

# Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente \*

**Leopoldo Puente Rodríguez**

*Universidad Autónoma de Madrid*

---

PUENTE RODRÍGUEZ, LEOPOLDO. Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-25, pp. 1-42.

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

**RESUMEN:** En los últimos tiempos un cualificado sector de nuestra doctrina ha propuesto tipificar la modalidad imprudente de determinados delitos sexuales. La propuesta, aunque inicialmente chocante, cuenta con algunos argumentos sólidos tras ella. Las razones aducidas para la incorporación en nuestro Código penal de estas nuevas figuras delictivas son variadas. Sin embargo, carecen de la suficiente fuerza de convicción. Este trabajo se dedica a analizarlas, a explicar por qué no resultan por sí mismas suficientes y por qué, aunque lo fueran, habría otras razones de mayor peso que abogarían por no incluir en nuestra legislación tipos penales de agresión sexual imprudente.

**PALABRAS CLAVE:** agresión sexual, imprudencia, consentimiento, delitos contra la libertad sexual.

**TITLE:** **Against the criminalisation of negligent sexual assault**

**ABSTRACT:** In recent times, a qualified sector of our scholarship has proposed criminalising negligent behaviour in sexual offences. Although initially striking, the proposal has some solid arguments behind it. There are many reasons to advocate for the incorporation of these new offences into our Criminal Code. However, they lack sufficient convincing force. This work aims to analyse them, explain why they are not sufficient and why, even if they were, there would be other weightier reasons to argue against criminalising negligent behaviour in regard to sexual assault.

**KEYWORDS:** sexual assault, negligence, consent, sexual offences.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2023

Fecha de publicación en RECPC: 28 noviembre 2023

Contacto: [Leopoldo.puente@uam.es](mailto:Leopoldo.puente@uam.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. Argumentos a favor. 1. El castigo de las agresiones sexuales imprudentes no es ajeno a nuestra tradición jurídica. 2. En algunos ordenamientos esta posibilidad está ya prevista. 3. Un cualificado sector de nuestra doctrina reclama la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes. III. Argumentos en contra. 1. Objeción primera: expansión de la persecución de conductas sexuales atípicas. 2. Objeción segunda: expansión del poder de la acusación en los procedimientos. 3. Objeción tercera: suerte de “efecto desaliento” sobre el ejercicio de derechos fundamentales. 4. Objeción cuarta: alcohol y sexo, una relación problemática. 5. Objeción quinta: ¿qué supuestos de lagunas de punición tenemos en la cabeza? 6. Objeción sexta: la nueva definición del consentimiento hace prescindible el castigo de la imprudencia. 7. Objeción séptima: razones genéricas para la punición excepcional de la imprudencia. 8. Objeción octava: ¿cuál sería la pena de la agresión imprudente? 9. Objeción novena: ¿la lesión de la víctima es la misma? 10. Objeción décima: la prueba del consentimiento. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* Agradezco su infinita paciencia y sus inagotables ganas de discutir a los profesores Enrique Peñaranda y Carlos Castellví y a la profesora Ana Valverde. Sin ellos este trabajo hubiera sido mucho peor y su autor disfrutaría mucho menos de su profesión. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)” (referencia SI3/PJI/2021-00222, IPs Daniel Rodríguez Horcajo/Gonzalo Basso), financiado por la Comunidad de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid.

## I. Introducción

En ocasiones una indisimulada sonrisa acude veloz al rostro de quien escucha por primera vez la propuesta de castigar a quien lleva a cabo una “violación imprudente”. Ciertamente, tiene algo extraño hablar de una “agresión (sexual o no) imprudente”<sup>1</sup>. Parece que la “agresión”, al menos en lo terminológico, debería ir acompañada de un propósito específico de agredir. En un primer momento, no se antoja demasiado factible que alguien “agreda” a otro “sin querer”. Uno podría reprochar a un tercero que le golpea sin querer que le haya “hecho daño” o que le haya “lesionado”, pero resultaría extraño que le reprochara el haberle “agredido”.

Esta primera e intuitiva impresión, próxima a la estupefacción, se difumina tan pronto como el oyente cae en la cuenta de que, efectivamente, esa clase de supuestos (agresiones sexuales imprudentes) se pueden dar, en principio, con relativa frecuencia<sup>2</sup>. Quien yerra acerca de la edad o del consentimiento de la víctima no comete una

<sup>1</sup> Explica cómo esta idea ha tenido impacto en el concepto de “agresión” a efectos de la legítima defensa LUZÓN PEÑA, 1978, p. 175. A juicio del autor citado, profundizando en esa idea, “hay que excluir a las acciones imprudentes (...) en base a la significación del propio concepto de agresión”, y es que “el concepto de agresión implica conciencia y voluntad de realizar aquello que constituye la parte objetiva de la agresión: la lesión —que, aunque haya comenzado, tiene que seguir suponiendo una puesta en peligro, para que no cese la agresión— de un bien jurídico” (p. 179).

<sup>2</sup> Así, aunque sin referirse expresamente a los delitos sexuales, señala ÍÑIGO CORROZA, 2022, p. 196, que “[n]o es difícil imaginar supuestos donde el tercero tiene un error sobre si el titular consiente en su intervención sobre el bien jurídico”. Y es que, como señala dicha autora, “el problema se plantea en la zona de penumbra. Si no hay un concepto claro sobre qué es el consentimiento y cuáles son sus presupuestos, tendríamos que convenir que el tercero que interviene sobre el bien jurídico puede no tener claro tampoco si existe o no consentimiento por parte del titular del bien jurídico” (p. 196). En igual sentido (y en alusión expresa al consentimiento en materia sexual) remarcan la existencia de “zonas de penumbra”, ATIENZA RODRÍGUEZ, 2018, p. 6, y VARELA CASTEJÓN, 2021, pp. 23-24. Precisamente porque tal planteamiento me resulta convincente no comparto el de CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, cuando señala muy gráficamente que, en materia

agresión sexual dolosa, pues su conocimiento no comprende extremos que (claramente) pertenecen al ámbito de los tipos penales afectados (edad y consentimiento). De este modo, se lleva a cabo en este supuesto una agresión sexual en el marco de un error de tipo. Como es bien conocido, el efecto de esta situación es claro: impunidad, si el error fue invencible; castigo en su modalidad imprudente, si esta estuviera prevista (impunidad en caso contrario), si fue vencible<sup>3</sup>.

Hoy, y esto está fuera de discusión, el Código penal no contempla la posibilidad de que se cometan delitos sexuales por imprudencia: el error sobre los elementos del tipo (consentimiento y edad, entre otros) conduce a la impunidad ya sea el error vencible o invencible<sup>4</sup>. De este modo, nuestro texto legal participa del rechazo a esa idea de que se deba castigar a quien agrede sexualmente a otro “sin querer”.

Pese a la inicial estupefacción a la que hacía referencia, tal posibilidad no es, sin embargo, absurda. Y no parece, ya de entrada, que esa “fricción terminológica” (“agresión imprudente”) deba ser un factor decisivo<sup>5</sup>. La demanda de tipificar estas

de consentimiento sexual, no hay “semáforos en ámbar”. O está en “rojo” o está en “verde”. La discrepancia, en cualquier caso, es (creo) puramente formal, pues compartiría con él que no existe un “término medio” en el *tratamiento* de los casos en el que el consentimiento se ve implicado (aunque sí existe tal gradualidad, de hecho, una incluso mayor, en el propio consentimiento): o el “semáforo” estaba en verde o cualquier contacto sexual debe ser entendido como una agresión. Así lo explica claramente el propio CANCIO MELIÁ, 2023, p. 112: “aparte de contextos sexuales exóticos e inusuales, hoy en día un hombre nunca puede suponer que el ‘no’ de una mujer, independientemente de lo avanzado que esté el acercamiento entre ellos, signifique otra cosa que una negativa” (vid., en un sentido parecido, aunque prescindiendo, claro, de la metáfora del semáforo, JERICÓ OJER, 2020, p. 24, y GONZÁLEZ RUS, 2021, p. 10). Como señala más adelante CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, “el posible autor tiene que examinar la situación activamente para detectar el consentimiento, y no puede basarse en la ausencia de resistencia o en un ‘no’ expreso para seguir adelante: dicho de otro modo: no hay aquí ámbar, debe haber verde para actuar. El posible sujeto activo debe comprobar la existencia de consentimiento, no imaginárselo”. Quien sabe que el semáforo está en ámbar, sabe que no está en verde y, por tanto, agrede. El ámbar, en contra de lo que creen buena parte de los conductores, no significa “acelera”, sino “detente”. En todo caso, me parece difícil conciliar la “inexistencia de ámbares” con el castigo de las agresiones sexuales imprudentes (cuya tipificación, como veremos, defiende el propio CANCIO MELIÁ), pues eso supondría que el sujeto habría de errar sobre que el semáforo estaba “en verde”. Ello podrá suceder si este es daltónico, lo que, trasladado a nuestro caso, supone lo mismo que decir que es inimputable, pero no en otros supuestos. Y es que (como el propio CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, reconoce) una comprensión del consentimiento como la aquí descrita “reduce considerablemente” las posibilidades de incurrir en un error acerca de él.

