASTIGO DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO SEXUAL <i>ON LINE</i> A MENORES. LA VIOLENCIA DIGITAL SEXUAL.....	202
2.	CUESTIONES PREVIAS: DENOMINACIÓN, NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO .....	206
2.1.	Denominación e importancia.....	207
2.2.	Naturaleza y bien jurídico .....	210
3.	EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE 16 AÑOS EN EL ÁMBITO SEXUAL Y EL BIEN JURÍDICO LIBERTAD SEXUAL....	215
4.	BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO Y EMBAUCAMIENTO SEXUAL A MENORES POR MEDIOS TECNOLÓGICOS .....	222
5.	PROBLEMAS CONCURSALES .....	226
5.1.	Concurso aparente de normas penales.....	228
5.2.	Concurso de delitos (real). La cláusula concursal .....	229
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	231

**CAPÍTULO VI**

LA NOVEDOSA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN EL DELITO DE ACOSO SEXUAL: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

<b>Víctor Martínez Patón</b> .....	235
1. INTRODUCCIÓN .....	236
2. EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA REGULACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 10/2022 .....	237
2.1. Origen internacional de la protección jurisdiccional contra el acoso sexual.....	237
2.2. La protección penal del acoso sexual en España.....	240
2.3. La protección administrativa del acoso sexual en España.....	242
2.4. Las modificaciones introducidas por la LO 10/2022 .....	245
3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	248
4. EL REQUISITO DEL BENEFICIO EN EL VIGENTE SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	252
4.1. La exigencia del beneficio en el art. 31 bis CP .....	252
4.2. La falta de exigencia del beneficio en las consecuencias accesorias del art. 129 CP .....	255
4.3. Dos sistemas diferentes de imputación a personas jurídicas en relación con el beneficio .....	257
4.4. Antecedentes históricos de varios sistemas diferentes de imputación: la doctrina de Bartolo .....	258
5. EL PROBLEMA DEL BENEFICIO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	261
6. CONCLUSIONES .....	263
7. BIBLIOGRAFÍA.....	264

**CAPÍTULO VII**

PROBLEMÁTICA CONCURSAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL **Manuel José Iglesias**

<b>García</b> .....	267
1. INTRODUCCIÓN .....	268
2. MARCO LEGAL OBJETO DE DISCUSIÓN. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL .....	270

3.	CONCURSO DE NORMAS, CONCURSO DE LEYES, CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTOS COMO OBJETO DE VALORACIÓN EN DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	271
4.	PROBLEMÁTICA CONCURSAL QUE SE PLANTEA EN LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA LIBERTAD SEXUAL. ESTUDIO DE CASOS.....	274
4.1.	Aplicación del concurso real en delitos contra la libertad sexual .....	278
4.1.1.	El Delito agresión sexual en concurso con el delito de lesiones.....	280
4.1.1.1.	Tipo cualificado de agresión sexual: el delito de violación .....	281
4.1.2.	Problemática concursal en delitos de amenazas graves: problemática concursal con un delito contra la integridad moral. Problemática concursal con un delito de agresión sexual.....	283
4.2.	Solución legislativa ante la posibilidad de concurrencia de normas: Agravantes del delito de agresión sexual.....	284
4.3.	Aplicación del concurso ideal medial en delitos contra la libertad sexual.....	287
4.3.1.	El concurso ideal medial como objeto de valoración en delitos de agresión sexual .....	287
4.3.2.	Posibilidad de apreciación del concurso ideal medial en delitos de prostitución forzada o coactiva en relación con el delito de trata de seres humanos .....	290
4.3.3.	Eventual aplicación del concurso real en virtud del número de víctimas en los casos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual.....	297
4.3.4.	Delitos de agresión sexual <i>vs</i> detención ilegal o allanamiento. Problemática concursal que se puede presentar .....	299
4.4.	La apreciación del delito continuado en delitos contra la libertad sexual.....	301
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	306

**CAPÍTULO VIII**

	NOTAS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL <b>María Victoria Álvarez Buján</b> .....	307
1.	PLANTEAMIENTO PREVIO.....	307
2.	CAMBIOS EN LA LECRIM.....	310
3.	PARA RECABAR PRUEBA .....	317

---

4.	REQUISITOS DE PERSEGUIBILIDAD .....	321
5.	PARTICULARIDADES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES .....	324
6.	MODIFICACIONES EN LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO .....	326
7.	ATENCIÓN POLICIAL ESPECIALIZADA .....	330
8.	PARTICULARIDADES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA .....	333
9.	OTRAS PREVISIONES DE INTERÉS .....	336
10.	A MODO DE CONCLUSIONES: BREVE REFERENCIA AL OLVIDO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	337
11.	BIBLIOGRAFÍA.....	342

---

**Esteban Mestre Delgado**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá.  
Presidente de la Sección Cuarta, de lo Penal, de la Comisión General de Codificación

---

## PRÓLOGO

### I

La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, acaba de modificar<sup>1</sup> la regulación de los delitos de agresión sexual (a mayores y menores de edad). Lo ha hecho tan sólo siete meses después de que esas mismas infracciones hubieran sido también reformadas (por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que en este aspecto entró en vigor el siguiente día 7 de octubre), y tras un amplio y agitado debate público sobre las consecuencias de este cambio normativo (para «evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales» decía el Preámbulo de aquella)<sup>2</sup>.

- 1 Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» nº 101, de 28 de abril de 2023, entró en vigor al día siguiente.
- 2 Esta referencia encuentra su contexto en que, según el Centro de Documentación Judicial, a 6 de julio de 2023 las consecuencias de la aplicación de esta reforma eran 1155 rebajas de condena y 117 excarcelaciones, a falta de datos de algunos Tribunales.

