



**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2023-2024
CONVOCATORIA JUNIO**

**ALGUNOS PROBLEMAS EN LA AUTORÍA DE LOS DELITOS CONTRA LA
LIBERTAD SEXUAL
Especial Enfoque en la Sentencia “La Manada”.**

AUTOR(A): Alonso Gómez, Ainhoa.

DNI: 50374087Q

TUTOR(A): Benítez Benítez, Juan Carlos.

En Madrid, a 11 de junio de 2024.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
I. Presentación del objeto del trabajo.....	3
CONTEXTO HISTÓRICO	4
I. Construcción de la libertad sexual y el consentimiento desde 1822 hasta la actualidad.....	4
1. Abuso y Agresión. Diferencias entre ambos.	7
1.1 ¿Porqué se elimina la diferencia entre ambos delitos?	8
1.1.1 Violencia e intimidación.....	9
1.1.2. Consentimiento sexual y la resistencia de la víctima.	11
MODIFICACIONES PENALES	14
II. La nueva Ley “Solo Sí es Sí”.	14
2. El consentimiento como elemento clave.	15
2.1. Nuevas penas	16
2.1.1. Contrarreforma de la Ley del solo sí es sí.	17
2.1.2. La transcendencia del ánimo libidinoso.	18
ALGUNAS CUESTIONES CONFLICTIVAS DE LA SENTENCIA “LA MANADA”	20
III. Exposición de los hechos ocurridos.....	20
3. El voto particular discrepante.	21
3.1. Fallo	22
3.1.1 Autoría y Participación.....	23
3.1.2. ¿Porqué son acusados de forma individual y no de forma conjunta?..	25
3.1.3 ¿Porqué las condenas a prisión en el caso “Arandina” son mayores que las de “La Manada”?.....	26
CONCLUSIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	30

INTRODUCCIÓN.

I. Presentación del objeto del trabajo.

En este trabajo vamos a poder ver cómo a lo largo del tiempo se va a ir construyendo lo que hoy en día se denomina libertad sexual, abarcando diferentes contextos históricos, es así cómo vamos a ir pudiendo ver cómo la voluntad del género femenino deja de estar subordinada a la voluntad del hombre a convertirse en la orden del día, adquiriendo una importancia primordial en los actos sexuales y cómo va adquiriendo poder la posición de la mujer en el aspecto jurídico con la introducción de diferentes regulaciones normativas.

El objeto del trabajo, también se va a encontrar en cómo se refleja la nueva Ley “Solo Sí es Sí” en el ámbito de la sexualidad de la mujer, cómo se van a ver afectadas las penas implantadas a los condenados, qué es lo que realmente va a generar un gran revuelo y lo que hoy en día se va a considerar agresión sexual.

ABSTRACT.

In this work we can see how throughout time it has been building what actually it is denominated sexual liberty, covering different historic contexts, so much so that we are going to be able to see how the willpower of the female gender stops being subordinating to the man to become commonplace, acquiring an essential importance of sexual intercourse and how the female position is acquiring power in the legal issue with the introduction of different normative regulations.

The object of work is also to be found in how the new Law “Solo Sí es Sí” (“Only Yes is Yes”) is reflected in the field of women’s sexuality, how the penalties imposed on convicted criminals will be affected, what is actually going to cause a great stir and what is nowadays going to be considered sexual assault.

CONTEXTO HISTÓRICO.

I. Construcción de la libertad sexual y el consentimiento desde 1822 hasta la actualidad.

El cambio del concepto de la mujer no solamente ha influido en roles sociales tradicionales, como en el ámbito laboral, sino también en el ámbito jurídico. Por ello en este apartado se tratará de explicar dicho cambio, comenzando en 1822, con el objetivo de señalar los efectos que han llegado a producir con la incorporación de la Constitución Española, destacando entre ellos, el principio de igualdad que ha transformado la visión de la mujer como un sujeto dependiente de una figura masculina y de especial protección a un sujeto independiente.

Comenzaremos en 1822¹, puesto que es una época en la cual la desigualdad existente entre una mujer y un hombre era totalmente formal y lógica, de hecho, así se reconocía en la ley, de tal forma que una lucha por conseguir una igualdad material entre diferentes géneros estaba al margen de la sociedad.

Esto no quería decir que no se hubiese establecido la igualdad como un derecho fundamental, pues desde finales del siglo XVIII se luchaba por ello, aunque se limitaba a los “hombre libres”, como ejemplo lo podemos ver reflejado en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 6 de agosto de 1789 en la que se reconocía la igualdad como la eliminación de privilegios de las leyes, pero en la práctica no aplicaba la igualdad a todos, puesto que posicionaba a la mujer en un status inferior.

Mencionado lo anterior, y viendo la concepción que se tenía sobre la mujer, no sorprende que al principio del siglo XIX no llame la atención que en la regulación del Código Penal de 1822 se mencionase algún tipo de referencia hacia la mujer, ya que se seguía identificándola dentro del grupo de menores, con personas dependientes de tutela, es decir, dentro de un grupo vulnerable. Como ejemplo de esto lo podemos ver en la posibilidad que el marido tenía en que éste pudiese comunicar al alcalde que su mujer no estuviese en casa sin su permiso.

Tanto la palabra “incapaz” como la de “honradez” van a estar presentes en la elaboración de la normativa penal puesto que las mujeres aparecían como sujetos activos, en delitos especiales. Es aquí, por lo tanto, como podemos seguir viendo esa comparación de la mujer como un sujeto incapaz incluso siendo autora del delito, identificándola a esta como un sujeto débil, indefenso, desamparado...y más sinónimos degradantes hacia ésta.

Uno de los actos penados realizados por las mujeres, más acercados en el ámbito penal era el “delito de adulterio”, en dónde podemos ver una primera visión de la consideración de la libertad sexual de la mujer en esa época, ya que mediante el cual el adulterio solo era castigado cuando el sujeto activo era la mujer, es decir, cuando esta cometía la infidelidad, puesto que su comportamiento “deshonrado” vulneraba el derecho al honor de su marido, añadiendo que era el marido quien establecía las penas, por lo que aquí el bien jurídico que se protegía era el honor del hombre.

¹ Código Penal (España, BOE:1822). Promulgado el 9 de julio de 1822.

Por otro lado, se protegía a aquellas que tenían fama de “honradas” perdonando así su adulterio por el simple de hecho de ser mujer y considerarla frágil. Junto este tipo penal, existían otros tantos en los cuales los hechos solo adquirían relevancia penal cuando quienes los realizaban eran mujeres.

Este trato y esta visión tan denigrante de la mujer que hemos visto hasta entonces va a empezar a verse variada en 1848² con la aparición de los “delitos contra la honestidad” que va a conseguir eliminar la posibilidad de que fuese el marido quién estableciese las penas, aplicándose así la menor. Por otra parte, para poder aplicar estas disposiciones se necesitaba que el sujeto pasivo denunciase, y si, el sujeto activo contraía matrimonio con la víctima, hecho que hoy en día es totalmente impensable, se le exoneraba de cualquier tipo de responsabilidad penal.

Por lo que el consentimiento sexual, de 1822 a 1989 no era un elemento esencial, por no decir que no existía como tal ya que en ese momento solo se distinguía entre mujeres con honestidad o sin ella como por ejemplo las prostitutas³.

Hasta tal punto que, si una mujer casada sufría una agresión sexual por su marido, ésta no podía ser considerada víctima ya que a las esposas se les consideraban personas honestas por ser impensable que los actos dentro del matrimonio no podían ser deshonestos.⁴

Por otro lado, no debemos olvidar la gran influencia que produjo la época franquista (1939) en la creación de la visión hacia la mujer, implantando así una serie de normativas que no ayudaban a la transformación de la imagen de la mujer y que era totalmente oprimente, entre ellas, anularlas la capacidad de poder disponer de sus bienes sin la autorización de su marido, barreras para poder acceder a trabajos...

Poco a poco , se fue implantando la idea de que uno de los valores fundamentales era la honestidad y por lo tanto era un bien que debía protegerse, esto se ve reflejado en el Código Penal de 1944, relacionando así la moral con la sexualidad, este avance lo podemos visualizar en una Sentencia del Tribunal Supremo⁵, aun así no debemos olvidar que dicha modificación se seguía llevando a cabo en una sociedad arraigada a sus pensamientos y difícil de producir un cambio de pensamiento tan radical.

Es en 1989, cuando se dio lugar a uno de los mayores cambios, la violación dejó de ser un delito contra el honor, y paso a calificarse como un delito contra libertad sexual llevándose a cabo así, la Ley Orgánica 3/1989 modificando el artículo 338 bis sustituyendo “honestidad” por “libertad sexual” como bien jurídico vulnerado. Considerándose violación, la penetración anal y bucal, y no solo vaginal, además de tipificar la posibilidad de violación a hombres.

² Código Penal (España, BOE:1848).

³ María Callejo Hernanz, G. Martínez Patón V., *Estudios sobre el código penal de 1822 en su bicentenario* (España: BOE,2022)

⁴ Alcalde M.” Derecho Penal” Universidad de Cádiz.

⁵ España. Sentencia del Tribunal Supremo 739/2011, 14 de Julio de 2011, Sala Segunda, de lo Penal.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

Hasta entonces, el Código Penal solo hablaba de delitos contra la honestidad por lo que no se reconocía la libertad sexual a las mujeres simplemente lo que se castigaba era el hecho de atentar a su honestidad, como bien he explicado anteriormente.⁶

También se va a tratar de incluir como sujetos pasivos a las mujeres en situación de prostitución y mujeres dentro del matrimonio, que más adelante en 1995 se va a conseguir.

Por lo que hasta que no se produce el cambio (1989) de “honestidad” a “libertad sexual”⁷ no se puede hablar de consentimiento ya que hasta entonces se podía considerar delito que las mujeres mantuviese relaciones con alguien que no fuese su marido.