<sup>3</sup> No se puede, en definitiva, sino coincidir con MAÑALICH RAFFO, 2014, p. 30, n. 26 (y texto al que acompaña), en que una cosa es la posibilidad conceptual de una violación imprudente (no discutible) y otra muy distinta la decisión legislativa acerca de su penalización.

<sup>4</sup> Así lo señalan, por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ, 2005, p. 113, PÉREZ ALONSO, 2019a, pp. 7-8 y 21, MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 236 y 240, CANCIO MELIÁ, 2022, p. 1094, ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 193, y ACALE SÁNCHEZ, 2023b, p. 1233. Ya antes lo indicaban CARMONA SALGADO, 1981, pp. 180-181, ORTS BERENGUER, 1981, p. 70, y DE VICENTE REMESAL, 1987, p. 84, aunque (lógicamente en atención al Código entonces vigente) dejaban la puerta abierta, en su caso, al castigo imprudente en supuestos de error vencible.

<sup>5</sup> Aunque en ocasiones los problemas lingüísticos ponen de manifiesto un problema de mayor enjundia, lo cierto es que, en este caso, el aspecto formal sería fácilmente solucionable: bastaría con cambiar la expresión “agresión sexual imprudente” por “contacto sexual no consentido imprudentemente entablado” y el problema formal se difuminaría (pero no el material, como trataré de demostrar en este trabajo). Esta sería la mejor muestra de que el problema (que lo hay) no es terminológico o conceptual. Vid., en un sentido parecido, pero en relación con el concepto de “agresión” a efectos de la legítima defensa, LUZÓN PEÑA, 1978, p. 181.

conductas cuenta con algunos importantes argumentos a su favor, como veremos más adelante. Sin embargo, creo que hay buenas razones para oponerse a las propuestas de su tipificación, que (si bien no nos abandonaron desde la entrada en vigor del vigente Código penal) parecen estar cobrando una creciente importancia.

En este trabajo procederé del siguiente modo: señalaré, en primer lugar, cuáles son las razones que podrían respaldar el castigo de las agresiones sexuales imprudentes; tras ello, expondré por qué me parecen insuficientes y cuáles son, al contrario, aquellas que, a mi juicio, abogan por considerar inapropiada la punición de estos supuestos. Tras ello, finalizaré con unas sucintas conclusiones<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Se dejarán de lado, en consecuencia, dos aristas igualmente importantes en lo que a los delitos contra la libertad sexual se refiere: por un lado, los casos (más importantes de lo que se podría suponer) de error de prohibición y, por otro lado, los supuestos en los que quien incurre en error no es el autor del delito, sino la víctima, que desconoce lo que “en realidad” está consintiendo. Sobre esto último me remito a los apasionantes trabajos de CASTELLVÍ MONSERRAT, 2023a, COCA VILA 2023 y RAMOS VÁZQUEZ, 2023, que analizan, con una u otra perspectiva y amplitud, qué engaños del autor (que generan un error en la víctima) deberían ser típicos y cuáles atípicos. En cuanto al posible error de prohibición, no resulta para nada evidente que, pese a la tradicional catalogación de los delitos contra la libertad sexual como uno de los paradigmas de delitos *mala in se* (esto es, aquellos delitos cuya gran proximidad con nuestros valores morales y su continuidad histórica hacen difícil que puedan ser objetos de un error de prohibición), sea imposible que un sujeto yerre acerca de la ilicitud de su conducta también en este ámbito. La (en buena parte, razonable) expansión del castigo de conductas que implican atentados contra la libertad sexual comporta, necesariamente, un alejamiento de esa categoría de *mala in se* (vid., para una visión algo distinta, PÉREZ DEL VALLE, 2023, pp. 63-67). De este modo, ¿resulta impensable que un sujeto yerre acerca de la ilicitud (*jurídica*) de la práctica conocida como *stealthing* (retirada del preservativo sin consentimiento ni conocimiento de la víctima, que consiente, por lo demás, *el resto* de la relación sexual)? No lo parece habida cuenta de los profundos trabajos que se han dedicado al tema a raíz de las (hasta el momento) dos condenas existentes por ello (una de conformidad). Vid., al respecto, los sugerentes trabajos de CASTELLVÍ/MÍNGUEZ, 2021, *passim*, GILI PASCUAL, 2021, *passim*, y COCA VILA, 2022, *passim*. Por otro lado, ¿la conducta de “determinar” a un menor de dieciséis años a participar en comportamientos sexuales (en su vertiente prevista anteriormente en el primer inciso del art. 183 bis CP y eliminada hoy, al menos expresamente, del Código penal) es ahora reconducible a otras figuras delictivas o (como proponen DÍAZ/TRAPERO, 2023, pp. 158-159) resulta impune? Siguiendo con otro ejemplo, ¿podemos exigir al ciudadano determinar con precisión cuando una conducta deja de ser socialmente aceptada (más o menos alegremente) y se convierte en un delito de acoso sexual? Vid., al respecto, LLOBET ANGLÍ, 2023, que señala, acertadamente, que deberíamos preguntarnos “sobre la legitimidad de perseguir penalmente conductas que hasta hace no mucho eran socialmente toleradas” (p. 309) y que “la delimitación de los ámbitos de lo permitido y de lo prohibido debe ser, en primer lugar, una decisión legislativa basada en el principio de dañosidad o lesividad; y, en segundo lugar, a nivel interpretativo, el principio de adecuación social ha de ser una pauta hermenéutica restrictiva esencial. Ciertamente, se trata de un criterio cuyo contenido es muy abstracto” (p. 311). ¿Es acaso inimaginable que un ciudadano yerre sobre este extremo? No, desde luego, para LLOBET ANGLÍ, 2023, p. 320, que señala la necesidad que habrá en varios casos de acudir al error de prohibición. Siguiendo con supuestos de ilicitud vaporosa, incluso en un ámbito tan conocidamente reprimido jurídicamente como lo es el de la pornografía infantil, ¿es evidente que todas las conductas son contrarias a Derecho? ¿También que se castiga el consumo de la pornografía infantil “virtual” (aquella que no implica a ninguna persona física, sino que solo se la construye a través de representaciones gráficas simuladas)? A la vista del injusto que sugerentemente identifica TURIENZO FERNÁNDEZ, 2022, pp. 1442 y ss., en los delitos de consumo-tenencia de pornografía infantil (el atentado contra la intimidad del menor) parece difícilmente sostenible que la tenencia de pornografía infantil virtual comparta dicho injusto y la legitimidad de la punición de estas conductas (que TURIENZO FERNÁNDEZ, 2022, p. 1434, n. 2, deja abierta) puede quedar en entredicho. ¿Una conducta cuya represión resulta tan dudosa puede pertenecer a la categoría de los *mala in se* y dar lugar así a una (no en sentido técnico) “presunción” de que su ilicitud debía ser conocida? Por otro lado, ¿existen conductas de carácter sexual no consentidas que por su “insignificancia” o incapacidad para lesionar verdaderamente el bien jurídico merezcan ser consideradas atípicas? A esa pregunta respondía en un interesante trabajo PÉREZ ALONSO, 2019b (bien es cierto que antes de la introducción del

## II. Argumentos a favor

En defensa de la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes se podrían esgrimir distintos razonamientos que, con un muy desigual poder de convicción, abogarían por tal decisión. Por un lado, no sería algo ajeno a nuestra tradición histórica, que hasta el Código penal vigente contemplaba tal posibilidad (no demasiado presente en la praxis forense, pero existente en ella y, desde luego, en la doctrina). Por otro lado, España no sería el primer país en prever el castigo penal de esta clase de conductas en la actualidad. Como se ha señalado por algunos autores, Suecia o Islandia contarían con preceptos que habilitarían esta posibilidad<sup>7</sup>. Además, aunque esto suele ser ignorado por nuestra doctrina, un país mucho más próximo a nuestra tradición jurídica como es Italia contempla una regla que (con mejor o peor fortuna) pretende también lidiar con estas situaciones<sup>8</sup>. Finalmente, algunas de las más importantes voces de nuestra doctrina han defendido el castigo de la agresión sexual imprudente en distintos momentos. Esto, como es obvio, no es en sí un argumento (pretenderlo sería incurrir en una evidente falacia *ad verecundiam*), pero es un indicio de que la postura cuenta con razones que merecen ser atendidas. Veamos un poco más detenidamente estos aspectos.