Con estas dos reformas, son nueve las que ha experimentado el Código penal, en esta concreta materia, en los últimos treinta y cinco años<sup>3</sup>. Y es razonable que llamen la atención (y tal vez generen preocupación, por la aparente inexistencia de un criterio normativo claro en la materia) los tres siguientes datos de hecho:

- a) La escasa vigencia temporal que ha tenido cada una de esas bienintencionadas modificaciones de estos delitos sexuales, pues la reforma efectuada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, rigió poco más de seis años; la que llevó a cabo la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tres años y cinco meses; la que produjo la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuatro años y medio; la que incorporó la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, seis años y medio; la que articuló la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, apenas cinco años; la

---

3 Al finalizar la década de los 80 del pasado siglo, los delitos de carácter sexual estaban tipificados en los artículos 429 y siguientes del Código Penal (texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre); y esta regulación fue intensamente modificada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Con la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal, se efectuó un auténtico cambio de paradigma normativo en la materia (artículos 178 y siguientes), pero su texto fue sucesivamente reformado por las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril (focalizada en la protección de los menores en este ámbito); 15/2003, de 25 de noviembre (para incorporar la introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal como mecanismo agresor equiparado a la de objetos); 5/2010, de 22 de junio (para añadir un Capítulo II bis, rotulado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en el Título VIII del Libro II del Código, a los efectos de incrementar la protección de los menores frente a esos ilícitos); 1/2015, de 30 de marzo (que volvió a cambiar, en el contexto de una reforma de enorme volumen y alcance, el Código Penal en esta materia, con especial énfasis en mejorar la protección de los menores con, entre otras modificaciones, la elevación de la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años); y 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (que amplió los supuestos de aplicación de la agravante relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima e incluyó la agravación de prevalimiento de una situación de convivencia, tanto en los delitos cometidos contra mayores como contra menores de edad).

que supuso la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, seis años; la que efectuó la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, poco más de un año; y la que introdujo la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, apenas siete meses<sup>4</sup>. No obstante, confío plenamente en que la normativa actualmente vigente (que creo ha optimizado de manera muy sensata las experiencias previas) tendrá una mayor duración y una considerable menor necesidad de actualización que sus antecedentes próximos.

- b) Las constantes variaciones que estas modificaciones han supuesto en los rótulos del Título y sus Capítulos (así las Leyes Orgánicas 3/1989, de 21 de junio; 10/1995, de 23 de noviembre; 11/1999, de 30 de abril; 5/2010, de 22 de junio; y 10/2022, de 6 de septiembre); las incorporaciones (por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) y supresiones (mediante Leyes Orgánicas 10/2022, de 6 de septiembre, y 4/2023, de 27 de abril) de categorías delictivas; las adiciones de modalidades de agresión (en las Leyes Orgánicas 3/1989, de 21 de junio; 10/1995, de 23 de noviembre; 5/2010, de 22 de junio; y 1/2015, de 30 de marzo) y de medios comisivos (por las Leyes Orgánicas 3/1989, de 21 de junio; y 15/2003, de 25 de noviembre); las incorporaciones de modalidades agravadas (mediante las Leyes Orgánicas 3/1989, de 21 de junio; 10/1995, de 23 de noviembre; 5/2010, de 22 de junio; 1/2015, de 30 de marzo; 8/2021, de 4 de junio; y 10/2022, de 6 de septiembre); las ampliaciones del catálogo de sujetos pasivos, o de las edades protegidas (lo hicieron las Leyes Orgánicas 3/1989, de 21 de junio; 11/1999, de 30 de abril; y 1/2015, de 30 de marzo); y los incrementos (por Leyes Orgánicas 10/1995, de 23 de noviembre; 5/2010, de 22 de junio; 1/2015, de 30 de marzo; y 4/2023, de 27 de abril) o rebajas (en la

4 No es de extrañar, por ello, que en la práctica forense en esta materia sean tan recurrentes los problemas de determinación de la norma aplicable (esencialmente retroactividad de la más favorable, y aplicación del Derecho intermedio), y que las ediciones comerciales del Código Penal más valoradas en el mercado sean las que (como la que preparo con el Prof. Gimbernat Ordeig para la Editorial Tecnos) incorporan, en nota al pie del texto, la redacción inmediatamente precedente a la vigente en cada caso.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre) de la entidad de las penas previstas para la comisión de esos ilícitos.

- c) Y las oscilaciones entre los tres grandes paradigmas de tipificación de estos delitos, que en esta misma historia reciente (los últimos treinta y cinco años) han sido:
  - c.1) El fisiológico, de carácter tradicional, plasmado en el Código penal (texto refundido) de 1973, confirmado en la reforma efectuada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio; y recuperado en la reforma del Código Penal de 1995 efectuada por Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril. Conforme a este criterio, la tipificación de estos delitos de agresión sexual distingue, en primer término, entre las conductas de acceso carnal (yacimiento en la terminología clásica, con las conductas asimiladas de penetración bucal y anal, e introducción de objetos o elementos corporales por vagina o ano, que paulatinamente han ido añadiéndose en diversas reformas del Código Penal<sup>5</sup>) y las restantes formas de imposi-

---

5 Decisiva en esta evolución fue la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1987 (con ponencia de su Presidente, el Magistrado Ruíz Vadillo), que puso en evidencia las insuficiencias y defectos de la normativa establecida, en esta materia, en el Código Penal entonces vigente (el texto refundido de 1973). Su artículo 429 configuraba la violación como el yacimiento con una mujer usando fuerza o intimidación, o cuando la víctima se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, o cuando fuere menor de doce años cumplidos, y la sancionaba con pena de reclusión menor. De manera complementaria, el artículo 430 tipificaba los abusos deshonestos como cualquier otro comportamiento de naturaleza sexual que se realizase sobre personas de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en aquel precepto, y los castigaba con pena de prisión menor. Y aquella Sentencia, al valorar su aplicación en un supuesto en el que (con respeto estricto al principio de legalidad) sólo pudo castigar por abusos deshonestos las penetraciones anales que sufrió una mujer en un ascensor, que, además de las secuelas físicas, le provocó graves alteraciones psicológicas, empleó la vía del artículo 2 del Código para solicitar del Gobierno la modificación del delito de violación, de forma que incluyera (equiparándolas a la vaginal) la violación anal. García Valdés, miembro de la

ción de comportamientos de naturaleza sexual. Determinada la modalidad física de la agresión, se valora si la acción típica se ha realizado con (o sin) violencia, intimidación o sobre víctima con voluntad anulada, lo que comporta distintos grados de penalidad. Y, finalmente, en cada una de las cuatro alternativas resultantes de la combinación de estos factores, se aplican (cuando proceden) las circunstancias agravantes diseñadas específicamente para estas conductas en la misma regulación de la Parte Especial del Código. Todo ello permite determinar una pena de tipo, que después se modula conforme a los criterios de ejecución, autoría y participación, y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal establecidos en la Parte General.