Es a partir de ahí hasta la actualidad cuando realmente se le da significado a el consentimiento, solamente que tenía que darse junto con violencia o intimidación para considerar la gravedad y calificarlo de abuso o de agresión.

Es ya en 1995, junto con la introducción de la Constitución Española, cuando se consigue penalmente una regulación más acercada hacia la igualdad⁸, produciéndose así, una modificación respecto de los delitos contra la libertad sexual, destacando la Ley Orgánica 10 /1995 de 23 de noviembre, modificando la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio diferenciándose abuso sexual de agresión sexual y denominándose dichos delitos como “delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”.

El hecho de que se tenga en cuenta la indemnidad sexual como un posible bien jurídico vulnerado supone una mayor protección de los derechos, entre ellos los mencionados en el artículo 10 C. E⁹, es decir, vincula la libertad sexual con los valores más altos que todo ser humano dispone entre ellos la libertad, la dignidad, el libre desarrollo...

Ahora bien, con la nueva aprobación en 2022¹⁰ se elimina el concepto de violencia e intimidación para la calificación del delito y centraliza el enfoque en el consentimiento, delito que explicaremos detenidamente, más adelante, en el capítulo 2.

Por lo que, hasta ahora, podemos ver la evolución de la importancia del consentimiento a lo largo de la historia, pasando de ser inexistente a ser clave.

⁶ Muñoz Conde F., *Derecho Penal, parte especial*, 3º Edición (Madrid: Ed Tirant Lo Blanch, 2015).

⁷ Inés Herrero, “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”. *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 10 (2021): 60-69.

⁸ España, Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

⁹ Artículo 10 de la Constitución Española de 1978 (BOE 1978-31229):

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

¹⁰ España. Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre del 2022, núm 215.

1. Abuso y Agresión. Diferencias entre ambos.

Esta distinción, introducida en 1995, recogida en sus artículos 178-182 del Código Penal.

Ambos delitos se referían a actos sexuales no consentidos, afectando así a la libertad sexual de la víctima, ahora bien, la diferencia habitaba en diferentes aspectos, entre ellos el primero lo podemos ver mismamente en la expresión que se utilizaba para referirse a uno u otro, “abusar deshonestamente” o “agredir sexualmente” que significaba que hubiese tenido que haber un contacto entre el agresor y la víctima. Otra de las diferencias era:

Primero, en el abuso se empleaba la coerción, o manipulación para obtener el consentimiento de la víctima, mientras que en la agresión destacaba el uso de la violencia, intimidación o amenazas para realizar el acto.

Segundo, en cuanto al consentimiento, en el abuso, no existe, o para ello se ha obtenido de una forma engañosa, ya sea aprovechándose de la víctima sin que esta se lo espere, por sorpresa, por el contrario, en la agresión hay una ausencia total de consentimiento por lo que la actividad sexual se ha impuesto de manera violenta o intimidante, es decir, en este caso la coacción es extrema, encontrándose la víctima ante una amenaza directa y real que la obliga a participar contra su voluntad, por ello, hace imposible la presencia de consentimiento.

Es importante aclarar que “el no consentimiento” también se da en otros supuestos especiales como el abuso sobre personas con trastornos mentales o condiciones que le dificulten expresa su voluntad a comparación con el resto, o cuando se emplea el uso de fármacos, sustancias químicas...etc. que alteren la voluntad de esta.

Es decir, en el abuso no existe consentimiento y en la agresión hay una oposición total de voluntad.

Tercero, en la agresión debe de haber contacto físico entre las partes, y en el abuso el contacto no es relevante en el sentido de que solo ha existido por parte del sujeto activo aprovechando así o bien de la confianza de esta o descuido, como que se encuentre durmiendo, siendo lo más habitual tocamientos.

El elemento determinante entre un delito u otro es si existía violencia o intimidación, es decir, los medios utilizados por el autor para llevar a cabo dicho acto.

Otro aspecto a destacar son los abusos sexuales no consentidos (181 del Código Penal) aquí incluye el contacto sexual consentido debido a que la víctima se encontraba bajo embriaguez o bajo los efectos de la droga, privándole de sentido o anulando su voluntad, destacando así una Sentencia del Tribunal Supremo¹¹ en la cual se establece que en este tipo de casos no existe una ausencia total de conciencia sino de pérdida o inhibición de facultades en un grado suficiente como para desconocer la relevancia de sus determinaciones.

Se añade que “si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente”

Ahora bien, la ingesta ha tenido que ser provocada por el propio sujeto activo o por un partícipe, sin embargo, en la jurisprudencia podemos destacar adicionalmente, una

¹¹ España, Sentencia del Tribunal Supremo 369/2020, de 3 de julio 2020, Sala Segunda, de lo Penal.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

Sentencia del Tribunal Supremo en 2009¹² que se calificó los hechos como un delito de abuso a pesar de que la ingesta de alcohol había sido provocada por la propia víctima. Otra Sentencia del Tribunal Supremo en 2007¹³, mismo caso que el anterior, pero con prevalimiento provocado. En estos casos existe la gran controversia de si realmente existe violación o abuso.

Las agresiones sexuales se dividían en:

- a) Tipo básico, sin acceso carnal.
- b) Tipo agravado, con penetración. Siendo la violación el ejemplo como agravante a destacar.

Otra de las grandes controversias era la diferenciación entre agresión sexual y violación, que reside en el tipo de acto sexual perpetrado, la primera incluye no solo penetración sino otros actos sexuales no consensuados mientras que la segunda implica penetración oral, anal o vaginal pudiendo esta realizarse con una parte del cuerpo o con un objeto, es aquí donde aparece la posibilidad de que un hombre también pueda ser víctima de una violación. Al igual que se impide que el delito pueda ser cometido entre mujeres.

Como podemos ver, el abuso era un delito penado de una forma más leve que la agresión.

Para ver la diferencia, debemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo,¹⁴ en la cual los Tribunales mencionan una serie de circunstancias que califican el hecho como agresión y no como abuso: “*si se quiere de baja intensidad, pero, en todo caso, característicos de violencia o de intimidación (...) son actos de acometimiento, como golpes, empujones, sujeciones, forcejeos, desgarros, abalanzamientos, en definitiva, para vencer la capacidad de autodeterminación sexual de la víctima...*”

1.1 ¿Por qué se elimina la diferencia entre ambos delitos?

Visto las diferencias existentes entre ambos tipos de delito podemos observar grandes matices que pueden generar problemas, entre ellos:

En primer lugar, la prueba de demostrar que se empleó violencia e intimidación, ya que estos eran esenciales para establecer si existía agresión o abuso, era complicada, puesto que uno de los métodos que se utilizaban para obtener algún tipo de prueba era totalmente subjetiva, como, por ejemplo, en preguntar a la víctima y que ésta probase lo afirmado. Por lo que, en ciertos casos, así como para demostrar diferentes tipos de actos como un estirón de pelo, acorralamiento contra la pared etc... era altamente difícil de demostrarlo por parte de la víctima si no existía ningún medio de prueba que lo demostrase como heridas, o bien, que esas heridas fuesen causadas por dicho acto prevaleciendo incluso la presunción de inocencia.

Y, en segundo lugar, el alcohol y las drogas eran elementos determinables en el sentido de si la víctima era drogada o alcoholizada y después agredían sexualmente de

¹² España. Sentencia del Tribunal Supremo 833/2009, 28 de julio del 2009, Sala Segunda, de lo Penal.

¹³ España. Sentencia del Tribunal Supremo 584/2007, 27 de junio del 2007, Sala Segunda, de lo Penal.

¹⁴ España. Sentencia del Tribunal Supremo 422/2021, 19 de mayo del 2021, Sala Segunda, de lo Penal.

esta, el Código Penal lo consideraba en su artículo 181¹⁵ abuso sexual y no agresión sexual, ya que entendía que la anulación activa de la voluntad con elementos químicos no era signo de violencia ni intimidación, que es realmente lo que determinaba un delito de otro.

Es decir, si te drogaban y te agredían, la pena era menor que si te agredían y no te drogaban, ya que el primer caso se trataba de abuso y no de agresión.

Fue el GREVIO¹⁶, órgano que interpreta el convenio de Estambul y quien se asegura de su correcta aplicación quien concluyó en 2020, que se debía modificar el Código Penal para que la agresión fuese acceso carnal.

1.1.1 *Violencia e intimidación.*

Estos, con anterioridad a la reforma, como he mencionado anteriormente, eran elementos esenciales para determinar si el delito se calificaba como agresión sexual o como abuso sexual.

Puesto que si existía violencia o intimidación estaríamos ante una agresión, y si carecía de estos se consideraba abuso sexual, distinción que se ve reflejada en la responsabilidad penal.

La violencia, como se recoge en el artículo 153 CP.¹⁷, se considera “el que por cualquier medio causarse a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad (...) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”, entendiéndose por lo tanto que es cualquier fuerza suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. No debemos olvidar que la fuerza debe emplearse sobre las personas, no sobre las cosas ya que el objetivo del agresor es producir daños a su integridad física y no producir un menoscabo en el patrimonio.

Entre la acción de violencia y la conducta realizada debe de existir una relación causal, en el sentido de que si no se hubiese empleado dicha violencia no se hubiese producido el hecho. Un problema que existe respecto lo anterior es determinar cuando la violencia es suficientemente tanto objetiva como subjetiva para el acto sexual producido. Objetivamente se atiende a la reacción que hubiese tenido cualquier otra persona ante dicha situación y, subjetivamente se atiende a las características propias de la víctima, así como a la edad, su fuerza, el lugar, entre otros. La jurisprudencia se ha pronunciado estableciendo que la violencia tiene que ser idónea para impedir que la víctima actúe según su reacción.

Se exige que la violencia suponga un mínimo de resistencia en la víctima ya que sino no sería necesario emplear una fuerza más allá que la que requiera la acción.