### 1. *El castigo de las agresiones sexuales imprudentes no es ajeno a nuestra tradición jurídica*

Bajo la vigencia de nuestros anteriores códigos penales era posible imponer una pena por agredir sexualmente a alguien de manera imprudente. La razón de ello es clara: hasta 1995 no se establece en España un sistema de incriminación de la imprudencia que obedezca al modelo de *numerus clausus*. Hasta entonces, en el Código se establecía una cláusula general de incriminación de la imprudencia que daba pie a

vigente art. 178.4 CP, que contempla un tipo atenuado, entre otras cosas, por la “menor entidad del hecho”, lo que podría modificar parcialmente sus conclusiones). Como este mismo autor señalaba, “la labor de concreción y determinación del concepto de abuso sexual es ciertamente compleja y difícil de llevar a cabo, por lo que requiere de un estudio detenido, sobre todo en casos de escasa gravedad y poca significancia jurídica” (p. 9). Y es que, “[l]a determinación del contenido y alcance del delito de abusos sexuales es una tarea difícil y compleja por la falta de definición legal y por el componente valorativo que conlleva. Ello obliga a extremar los criterios de interpretación, donde el principio de ofensividad y del bien jurídico resultan esenciales para ofrecer un concepto restrictivo en el que no tengan cabida todas aquellas acciones que no resulten lesivas para la libertad e indemnidad sexuales” (p. 38). Así las cosas, ¿es en verdad impensable que un sujeto considere que su (ahora) agresión sexual, por su ínfima entidad, resulta jurídicamente no prohibida (ni por los tipos penales destinados a proteger la libertad sexual, ni por aquellos otros que pretenden defender, más genéricamente, la “libertad a secas” o la dignidad)? Si se admite con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1999, p. 354, FELIP I SABORIT, 2000, p. 110, y OLAIZOLA NOGALES, 2007, p. 54, que el hecho de que el autor del delito conociera la ilicitud moral de su conducta no es óbice para aplicar el error de prohibición si desconocía su contrariedad a Derecho, habrá que convenir en que sí son imaginables errores de prohibición en este ámbito. Y es que, como ha dicho COCA VILA, 2023, p. 443, “[q]uizá tenga razón Dougherty cuando afirma que toda relación sexual no consentida constituye un injusto moral grave, pero es indudable que a los efectos penales no todo injusto moral (grave) debe ser considerado equivalente y tipificado como agresión sexual”.

<sup>7</sup> OLADE GARCÍA, 2022, pp. 9-11.

<sup>8</sup> Vid., al respecto, CARUSO FONTÁN, 2006, p. 330.

que, cuando ello resultara posible, se castigara cualquier delito legalmente previsto en su modalidad imprudente. Por supuesto, y es bien sabido, esto no quiere decir que *todos* los delitos admitieran esta modalidad de comisión, sino que resultaba preciso desarrollar una labor de interpretación que aclarase qué concretos delitos podían, en verdad, ser cometidos de manera imprudente<sup>9</sup>.

Este contexto dio lugar a algunos apasionantes debates, especialmente (aunque no solo) en el ámbito de los delitos sexuales, acerca de qué figuras típicas podían ser cometidas con imprudencia. La doctrina, lógicamente, se hallaba dividida y había pronunciamientos en distintos sentidos<sup>10</sup>. La jurisprudencia, por su parte, se encontraba en una situación similar: existían casos de condenas por delitos sexuales imprudentes (aunque son pocas) y razonamientos diversos al respecto<sup>11</sup>. La tónica general quizás podría resumirse en que se trataba de una posibilidad teóricamente admitida, aunque con una escasa (pero real) incidencia práctica<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid., ampliamente, DE VICENTE REMESAL, 1999b, pp. 14-18, y SILVA SÁNCHEZ, 1997, pp. 82-84. En definitiva, y en palabras ahora de CARUSO FONTÁN, 2006, p. 327, “[a]ntes de la reforma de 1995 podían configurarse a título de culpa todos aquellos delitos que los jueces entendieran que por sus modalidades aceptaban este tipo de responsabilidad”. Por todo ello, es posible que toda nuestra discusión heredada acerca de si debe concurrir o no un “ánimo lúbrico” tenga su origen en el propósito de excluir la eventual comisión culposa.

<sup>10</sup> Vid., para una sintética exposición al respecto, DE VICENTE REMESAL, 1986, pp. 104-105. A modo de ejemplo, baste destacar aquí como CARMONA SALGADO, 1981, pp. 178-179 y 253, consideraba teóricamente posible que se cometieran abusos deshonestos por imprudencia, aunque, señalaba después que, por su “especial naturaleza de delito de tendencia sexual”, solo era concebible, en realidad, la modalidad dolosa, mientras que BOIX REIG, 1979, p. 314, entendía que “[e]special importancia merece el error de hecho sobre el tipo, que conforme se ha expuesto en un principio, puede dar lugar en el delito de estupro fraudulento, a su incriminación por imprudencia. En efecto, en el delito de estupro mediante engaño hay determinados elementos del tipo que, por su carácter objetivo, pueden ser apreciados erróneamente por el sujeto activo del delito. Hay que referirse, en este sentido, a la edad de la mujer —de 12 a 16 años— (...) En definitiva, son situaciones que provocan un error de hecho sobre el tipo en el sujeto activo, debiéndose estimar su punición a título de imprudencia a tenor del artículo 565 si el error es vencible, o de lo contrario declarar la conducta impune”. Y añadía convincentemente después, “tiene interés señalar que la relevancia que el error tiene en el ámbito de determinados delitos que contienen elementos subjetivos del injusto, tal vez es más clara en los delitos de estupro, y en concreto aquél en el que interviene engaño. Si se recuerda lo expuesto al estudiar la Conducta delictiva, se observa que la misma se encuentra fraccionada en dos momentos, si bien causalmente unidos: el proceso de seducción y el acceso carnal. El elemento subjetivo del injusto se centraba en la finalidad propia con que se instrumenta el engaño, el logro del acceso carnal. Conducta sexual que debe ser conseguida con una persona de edad determinada. Nótese, pues, que el conocimiento de la edad es importante a lo largo de todo el proceso delictivo, y por ende, también en el momento volitivo de la realización del acceso carnal, momento en el que es irrelevante ya el propósito que condujo a la conducta engañosa, en la que también —no cabe duda—, aunque no sólo, tienen importancia las mencionadas características del sujeto pasivo” (p. 315). Y concluía el argumento sosteniendo que “la fraccionabilidad propia de la conducta delictiva en los delitos de estupro aconseja, aún con mayor énfasis, mantener su posible incriminación culposa” (p. 316). Vid., en un sentido próximo, ORTS BERENGUER, 1981, p. 70. Por otro lado, y ya como último ejemplo exótico, MARTÍNEZ PEREDA, 1970, p. 122, entendía que cabía la modalidad culposa del delito de escándalo público, aunque reconocía después que no existían sentencias que lo hubieran aplicado (p. 123). Puede, en fin, concluirse con DÍEZ RIPOLLÉS, 1985, p. 205, que, con la legislación anterior, “[l]a posibilidad de comisión por imprudencia en los preceptos del Derecho penal sexual ha sido ampliamente reconocida por la doctrina”.

<sup>11</sup> DE VICENTE REMESAL, 1986, pp. 82-84 y 106-110, expone algunos ejemplos.

<sup>12</sup> BAJO/DÍAZ-MAROTO, 1995, p. 218, por ejemplo, definían así el estado de la cuestión: “[m]ientras que en la violación real [aquella en la que mediaba violencia o intimidación] concurre el elemento subjetivo del tipo de injusto ‘ánimo de tener acceso carnal’ que imposibilita la comisión culposa, en la violación presunta

En cualquier caso, prescindiendo de que la posibilidad de castigar los delitos sexuales cometidos por imprudencia era una *consecuencia* de la regulación y no su *finalidad* (esto es, no se adoptó el sistema de *numerus apertus* para castigar estos delitos, sino que se castigaban estos delitos porque se adoptó un sistema de *numerus apertus*), este argumento carece de fuerza de convicción suficiente. La objeción más importante que cabría hacerle es que, lógicamente, no parece que en materia de regulación penal de la libertad sexual apartarse de nuestra tradición jurídica sea algo especialmente reprochable. El Legislador español se separó de esa tradición y lo hizo conscientemente. Conviene recordar que el establecimiento de cláusulas que castigaran delitos sexuales cometidos por imprudencia fue propuesto por el Proyecto de Código penal de 1980 (muy parcialmente)<sup>13</sup>, por la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983<sup>14</sup> y por el Proyecto de Código penal de 1992 (en estos dos últimos textos con un carácter más amplio)<sup>15</sup>. Por tanto, parece claro que la no tipificación de estas conductas no fue un mero descuido, sino una decisión deliberada. La adopción del sistema de incriminación cerrada de la imprudencia requería declarar la impunidad de determinados delitos imprudentes y así lo decidió el Legislador con respecto a los delitos sexuales.

En definitiva, aunque resulta extraordinariamente interesante analizar el castigo de los delitos sexuales culposos en legislaciones penales anteriores, que esta posibilidad existiera no dice nada sobre lo virtuoso o erróneo de nuestro modelo actual. Ni es incorrecto por separarse de nuestra tradición jurídica, ni resulta adecuado por el mero hecho de apartarse de ella.

## 2. *En algunos ordenamientos esta posibilidad está ya prevista*

Es cierto que, desde 2018, Suecia prevé el posible castigo imprudente de algunos delitos sexuales (especialmente graves). La sección 1ª del Capítulo 6 de su Código

[aquella en que la falta de consentimiento obedecía a otra causa] se admite la comisión por imprudencia cuando hay un error o una omisión del deber de cuidado sobre la edad o el estado mental del sujeto pasivo. Se ha admitido la violación por imprudencia en Ss. 21 de diciembre 1963, 11 abril 1977, 27 febrero 1986". Vid., de modo parecido, ORTS BERÉNGUER, 1981, p. 68, y DE VICENTE REMESAL, 1986, pp. 108-109.

<sup>13</sup> El art. 211 de aquel proyecto disponía que "[i]ncurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta, el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de edad. Si el sujeto hubiere obrado en la creencia errónea y vencible de ser dicha persona mayor de edad se impondrá la pena inferior en grado".