- c.2) El de ejecución, que supone una protección reforzada de la libertad sexual, reconocido expresamente como el bien jurídico protegido por estos delitos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre<sup>6</sup>, y mantenido en todas sus reformas posteriores hasta la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que lo supri-

---

Comisión redactora del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1989, lo cuenta en estos términos: «La exposición decía que tales hechos eran más graves que la tipificación requerida por el Código Penal y que la conducta descrita y probada debía equipararse a la violación, es decir, a la penetración vaginal, única aceptable entonces, recuérdese, para este supuesto. Prudentemente, se llegaba a solicitar, en todo caso, una pena intermedia entre la violación y el abuso». Vid. García Valdés, «Las últimas reformas del Código Penal: la Ley del «sólo sí es sí», pero no así, y el delito de sedición, tampoco. La doble vía de la necesaria modificación», en «La Ley Penal», nº 163, julio-agosto de 2023, pág. 3 del pdf.

- 6 En su Exposición de Motivos se resaltaba en estos términos la innovación que suponía esta nueva perspectiva tipificadora: «ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto» (el resaltado es añadido).

mió. Desde esta perspectiva, para la tipificación de las conductas prohibidas debe distinguirse, prioritariamente, entre los modos de ejecución con los que se ha vulnerado la libertad sexual: con violencia o intimidación (como expresión de la mayor entidad de esa agresión a la libertad), o sin ellas (y, obviamente, sin que medie consentimiento). Determinada en este primer nivel la gravedad de la conducta, el análisis para la subsunción de los hechos en el tipo debe valorar la concreta conducta realizada, entendiéndose como más graves las de acceso carnal (con sus asimiladas) y como básicas las demás formas de imposición de comportamientos de naturaleza sexual. Y, como en el modelo fisiológico, la penúltima fase de la individualización de la conducta consiste (igualmente en cada una de las cuatro alternativas resultantes de la combinación de estos factores) en valorar la aplicación de las circunstancias agravantes diseñadas específicamente para estas conductas en la misma regulación de la Parte Especial del Código; siendo la última etapa la modulación de la responsabilidad conforme a los ya mencionados criterios de ejecución, autoría y participación, y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal establecidos en la Parte General.

- c.3) Y el del consentimiento, plasmado en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que, entre otros, también reformó los artículos 178 a 192, así como el 194, e introdujo el 194 bis, en el Código Penal<sup>7</sup>. Conforme a esta regulación, existe agresión sexual cuando se realiza «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», entendiéndose, en interpretación autén-

---

7 En su Preámbulo indica que esta norma, «como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria» (el resaltado es añadido).

tica plasmada en el artículo 178.1, que sólo hay consentimiento «cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» y que, por ello (y así se recoge expresamente en el artículo 178.2), «se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». Y, partiendo de ello, para la subsunción de las conductas en la norma penal, se establecen tres grupos, de nuevo desde la perspectiva fisiológica: las que supongan acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, que se configuran como delito de violación y se sancionan con la pena más grave (artículo 179 para los ataques a mayores de 16 años, y 181.3 para los que se realicen contra menores de esa edad); el resto de agresiones graves (artículo 178.1 y 2 en relación con las víctimas mayores de 16 años, y 181.2 para las víctimas que no la alcancen); y la excepcionalidad de las conductas que, conforme a los artículos 178.3 (para las agresiones a mayores de 16 años) y 181.2, segundo párrafo (para las agresiones a los menores de esa edad), puedan recibir una sanción atenuada «en atención a la menor entidad del hecho» y «las circunstancias personales del culpable». No obstante, rompiendo el argumento del consentimiento y ratificando así la existencia del bien jurídico «indemnidad sexual», que en esa reforma se suprimió de la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal, el artículo 181.2 sanciona en todo caso los comportamientos sexuales que se realicen con un menor de 16 años. Tras esta primera subsunción, todas las conductas pueden ser agravadas si concurre cualquiera de las circunstancias que se establecen en los artículos 180 (para delitos cometidos sobre mayores de 16 años) y 181.4 (para las realizadas sobre víctimas menores de esa edad).

Entiendo que, a la vista de esta pluralidad de modelos para el castigo de las agresiones sexuales, la oscilación que entre ellos ha mostrado el Legislador español en los últimos 35 años, y la escasa vigencia de cada uno de los sucesivos textos que se han ido aprobando y reformando en esta materia, la sociedad pueda debatirse entre el estupor y la incompreensión. Y máxime si valora también, y supongo que de manera prioritaria, que ninguno de esos modelos legislativos, y ninguna de las sucesivas redacciones que han tenido los artículos destinados a sancionar las agresiones sexuales, han conseguido eliminar, y ni siquiera reducir de manera significativa, esa atroz delincuencia<sup>8</sup>.

Creo que, por ello, los operadores jurídicos estamos obligados a explicar a los ciudadanos por qué cambiamos tanto el modelo sancionador, por qué ninguno de los que hemos empleado hasta ahora está funcionando efectivamente contra la delincuencia sexual, y si seremos capaces de encontrar la fórmula que definitivamente la venza.