¹⁵ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 181.2: “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier sustancia natural o química idónea a tal efecto”

¹⁶ Grupo de Expertos en La Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica.

¹⁷ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 153.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

Según el Tribunal Supremo establece que la violencia típica es aquella que haya sido fundamental para impedir a la víctima actuar según su propia voluntad, siendo este sinónimo de acometimiento, imposición...

Hoy en día es establecido como violencia sexual: la agresión, el acoso, el exhibicionismo, el acecho o acoso callejero, la provocación sexual, la explotación sexual, la corrupción de menores, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la violencia sexual transmitida por medios tecnológicos, la extorsión sexual y la pornografía no consentida.

Existe tanto la violencia física, como la moral, conocida como intimidación.

Esta última, como bien indica el Código Penal,¹⁸ es el anuncio de un mal a una persona con el fin de atemorizarla, es de naturaleza psíquica y requiere que se haga con un mal racional y fundado. O como podemos ver en una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005, en la cual hace referencia que la intimidación no puede limitarse solo a medios físicos o al uso de armas blancas, por lo que es suficiente palabras o títulos conminatorios.

La amenaza, que va ligada a la intimidación, no hace falta que sea grave, simplemente con que sea real, creíble y eficaz, por parte de la víctima, en el sentido de que anule la resistencia de la víctima será suficiente. Por otro lado, no se exige que esta se prolongue interrumpidamente sino basta que se exteriorice, sin embargo, sí se exige que se haya dado lugar antes o al mismo tiempo que la agresión, y nunca con posterioridad, lo mismo sucede con la violencia.

Ahora bien, ni toda amenaza es intimidación, ni toda intimidación es amenaza, por el contrario, en ciertas ocasiones se podría decir que se abusa de dicha frase puesto que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo¹⁹, a pesar de las amenazas que se mencionan en dicho texto como “te voy a matar a ti y a tu familia”, “te voy a rajar y voy a sacar tus tripas”, con un cuchillo en la mano, el Tribunal no las calificó como intimidatorios exonerándose de un delito de agresión sexual, por el simple hecho de que la víctima había mantenido posteriormente relaciones sexuales con el agresor, condenándole solo de “delito de amenazas”.

Dicho esto, ¿en qué se basa un Juez para valorar que las palabras empleadas por el autor generen un ambiente suficientemente amenazador, pavoroso o peligroso para la víctima, como para que puedan ser calificadas de intimidatorias, es decir, como valora lo que la víctima sintió? Por ello, el significado de intimidación es impreciso.

Un claro ejemplo de palabras que si se podrían calificar como “no intimidatorios” lo podríamos ver en la Sentencia del TS, Sala segunda, de lo Penal 335/2015 de 28 de mayo²⁰ en la que se absuelve por agresión sexual ya que en el relato de los hechos no se presenciaba violencia ni intimidación, viéndose así en palabras textuales por parte del autor hacia la menor: “no cuentes nada de lo que hacemos juntos porque hay gente que se puede ir a la cárcel por eso”, no siendo suficientemente intimidantes puesto que realmente lo que exigía el autor era guardar el secreto no comparándose con un acto que

¹⁸ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 178.

¹⁹ España. Sentencia del Tribunal Supremo 264/2009 12 de marzo del 2009, Sala Segunda, de lo Penal.

²⁰ España. Sentencia del Tribunal Supremo 335/2015 28 de mayo del 2015, Sala Segunda, de lo Penal.

anula la voluntad de la víctima como podemos observar, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 553/2014, 30 de junio.²¹

Sin embargo, hay ciertos actos en los que a pesar de que existe violencia o intimidación no es suficiente para que exista un delito. Por ejemplo, en los actos sadomasoquistas existe un pleno empleo de violencia en actos de carácter sexual, los cuales la víctima consiente por lo que no pueden ser calificados como delito de agresión sexual

1.1.2. Consentimiento sexual y la resistencia de la víctima.

Vamos a hablar de estos dos conceptos antes de la reforma de 2022, de la introducción de la nueva ley “Sí es Sí”. Su explicación se debe a que están íntimamente relacionados.

El consentimiento hace referencia a la manifestación de voluntad de la persona con relación a la producción de un acto, en este caso, sexual, exteriorizando así su conformidad de querer llevarlo a cabo, “permitiendo algo o condescender en que se haga”, encontrándonos sinónimos como “permiso, autorización, conformidad...”²²

Tanto en los delitos de agresión sexual como en los de abuso, había una ausencia de este, aunque hay un pequeño matiz que hace diferenciarlo, en la agresión, es totalmente incompatible que mediara consentimiento ya que existía el elemento de violencia o intimidación.²³

Una de las modificaciones a destacar que se llevaron a cabo fue en 1999, con la L.O 11/1999 de 30 de abril²⁴, modificando el artículo 178 del Código Penal incluyendo además a la libertad sexual, la indemnidad, y así dando mayor protección a los menores como a los incapaces. Además, de modificar la edad mínima de doce años para dar consentimiento a actos sexuales, a trece años. En 2013, se emite una propuesta por el Consejo Fiscal en un informe de 2013 exigiendo una cláusula de asimetría para salvaguardar el principio de intervención mínima, haciendo referencia a elevar la edad mínima, que se va a ver reflejada más adelante en el artículo 184 quáter, afirmando que todo acto sexual consentido llevado a cabo con un menor de dieciséis años excluirá de cualquier responsabilidad penal, podemos ver que esta redacción se ha llevado a cabo con una gran flexibilidad pero que se adapta a la realidad.

Es con la L.O 1/2015, 30 de marzo²⁵ en la que se va a volver a pronunciar sobre ello, marcando así finalmente la edad de dieciséis, reflejado en el artículo 182 del Código

²¹ España. Sentencia del Tribunal Supremo 553/2014, 30 de junio del 2014, Sala Segunda, de lo Penal.

²² Sinónimos de “*consentimiento*” Real Academia Española.

²³ Página 3 de este documento.

²⁴ España. Ley 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, de 1 de mayo de 1999, núm.104, pág.16099 a 16102.

²⁵ España. Ley 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061 a 27176.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

Penal y siguientes²⁶ como en el resto de los países europeos. Esta propuesta fue llevada a cabo por la O.N.U sobre Derechos del Niño²⁷.

No debemos olvidar que siempre que exista este, excluye la atipicidad del delito, siendo indiferente si anteriormente hubo relaciones entre el autor y la víctima o si se tratase de una prostituta o del propio cónyuge.²⁸

Una de las grandes controversias con relación a este elemento es la edad de la víctima, puesto que pueden darse varias situaciones:

Primero, que la víctima sea mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho, en este caso el consentimiento emitido por el menor será válido, como si fuera mayor de edad.

Segundo, que la víctima sea mayor de trece, pero menor de dieciséis años, en estos casos se entiende que esta no es suficiente capaz y madura para consentir el acceso carnal. Esto, principalmente se llevó a cabo para evitar posibles abusos sexuales puesto que una relación entre una niña de trece años y un adulto de cuarenta y nueve años era totalmente lícita.

Ahora bien, el consentimiento ha podido ser expresado *ex ante facto* – antes de la acción típica- *in facto*-durante- *post facto*-después. Siendo el *ex ante facto* el reconocido por la jurisprudencia, el problema se da cuando una vez consentido el acto, durante él hay una revocación o un arrepentimiento²⁹. En estos casos, cuando este se ha dado en un momento posterior al inicio de la acción, pero antes de haber sido consumado, estaríamos ante un supuesto de tentativa³⁰. Y respecto de aquel dado una vez consumado, no tienen ningún tipo de validez ni eficacia, solo se vendrá reflejado en la pena del autor ya que, en estos casos, será menor. Lo mismo sucede cuando se expresa la voluntad de querer mantener relaciones sexuales con la condición de utilizar un método anticonceptivo y sea engañada al respecto, su consentimiento pierde valor, calificándose el suceso de delito de agresión sexual.

Por último, destacar un matiz que a simple vista parece algo evidente y lógico, pero importante de resaltar como es el consentimiento en el matrimonio. El hecho de

²⁶España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado,1995. Artículo 182 del Código Penal, antes de la modificación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre:

1. “El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses”.

2. “Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a o la 4.^a de las previstas en el artículo 180.1 de este Código”.

²⁷ Según las disposiciones marcadas por la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

²⁸ La doctrina ha oscilado que la violación entre cónyuges debe sancionarse como amenazas o coacciones.

²⁹ Autores como Roxin C., Pérez A, o, López Barja de Quiroga J. (Vital de Almeida 2006).

³⁰ Podemos ver un ejemplo de tentativa de delito de agresión sexual en, España. Sentencia del Tribunal Supremo 2527/2006, de 6 de marzo de 2006, Sala Segunda, de lo Penal.

contraer matrimonio no genera una serie de “derechos y obligaciones recíprocas sexuales”, de poder mantener relaciones sexuales cuando únicamente sea uno quien lo desee imponiéndoselo al otro³¹. Se debe de entender que en el sexo todo vale si la pareja lo acepta y no vale nada si uno de ellos lo rechaza.³²

La resistencia es un concepto que también se utiliza para valorar el delito, considerando si fue la suficiente o no, entendiéndose si la fuerza que se ejerció se equiparó a la resistencia que la víctima empleó. Por ello, ésta se podría definir como el rechazo material de la expresión de negativa al acto sexual. A lo largo del tiempo, la valoración que se le ha dado a su significado ha variado debido a las distintas regulaciones implantadas.

En un primer momento se requería que la resistencia tenía que cumplir con una serie de requisitos como que fuese constante, real y efectiva, por lo que no bastaba con que la víctima se alejase o se apartase del autor. A partir de aquí se llevan a cabo dos posturas dispares, una en la que se defiende la exigencia de resistencia en las agresiones sexuales y otras, en las cuales afirman que no se debe porque presentar ningún tipo de resistencia como si esta se tratase de un requisito tácito, sino que basta con la negativa de llevar a cabo dicho acto sexual, no consentido³³.