<sup>14</sup> El art. 186 del citado anteproyecto establecía que "[l]a comisión imprudente de los delitos previstos en los artículos 169, 170 y 171 será castigada, respectivamente, con la pena inferior en dos grados a la señalada para aquéllos". Dichos preceptos, por su parte, se referían a agresiones sexuales de distinta naturaleza en las que mediara violencia, intimidación o abuso de una situación de minoría de edad o de privación de sentido.

<sup>15</sup> El art. 181 *in fine* de dicho proyecto imponía que "[l]a comisión por imprudencia de los hechos descritos en los números 2 y 3 de este artículo será castigada con la pena inferior en uno o dos grados". Dichos numerales castigaban la violación cuando la víctima se hallare privada de sentido o fuere menor de doce años. No se admitía la modalidad imprudente para el supuesto del número primero de tal artículo (que implicaba el uso de violencia o intimidación).

penal dispone que será castigado por violación imprudente (*negligence rape*) aquel que incurra en una imprudencia grave (*grossly negligent*) acerca del consentimiento de la víctima<sup>16</sup>. También es verdad que en Islandia se prevé el castigo atenuado de quien realiza actos sexuales con personas cuya edad se encuentra por debajo de determinados umbrales cuando se yerra sobre tal extremo (art. 202 del Código penal islandés)<sup>17</sup>. Sin embargo, no es ni mucho menos evidente por qué deberíamos aproximar nuestro modelo al de estos países y no a cualquier otro.

Aquí reside, desde luego, una “trampa” a la que el Legislador nos tiene muy acostumbrados en los últimos lustros. Se trata de buscar un país que ya haga lo que se quiere pasar a hacer para transmitir la impresión de que “tan malo no será si ya se hace en otro sitio”. Evidentemente, el argumento es flojo. De hecho, resulta especialmente llamativo que haya que acudir a contextos jurídicos tan diversos al nuestro para encontrar apoyo. Pero es que, además, todo esto es lo de menos.

Lo que en verdad importa es, a mi juicio, que el Derecho comparado es siempre un arma especialmente peligrosa. Me confieso incapaz de entender qué es una “imprudencia grave” en Derecho penal sueco. No sé si se corresponde con la nuestra, si se asemeja más a nuestro dolo eventual o, por el contrario, se aproxima a nuestra imprudencia menos grave o incluso leve. Así que, en definitiva, desconozco por completo si su regulación castiga algo parecido a lo que nosotros castigaríamos de tipificar la agresión sexual imprudente, si pune más o si, por el contrario, penaliza menos. Desconocerlo, no está de más aclararlo, no es fruto de la pereza. Es fruto, más bien, de mi incapacidad. Poder hacer esta comparación con mínimas garantías supondría no solo conocer bien el Código penal sueco y su doctrina, sino también su jurisprudencia<sup>18</sup>. Sinceramente, no me encuentro en disposición de hacerlo. Y otro tanto me

<sup>16</sup> Vid., más ampliamente, OLADE GARCÍA, 2022, pp. 9-10. Y, también, PERAMATO MARTÍN, 2020, pp. 8-9.

<sup>17</sup> Vid., de nuevo, en mayor detalle, OLADE GARCÍA, 2022, pp. 10-11.

<sup>18</sup> Reproduzco aquí las consideraciones realizadas por CANCIO MELIÁ, 2005, pp. 83-84, por ser mucho más ilustrativas que cualquier cosa que yo pudiera decir: “como en todo estudio de las figuras delictivas concretas, de la Parte Especial, de un ordenamiento distinto al propio, son considerables las dificultades con las que se enfrenta el observador ajeno al país, especialmente, si se comparan éstas con las que se presentan en los análisis llamados de Parte General, en los que la abstracción propia de las reglas generales de imputación facilita el tránsito de un ordenamiento positivo a otro. En efecto: lo cierto es que en un estudio de Parte Especial son muchos y de gran relevancia los obstáculos. En primer lugar y sobre todo, el desconocimiento por parte del observador foráneo de la *praxis* judicial en la aplicación de las normas en cuestión, un elemento que, como es sabido, es imprescindible para conocer el verdadero alcance de un sector de infracciones. En segundo lugar, la peculiar naturaleza de las figuras que me corresponde estudiar, ya que las infracciones penales en materia sexual, si bien puede decirse que —a diferencia de otros ámbitos de la Parte Especial— están presentes en cualquier sistema de normas penales, pasado o futuro, precisamente —y ello queda demostrado por la enorme variedad de sistemas de tipificación de infracciones en el ámbito sexual— se encuentran muy estrechamente vinculadas a las peculiaridades de la idiosincrasia de la sociedad que las ha producido, de modo que la falta de un conocimiento profundo de aquella puede conducir a valoraciones poco respetuosas con el medio social en el que han de aplicarse. Finalmente, y en tercer lugar, como es sabido, mientras comienza a haber una circulación razonable de obras doctrinales de Parte General desde América hacia las bibliotecas españolas, en cambio, en lo que se refiere a los estudios de Parte Especial, no es sencillo obtener una completa visión de la situación de la doctrina americana”. Qué duda cabe de que, si esta operación de Derecho comparado nos

sucede (y temo que también le sucederá a muchos potenciales lectores de este trabajo) con la comprensión de qué es errar sobre la edad de la víctima a efectos de la legislación islandesa, máxime cuando la aproximación a ella se produce (como sucedía con la sueca) ya a través de la traducción al inglés, en la que se han podido perder matices importantes. De manera que, al final, en estos ejercicios un tanto toscos de Derecho comparado terminamos cotejando palabras en el entendido de que significan lo mismo o, al menos, algo parecido. A ningún penalista se le escapa, sin embargo, que esto no es así y que ni siquiera entre nosotros queremos decir siempre exactamente lo mismo cuando hablamos de una conducta dolosa o imprudente. Así que, por desgracia, este ejercicio de Derecho comparado estaría de antemano abocado al fracaso<sup>19</sup>.

En cualquier caso, y prescindiendo de esta última consideración, por lo que a nuestro entorno jurídico más cercano se refiere (y salvo error por mi parte) no encontramos disposiciones que nos empujen a creer que el castigo de las agresiones sexuales imprudentes se encuentra previsto. Una excepción algo particular puede serlo Italia. En el art. 609 *sexies* del Código penal italiano se establece, en relación con algunos delitos sexuales, que el error del autor sobre la edad de la víctima no será excusa salvo que sea inevitable<sup>20</sup>. De manera que, salvo errónea interpretación por mi parte, lo que nosotros llamaríamos “agresión imprudente” (por error de tipo vencible sobre la edad de la víctima) recibiría en Italia, por expresa disposición legal, el tratamiento propio de la agresión dolosa; lo que, parece claro, debería ser rechazado.

En todo caso, sucede con el Derecho comparado como con la tradición histórica: no sirve más que como indicio (perfectamente refutable) de la razonabilidad de una regulación. Y esto funciona también a la inversa: podríamos no encontrar ejemplos en otros ordenamientos jurídicos de algo que quisiéramos hacer y esto tampoco sería un argumento decisivo contra ello. Por eso, el Derecho comparado ofrece también razones pobres tanto para la tipificación de la agresión sexual imprudente como para oponerse a ella.

resulta difícil en relación con otros países de nuestro entorno cultural y lingüístico, la cuestión se complica mucho más cuando nos alejamos de ellos.

<sup>19</sup> Vid., en cualquier caso, para una posición más optimista y bien fundamentada en lo que al Derecho comparado respecta, CORRECHER MIRA, 2019, pp. 103-107.

<sup>20</sup> Dicho artículo contaba con un (ya derogado en 1996) precedente: el art. 539 CP italiano, que disponía, más severamente que el error sobre la edad de la víctima no disculparía (sin precisar siquiera que el error hubiera de ser vencible). Vid., para una muy contundente crítica de aquel precepto, DE VICENTE REMESAL, 1986, pp. 100-103, que denunciaba, en cualquier caso, que una línea jurisprudencial de nuestro país operaba como si también nosotros hubiéramos tenido un precepto de tal naturaleza. Vid., también, DE VICENTE REMESAL, 1987, pp. 85-86.

### 3. *Un cualificado sector de nuestra doctrina reclama la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes*

Descartado que el Derecho histórico o el Derecho comparado puedan aportar argumentos decisivos, veamos qué es lo que tiene que decir la doctrina actual acerca de la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes. Esta vía parece más prometedora.

Lo cierto es que una pequeña (pero muy cualificada) parte de la doctrina advirtió ya del error que (a su juicio) suponía no tipificar en el nuevo Código penal las agresiones sexuales imprudentes. Así lo hicieron, con el Código recién estrenado, CANCIO MELIÁ<sup>21</sup>, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>22</sup> y SILVA SÁNCHEZ<sup>23</sup>. Y ya antes, al hilo de las diversas propuestas de reforma, había considerado DÍEZ RIPOLLÉS adecuada la previsión expresa del castigo de la “violación” imprudente por ser “la conducta más grave” de las que formaban parte de los delitos sexuales<sup>24</sup>. Lo cierto, sin embargo, es que hasta tiempos recientes dicha propuesta permaneció (con algunas notables excepciones como la representada por la insistencia en ello por parte de CANCIO MELIÁ<sup>25</sup> o la también vigorosa defensa de tal planteamiento por RAMOS TAPIA<sup>26</sup>) en un manifiesto segundo plano.