## II

El problema es realmente complicado de solventar, pero, paradójicamente, no de explicar. Así, y en mi criterio, toda esta ingente –e, insisto, bienintencionada– labor legislativa se entiende con facilidad desde los tres siguientes presupuestos:

- a) La legislación penal de nuestros días se debate entre dos realidades contradictorias: Por un lado, su decidida voluntad de defender los bie-

---

8 El último balance trimestral de criminalidad del Ministerio del Interior, que acaba de presentarse, evidencia un incremento de los delitos cometidos contra la libertad sexual en un 13,2 % respecto de las cifras de 2022, y específicamente un incremento del 11%, en este mismo periodo interanual, de los delitos de violación. Y la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado, presentada al inicio del presente año judicial, indica que «resulta alarmante» constatar que las agresiones sexuales cometidas por menores en 2022 ascendieron en un 45,80% respecto a las registradas en 2021, y en un 117% desde 2017.

nes jurídicos máspreciados para la sociedad (como magníficamente resumía Gimbernat Ordeig<sup>9</sup>, «todo lo penalmente prohibido es algo que el legislador quiere evitar»); y, por otro, la permanente constatación de su fracaso, pues cada vez que se comete un delito se pone de manifiesto la incapacidad de este ordenamiento para llevar a buen término sus benéficas pretensiones. Por ello, cuando se detectan conductas lesivas para bienes jurídicos esenciales que carecen de tipificación penal, e igualmente cuando el nivel de presencia de una determinada delincuencia en la sociedad evidencia la ineficacia del modelo punitivo establecido para evitarlas, el Legislador reforma el Código penal en búsqueda de las alternativas más idóneas para encontrar la respuesta más definitiva, la terapia de choque precisa para disuadir a quienes perseveran en el camino del delito. Lamentablemente, la experiencia (yo lo llevo evidenciando en mis 40 años de práctica académica y forense) demuestra que, fatigosamente, el proceso se repite de nuevo, una y otra vez, con la legislación innovada, o reformada, que al poco tiempo se revela igualmente insuficiente para garantizar el objetivo deseado, y precisa de una nueva actuación legislativa, para volver a incorporar nuevos preceptos o para reformar los viejos tipos penales (habitualmente, en este cometido se incorpora un incremento de las penas previstas en ellos)<sup>10</sup>. Esta tensión es tan agotadora como la que, en la mitología griega, experimenta Sísifo en su recurrente tarea de subir una pesada roca hasta la cima de una montaña, y ver cómo en el último momento ésta rueda hasta el fondo del valle, obligándole de nuevo a subirla, en ciclo interminable.

9 «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español», Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1979, pág. 35.

10 En el momento en que cierro este Prólogo, el Código Penal de 1995 ha experimentado 49 reformas, algunas de ellas de gran volumen. Me he pronunciado críticamente sobre los indeseables efectos técnicos de algunos de estos procesos de reforma en mi artículo «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en «Derecho Penal», en «La Ley Penal», número 1, enero de 2004, págs. 7 a 17.

- b) Para evitar o reducir significativamente la delincuencia sexual se debe trabajar en ámbitos extrapenales. Se ha analizado el influjo que diversos factores socioculturales (la facilísima accesibilidad a contenidos pornográficos en redes sociales, otros hábitos culturales que asumen la imposición de conductas sexuales a las mujeres o los menores, e incluso la difusión de obras musicales provenientes de terceros países, en las que se banalizan las agresiones sexuales) están pudiendo tener en el nacimiento, y hasta consolidación, de ideas supremacistas del varón sobre la mujer, o los menores, que suponen una permanente minusvaloración de estos colectivos, y una correlativa negación a su reconocimiento como sujeto de derechos en condiciones de igualdad y respeto. Pero estos estudios no explican la realidad global, pues las tragedias cotidianas de violencia sexual contra mujeres y hombres (muchos de ellos menores de edad) trascienden las categorías de edad, nacionalidad, vecindad y nivel cultural o económico, y se siguen reiterando con desesperante cadencia. La situación es aún más intolerable en el contexto democrático, porque el desarrollo social (que, además de avances económicos y tecnológicos, conlleva progreso cultural, consolidación de derechos personales y colectivos, y afianzamiento de las libertades y demás valores democráticos) los revela como más atávicos e injustificados que nunca antes. La educación en igualdad, el afianzamiento social del respeto interpersonal, y la tolerancia cero con la violencia deberían ser instrumentos suficientes para excluir de la convivencia esos ataques que evidencian la pervivencia de conductas de abuso de poder (en gran parte machistas, pero no sólo). Lamentablemente, cuarenta y cinco años de régimen democrático no han sido suficientes para ello, y, lo que es peor, se está constatando que estas conductas agresivas y de imposición de comportamientos sexuales no son producto de una generación antigua o retrógrada, y que muchos de estos casos se están produciendo en entornos juveniles, y desde luego entre personas nacidas tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Por ello, para vencer a esa delincuencia, es necesaria, de manera prioritaria, la respuesta educativa, y la concienciación social. Lamentablemente, mientras todo ello hace efecto, y esta delincuencia persevera en su despiadada reiteración, sigue siendo imprescindible la respuesta penal.