Debido al cambio penal, este concepto se ha ido suavizando, en el sentido de no ponerlo como primer plano, el propio Tribunal Supremo pronunció en la Sentencia 604/2004, de 15 de diciembre que lo que realmente califica el delito de agresión sexual no es la resistencia que opuso la víctima sino la falta de consentimiento, considerando por lo tanto que no es un elemento del tipo penal, aunque debemos decir que esto en ciertas ocasiones se aleja de la práctica ya que sí se tiene en cuenta, de ello mismo podemos destacar el caso “La Manada”, que se explica más adelante, en el cual se manifestó que la víctima no presentó ningún tipo de resistencia, por lo que aunque mantengan que no es un elemento constitutivo de delito y objetivamente tampoco lo sea, al mencionarse en la exposición de los hechos sobre este tipo de delitos, sí se está teniendo en cuenta tácitamente.

Esto genera una gran confusión ¿Pues si la víctima tiene más fuerza que el agresor, es decir, la resistencia que emplea es tan fuerte que consigue que el acto no se consuma, el autor no sería calificado como agresor, sino que se trataría de una tentativa de delito contra la libertad e indemnidad sexual, y por lo tanto sí se tendría en cuenta como elemento la resistencia?

Aunque los Tribunales se pronuncien sobre ello negando la resistencia como elemento, debido a la práctica no queda clara su postura pudiendo caer en la interpretación de que no basta con emitir el consentimiento si no que se exige a la propia víctima una defensa, aunque sea mínima. Lo que no se valora es que en reiteradas ocasiones la resistencia de la víctima puede ocasionarle más perjuicios que beneficios, por ello en muchos casos, prefieren no ir en contra de la voluntad del agresor.

Esta cuestión, hoy en día se encuentra en el punto de mira siendo un elemento que uno optaran por tenerlo en cuenta y otros no, aunque, debido a los diversos cambios legislativos se han centrado más en valorar la acción del sujeto activo y no de la víctima.

³¹ Groizard, op cit. “La mujer casada cuenta entre sus deberes, como primero, el de no negarse a la realización de los fines del matrimonio (...)”.

³² España. Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de diciembre 1991, Sala Segunda, de lo Penal.

³³ García Valdés C. *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (España: Edisofer,2008)

MODIFICACIONES PENALES.

II. La nueva Ley “Solo Sí es Sí”.

Para poder entender el resto de capítulo, primero debemos explicar la última modificación producida, ya que ha supuesto un cambio jurídicamente penal afectando a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual e intentando dar lugar a una mayor protección de dichos valores y establecer unas medidas de prevención y fomento de la educación en el ámbito sexual. Su origen, fue la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019,³⁴ el conocido caso “La Manada”, que más tarde analizaremos, el que provocó un punto de reflexión al Tribunal, puesto que observaron que el consentimiento era irrelevante en el caso de las agresiones sexuales.

En este sentido, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022³⁵, el Código Penal ha sufrido una modificación mediante el cual deja de tipificar el delito de abuso sexual, por lo que cualquier acto que atente contra la libertad o indemnidad sexual sin el consentimiento de la víctima, se calificará como delito de agresión sexual. Debido al lema de “todo abuso es violación”, lo que ha tratado el legislador es unificar en un mismo delito todos los atentados contra la libertad sexual, entendiéndose que más bien lo que se vulnera es el consentimiento de la víctima, es así como lo manifiesta José R. Agustina³⁶ en su libro.

De esta forma, según el Ministerio de Igualdad, se elimina el elemento distintivo, sin la necesidad de que sea la víctima quien tenga que probar que se empleó violencia o intimidación en el hecho sucedido para calificarlo de uno u otro.³⁷

El lema más repetido tras el caso “La Manada” era el de “no es no” pero como bien manifestó la víctima en todo momento, ella no pronunció “no”, por lo que el eslogan se transformó en “solo sí es sí” dando lugar así a la denominación de esta nueva ley.³⁸

Cabe mencionar que si un individuo está enjuiciado por un delito de abuso o agresión sexual, cometido antes del 7 de octubre de 2022, se le aplicará el Código penal antiguo, estableciéndole así las penas antiguas de abuso o agresión sexual ya que era el vigente en el momento que se cometió el delito. Sin embargo, si las penas actuales son más favorables para este, se le aplicara las nuevas disposiciones puesto que según el principio de retroactividad³⁹ siempre hay que favorecer al reo, esto se relaciona con el

³⁴ España. Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, 4 de julio 2019, Sala de lo Penal, 1ª Sección.

³⁵ España. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Boletín Oficial del Estado, 7 de septiembre del 2022, núm. 215.

³⁶ Agustina J. *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, 1ª Edición (Barcelona: Atelier, 2023).

³⁷ García Álvarez P. y Caruso Fontán V. *La perspectiva de género en la ley del ‘solo sí es sí’. Claves de la polémica*, 1ª edición (Madrid: Colex, 2023)

³⁸ Enrique Gimbernat, “Solo sí es sí”, *Diario del Derecho*, (2020)

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551

³⁹ España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado. Artículo 9.3 y artículo 2.2 del Código Penal: “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”

principio de “prohibición de exceso” que establece que las disposiciones penales han de ser adecuadas, necesarias y proporcionales a los fines que se persiguen para una mayor protección de bienes y de orden social, esto se lleva a cabo para controlar la idoneidad de las actuaciones del Estado y es aquí donde se empiezan a generar las primeras controversias.

2. El consentimiento como elemento clave.

Como hemos podido ver, esta nueva modificación se centra en el consentimiento, recogido así en el artículo 178 del Código Penal ⁴⁰, en el que podemos ver una definición bastante inexacta y subjetiva ya que en esta se observa que serán los jueces quienes valoren las circunstancias que se hayan dado en el acto, al igual que este haya tenido que ser expresado de una forma clara, libre y voluntaria.

Ahora bien, ¿que se considera “de forma clara”?, es aquí donde empiezan a surgir diversas controversias en situaciones en las cuales la víctima se queda bloqueada y no expresa negación, por lo que ¿sería el silencio y la inacción consentimiento tácito?

Como hemos podido ver, esta nueva ley trata de dar una mayor protección a la víctima por lo que será el sujeto activo quien deba demostrar que la víctima expresó su voluntad del acto sexual, aplicándose así, el “principio de inmediatez”⁴¹, lo que se trata más bien es de no cargar sobre ésta la responsabilidad de que tenga que ser quién demuestre que no quiso llevar a cabo relaciones sexuales. Además, de que dicha modificación legislativa supone que la prueba de que no prestó consentimiento resulta difícil de demostrar.

Sin embargo, no son pocas las situaciones en las que la ausencia de un acto que suponga una oposición material, es decir, una resistencia, ha sido interpretada por los Tribunales como aceptación del hecho sexual para evitar un mal mayor. ⁴²

Según el Tribunal Constitucional y Supremo, las declaraciones de la víctima son fundamentales, de tal forma que tiene valor de prueba testifical, siendo estas suficientes para romper la presunción de inocencia. Ahora bien, si solo existen estas, siendo la única prueba, el Tribunal deberá de realizar una valoración de otros aspectos como si existió falta de ánimo, venganza, contradicciones...etc., siendo tanto los gestos de la víctima como el lugar de los hechos, un punto fuerte de valoración⁴³. Por lo que es un delito que dependerá de cada caso concreto.

2.1. Nuevas penas.

En primer lugar, se modifica el artículo 178 del Código Penal⁴⁴ haciendo referencia al consentimiento que se entiende como “*manifestando libremente mediante*

⁴⁰ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado. Artículo 178 del Código Penal, tras la modificación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

⁴¹ Artículo 229 de La Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 731 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2009, 26 enero 2009, Sala Primera.

⁴² España. Sentencia del Tribunal Supremo 460/2008, de 21 de julio del 2008, Sala Segunda, de lo Penal.

⁴³ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 10721/2022, de 21 de abril del 2023, Sala Segunda, de lo Penal.

⁴⁴ España. Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Boletín Oficial del Estado, de 7 de septiembre del 2022, Disposición final 4ª, núm.215.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”, siendo este el punto de partida de la nueva modificación.

Por otra parte, se añade otro apartado el cual señala una posibilidad de atenuar la pena siempre y cuando no se den ningún agravante y lo producción de los hechos no sean de gran importancia, estableciéndose la posibilidad de establecer la pena en su mitad inferior o incluso una multa de dieciocho a veinticuatro meses. Por lo que, con el establecimiento de lo que es el consentimiento y la eliminación del delito de abuso sexual se modifica la pena de uno a cinco años, a uno a cuatro años calificándose como delito de agresión sexual sin violencia ni intimidación.⁴⁵

Respecto de los tipos agravados, recogido en el artículo 180 del Código Penal, considerándose todos aquellos en los que se haya empleado violencia, intimidación, vulnerabilidad de la víctima, abuso de situación de superioridad, sobre los que se realice sobre personas privadas de sentido o con la voluntad anulada, se considerará siempre que no hay consentimiento.

Por otro lado, el delito de agresión sexual, regulado en los artículos 178 -180 del Código Penal se divide en: por un lado, agresión sexual de uno a cuatro años, y con violencia o intimidación de uno a cinco años. Y por otro lado, el delito de violación, que se subdivide en, agresión sexual con penetración y sin violencia o intimidación, aplicándose una reducción de la pena que oscilaba de seis años a doce años , modificándose de cuatro años a doce, un gran cambio que ha supuesto la revisión de una gran lista de sentencias firmes que ha implicado el cambio de las penas impuestas a los agresores siendo esto lo que más polémica ha generado, y agresión sexual con penetración con violencia o intimidación a una pena de seis a doce años.