La “reactivación” de esta propuesta corresponde, sin duda, a LASCURAÍN SÁNCHEZ, cuyo planteamiento ha obtenido especial resonancia en la doctrina<sup>27</sup>. No es, sin embargo, el único autor que en los últimos tiempos ha efectuado una propuesta de estas características. También PÉREZ DEL VALLE<sup>28</sup> y MONGE FERNÁNDEZ<sup>29</sup> han insistido en lo adecuado que resultaría prever la modalidad imprudente de la agresión sexual<sup>30</sup>.

<sup>21</sup> CANCIO MELIÁ, 1996, p. 9. En cualquier caso, este autor no se limitó a reprochar la falta de tipificación de la agresión sexual en el nuevo Código al poco de su entrada en vigor, sino que la reiteró más adelante en CANCIO MELIÁ, 2011, p. 9, y ha insistido recientemente en esta idea en CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, n. 30.

<sup>22</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, pp. 316-317.

<sup>23</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 96. En un sentido parecido, aunque por lo lacónico del pronunciamiento no queda claro si este constituye una mera descripción o si contiene una crítica, sostuvo DE VICENTE REMESAL, 1999b, p. 20, que “[l]lama la atención asimismo que (...) el CP vigente destipifique la comisión imprudente de agresión sexual o abuso sexual sobre menor de edad o privado de sentido (arts. 178 ss. y 181 ss.)”.

<sup>24</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 1985, p. 206.

<sup>25</sup> CANCIO MELIÁ, 2011, p. 9.

<sup>26</sup> RAMOS TAPIA, 2015, p. 117.

<sup>27</sup> La posición más acabada de su propuesta (que había adelantado ya en diversos artículos publicados en la prensa generalista) se encuentra en LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 18, y 2023, pp. 59-60.

<sup>28</sup> PÉREZ DEL VALLE, 2022, p. 7, y, más matizadamente, PÉREZ DEL VALLE, 2023, p. 66.

<sup>29</sup> MONGE FERNÁNDEZ, 2020, p. 297.

<sup>30</sup> De modo más ambiguo sostuvo JERICÓ OJER, 2020, p. 24, n. 19, que la incriminación de la agresión sexual imprudente “podría dar entrada al reproche penal en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el autor incurre en un error acerca del consentimiento manifestado por la víctima (art. 14.1 CP), comportamientos que con la regulación actual permanecen impunes. Sin embargo, en contrapartida la tipificación del delito imprudente podría generar la tendencia de rebajar al grado de imprudencia (consciente) actuaciones que en realidad deben ser imputadas subjetivamente a título de dolo eventual”. Igualmente, presenta la idea sin tomar

Así, parece claro que son varios y muy cualificados juristas los que han propuesto esta (re)tipificación de delitos sexuales cometidos con imprudencia. Lógicamente la fortaleza de sus argumentos no depende de sus nombres, pero que sus nombres suelen estar asociados con sólidos fundamentos da ya una pista de que la propuesta dista mucho de ser disparatada. ¿Cuáles son los argumentos esenciales que articulan las diversas propuestas? Fundamentalmente, dos<sup>31</sup>. Por un lado, que la imprevisión del castigo imprudente puede dar lugar a lagunas de impunidad difícilmente aceptables<sup>32</sup>. Por otro lado, que la práctica judicial puede terminar, precisamente para evitar tales lagunas, considerando dolosas agresiones que, en realidad, son imprudentes<sup>33</sup>. Y es que lo que en todo caso sí parece cierto es que hay una tendencia jurisprudencial bastante refractaria a admitir las alegaciones de error en estos casos<sup>34</sup>. En definitiva,

decididamente partido por ella DEL MORAL GARCÍA, 2023, p. 120, que baraja que en los casos en los que el consentimiento no sea claro “pudiera darse en lugar de la respuesta inmatizada pretendida por el legislador, otra más templada abriendo la puerta a la punición en algunos casos de la imprudencia (creencia infundada de que existía consentimiento)”. También propone la tipificación de la modalidad imprudente, como recuerda GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, p. 35, n. 131, el CGPJ en su “Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, pp. 84-85 y 137-138.

<sup>31</sup> Aunque no se explican con el mismo detalle en todas ellas, en todos los casos se desprende de una lectura completa de los trabajos citados. Una de las exposiciones más completas, en este sentido (aunque en referencia exclusivamente al error sobre la edad), se encuentra en RAMOS TAPIA, 2015, p. 117, que identifica como “una carencia de la nueva regulación que no se haya previsto una disposición específica para poder castigar los casos de error vencible sobre la edad de la víctima como una modalidad imprudente del delito. En efecto, la falta de esta disposición hace que, en virtud de la regulación del error de tipo en el art. 14.1 CP (...) los errores vencibles sobre la edad del menor queden impunes”. Y, así, “ante lo insatisfactorio que resulta en muchos casos dejar impune la conducta de abuso sexual (...) los tribunales pueden llegar a negar forzosamente la existencia de tal error o a extender incorrectamente el ámbito del dolo”.

<sup>32</sup> RAMOS TAPIA, 2015, p. 117, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 18, PÉREZ DEL VALLE, 2022, p. 7, CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, n. 30, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, p. 60.

<sup>33</sup> CANCIO MELIÁ, 1996, p. 9, RAMOS TAPIA, 2015, p. 117, LASCURAÍN SÁNCHEZ 2018, p. 18, CANCIO MELIÁ, 2023, p. 120, n. 30. En este sentido apunta también con claridad, aunque sin defender de manera expresa la inclusión de la modalidad imprudente en los delitos sexuales y en referencia exclusiva al error sobre la edad, PÉREZ ALONSO, 2019a, p. 40, cuando señala que “[e]s posible que esta intolerable extensión del concepto de dolo traiga su causa en los efectos que provoca el error de tipo sobre la edad de la víctima en los delitos sexuales, donde el legislador no previó la responsabilidad por imprudencia para estos supuestos”.

<sup>34</sup> Ya advertía de ello DE VICENTE REMESAL, 1987, p. 77. Más recientemente, CARUSO FONTÁN, 2006, p. 326. Así, también, en palabras de PÉREZ ALONSO, 2019a, p. 24, “la admisión de error sobre la edad de la víctima en los delitos sexuales —y en otros— es algo realmente excepcional en nuestra práctica judicial”. Seguramente tenga que ver con ello el que sea el acusado el que deba acreditar el error, lo que, habida cuenta de que conocimiento y error son dos caras de una misma moneda, podría comportar (indebidamente) que no fuera la acusación quien debiera probar el conocimiento. En este sentido, en opinión de PÉREZ ALONSO, 2019a, p. 8, sucedería que “la falta de prueba por parte de la defensa se convierte en una presunción muy cuestionable de la prueba de dolo eventual que correspondería acreditar a la acusación, aunque no lleve a cabo actividad alguna en tal sentido. Con ello se termina produciendo una presunción *iuris tantum* del dolo (eventual por indiferencia), que no sólo viola el principio de presunción de inocencia, sino también el principio de responsabilidad subjetiva”. Coincido en que ese riesgo es real. En todo caso, lo cierto es que en un buen número de supuestos lo que podría suceder es, sencillamente, que todo indique que el autor tenía conocimiento de todos estos extremos (todas las pruebas, indicios y máximas de experiencia apuntan en tal dirección) y el acusado se limite a enunciar una (poco creíble) concurrencia de error. Lo que no podría suceder, lógicamente, es que, en tal caso, se exigiera a la acusación demostrar que no hay error una vez que ya se ha probado que parece haber conocimiento y el propio acusado no es capaz de ofrecer una “duda razonable” al respecto. De lo que no debe caber duda es de que, como expresa el autor citado, “la falta de prueba del error no significa necesariamente ni en cualquier caso la prueba del dolo (...) que el autor no haya podido

se sugiere que la falta de un tipo imprudente da lugar simultáneamente a supuestos de infra-punición (conductas que deberían estar castigadas y no lo están) y supra-punición (conductas que se deberían castigar menos pero que, para evitar una impunidad que se percibe como mal mayor, se acaban castigando más).

Ambos argumentos tienen, a mi juicio, un valor desigual. La idea de que la no previsión del tipo imprudente conduce a dramáticas lagunas de impunidad, si no se desarrolla, pide principio. Es necesario especificar por qué da lugar a una laguna de impunidad insoportable no castigar a quien cree (erróneamente) estar manteniendo relaciones sexuales consentidas o a quien cree que la persona con quien mantiene relaciones sexuales es mayor de dieciséis años cuando, en realidad, no lo es. En caso contrario, y reduciendo al absurdo un argumento que es defendido de mejor forma que como ahora voy a caricaturizarlo, hay impunidad y es intolerable porque es impune. En verdad, lo que sucede es que (quizás razonablemente) dichos autores (sobre)entienden que dicha impunidad *no debería* darse porque hay *razones* para oponerse a ella. Sin embargo, a mi juicio (y como veremos luego más detalladamente), precisamente el no explicitar esas razones es lo que hace que la propuesta cuente con algunos puntos débiles.