- c) Y el Legislador tiene plena legitimidad y competencia para tomar la iniciativa en la configuración de las normas que resultan precisas para dotar de la más adecuada protección, en cada momento, a los ciudadanos. Y, como he adelantado, los cambios sociales, o las insuficiencias aplicativas de una determinada regulación jurídica, pueden requerir, o aconsejar (según los casos), la reforma del ordenamiento. En el concreto ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, como he apuntado, se han sucedido las regulaciones normativas, e incluso han cambiado sus paradigmas orientadores, en proceso constante de selección del modelo más efectivo para la represión de esa delincuencia. Con la única excepción de la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que pretendió resolver un problema que en realidad nunca había existido<sup>11</sup>, y que posibilitó el más escandaloso proceso de revisión de Sentencias a condenados por delitos sexuales que se ha conocido en nuestra historia forense, todas las sucesivas normas que han ido dando nueva redacción a los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales<sup>12</sup> han perseguido su mejora técnica y su mayor eficacia

- 11 Las dos primeras Sentencias dictadas en el caso posteriormente conocido como «La Manada» generaron una evidente y justificada respuesta social. Pero el defecto técnico que las viciaba no radicaba en el ordenamiento jurídico entonces vigente, sino en su aplicación por los Tribunales navarros. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 396/2019, de 4 de julio, vino finalmente a restaurar la situación jurídica, aunque dentro de los límites de los recursos de casación planteados por las partes. En mi perspectiva, la respuesta que debió haberse dado al caso en la instancia era sustancialmente más grave que la finalmente impuesta por el Tribunal Supremo. Vid. una explicación más detallada en mi artículo «La clave es la intimidación», diario «ABC», 22 de junio de 2019, pág. 43. En todo caso, la condena impuesta por el Tribunal Supremo fue más elevada que la que podría haberse dictado con arreglo a esta Ley Orgánica 10/2022.
- 12 Empleo esta denominación, pese a que ya no la emplea el Código penal vigente, por ser la que durante más tiempo en el régimen democrático se ha empleado legalmente para la configuración de estos ilícitos, y porque, como a continuación detallo, es la que, a mi juicio, mejor caracteriza su contenido. No obstante, en el contexto del presente libro, refiero el concepto a las agresiones sexuales (a mayores y menores de edad) y al acoso sexual, puesto que en esta obra no se

en la lucha contra el crimen; en definitiva, el permanente postulado de mejorar la normativa para adecuarla a la más eficaz respuesta penal.

Así, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, dio pasos muy relevantes para la superación de un modelo represivo realmente obsoleto y discordante con las necesidades sociales de tutela en este ámbito, modificando la rúbrica del Título IX del Libro II del Código, y la de su Capítulo primero, que pasaron respectivamente a denominarse «De los delitos contra la libertad sexual» y «De la violación y de las agresiones sexuales»; incorporando, como medios comisivos, además de la penetración vaginal, la anal y la bucal; equiparando, como sujetos pasivos, a los hombres y a las mujeres; y añadiendo, como modalidad agravada del delito de agresión sexual, la conducta consistente en la introducción de objetos o en el uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal, introdujo un auténtico cambio de paradigma normativo en la materia, distinguiendo entre agresiones y abusos sexuales en función de la existencia (modalidad más grave, por la lesión añadida a otros bienes jurídicos personalísimos) o no (modalidad menos grave, en razón de la ausencia de ese daño añadido) de violencia o intimidación a las personas, y estableciendo un catálogo de circunstancias agravantes (el carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o la intimidación ejercidas; la comisión del hecho por tres o más personas actuando en grupo; la especial vulnerabilidad de la víctima, por razón de su edad, enfermedad o situación; el prevalimiento por el autor de su relación de parentesco con la víctima; y el uso de medios especialmente peligrosos, susceptibles de causar la muerte o cualquiera de las lesiones graves de los artículos 149 y 150 del Código). La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, focalizada en la protección de los menores en este ámbito, modificó el rótulo del Título VIII del Libro II del Código (que pasó a denominarse «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales») y el contenido de alguna de las agravantes del artículo 180 (la actuación conjunta se redujo a la participación de «dos o más personas» y en la vulnerabilidad de la víctima se precisó

---

abordan los delitos de exhibicionismo o provocación sexual, ni los relativos a la prostitución, ni a la explotación sexual y corrupción de menores.

que en todo caso se aplicaría cuando fuese menor de trece años); precisó que la introducción de objetos equiparada a la penetración lo era sólo por vía vaginal o anal; elevó la pena del tipo básico de abusos sexuales; y fijó en trece años la edad hasta la que se determinaba la inexistencia de consentimiento en la víctima. Respecto del estupro de engaño, elevó la edad mínima de la víctima a los trece años (en lógica consonancia con la elevación de la edad en la que no se reconocía a los menores capacidad para consentir, en el artículo 180.1.3<sup>a</sup>). La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, incorporó la introducción de miembros corporales como mecanismo agresor equiparado a la de objetos en los artículos 179 (caracterizando como violación la agresión sexual tipificada en este precepto), 182.1 y 183.2. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó un Capítulo II bis (rotulado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años») en el Título VIII del Libro II del Código, a los efectos de incrementar la protección de los menores frente a esos ilícitos, que dañan la indemnidad sexual (entendida en la Exposición de Motivos de esta norma como «el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado») y la formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad; incrementando penas y circunstancias de agravación, e incorporando al Código (nuevo artículo 183 bis) el delito de «child grooming»; y añadiendo, como expresión del abuso sexual no consentido, la realización de los hechos «anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto». La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, elevó la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años (salvo en los casos de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez –nuevo artículo 183 quater–); amplió la modalidad agravada de los delitos de agresión y abuso sexual a menores a la conducta de compelerles, mediante violencia o intimidación, a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero, o a realizarlos sobre sí mismos; extendió [en el artículo 183.4.e)] la agravante de puesta en peligro de la vida del menor a la puesta en peligro de la salud, precisándose además en ambos casos que ello podría hacerse «de forma dolosa o por imprudencia grave»; y dio nueva redacción al artículo 183 bis (desplazando a su antecesor al 183 ter), sancionando a quien, con fines sexuales, determinase a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le hiciera presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participase

en ellos, agravándose la pena si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiere participado en ellos<sup>13</sup>. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modificó las circunstancias 3ª y 4ª del artículo 180.1 (respectivamente, para ampliar los supuestos de aplicación de la agravante relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima; y para incluir la agravación de prevalimiento de una situación de convivencia; aplicables ambas tanto a los delitos de agresión como de abuso sexual) y las letras a) y d) del artículo 183.4 (trasladando la misma modificación a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años); y modificó el artículo 183 quater para resaltar la inaplicabilidad de la cláusula de exclusión de la responsabilidad por proximidad por edad, desarrollo o madurez, en los casos de agresiones violentas o intimidatorias a estos menores (artículo 183.2). La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, introdujo expresamente como circunstancias agravantes la violencia de extrema gravedad, la violencia de género, y la sumisión química (uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química eficaz para anular la voluntad de la víctima). Y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, ha corregido los defectos técnicos de que adolecía la precedente, y que habían ocasionado las numerosísimas revisiones de Sentencias condenatorias a que ya he hecho referencia.