En cuanto al artículo 180, se mantienen los agravantes, sumándose dos nuevas. La primera, añadiendo que el sujeto activo sea pareja o ex pareja de la víctima⁴⁶, y por otro lado la sumisión de la víctima a través de la ingesta de sustancias químicas ya haya sido provocada dicha situación por ella misma o por el autor⁴⁷. Debemos decir que estas circunstancias, con anterioridad a la reforma estaban recogidas dentro del marco del abuso sexual.

Respecto de la cláusula de atenuación de la pena⁴⁸, anteriormente vista, se entiende que es aquí donde el legislador calificaría el hecho dentro del antiguo “delito de abuso sexual”, como por ejemplo sería tocar el culo a una chica por la calle sin su consentimiento. Ahora bien, se tiene que dar una serie de circunstancias como que no incurra ninguno de los agravantes del artículo 180 del Código Penal, además de que el sentenciador tendrá que fundamentarlo y justificar dicha decisión.

Por último, destacar una serie de medidas y políticas, también implantadas dirigidas a la protección del derecho a la libertad sexual, así como medidas de prevención,

⁴⁵ De Vicente Martínez, R. *Vademécum De Derecho Penal*, 7ª edición revisada, ampliada y actualizada con las reformas penales de 2022 y 2023 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024).

⁴⁶ España. Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 180.14ª.

⁴⁷ España. Código Penal. Boletín oficial del Estado, 1995. Artículo 180.17ª

⁴⁸ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 178.4.

atención detección, reparación y sanciones de violencias sexuales en al ámbito educativo, laboral, sanitario, publicitario e incluso en el ámbito penitenciario⁴⁹.

2.1.1. *Contrarreforma de la Ley del solo sí es sí.*

La anterior nueva ley, sufre un cambio el 27 de abril de 2023⁵⁰ impulsada por el PSOE, centrándose en la definición de agresión sexual “*cuando medie violencia o intimidación*” con el fin de añadir una nueva serie de agravantes en el apartado 1 y 2 del artículo 178 del Código Penal, con el fin de contrarrestar las grandes ventajas de la ley “Solo sí es sí” que suponían para el reo ya que conllevaba la rebaja de múltiples penas.⁵¹ Lo que va a destacar de la modificación va a ser el cambio de horquilla de penas para el delito de agresión sexual con violencia e intimidación, de forma que se eleva la pena mínima de 4 a 6 años.

Por lo que actualmente el artículo 178.1 del Código Penal se quedaría de la siguiente manera “*si la agresión (sin penetración) se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión*”.

Si de lo anterior se lleva a cabo con penetración empleando violencia o intimidación la pena aumentara de seis a doce años⁵². Ahora bien, podemos observar un nuevo problema que se genera respecto de lo anterior y es que, el artículo 179 en referencia al delito de violación se deja vacío de contenido, puesto que es imposible pensar que en la violación no se haya empleado el uso de la violencia o intimidación, siendo “la violación”⁵³ un sinónimo de “violencia”⁵⁴

Esta reforma incluye tres supuestos en los que no se podrán revisar las sentencias en estos delitos que es cuando las penas estén suspendidas o el condenado se encuentre en libertad condicional, cuando la pena esté ejecutada y en los indultos parciales. Además de introducir la novedad de que en relación con las agresiones a los menores si concurren dos subtipos agravados se impondrá la pena en la mitad superior.

Uno de los tantos ejemplos que podemos destacar sería una Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁵ basada en la rebaja de la pena en delito de violación a dos condenados, aplicándose la norma más beneficiosa para el reo, que en su día fueron condenados a 7 años de prisión junto con la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el

⁴⁹ Andrea Accuosto. “Análisis de las novedades que introduce la LO 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual desde la perspectiva de los riesgos y deberes empresariales, y del sector legal”, *ICABLOG* (2022)
<https://icablog.icab.cat/es/mas-de-lo-que-parece-novedades-que-introduce-la-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-desde-la-perspectiva-de-los-riesgos-y-deberes-para-las-empresas/>

⁵⁰ España. Ley Orgánica 4/2023, 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/200, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, de 28 de abril del 2023, núm. 101.

⁵¹ Manuel Gutiérrez Romero F. *Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual y su reciente modificación* (España: SEPIN, 2023).

⁵² España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 179.2.

⁵³ Esta palabra tiene su origen latino en la connotación de violencia “*violentia*”

⁵⁴ Gil Gil A. “Las trampas del solo sí es sí”, *Diario del Derecho Municipal*, (2023).
https://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1230027

⁵⁵ España, Sentencia del Tribunal Supremo 599/2023, 13 de julio de 2023. Sala Segunda, de lo Penal.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

tiempo de condena y en el cual el Tribunal les rebaja la pena un año menos basándose en el artículo 2.2 del Código Penal, el principio de retroactividad de la ley más favorable al reo, en el artículo 49.1 “in fine” de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone que si la ley dispone de una pena más leve se deberá aplicar esta última y del artículo 9.3 de la Constitución Española que hace referencia la “*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Según los últimos datos del Consejo General del Poder Judicial han sido 978 casos en los que se ha producido la rebaja de la pena, y 104 la liberación anticipada.

Lo que en realidad se está implantando es el mismo sistema que establecía el Código Penal de 1995 pero con diferentes denominaciones, por ejemplo, lo que hoy en día es agresión sexual con agravantes y penetración, la ley del “solo si es si” aplicaba una pena de entre siete a quince años y el cambio de esta ley aplica la horquilla de doce a quince, al igual que el Código de 1995.⁵⁶

Por último, mencionar que esta última modificación sigue manteniendo la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual, o lo que es lo mismo, “solo sí sigue siendo sí”.

2.1.2. La transcendencia del ánimo libidinoso.

El ánimo libidinoso, o lo que es lo mismo, “propensión a los deleites carnales”⁵⁷, es un aspecto del dolo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual haciendo referencia que, para esta clase de delitos, debe de concurrir un mínimo ánimo lúbrico o libidinoso siendo así el elemento subjetivo del injusto. La jurisprudencia lo ha definido como “la intención maliciosa”.⁵⁸

Esta intención, y, por lo tanto, elemento necesario para la concurrencia del delito, va a ser valorada por los jueces, quienes decidirán en cada caso concreto si existe o no. Tradicionalmente éste era considerado como “el ánimo de yacer “siendo un sinónimo del dolo en esta clase de conductas por lo que la presencia de éste como elemento subjetivo, elimina la posibilidad de comisión culposa del delito⁵⁹, es así como lo establece Suárez Rodríguez.

En la propia jurisprudencia nos encontramos afirmaciones como que el dolo exige que exista la voluntariedad de la acción que viene a ser lo mismo que la presencia de querer cometer el acto relacionándolo así el conocimiento del hecho antijurídico junto con el ánimo lascivo.

⁵⁶ 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* núm. 25-18 (2023), pág. 1-51.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-18.pdf>.

⁵⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª edición. (España:2024).

⁵⁸ España. Sentencia del Tribunal Superior de justicia 6 de diciembre,1995. Segunda Sala de lo Penal

⁵⁹ Suárez Rodríguez C. *El delito de agresiones sexuales asociadas a a violación*. (España: Aranzadi. 1995). Pág. 325.

Por el contrario, nos encontramos con otra visión más objetiva que es la que hoy en día predomina considerando que no hace falta que concurra ese ánimo lúbrico del que hemos estado hablando para atender contra la libertad sexual, es así como el Tribunal Supremo se pronuncia estableciendo que el ánimo libidinoso o bien la intención del sujeto a su satisfacción sexual es un elemento que está presente en este tipo de conductas, pero no es un elemento fundamental.

En la práctica podemos encontrar muchos casos en los que el agresor ha atentado contra la libertad indebida sexual, sin ánimo lascivo, ya que este puede actuar bajo Teo tipo deseos sin que sean sexuales, como de venganza, humillación o simplemente tiene el deseo de causar daño a la otra persona, como, por ejemplo, realizar tocamientos claramente de índole sexual, pero sin que lleve precisamente ese ánimo lascivo, puesto que el fin es causar un daño o degradación a la víctima. El ejemplo más claro, desde mi punto de vista sería la tortura sexual, aquí el agresor no tiene un ánimo lascivo, puesto que su intención principalmente es someter a la otra persona a un maltrato sexual, sin ser la satisfacción sexual el objetivo a conseguir.

Tras la introducción de la nueva ley, “Solo Sí es Sí” afirma que no se exige la concurrencia de dicho ánimo para encontrarnos ante un delito contra la libertad e indemnidad sexual, es así como se expone en el artículo 178 del Código Penal, no configurándose como el elemento del tipo en este tipo de delitos.

El hecho de que no se exija este ánimo, por una parte, supone una gran protección a la víctima, ya que simplifica la carga de que ésta tenga que probar las acusaciones al igual que supone una mayor protección a los bienes jurídicos protegidos en este tipo de delitos.

Sin embargo, es una gran mayoría de población en la sociedad quienes piensan que este tipo de ánimo sí debe de tenerse en cuenta a la hora de valorar los hechos, y su explicación se debe a la relación que puede tener con muchos tipos de profesiones, como por ejemplo sería el de un cirujano que lleva a cabo operaciones de órganos sexuales o un ginecólogo que realiza revisiones, introduciendo un objeto por la vagina.

Según la jurisprudencia, como no se exige ese ánimo, estarían cometiendo un delito de violación, puesto que las conductas que llevan a cabo coinciden exactamente con la conducta del tipo objetivo, además, no existe por parte de la víctima ningún tipo de resistencia, ya que ésta acepta, y por lo tanto consiente que se lleve a cabo dicho acto. Es verdad que desde exeun punto de vista menos crítico este tipo de profesión no tiene como objeto atender contra la libertad o indemnidad sexual, aunque se han dado múltiples casos en los cuales se ha producido un delito a través de este tipo de profesión, pero es un elemento que, sí considero que se debería tener en cuenta, aunque sea difícil de valoración, puesto que, por norma general, ningún agresor admitiría que lo cometió con deseo sexual.