Más sólido resulta, en mi opinión, el segundo argumento: el problema de la sobrepunición. Sea o no acertado que la impunidad del agresor imprudente resulta “intolerable”, lo cierto es que esta idea está extendida. Y, lógicamente, puede afectar también a (parte de) los operadores jurídicos. De este problema, en términos más amplios, advertían ya agudamente DE VICENTE REMESAL<sup>35</sup>, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>36</sup> y SILVA SÁNCHEZ<sup>37</sup> cuando señalaban que el sistema de *numerus clausus* podría acabar conduciendo a una expansión del concepto de dolo eventual. Explicado llanamente: para evitar la impunidad de quien *desconocía* lo que *debía conocer*, se hará como si lo *supiera*. Esta práctica, parece claro, debe ser combatida, pues no supone más que castigar a título de autor doloso a quien no era más que un autor imprudente<sup>38</sup>. Y es posible que ello esté produciéndose efectivamente en la práctica<sup>39</sup>. La inclusión del tipo imprudente serviría, entonces, para revertir esta situación.

El argumento es, sin duda, atractivo, pero no me resulta enteramente convincente.

probar el error alegado no significa en modo alguno que la acusación haya probado o el tribunal dé por probado el dolo en la conducta del autor” (PÉREZ ALONSO, 2019a, p. 27).

<sup>35</sup> DE VICENTE REMESAL, 1999b, p. 14 (donde alertaba también, por cierto, del riesgo de inflación de la categoría “comisión por omisión”).

<sup>36</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, p. 318.

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 90.

<sup>38</sup> Precisamente por ello surge la duda de si una mala praxis judicial puede legitimar una reforma para su “enmienda” o si, por el contrario, no la justifica y debe ser severamente combatida. CANCIO MELIÁ, 1996, p. 11, con respecto a la introducción en nuestra legislación del delito de acoso sexual, sostenía que “el hecho de que en el pasado hubiera una praxis reacia a aplicar en este tipo de supuestos el delito de amenazas condicionales (...) no legitima la introducción de una nueva figura de difícil aplicación: lo que hay que cambiar es la mencionada práctica deficiente”. Mi duda reside en si esta argumentación no podría trasladarse, sin más, a la discusión acerca de la conveniencia o no de la tipificación de la agresión sexual imprudente.

<sup>39</sup> Vid., para una exposición más detallada (y crítica) de este extremo, PÉREZ ALONSO, 2019a, pp. 35-55.

Presupone, al menos, dos cosas: (i) que se están castigando como dolosas conductas en verdad imprudentes y (ii) que ello se solucionará con solo incluir el tipo imprudente. Aunque lo primero fuera cierto, lo segundo no tendría por qué serlo. Cualquier cambio que introduce el Legislador tiene lugar en un sistema que ya está “en marcha” y que tiene su propia dinámica. Me resulta difícilmente creíble que la introducción del tipo imprudente fuera a conducir (al menos a corto y medio plazo) a una “recomposición del dolo”. De este modo, dudo que su inclusión fuera a servir para castigar menos en el futuro cosas que hoy ya se castigan, sino que solo serviría (que sea apropiado o no es otra cuestión) para castigar cosas que hoy no se castigan. Pudo haber sido razonable introducir la agresión sexual imprudente en el Código penal de 1995 al comienzo (y, seguramente, nuestra realidad jurídica hoy sería otra), pero no es posible retomar ese escenario a estas alturas. El tren ha pasado. El Legislador no legisla sobre la nada, sino sobre una realidad que le viene previamente dada. La realidad previamente dada en 1995 era distinta a la de hoy y, en consecuencia, el mismo precepto puede dar lugar a resultados diferentes en uno y otro caso.

Más allá de todo esto, el lector podría estimar razonable la inclusión del tipo de agresión sexual imprudente bien porque considera oportuno colmar la laguna de punición, bien porque cree que sigue siendo posible a estas alturas “reformular” el dolo eventual evitando riesgos de sobre-punición, o bien por ambas cosas. Por ello, dedicaré el siguiente apartado a exponer las razones por las que, aunque todo esto fuera efectivamente así, considero que la inclusión de tal tipo imprudente no sería adecuada<sup>40</sup>.

### III. Argumentos en contra

Las razones por las que considero que no sería apropiado incluir un tipo de agresión sexual imprudente en nuestra regulación son varias y de muy diversa naturaleza. Por ello, solo su exposición mínimamente ordenada constituye ya un difícil reto. A continuación, articularé mis objeciones en torno a tres grupos de ellas: aquel que atiende a los efectos adversos que tendría su inclusión en nuestro Código (objeciones 1-4), aquel que se centra en la falta de necesidad de su tipificación (objeciones 5-6) y aquel que contiene objeciones de carácter algo más heterogéneo difícilmente reducibles a un denominador común (objeciones 7-10). Del mismo modo que sucedía con los argumentos esgrimidos a favor de la tipificación, no todos tienen el mismo peso. Algunos, de hecho, quizás sean poco más que apoyos accesorios y adicionales. Pero, en mi opinión, del conjunto de todos ellos se desprenderá que no es

<sup>40</sup> Y conviene tener presente que, seguramente, sería razonable (como ya propusiera DÍEZ RIPOLLÉS, 1981, pp. 254 y ss.) aplicar el principio *in dubio pro libertate* también en la discusión relativa a si es oportuno o no tipificar determinados delitos sexuales. De este modo, para descartar la corrección de un tipo de agresión sexual imprudente no sería necesario *demonstrar* que sería un error, sino que bastaría con *generar dudas* suficientes al respecto.

una buena decisión legislativa incluir un precepto que sancione las agresiones sexuales imprudentes.

### 1. *Objeción primera: expansión de la persecución de conductas sexuales atípicas*

Con esta primera objeción no me refiero a la perogrullada de que la tipificación de nuevas conductas hace que pasen a perseguirse conductas que *antes* eran atípicas. Hago alusión a algo un poco distinto: que la condena de conductas típicas presupone, por desgracia, la persecución también de conductas que *siguen siendo* atípicas. Explicado llanamente: si hoy solo se condena por agresiones dolosas es razonable (por mucho que suponga, lamentablemente, un coste altísimo para las personas afectadas) que se investiguen y enjuicien también aquellas otras conductas que se hallan en el umbral de la tipicidad (las imprudentes). Unas estarán dentro de ella y otras fuera, pero para saber a qué grupo pertenece cada conducta concreta será necesario discutir al respecto. Esto significa hoy que el “umbral inferior” de la agresión dolosa típica se encuentra en la agresión imprudente y que será preciso que agresiones imprudentes (hoy atípicas) sean enjuiciadas para determinar su carácter doloso o imprudente. Ahora bien, en aquellos casos donde sea evidente que la conducta no es siquiera imprudente (o lo sea solo levemente), no tendrá sentido hoy efectuar persecución penal alguna para el esclarecimiento de los hechos.

Si se tipifica la agresión sexual imprudente la cosa cambia y el nuevo “umbral de atipicidad” pasaría a estar formado por la “agresión” ni siquiera imprudente. Es de suponer, lógicamente, que dichas conductas no darán nunca lugar a una condena por delito sexual, pero no es disparatado pensar que se verán sometidas a procesos judiciales<sup>41</sup>. El proceso judicial, tiene poco sentido insistir en ello, estigmatiza. Y estigmatiza especialmente cuando versa sobre delitos como los que ahora nos ocupan. Por ello, aunque no sea, desde luego, un argumento decisivo, es preciso tener en cuenta que este sería un efecto *necesario* de la tipificación de las agresiones imprudentes. Planteado en otros términos: hoy es posible imaginar qué elementos pueden emerger en Instrucción para que un procedimiento de esta naturaleza no desemboque en juicio. Es más difícil, sin embargo, imaginar qué habría de pasar en tal Instrucción para que se pudiera descartar, sin práctica de la prueba, que dicha conducta es, al menos, imprudente.

### 2. *Objeción segunda: expansión del poder de la acusación en los procedimientos*

El poder de la acusación en un procedimiento (que necesariamente debe estar limitado y constreñido en el ámbito de un ordenamiento jurídico como el nuestro) no

<sup>41</sup> Como muy agudamente ha señalado RAMÍREZ ORTIZ, 2018, p. 22, “las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente”. No es razonable, en mi opinión, pensar que, tras la introducción del tipo de agresión sexual imprudente, “todo lo demás” (entre otras cosas, las estrategias de persecución penal) seguiría igual.

se incrementa solo cuando se elevan penas e introducen nuevas figuras delictivas. La introducción de tipos atenuados (como, en el fondo, lo sería el imprudente con respecto del doloso) concede también un importante poder a la acusación.

En este sentido, no es difícil imaginar el peso que tendría la inclusión de un tipo imprudente en el ámbito de las conformidades (de toda clase). Desde luego, esta figura no es muy bien entendida (quizás con buenas razones) por parte de la ciudadanía, que ve con indignación cómo sucesos aparentemente gravísimos quedan en “pequeñas penas” como consecuencia de un procedimiento que facilita la vida a la acusación (y, conviene no olvidar también esta faceta positiva, a la víctima). La existencia hoy del art. 178.4 CP (tipo atenuado de agresión sexual básica “en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”) amplía, desde luego, las facultades de la acusación en este punto. Ahora bien, tiene un límite, pues no puede ser aplicado cuando concurra violencia o intimidación o la víctima tenga la voluntad anulada. En alguna medida, la inclusión del tipo imprudente abriría todavía más las posibilidades en el ámbito de las eventuales conformidades<sup>42</sup>.