Creo que todo ello evidencia que, en esta materia (y al igual que se viene realizando en todos los otros ámbitos de punición de delitos), estamos cumpliendo aquella máxima que estableció Radbruch en su día: si no somos capaces de evitar la delincuencia con algo mejor que el Derecho Penal, debemos esforzarnos en lograr un Derecho Penal mejor.

---

13 No obstante, la presentación de la reforma iba más allá que su contenido efectivo, pues en la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica se anunciaba que, respecto de la realización de los actos de carácter sexual con menores, «se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías». Sin embargo, el redactor de este texto no advirtió que tal regulación completa ya llevaba vigente desde la modificación del Código efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

## III

A mí me satisface la regulación vigente, pero no puedo descartar (viendo la cadencia de las reformas previas, y la persistencia de los niveles de criminalidad en este ámbito) que pueda ser enmendada o sustituida en un futuro más o menos próximo. Pero, de esta evolución normativa de los delitos de agresión sexual, me parecen irrenunciables los siguientes parámetros:

- a) La denominación de los ilícitos como «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» que introdujo la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, pues son claramente estos dos los bienes jurídicos que deben protegerse, y que no son refundibles en una misma expresión. Y ello porque la libertad se refiere a la voluntad y disponibilidad de participar o no en una relación sexual, mientras que la indemnidad se concibe como el ámbito de protección de las personas a las que no se reconoce legalmente capacidad de decisión o disposición en el ámbito sexual (los menores, desde luego, pero no solo ellos)<sup>14</sup>.
- b) La diferenciación de regulaciones para la protección de los mayores y los menores de una determinada edad, que en la actualidad está adecuadamente fijada en los 16 años. Ni los requisitos para la determinación del ilícito deben ser los mismos en ambos casos (especialmente no debe admitirse el consentimiento para la exclusión de la antijuridicidad en las relaciones sexuales con los menores), ni las circunstancias de agravación de las conductas, ni las penas (que deben ser proporcionalmente más elevadas cuando las víctimas de estos gravísimos hechos sean menores).
- c) La fusión de las conductas de abuso y agresión sexuales en un único concepto de agresión. La supresión del concepto de «abuso sexual», tal como hizo la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, me parece fue una decisión co-

14 García Valdés/Mestre Delgado/Figueroa Navarro, «Lecciones de Derecho penal. Parte especial», Ed. Edisofer, 3ª ed., Madrid, 2017, pág. 88.

recta en términos de política criminal y eficacia comunicativa de la norma penal, porque esa expresión no transmitía adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de todo comportamiento sexual que se impone a otra persona contra su voluntad. El reproche penal de estas conductas se entiende socialmente mucho mejor si todos los atentados de carácter sexual contra otra persona se caracterizan como agresiones (como figura básica) y como violaciones (como figura caracterizada por la penetración a través de cualquiera de las cinco modalidades tradicionales). Otra cosa fue, en esa norma, la fusión de los respectivos ámbitos punitivos de las figuras delictivas que se integraban en la nueva denominación, error que derivó en los innumerables procedimientos de revisión de condena que exigieron su modificación.

- d) La plasmación expresa del requisito de la ausencia de consentimiento por la persona agredida<sup>15</sup>, no porque sea preciso para la caracterización de la conducta (como no lo es en los delitos de lesiones, por ejemplo), ni para excluir supuestos de atipicidad (como por ejemplo sucede en los delitos de coacciones, pues a ese mismo efecto, y con carácter aún previo, se llega mediante la exigencia de denuncia como requisito de procedibilidad, en los términos que actualmente prevé el artículo

---

15 La idea de que el consentimiento es presupuesto necesario para delimitar si existe o no agresión sexual no es novedad que haya incorporado la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, pues tanto doctrina como jurisprudencia habían venido entendiéndolo así de manera tradicional. V. Magro Servet, «Alcance interpretativo de la expresión «las circunstancias del caso» en el consentimiento del art. 178.1 CP en los delitos de agresión sexual», en Diario La Ley, nº 10359, 2 de octubre de 2022, *passim*; Dolz Lago, «Juristerapia y la Ley Sissí, why is it that only «no» means «no». Quo Vadis, FGE?», Diario La Ley, nº 10321, 5 de julio de 2023, pág. 3 del pdf; y Sentencia del Tribunal Supremo nº 23/2023, de 20 de enero, en la que se indica que «siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos, pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual».

191.1 del Código), sino para mejorar la visibilización de la gravedad del ataque sexual a otra persona, que se realiza, como punto de partida, vulnerando el respeto que merece su dignidad personal.