ALGUNAS CUESTIONES CONFLICTIVAS DE LA SENTENCIA “LA MANADA”

III. Exposición de los hechos ocurridos.

Esta Sentencia hace referencia a una violación múltiple ocurrida en Pamplona, concretamente en las fiestas de San Fermín, generando un gran impacto en nuestra sociedad, incluso ha sido un punto de reflexión para los órganos jurisdiccionales, como hemos podido ver anteriormente. Es importante destacar dicho nombre, que se debe a que ellos mismos se hacían llamar así en un grupo de WhatsApp que tenían, como podemos observar, la calificación hace referencia a un conjunto de animales transmitiendo así una actitud de victoriosos y poderosos, que en este caso se puede entender que se dirige hacia la mujer, una “depredación sexual”⁶⁰.

A continuación, trataremos de analizar diferentes argumentos que se describen en dicha sentencia, siendo tanto el consentimiento como la existencia o no de violencia e intimidación, los aspectos más cuestionados, ya que serían el determinante de la calificación de un tipo de delito u otro.

La denunciante, sostuvo que en ningún momento los actos sexuales producidos fueron voluntarios, siendo impuesta de manera violenta e intimidatoria a llevarlos a cabo. Por el contrario, los acusados establecían que contaron con la voluntariedad de ella en todo momento, incluso fue esta la que manifestó su intención de querer mantener relaciones sexuales con el grupo incluso siendo la dominante de ello. Como podemos ver, es un caso en el que los tribunales también se tendrán que basar en los hechos que describen los testigos, que en este caso son indirectos, como los policías que intervinieron o los médicos que la atendieron, y las palabras de la víctima, junto con un vídeo del acto producido que fue grabado por ellos mismos, donde los tribunales pudieron apreciar que la víctima no emitía una actitud de bienestar, comodidad o goce.

Por otro lado, también se tuvo en cuenta para la valoración de los hechos, el informe de los médicos, ya que esta fue llevada a urgencias tras lo sucedido. Estos, afirmaron que la ausencia de consentimiento puede ser compatible con ausencia de lesiones, ya que las lesiones encontradas en las zonas íntimas de la víctima no eran determinantes para establecer si existió violencia o no.

Otro punto fuerte de valoración del caso fue la reacción de la denunciante en el desarrollo de los hechos, puesto que, no solo mantuvo los ojos cerrados en todo momento si no que no emitió ningún tipo de resistencia, presentando una situación de pasividad. Para los tribunales, lo anterior generó una gran disputa resolviéndose finalmente con la determinaron que dicha actitud podía responder a un bloqueo emocional, una situación de shock⁶¹, por lo que presto su consentimiento, pero de forma viciada, debido a la

⁶⁰ A.M.J.E. 8 de mayo del 2024. <https://www.mujeresjuezas.es/la-asociacion/>

⁶¹ España. Sentencia del Tribunal Supremo 305/2013, 27 de abril del 2013. Segunda Sala, de lo Penal: “*el bloqueo emocional, constituye un elemento clave para entender la existencia de un vicio en el consentimiento.*”

situación.⁶² No debemos olvidar que los hechos producidos se desarrollaron a oscuras en un rincón de un portal, un lugar bastante claustrofóbico y angustioso, describiéndose así junto con una situación de acorralamiento.

Una vez que el tribunal concluyó que no existió consentimiento por parte de la víctima, la cuestión se refería a si se trataba de un delito de abuso o agresión sexual, es decir, si se había empleado violencia o intimidación.

La cuestión se trataba más bien de determinar si existía lo que se entiende como intimidación “ambiental”⁶³, puesto que la violencia se descartó desde un primer momento. Se puede entender que, con la mera presencia de más de dos personas dominantes de la situación, que, junto con las circunstancias del ambiente, lugar escondido y sin salida, frente a personas mayores de edad que la víctima durante el desarrollo de los hechos, genera un ambiente bastante intimidatorio, suficiente como para crear a la víctima una situación de indefensa, debilitamiento y amedrentamiento, esto es a lo que nos referimos con intimidación ambiental.

Tras haberse probado los hechos, el juzgado de primera instancia por a sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra manifestó que no existió ninguno de los dos elementos, destacando “... *El hecho de sujetar la cabeza (...) durante una felación, no puede equipararse a la violencia típica de delito de agresión sexual*”⁶⁴, ya que se consideraba que para que se pudiese calificar como delito de agresión sexual la violencia o intimidación se tenía que dar anteriormente al hecho, que sea grave y que consiga darse como elemento clave en el consentimiento forzado⁶⁵, por lo que la actitud del sujeto activo será realmente lo determinante.

Dicho esto, condenó a los acusados por un delito de abuso sexual continuado con prevalimiento⁶⁶, consideran esto último; por una parte, que se generó una opresión sobre la víctima que les conllevó a una superioridad sobre esta de la que prevalecieron no permitiendo la autodeterminación sexual ya que en el lugar donde ocurrió solo había una salida, y por otra, la diferencia de edad que existía entre los acusados y la víctima.

Se estableció como abuso y no como agresión puesto que en los hechos se consideró la ausencia de violencia o intimidación, apoyándose sobre todo en el vídeo y en la ingesta de alcohol de la denunciante, con una pena de nueve años.⁶⁷

No debemos olvidar que tanto el Ministerio Fiscal, la acusación particular y las acusaciones particulares calificaron los hechos como cinco delitos continuados de agresión sexual, añadiendo un delito leve de hurto.

⁶² España. Sentencia del Tribunal Supremo 855/2015, 23 de noviembre ;458/2016 de 26 de mayo. Sala Segunda, de lo Penal.

⁶³ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 635/2019.

⁶⁴ España. Sentencia del Tribunal Supremo 411/2014, 26 de mayo. Sala Segunda, de lo Penal.

⁶⁵ España. Sentencia del Tribunal Supremo 609/2013, de 10 de julio de 2013. Sala Segunda, de lo Penal. “*La intimidación y la violencia deberán ejercerse de forma clara y suficiente*”.

⁶⁶ España. Código Penal, Boletín Oficial del Estado. Artículo 181.3.

⁶⁷ España. Sentencia 38/2018, 20 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra. Pág.108

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

3. El voto particular discrepante.

Una peculiaridad de este caso fue el voto particular de uno de los magistrados que no apoyó lo manifestado por los demás, emitiendo así su contrariedad y discrepancia, determinando que hubo consentimiento no viciado en los hechos.

El magistrado entendió que las pruebas que se tuvieron en cuenta, siendo la testifical de la víctima la principal, se hizo de una forma “obsequia y complaciente” y que los acusados han sufrido un trato discriminatorio por las valoraciones que hizo el médico forense en las cuales el tribunal aceptó las preguntas por las acusaciones, estableciendo los forenses casos hipotéticos de agresión sexual, abstractas, respecto a los informes que se le habían solicitado.

También discrepa en la existencia de prevalimiento de los acusados, respecto de la situación de superioridad ejercida por ellos, ya que para él, no entiende que habiendo los acusados manifestados su deseo de mantener relaciones sexuales con la víctima, lo quisieran hacer aun sin el consentimiento de ella en una noche de San Fermín, lugar céntrico, con una gran cantidad de gente por los alrededores.

Manifiesta que las declaraciones de la denunciante eran contradictorias ya que en un primer momento estableció “*me hicieron algo que no quería hacer*” y después “*el motivo de la denuncia es que yo...fue, ósea, que yo hice una cosa que no quería hacer*”, provocándole al magistrado duda respecto de la credibilidad de las palabras de la víctima y de pensar realmente si fue obligada o no a dichos actos de sexuales.

Por otro lado, añade que a muchas de las pruebas presentadas no se las dio la importancia suficiente, como fue la discusión sobre las fotografías y vídeos, en los que se muestra a la víctima con los ojos cerrados entendiéndose ese detalle como ausencia de consentimiento, hecho que para el magistrado era irrelevante y no definitorio del que no se puede sacar una conclusión clara respecto del consentimiento, al igual que los sonidos de excitación y exaltación sexual que emitió la víctima. Entendiéndose que al igual que no se puede apreciar una iniciativa por parte de la joven, tampoco se puede apreciar que esta lo hiciese de forma pasiva y sumisa. Resalta que como bien afirmo la denunciante desde un primer momento hubo un consentimiento inicial al conocerlos y compartir el objetivo que tenían los acusados después de mantener una conversación de índole sexual con esta, con la propuesta de ir a un sitio para mantener relaciones sexuales en grupo

También hace un inciso de que la víctima no intentó pedir ayuda después de ponerse la ropa y dirigirse a la calle. Por lo que el magistrado R.G. G⁶⁸. manifestó que no existía delito de abuso sexual.

3.1. Fallo.

Fue la Fiscalía quien interpuso un recurso de apelación por “infracción de la ley”, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por haberse violado el “principio acusatorio”. A pesar de volver a responderse con la misma calificación del delito y la misma pena, la Fiscalía y la acusación particular volvió a recurrir. Finalmente el Tribunal Supremo se pronunció y en la Sentencia del 4 de julio,⁶⁹ condenó a cada uno de ellos como autores de un delito continuado de violación, en sus

⁶⁸ Magistrado D°. Ricardo Javier González González.

⁶⁹ España. Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, 4 de julio. Sala Segunda, de lo Penal.

artículos 178 y 179 del Código Penal, con agravantes del artículo 180, implantándoles una pena de 15 años de prisión, inhabilitación durante un tiempo prolongado, prohibición de acercamiento a la víctima durante 20 años a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio a una distancia no superior a 500 metros, prohibición de comunicación con esta y a 8 años de libertad vigilada junto con una indemnización conjunta y solidariamente por un valor de 100.000 euros. Los agravantes se deben tanto al trato vejatorio a la víctima como a la actuación conjunta, ya que cada uno de ellos creó un ambiente intimidatorio y después se aprovecharon de ello para realizar actos de carácter sexual.