De nuevo, este argumento dista de ser decisivo. Pero es preciso tenerlo en cuenta a la hora de adoptar la decisión sobre si la tipificación de la agresión sexual imprudente aporta más beneficios que costes.

### ***3. Objeción tercera: suerte de “efecto desaliento” sobre el ejercicio de derechos fundamentales***

No me cuesta mucho imaginar al lector enarcando las cejas tras leer el título de este sub-epígrafe. Puede, sin embargo, estar tranquilo. No me centraré ahora (aunque cosas habría que decir) sobre el efecto desaliento en el ejercicio de derechos fundamentales del potencial autor. Lo haré, por el contrario, en el efecto que se puede producir sobre el ejercicio de la libertad sexual de la potencial víctima. Punto de partida de este razonamiento es que el ejercicio de la libertad sexual constituye, con independencia del concreto encaje que se le quiera otorgar y siempre que sea consentida por el resto de las partes implicadas, un derecho fundamental<sup>43</sup>. Incluso, aunque esto último fuera rechazado, el argumento perdería fuerza por lo que a la doctrina

<sup>42</sup> Es cierto, como veremos luego, que resulta difícil imaginar, por ejemplo, una agresión imprudente con violencia o intimidación. Sin embargo, dichos extremos (violencia e intimidación) deben acreditarse y si la acusación no lo hace, no pueden tenerse por existentes a los efectos de vedar la aplicación del art. 178.4 CP o del eventual tipo imprudente. Por lo que, en el fondo, la aplicación de dichos “tipos atenuados” estaría, en todo caso, en manos de la acusación.

<sup>43</sup> En palabras de PÉREZ ALONSO, 2019b, p. 3, “[e]s claro que la libertad e indemnidad sexual es un derecho individual fundamental”. Por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 11, lo considera también un “derecho fundamental”. CAMARENA GRAU, 2021, p. 41, entiende, de modo similar, aunque más detallado, que “[r]especto de la libertad sexual, el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE protege, sin duda, la actividad sexual entre adultos, consentida y en privado. Este es un derecho vinculado a la naturaleza de la vida humana individual y a la importancia de preservar para cada persona un área privada en la que pueda conducir y desarrollar sus relaciones con otros y su propia concepción de cómo vivir. Por ello, a mi juicio, no hay duda en su vinculación directa con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”.

constitucional respecta, pero no en cuanto a guía de política criminal (que un derecho no cuente con la etiqueta de “fundamental” no quiere decir que no merezca protección)<sup>44</sup>.

Como brillantemente ha explicado CUERDA ARNAU, el castigo de conductas periféricas al ejercicio de un derecho fundamental puede comportar que el libre ejercicio de dicho derecho se vea severamente restringido. En sus propias palabras: “el efecto de desaliento es el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión, razón por la cual se estima que recurrir al Derecho penal para sancionar esas extralimitaciones resulta desproporcionado”<sup>45</sup>. Y como la propia autora precisa, “la doctrina que nos ocupa estima contrario a las exigencias de la prohibición de exceso utilizar la amenaza para que, ante semejante dialéctica, el ciudadano opte por abstenerse de actuar, ya sea por la pena en sí, ya sea por lo que la simple iniciación de un proceso penal representa”<sup>46</sup>.

En este sentido, parece claro que esto también podría tener cierta importancia en el caso que ahora nos ocupa. Como explica ÁLVAREZ GARCÍA, en ocasiones sucede que, con el propósito de defender un bien jurídico, “el tipo penal de que se trate termina atacando, por su formulación, o el mismo bien jurídico que se dice proteger o algún otro de relevancia constitucional”<sup>47</sup>. Y para ilustrar el argumento se sirve del siguiente gráfico ejemplo: “más allá de concretos remedios y de casos determinados, la mera tipificación de las calumnias e injurias y la aplicación a los mismos de la Parte General del Código penal arriesga, pone en peligro, las libertades de información y expresión”<sup>48</sup>. Algo así podría suceder ahora con la libertad sexual.

Insisto en que no me centro ahora en el ejercicio de la libertad sexual del potencial autor, sino de la potencial víctima. Esto podría hacer que alguien impugne que nos hallemos aquí, verdaderamente, ante un caso en el que resulte de aplicación la doctrina del “efecto desaliento”, pensada para supuestos en que al potencial autor del delito se le presenta el dilema de si llevar a cabo una conducta que se encuentra en la zona fronteriza entre el derecho fundamental y la conducta típica. Lo cierto es que aquí el “desaliento” se produciría (también) sobre una persona que no se enfrentaría a la amenaza de la pena, pues sería la otra (su compañero sexual) quien lo haría. Sin

<sup>44</sup> Y es que, en cualquier caso, “qué duda cabe de que la actividad sexual constituye una conducta no sólo lícita sino deseable, y que no resulta admisible ninguna limitación a su libre desarrollo más que cuando estemos ante casos en los que se cuestione el propio consentimiento de los intervinientes en la actividad sexual” (ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 4).

<sup>45</sup> CUERDA ARNAU, 2022, p. 92. En conexión con ello, como la propia autora señala, “la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción penal, se alza como un límite constitucional esencial que la efectividad de los derechos fundamentales impone al legislador y al aplicador del Derecho como límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo, que en un Estado democrático obliga a excluir al Derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales” (p. 92).

<sup>46</sup> CUERDA ARNAU, 2022, p. 93.

<sup>47</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 3.

<sup>48</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 4.

embargo, no me parece que sea este un efecto que no merezca atención a la hora de decidir tipificar una conducta.

Es preciso, por tanto, realizar alguna aclaración. En la medida en que el ejercicio de la libertad sexual implicará, por lo general, al menos a dos personas, parece evidente que las restricciones que en su obrar se impongan a una repercutirán necesariamente en la otra (directa o indirectamente). Y es que, a mi juicio, estamos, al menos en la modalidad delictiva a la que se dedica este trabajo (y prescindiendo del supuesto residual de las agresiones sorprendidas), ante lo que, desde la perspectiva de la víctimodogmática, la doctrina ha llamado “delitos de relación” (que, conceptualmente, requieren la intervención de la víctima), frente a los “delitos de intervención” (en los que el autor interfiere en los bienes jurídicos de la víctima sin que resulte precisa su “colaboración”)<sup>49</sup>.

Si no basta para hacer responsable a un sujeto con que su conducta sea dolosa, sino que es suficiente con una inobservancia de sus deberes de cuidado (imprudencia), parece que “el potencial autor” deberá ser más cauteloso. Pero esa cautela adicional revertirá también sobre “la potencial víctima” que, en caso de querer entablar ese contacto sexual, se verá también obligada (*motu proprio* o a petición de la otra persona) a disipar las dudas de la otra parte. Si partimos de que ambas partes desean dicha relación sexual, lógicamente, no tenemos ni autores, ni víctimas, sino solo personas que están viendo limitado el modo en que pueden entablar libremente una relación sexual.

LASCURAÍN SÁNCHEZ ha señalado que algo parecido sucede con la nueva regulación del consentimiento, que al establecer su forma concreta hace que consentimientos materialmente válidos sean, sin embargo, insuficientes para descartar el encaje formalmente típico de una conducta<sup>50</sup>. Si la ciudadanía se tomara en serio lo que dice el Código penal en este ámbito, se estaría obligando a las partes a manifestar su consentimiento de una manera concreta, dado que otras formas no serían suficientes para evitar el carácter delictivo de la conducta (por consentida que fuera en el fondo)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Vid., ampliamente, CANCIO MELIÁ, 2001, pp. 238 y ss.

<sup>50</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, pp. 58. Vid., también, CAMARENA GRAU, 2021, p. 43, y DEL MORAL GARCÍA, 2023, p. 118. En un sentido próximo, se preguntaban GIL GIL; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 13, “¿es legítimo suplantar a las mujeres interpretando su silencio en el contexto de las relaciones íntimas como ausencia inequívoca de consentimiento?; ¿es legítimo imponer una dinámica de comunicación obligando a verbalizar el consentimiento en los intercambios sexuales? (...) ¿qué motivo habría para castigar por el hecho de que el consentimiento no viciado por la conducta del acusado no se verbalizó?”. Al fin y al cabo, parece que le asiste la razón a DE VICENTE REMESAL, 1999a, p. 118, cuando señala que “la determinación del alcance de la eficacia del consentimiento, su naturaleza, sus requisitos concretos, etc., no son cuestiones que pueda resolver clara y directamente la normativa legal en todos los casos, sino problemas cuya solución corresponde a la doctrina por la vía de la interpretación de los correspondientes tipos penales”.