- e) La diferenciación entre un tipo básico y residual (en el que la descripción de la acción típica se configure como la realización de «actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona») y otro cualificado y por tanto especial (en el que se sancione el «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías»), pues la gravedad intrínseca de esta segunda tipología delictiva, y sus devastadores efectos sobre la persona<sup>16</sup> exigen un trato diferenciado y la asignación de un marco penal más elevado que el de la primera.
- f) El mantenimiento de la violencia y la intimidación como causas que discriminan (como un *plus antijurídico* que atiende a la ofensividad adicional generada por esas formas de acometimiento) la gravedad de la conducta respecto de otras en las que la agresión no conlleva ese mayor sufrimiento personal de la víctima. Estos conceptos, clásicos en los Códigos Penales españoles históricos, se utilizan (véase el caso más significativo, de los robos con violencia e intimidación –vigentes artículos 237 y 242 del Código–, que por la concurrencia de esas precisas circunstancias se singularizan respecto de los robos con fuerza en las cosas –vigentes artículos 237 a 241–, e incluso de los hurtos –vigentes artículos 234 y 235, pese a compartir una misma naturaleza y orientarse a la protección del mismo bien jurídico protegido) para diferenciar, en estricta aplicación del principio de proporcionalidad

16 Herrero Moreno lo destaca en estos expresivos términos: «el empleo de violencia e intimidación ejecutivas trasladan una nota de menosprecio y deshumanización sustancial; y en términos fenomenológicos, una agresión sexual con despliegue o amenaza de fuerza se vivencia con harta frecuencia como *angustia de muerte cercana*: a la consciencia de subordinación, común a la agresión sexual, la violencia añadida provoca en la víctima sentimientos de caos, impotencia y pérdida de control personal, bagaje procesado por ella como intrínseca vivencia de aniquilación existencial».

de las penas, supuestos en los que el daño generado (o el riesgo provocado) a otros intereses penalmente relevantes es mucho mayor que en los casos en que la ejecución del delito se realiza sin tales medios comisivos (y ello al margen, obviamente, de la pena añadida que en tales supuestos pueda derivar de los daños que provoque su utilización. En este aspecto, el vigente artículo 194 bis del Código no suple la inexistencia de la consideración típica de la violencia o la intimidación, pues su texto es coincidente con la previsión contenida en el último inciso del artículo 242.1, aplicable precisamente en los casos de robo con violencia).

- g) Y el establecimiento de un catálogo de circunstancias agravantes específicas, en los términos en los que actualmente figuran en el artículo 180.1 del Código. Además, deberían considerarse como tal (y no como cualificante de la conducta, equiparada al uso de la violencia o la intimidación, como hoy recoge el artículo 179.2 del Código, pues el desvalor del hecho no parece equiparable a aquéllos, en términos de sufrimiento añadido de la víctima) los supuestos en que el delito se cometa sobre persona con capacidad anulada, sin perjuicio además del correspondiente incremento punitivo en los casos en que el responsable de la agresión sexual sea también el causante de esa anulación de la voluntad de la víctima.

Sin embargo, estimo que falta por realizar un examen ponderado, y no influido por el ruido mediático, del catálogo de penas aparejado a la comisión de estos delitos. No porque la legislación vigente no aplique adecuadamente el principio de proporcionalidad interno a la muy diversa tipología de comportamientos agresivos con que pueden vulnerarse la libertad y la indemnidad sexuales (el tipo atenuado previsto en el vigente artículo 178.4 permite individualizar la responsabilidad derivada de los supuestos que se puedan valorarse como menos relevantes), sino por la desproporción comparativa con la sanción prevista para el delito de homicidio, indudablemente más grave, del límite máximo de prisión (15 años) establecido para los supuestos de violación más agravados (agresión sexual con penetración, más violencia, intimidación o víctima con voluntad anulada, y además alguna circunstancia de agravación específica del artículo 180.1 del Código).

## IV

En todo caso, lo prioritario ahora, como he adelantado, es explicar a los ciudadanos el modelo sancionador que, en esa rápida evolución, hemos terminado conformando para la represión de los delitos de agresión sexual, y cómo su aplicación reprime la comisión de estos delitos y protege los derechos de las víctimas.

Para ello es esencial el libro que ahora presento, y que he tenido la oportunidad de leer en primicia gracias a la generosidad de su Directora, la Profesora Gemma Martínez Galindo, responsable de un Master especializado en la UNIR y Abogada en mi Despacho desde hace ya 25 años, y cuya inteligencia y capacidad de trabajo me deslumbran a diario.

Los trabajos que lo componen abordan las cuestiones más esenciales y problemáticas en la regulación de los delitos de agresión sexual: la caracterización del consentimiento, la violencia y la intimidación como elementos cualificantes de las conductas típicas, la eliminación de los delitos de abuso sexual y su integración en los de agresión, la penalidad de las distintas formas de comisión de estos ilícitos, el delito de child grooming y el complicado problema de la punición de las conductas en que concurre consentimiento de los menores de 16 años, los enormes e importantísimos conflictos de selección de la norma o normas aplicables en los casos de concurrencia de distintos delitos sexuales en la conducta del mismo agresor, y asimismo (casos de enorme frecuencia en la práctica forense) de éstos con delitos de lesiones, de amenazas, de detención ilegal o de allanamiento de morada. De igual interés resultan los análisis que también se hacen sobre la reciente incorporación de la responsabilidad corporativa en los casos de acoso sexual (cuestionándose si va a suponer o no un nuevo paradigma de responsabilidad penal de las personas jurídicas), y el estudio de los aspectos procesales derivados de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Sus autores son una Catedrática de Derecho Penal, una Magistrada de la Audiencia Nacional, y Profesores de Derecho Penal y Abogados en ejercicio. Todos ellos se distinguen por su especialización en las materias que aborda este libro, su dilatada experiencia y su enorme calidad profesional.

Todo ello me permite recomendar fervientemente la lectura de este libro, en el convencimiento de que los lectores interesados obtendrán buen rendimiento del tiempo que le dediquen.

En Madrid, y noviembre de 2023.