No olvidar que también fueron condenados a cada uno de ellos como autor de un delito de robo con intimidación, por el hecho de quitarla el móvil y sacarle la tarjeta sin tras lo ocurrido, y quedaron pendiente de juicio por hechos de la misma naturaleza que se descubrieron en dicho caso.

El cambio que se produjo del fallo emitido por la Audiencia, de abuso, al Tribunal Supremo, como agresión, se basó en la concurrencia de intimidación en el delito que considero que este elemento sí se apreciaba no solo en la manera denigrante de la acción de los acusados, sino también en la dinámica de llevarlo a cabo, tanto de forma conjunta como por las circunstancias producidas. Tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo se apreció la concurrencia de todos los factores requeridos, anteriormente vistos en la definición de intimidación ambiental, como para establecer la existencia de esta. A lo que el Tribunal añade que el autor conoce las circunstancias y se aprovecha de ellas. Por ello, la intimidación ambiental impide la existencia de consentimiento ni si quiera, de forma viciada.

Debido a este caso, en el cual se ha intentado establecer con una mayor claridad lo que se puede entender como intimidación ambiental, se ha utilizado en más ocasiones posteriormente, en las cuales hay un gran desequilibrio entre la versión de la víctima y el supuesto autor para determinar si existió abuso o agresión sexual.⁷⁰

Como hemos podido ver, los hechos han pasado por tres Tribunales, de instancia, de apelación y de casación.

3.1.1 Autoría y Participación.

Para entender lo expuesto, y lo siguiente, debemos entender la diferencia entre diferentes tipos de participación de la o las personas que hayan intervenido en un acto, en este caso, nos referiremos a una agresión sexual.

Cuando se haya llevado a cabo únicamente por una sola persona se califica a ésta como autoría simple. El problema se da cuando en la agresión hayan incurrido varias personas ya sea cometiendo también la violación, si se tratase de ello, o ayudando al autor a que realice dicho acto. Dentro de la autoría encontramos las siguientes figuras:

- a) Coautores, cuando en el acto participan varias personas realizando cada una de ellas diferentes funciones en el acto, llevando a cabo una actuación conjunta

⁷⁰ Boldova (2019)

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

- b) Autoría mediata se refiere a quien realiza el acto utilizando a otra persona como instrumento para ello. Dicha persona-instrumento actúa debido a que ha sido engañada por parte del autor mediato.
- c) Inductor, es quien convence a una persona para que realice el delito. El inductor no realiza ningún acto, pues es el inducido quien lo lleva a cabo.
- d) Cooperador necesario, cuando participan varias personas en el acto y la actuación de estas conllevan funciones que son imprescindibles para que el acto se consuma, pues sin estas no se podrían llevar a cabo. Tiene la misma pena que el autor.

Dentro de la participación nos encontramos la figura de cómplice y partícipe. Lo que va a diferenciar una de otra, es básica ya que depende de la ayuda, en este caso, la del cómplice es menor, y el acto se podría haber consumido sin esta o con otro tipo de ayuda.

En el caso de una violación conjunta, en la que hayan intervenido varios sujetos que hayan cometido dicho acto, dependiendo de la valoración de los hechos por los jueces, podremos ver que se les podrá condenar bien, como coautores o bien, como autores y cooperadores necesarios de cada agresión que haya cometido cada una de las personas que hayan intervenido. De darse este último supuesto, podemos ver que serán condenados por dos delitos de violación, uno como autor y otro como cooperador, esto mismo se refleja en el ejemplo del caso “La Manada” a diferencia del caso “La Arandina”. Lo cierto es que se emplea en la realidad una práctica subjetiva pues podría entrar en contradicción con el subtipo agravado de las agresiones sexuales cuando son realizadas por dos o más personas.

De lo último, ha generado en la jurisprudencia una gran división, pues una parte entiende que cuando se condena como cooperador necesario, no se puede aplicar el subtipo agravado pues estaría vulnerado el principio “non bis in ídem”, no pudiendo condenar a una misma persona dos veces por el mismo hecho, pues se entiende que en la cooperación necesaria ya se incluye el hecho de que hayan actuado varias personas. Y otra, en la que no se estaría vulnerando dicho principio ya que, por ejemplo, a una persona que se la ha condenado por tres violaciones, una por delito en calificación de autor con el agravante y las otras dos como coautores en concepto de cooperadores necesarios con la posibilidad de aplicar el subtipo agravado ya que se trata de actuaciones sobre actos ya agravados entendiéndose que se trata de una actuación conjunta (coautores) y no una autoría conjunta.

Es importante entender la posición de garante⁷¹, que se refiere a la situación a la que se encuentra una persona debido a que tiene un deber o una obligación relacionando

⁷¹ Quintero Olivares G. *Delitos especiales y la teoría de la participación* (España: CYMYS, 1974), pág. 31 y ss; Gimbernat Ordeig E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. (España: Editorial B de F, 2006) pág. 229 y ss.

a un sujeto con un bien jurídico, ya que influirá en la forma de participación del delito,⁷² lo explicare a través de las siguientes situaciones:

- A) Un padre viola a su hija y la madre está presente y tiene consciencia de ello, pero no hace nada al respecto, pues ésta será calificada como cooperadora necesaria en comisión por omisión, ya que se considera que se encuentra en posición de garante frente a la víctima y no evita el peligro que podía haber evitado.⁷³
- B) Un padre viola a su hija, y hay una persona presente, denominada tercero, que no actúa junto al actor y no tiene el deber de garante, pero no evita el peligro. En este caso no es calificado como cooperador necesario, pero sí estaríamos ante una omisión del deber de impedir delitos.

Realmente, la jurisprudencia va a diferenciar un delito de “comisión por omisión” de, “el deber de impedir delitos”, según si la persona que esté presente en el momento del acto asume la posición de garante o no.

En cuanto a los concursos de delito, cabe la posibilidad de la existencia de un delito continuado contra la indemnidad y libertad sexual cuando se trata de que los mismos sujetos hayan producido varias conductas, ya sea de agresión o de violación, en los mismos hechos, aunque estas no se pueden castigar de manera individual, quedan subsumidas al tipo más grave. También podríamos incluir en el concurso de delitos conductas como lesiones leves, amenazas o coacciones cuando exista dolo por parte del sujeto activo.

3.1.2. ¿Por qué son acusados de forma individual y no de forma conjunta?

Todos los individuos de “La Manada” fueron acusados de manera individual y no de forma conjunta, además de reconocerse el agravante de actuación conjunta del artículo 180.1.2 CP⁷⁴ para intentar penar de la mayor forma la indefensión de la víctima. La primera causa que falló el Tribunal Supremo como cooperador necesario porque cada uno de ellos provocó ese ambiente intimidatorio del que antes hablábamos, y como autor ya que se aprovecharon de ese ambiente para que cada uno de ellos realizase un acto sexual diferente.

Otra de las razones fue que el delito se podría haber cometido de la misma manera si solo hubiese existido un único individuo ya que los elementos que han conllevado a esta condena seguirían existiendo de la misma forma como era la diferencia de edad, la ingesta de alcohol y el lugar.

Debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo⁷⁵, que hace referencia a una posible vulneración del principio “non bis in ídem”, al derecho que tiene toda persona a

⁷² Muñoz Conde F. Y Boix R. *Derecho Penal, Parte Especial*, (España: Ariel, 1995) pág. 228-229 y *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*” pág. 325.

⁷³ España. Sentencia del Tribunal Supremo 996/2011, 4 de octubre del 2011. Segunda Sala, de lo Penal.

⁷⁴ España. Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 1995. Artículo 180.1.1. Tipo agravado para tres o más personas

⁷⁵ España. Sentencia del Tribunal Supremo, 486/2002, 12 de marzo del 2002. Sala Segunda, de lo Penal.

“Algunos Problemas en la Autoría de los Delitos contra la Libertad Sexual”

que no sea juzgado más de una vez por el mismo hecho, en atención a la calificación del sujeto activo como autor y como cooperador necesario a su vez. Esto hace referencia a que, para que exista la cooperación necesaria se exige que el autor actúe.

Además, primero, el acto llevado a cabo por este se ha realizado de forma consciente, voluntaria y dolosa⁷⁶ y segundo, al cooperador se le impone la misma pena que la persona que lo realiza ya que también se considera un tipo de autor, siendo su participación clave para la comisión del delito⁷⁷ puesto que sería difícil conseguir el mismo resultado de otra forma.

Por lo que podemos apreciar dos figuras: una, participación de dos personas que serían autor y cooperador necesario, en la cual sería solo el autor quien respondería del agravante. Y otra, la concurrencia de dos personas aplicándose el agravante a todos.

Debido a la modificación de la ley “solo si es si”, años después de lo sucedido, sus penas se han revisado, rebajándose la pena de uno de ellos de quince años a catorce años de prisión puesto que su efecto retroactivo se tiene que aplicar ya que la pena establecida superaba dos años por encima de lo mínimo posible. Se establecía que la máxima no se veía modificada pero la mínima descendía un año y tres meses. Solamente se aplicó a uno de ellos puesto que los demás también se encontraban penados por otro delito de agresión sexual en Pozoblanco, delito que salió a la luz a raíz de este.

3.1.3 ¿Por qué las condenas a prisión en el caso “Arandina” son mayores que las de “La Manada”?

El anterior caso lo podemos relacionar con el de los tres ex jugadores de la “Arandina” suceso similar, estos también cometieron un delito de agresión sexual a una niña de 15 años que no mostró resistencia por la “intimidación ambiental”⁷⁸ de la que hemos estado hablando hasta ahora.

Aquí fue primordial el análisis de esta y la cooperación necesaria considerando que existieron ambos, que por lo tanto suponía la existencia de agresión sexual, en vez de abuso sexual, no olvidando que fue a una menor de dieciséis años. Lo que los va a diferenciar respecto del caso de “la Manada” va a ser las penas implantadas, condenándoles con una pena de treinta y ocho años de prisión a cada uno, desglosándose en 14 años por el delito de agresión sexual más veinticuatro años por cooperadores necesarios, (doce por cada uno) es decir, cada uno no solo va a tener responsabilidad individual sino también subsidiaria cometida por los otros dos acusados.

Ahora bien, ¿en qué se diferencia uno de otro?

Se puede pensar en un primer momento que podría ser por la edad de la víctima, tratándose este último caso de una menor, pero no fue la razón, principalmente se va a ver reflejado en la aplicación del delito de “cooperación necesaria”⁷⁹, que en “La Manada” se

⁷⁶ Por su propia voluntad y no de forma imprudente.

⁷⁷ España. Sentencia del Tribunal Supremo 258/2007, 19 de julio. Sala Segunda, de lo Penal.

⁷⁸ España. Sentencia de la Audiencia Provincial 00379/2019, 11 de diciembre del 2019. Sección Primera, de lo Penal. “entendemos que el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complejión y edad, los cuales se habían desnudado y quitándole a ella la ropa (...) constituye una situación de intimidación ambiental (...)”

⁷⁹ Podemos ver una clara definición en España. Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2004, 18 de octubre del 2004. Sala Segunda, de lo Penal.

aplica la pena correspondiente a este delito una única vez sin tener en cuenta el número de miembros que formaban el grupo, mientras que en el de la “Arandina” se les pena dos veces, por cada uno de los miembros restantes.

Por lo que podemos ver como “La Manada” se ha librado de casi 80 años de prisión puesto que, si se hubiese aplicado la misma forma de penar a los individuos de un caso que de otro, estaríamos hablando de una pena multiplicada por cinco veces más. Esto se debe a que la Audiencia provincial incurrió en un error de calificación del delito ya que considero que solo existió un único delito continuado y no los acusó como autores y partícipes de una pluralidad de delitos de agresión sexual, pero el Tribunal Supremo no pudo resarcir el error ya que ninguna de las partes lo había impugnado. Por lo que podemos decir que en este caso se aplicó de forma correcta la doctrina y que se deberían de revisar las penas de las agresiones sexuales ya no para aumentarlas o disminuirlas sino para que sean proporcionadas.

CONCLUSIONES.

A continuación, voy a tratar dos aspectos que me han llamado la atención acerca de este tema, ofreciendo una visión crítica sobre estos. La primera cuestión sería la finalidad que tiene esta nueva ley, y la segunda, sería la actuación de los jueces.

Pues bien, como hemos podido ver, lo más destacado de esta nueva regulación es el cambio de la calificación del delito, suprimiendo el delito de abuso sexual y estableciéndose únicamente el delito de agresión sexual para todo tipo de acto sexual no consentido. Realmente veo que con este cambio lo que han tratado de ofrecer es una visión más “fuerte” del delito, tratando de dar una imagen de que al calificar todo como agresión se ofrece una mayor cobertura del daño, sin embargo, podemos ver que realmente lo que se ha llevado a cabo es una división de los tipos dentro del delito de agresión sexual, aplicando a cada uno de ellos una pena diferente en atención a la gravedad.

El hecho de haber unificado los marcos penales de los antiguos abusos sexuales, penas más leves, con las agresiones sexuales, mayores penas, lo único que se ha conseguido es que los límites máximos han subido para los abusos y han bajado para las agresiones.

Dentro de este único delito voy a destacar el consentimiento, que como bien he explicado anteriormente se ha convertido en el aspecto clave, pues bien, desde hace años atrás, el código ya los denominaba como “delitos contra la libertad sexual” por lo que es una prueba clara de que el consentimiento ya se tenía en cuenta, ¿o es que hasta ahora no se ha tenido en cuenta? De hecho, desde mi punto de vista, esta nueva ley aleja más el consentimiento ya que añade un significado más restrictivo de este, puesto que no importa a lo que se refiere, sino a como se haya expresado, que como bien se establece, tiene que ser de forma clara, por lo que esto podría generar el problema de que existan relaciones sexuales en las que se ha expresado la voluntad, pero al no hacerlo tal y como expresa la ley, podrían existir relaciones consentidas pero delictivas. Por lo que el nuevo significado de consentimiento es realmente una de las raíces del problema. Aun así, esta nueva definición no da solución al gran problema, de hecho, lo en reversa más al tener que probar como se expresó dicho consentimiento.

Por otra parte, considero que se ha perdido tiempo al tratar de conseguir un significado más duro, en vez de atender a otra serie de problemas graves, entre ellos, cuestionar las rebajas de asesinos o violadores a menores.

¿Por qué si el objetivo de la nueva ley es tratar de dar una mayor protección, ponen más trabas a la hora de demostrar la existencia de consentimiento?

El principal error de esta nueva regulación es haber suprimido la distinción de un delito de otro, afectando así a la proporcionalidad de las penas, puesto que no se puede castigar de la misma forma a una persona que te haya tocado el culo a uno que te haya sacado una navaja y te haya golpeado antes de ser violada. Según lo establecido lo que se trata es de ofrecer una horquilla de penas diferente a unas agresiones más violentas o intimidantes de las más “leves”, pero eso, es una contradicción con el objetivo principal ya que viene a ser lo mismo que diferenciar entre un tipo de delito u otro, es decir, de

diferenciar entre abuso o agresión, por lo que podríamos decir que se vuelve a la misma calificación de delitos, pero con la misma denominación, hecho que fue lo que motivó a este cambio.

Respecto de la actuación de los jueces, realmente lo que ha producido esta nueva regulación es generar una mayor inseguridad jurídica, produciendo un gran problema en las actuaciones judiciales puesto que sus decisiones se basan en el libre arbitrio a la hora de valorar la forma en la que se expresó el consentimiento, dejando las decisiones en manos de cada órgano para que emitan un fallo con una gran discrecionalidad, cuando realmente lo que se pretendía con ello, era totalmente lo contrario, dar una mayor seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

JURISPRUDENCIA.

- «Sentencia del Tribunal Supremo 2527/2006. Segunda Sala de lo penal.» España, 6 de marzo de 2006.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 264/2009. Segunda Sala de lo penal.» España, 12 de marzo de 2009.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 335/2015. Segunda Sala de lo penal.» España, 28 de mayo de 2015.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 369/2020.Sala Segunda de lo Penal.» España, 3 de julio de 2020.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 422/2021. Segunda Sala de lo penal.» España, 19 de mayo de 2021.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 553/2014. Segunda Sala de lo penal.» 30 de junio de 2014.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 584/2007. Segunda Sala de lo penal.» España, 27 de junio de 2007.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 739/2011. Segunda Sala de lo Penal.» España, 14 de julio de 2011.
- «Sentencia del Tribunal Supremo 833/2009. Segunda Sala de lo penal.» España, 28 de julio de 2009.

LEGISLACIÓN.

- «Artículo 10.» En *Constitución Española*, 1978-31229. España: BOE, 1978.
- «Artículo 153.» En *Código Penal*. España: BOE, 1995.
- «Artículo 178.» En *Código Penal*. España: BOE, 1995.
- «Artículo 181.2.» En *Código Penal*. España: BOE, 1995.
- «Artículo 182, antes de la modificación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.» En *Código Penal*. España: BOE, 1995.

Código Penal. España: BOE, 1822.

Código Penal. España: BOE, 1848.

Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.» BOE, 24 de noviembre de 1995.

«Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.» España:
BOE, 7 de octubre de 2022.

«Ley 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código
Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.» España:
BOE, 1 de mayo de 1999.

MANUALES.

Agustina, José Ramón. *Comentarios a la ley del "solo sí es sí". Luces y sombras ante a
la reforma de los delitos sexuales introducida en la Ley Orgánica 10/2022, de 6
de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.

Alcalde, María. *Derecho Penal*. Universidad de Cádiz, s.f.

Derecho Penal. Parte especial. España: Ariel, 1995.

García Álvarez, Pastora, y Viviana Caruso Fontán. *La perspectiva del género en la ley
del "solo sí es sí". Claves de la polémica*. Madrid: Colex, 2023.

García Valdés, Claudio. *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. España:
Edisofer, 2008.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. España: Editorial B
de F, 2006.

Manuel Gutiérrez Romero, Francisco. *Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual y
su reciente modificación*. España: Sepin, 2023.

María Callejo Hernanz, Gregorio, y Víctor Martínez Patón. *Estudios sobre el código
penal de 1822 en su bicentenario*. España: BOE, 2022.

Martínez, Rosario de Vicente. *Vademécum de Derecho Penal, 7ª Edición revisada,
ampliada y actualizada con las reformas penales de 2022 y 2023*. Valencia:
Tirant Lo Blanch, 2024.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, parte especial 3ª Edición*. España: Ed Tirant
Lo Blanch, 2015.

Quintero Olivares, Gonzalo. *Delitos Especiales y la Teoría de la Participación*. España:
CYMYS, 1974.

Real Academia Española. España, 2024.

“Algunos Problemas en la Autoría de los
Delitos contra la Libertad Sexual”

Suárez Rodríguez, Claudio. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*.
España: Aranzadi, 1995.

WEBGRAFÍA.

Accuosto, Andrea. *Icablog*. 2022. <https://icablog.icab.cat/es/mas-de-lo-que-parece-novedades-que-introduce-la-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-desde-la-perspectiva-de-los-riesgos-y-deberes-para-las-empresas/>.

Asociación de Mujeres Juezas De España. s.f. <https://www.mujeresjuezas.es/la-asociacion/> (último acceso: 8 de mayo de 2024).

Díaz y García-Conlledo, Miguel, y María Traperó Barreales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-18.pdf>.

Gil Gil, Alicia. *Diario del Derecho Municipal*. 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho_municipal/noticia.asp?ref_iustel=1230027.

Herrero, Inés. «Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género.» *Revista del Ministerio Fiscal*, 2021: 60-69.