**1 La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar. 2020**

---

Alfredo Abadías Selma | Roberto Pereira Tercero *(Coordinadores)*

**2 Aporofobia y Delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP.). 2020**

---

Miguel Bustos Rubio

**3 Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal. 2020**

---

Demelsa Benito Sánchez

**4 Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea. 2020**

---

Juan María Terradillos Basoco

**5 Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal. 2020**

---

Miguel Bustos Rubio | Alfredo Abadías Selma *(Directores)*

**6 La Justicia Transicional en el ámbito del Derecho penal Internacional. 2020**

---

Sergio Cámara Arroyo

**7 Criminalidad organizada. Tratamiento policial y judicial. 2020**

---

Manuel Cerrada Moreno

**8 La justicia penal juvenil en Iberoamérica.**

**Libro homenaje a D. Elías Carranza. 2020**

---

Tomás Montero Hernanz (*Coordinador*)

**9 El delito de violencia habitual: consideraciones**

**en relación a la despenalización de los "micromachismos". 2020**

---

María Concepción Gorjón Barranco

**10 La vertiente moral del derecho de autor:**

**su incongruente tutela en el ámbito penal.**

**Un estudio de derecho comparado. 2020**

---

Paula Beatriz Bianchi Pérez

**11 El deporte como actividad anómica. Una**

**investigación criminológica sobre la infracción de**

**las normas en competiciones deportivas. 2021**

---

Marco Teijón Alcalá

**12 Justicia cautelar e inteligencia artificial.**

**La alternativa a los atávicos heurísticos**

**judiciales Análisis de 10 años. 2021**

---

Pere Simón Castellano

**13 Conversaciones sobre la responsabilidad penal de**

**las personas jurídicas. Análisis de 10 años. 2021**

---

Víctor Martínez Patón

**14 Criminología aplicada. 2021**

---

Beatriz Romero Flores (*Directora*)

Ana Luz Cuervo García | Agustina María Vinagre González (*Coordinadoras*)

**15 Del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a la prisión permanente revisable. 2021**

---

M<sup>a</sup> del Mar Martín Aragón

**16 Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España. 2021**

---

José León Alapont (*Director*)

**17 El delito de autocapacitación terrorista (Art. 575.2 CP). 2021**

---

Carmen González Vaz

**18 Salud mental y privación de libertad: aspectos jurídicos e intervención. 2021**

---

Ricardo M. Mata y Martín (*Director*) | Tomás Montero Hernanz (*Coordinador*)

**19 La evolución del encarcelamiento en España (1971–2020). Un estudio de series temporales. 2021**

---

Alfonso Serrano Maíllo

**20 Cuestiones penales a debate. 2021**

---

Pere Simón Castellano | Alfredo Abadías Selma (*Coordinadores*)

**21 Reinserción y prisión. 2021**

---

Ricardo M. Mata y Martín (*Director*) | Tomás Montero Hernanz (*Coordinador*)

**22 Delincuencia organizada transnacional y protección de testigos: qué, cómo y por qué. 2022**

---

Diego Montes Noblejas

**23 Principios y garantías penales y procesales en la doctrina de la CIDH y el TEDH. 2022**

Javier Llobet Rodríguez | Luis Ramón Ruiz Rodríguez (Coordinadores)

**24 La trata de seres humanos: concepto desde el marco normativo. Una aproximación al delito. 2022**

Mónica Cabanes Ferrando

**25 La violencia filio-parental. Avances y retos. 2022**

Alfredo Abadías Selma | Rocío Leal Ruiz (Coordinadores)

**26 Delitos de odio y discriminación: "El caso LGTB". 2023**

Eduardo Lizardo González

**27 Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance. 2023**

Carlos Manuel Cuevas Oltra

**28 La protección penal de la salud conforme a las resoluciones del TEDH y de la Corte IDH. 2023**

Javier Llobet Rodríguez | Luis Ramón Ruiz Rodríguez (Coordinadores)

**29 Violencia filio-parental y derecho de corrección: reflexiones y propuestas. 2023**

Rocío Leal Ruiz

**30 Libertad vigilada y responsabilidad penal del menor. 2023**

María Cruz Ruiz Reyes

**31 La reforma de los delitos sexuales. 2024**

Gemma Martínez Galindo (Directora)

## PRÓLOGO

### **CAPÍTULO I**

LA REFORMA DE LOS DELITOS SEXUALES: SU MOTIVACIÓN Y EL CAMBIO DE PARADIGMA (DE LA HONESTIDAD AL CONSENTIMIENTO)

**Gemma Martínez Galindo**

### **CAPÍTULO II**

REFLEXIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL DE LAS LEYES DEL «SOLO SÍ ES SÍ»: ¿LEGISLANDO A MARTILLAZOS?

**Carlos Bardavío Antón**

### **CAPÍTULO III**

EL NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

**David Eleuterio Balbuena Pérez**

### **CAPÍTULO IV**

LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA

**M.ª Dolores Hernández Rueda**

### **CAPÍTULO V**

EL DELITO DE CHILD GROOMING Y EL CONSENTIMIENTO DE MENORES DE 16 AÑOS (ARTS. 183 Y 183 BIS DEL CP)

**Paz Lloria García**

### **CAPÍTULO VI**

LA NOVEDOSA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN EL DELITO DE ACOSO SEXUAL:

¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

**Víctor Martínez Patón**

### **CAPÍTULO VII**

PROBLEMÁTICA CONCURSAL EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

**Manuel José Iglesias García**

### **CAPÍTULO VIII**

NOTAS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

**María Victoria Álvarez Buján**



## **GEMMA MARTÍNEZ GALINDO**

Abogada especializada en Derecho Penal desde hace más de 26 años, Profesora Contratada Doctora en Derecho Penal y Coordinadora del Máster Universitario en Ciberdelincuencia de UNIR. Trabaja en el despacho del Catedrático Esteban Mestre, con intervención en procesos de gran relevancia pública en distintos Tribunales, incluida la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. En el ámbito docente tiene una dilatada experiencia en la impartición de asignaturas relacionadas con el Derecho Penal parte general y especial, Derecho Penal informático y Procesal Penal tanto en los Grados de Derecho y Criminología como en el Máster en Ciberdelincuencia y en Máster de Acceso a la Abogacía de diferentes Universidades. Es autora de más de 80 publicaciones en prestigiosas revistas y editoriales, colabora en proyectos de investigación con distintas Universidades españolas y extranjeras y participa en Comisiones de evaluación, además de haber impartido más de 60 conferencias, masterclass y openclass en diferentes Cursos, Máster y Congresos y ser miembro del programa Cibercooperantes de INCIBE.