<sup>51</sup> Considera ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 11, que “el ejercicio de ese derecho fundamental a la libertad sexual no debe verse limitado por exigencias de prueba. La expresión de esa libertad no puede ser víctima de regulaciones penales que, teóricamente, van dirigidas a la protección del ejercicio de aquella libertad: establecer la exigencia de que concurra un ‘acto’ que suponga una expresión clara del contenido de la libertad, es lo mismo que imponer una cierta manera de manifestar la libertad sexual. Eso no es aceptable: la legislación propuesta va claramente por el camino de limitar el derecho fundamental al

Ese mismo problema se potenciaría con la inclusión del tipo imprudente. No solo habría que prestar el consentimiento de un determinado modo, sino que, además, habría que asegurarse de que este se ha emitido en condiciones adecuadas y de que “va en serio”. Esto no parece problemático de entrada: cada parte debe preocuparse de que el consentimiento de la otra es válido<sup>52</sup>. El problema es que, además, cada parte deberá preocuparse de transmitir a la otra la información oportuna para desambiguar la situación (¿por ejemplo, el número de copas que ha ingerido previamente?). La tipificación de la agresión sexual imprudente no hace solo que cada uno deba preocuparse del consentimiento del otro, sino que cada parte deba, a su vez, preocuparse de manifestar de forma que no dé lugar a dudas su propio consentimiento. Esto, parece difícil negarlo, incide en el modo en que dos personas van a mantener un contacto íntimo libremente asumido y resulta difícil ver por qué habría el Estado de intervenir en ello<sup>53</sup>.

Si la respuesta es que “en la vida real” las cosas no funcionan así (ni funcionarían así en caso de tipificarse la conducta imprudente), algo con lo que estaría de acuerdo, la pregunta siguiente sería qué propósito tiene establecer una legislación concreta que no va a incidir (ni parecería, en tal caso, tener el propósito de hacerlo) en sus destinatarios<sup>54</sup>.

‘encajonar’ el consentimiento en una determinada forma de expresión, y tal planteamiento colide con el libre ejercicio de la libertad”.

<sup>52</sup> Coincido plenamente en este punto con GONZÁLEZ RUS, 2021, pp. 8-9, que sostiene, al hilo de su propuesta de cambio legislativo, que “[e]l aseguramiento de que la relación sexual es libre no debe tratarse como si fuera únicamente un problema de la víctima, sino también como una obligación del autor: ambos deben obrar con el cuidado preciso para comprobar que la relación es libre y recíprocamente aceptada. Y no es en absoluto inoportuno que mediante mandatos penales se refuerce el criterio de que en determinados contextos objetivos no concurren las condiciones mínimas precisas para asegurar que el consentimiento que eventualmente se preste responde efectivamente a la libre decisión de quien lo emite”. En cualquier caso, parece cierto que, como convincentemente han señalado CUERDA/FERNÁNDEZ, 2023, pp. 1278-1279, resulta muy difícil especificar, en los casos concretos, hasta dónde alcanzan los eventuales deberes de aseguramiento en este ámbito.

<sup>53</sup> En un sentido parecido, aunque en alusión expresa a la regulación prevista por el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral para la Libertad Sexual y su definición de “consentimiento” (lo que, a mi juicio, a estos efectos, no supone cambio relevante alguno), se preguntaba CAMARENA GRAU, 2021, p. 40, “¿realmente se pretende decir que, por ejemplo, dos adultos en su propia casa cometen un delito si tienen sexo libre y consentido por no prestar el consentimiento en los términos en que lo defina la Ley?”.

<sup>54</sup> Coincido plenamente, en definitiva, con lo señalado por CARUSO FONTÁN, 2020, p. 8: “[e]n el ámbito de la sexualidad pretender que el consentimiento sea dado de forma expresa en todos los casos y en todos los estadios de la relación resulta tan inverosímil que la cuestión merece poco comentario. El comportamiento sexual de las personas no va a cambiar porque una norma establezca que debe haber un contrato previo y expreso entre las partes para poder mantener relaciones sexuales, incluso, en el hipotético caso de que esto pudiera suceder, deberíamos lamentarnos por coartar a través de una Ley el comportamiento sexual de las personas. A no ser que lo que se pretenda es que los hombres y las mujeres lleguen a sentir temor de acercarse el uno al otro por miedo a las consecuencias de posibles mal entendidos”. Conviene recordar, así, las palabras de BOIX REIG, 1979, p. 21, cuando sostenía que “el mundo de la sexualidad y su propia regulación depende absolutamente, y como es obvio éste no es un fenómeno privativo de tal esfera social, de la cultura en que se inserta, produciéndose graves consecuencias si tienen lugar divergencias entre la normativa reguladora de la conducta sexual y las exigencias culturales del momento”.

#### 4. *Objeción cuarta: alcohol y sexo, una relación problemática*

La responsabilidad por la mera infracción de los deberes de cuidado (que, aunque pedestre, es una definición de la responsabilidad por imprudencia) puede generar muchos problemas precisamente en “la vida real” de la que hablaba hace un momento. A nadie se le escapa que uno (no el único) de los focos problemáticos en lo que al Derecho penal sexual se refiere reside en el ámbito del ocio nocturno. Y ello, aunque solo sea por una mera razón cuantitativa (la cantidad de gente que allí se reúne) y otra cualitativa (el ámbito ético y, por lo general, ruidoso en que tienen lugar dichos contactos, poco propicio para el entendimiento)<sup>55</sup>.

Una cuestión, a mi juicio, poco estudiada es la de cómo influye el consumo de alcohol en el consentimiento. Me explico, no quiero decir que no se haya estudiado si la persona víctima de una situación de embriaguez puede o no consentir<sup>56</sup>. Cualquier manual tiene referencias a ello<sup>57</sup>. Aludo a la delicada situación que se vive cuando las dos personas que mantienen el contacto sexual están embriagadas<sup>58</sup>. El problema es el siguiente: si, como parece, una persona que ha bebido bastante sigue siendo (al menos en parte) imputable debe, entonces, preocuparse todavía por el consentimiento prestado por la otra parte<sup>59</sup>. Sin embargo, ¿esa misma persona que se está

<sup>55</sup> Como explica MORILLAS FERNÁNDEZ, 2022, p. 30, en “la realidad de nuestras generaciones jóvenes (y no tan jóvenes) este tipo de relaciones van a estar llenas de aristas en los momentos en los que se produzca consumo de alcohol o drogas —frecuentemente habitual en los contextos de relaciones sexuales esporádicas entre jóvenes, basta con hacer una compilación de sentencias de esta naturaleza para verificar su incidencia—. Vid., en un sentido parecido, ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 8, y AGUSTINA SANLLEHÍ, 2023, p. 49.

<sup>56</sup> Aunque, desde luego, no ha merecido toda la atención que debiera el hecho de que la capacidad para consentir es, en el plano naturalístico, plenamente gradual. Vid., en este sentido RAGUÉS I VALLÉS, 2023a, *passim*, que señala con claridad que “el consentimiento es una entidad susceptible, por así decirlo, de graduación”. Igualmente, COCA VILA, 2023, p. 450, ha defendido que autonomía sexual y consentimiento son “nociones eminentemente graduales”. En cualquier caso, como señala este mismo autor, “[s]iendo la autonomía y el consentimiento nociones graduales, es evidente que, si el Derecho penal debe operar a partir de juicios binarios entre hechos consentidos y no consentidos, la determinación del consentimiento ha de obedecer a un juicio necesariamente normativo” (p. 451).

<sup>57</sup> Sintetiza perfectamente el estado de la cuestión CANCIO MELIÁ, 2022, p. 1094, cuando señala que “[e]specialmente relevante en la práctica es la posible influencia del consumo de sustancias psicoactivas sobre el grado de competencia de la posible víctima: como es sabido, en nuestra sociedad el consumo de alcohol (o de otras sustancias psicoactivas ilícitas) forma parte para muchas personas de contextos sexuales (buscando precisamente la desinhibición que estas sustancias pueden generar para facilitar el contacto con otra persona). Es cuestionable, por consiguiente, cuándo es el nivel de consumo irrelevante y a partir de qué momento ha de considerarse ‘anulada’ la voluntad de la persona. El nivel de riesgo permitido en este ámbito, esto es, el de poder confiar lícitamente en que una persona adulta consiente libremente, viene acompañado de un deber de cuidado de comprobación de si aún resulta competente cuando hay indicios de que pudiera no serlo ya (por ejemplo, después de haber consumido sustancias psicoactivas). En la práctica, la existencia de estos indicios de incompetencia en la persona del sujeto pasivo o de vicios en su consentimiento aparente (una vez probados) determinará la afirmación de dolo eventual por parte del tribunal”.

<sup>58</sup> Se puede encontrar una sutil aproximación a este problema en RAGUÉS I VALLÉS, 2023a, pp. 96-97.

<sup>59</sup> Así lo entiende ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 168, al afirmar que “en lo que afecta a esta modalidad de abuso por ‘privación de sentido’ de la víctima es preciso advertir que, hallándose el sujeto pasivo en tal estado de alcoholemia, adormilamiento, etc. y siendo el mismo percibido y utilizado por el sujeto activo, no podrá éste ya alegar error de tipo acerca de la ausencia de consentimiento de la víctima, incluso aunque el propio abusador se encuentre bajo el influjo de bebidas alcohólicas (salvedad hecha, claro está, de una posible apreciación de la eximente, completa o incompleta, del art. 20.2º CP)”.

preocupando por el consentimiento de la otra parte no está en condiciones de prestar su propio consentimiento!, del que, a su vez, debería preocuparse otra persona incapaz de consentir por sí misma. La existencia de dos baremos distintos (uno, más exigente en sus requisitos, para la prestación de un consentimiento sexual válido y otro, más fácilmente alcanzable, para la lícita atribución de responsabilidad penal) da lugar a que en una relación entre dos personas bebidas se pueda decir que ambas eran imputables, pero que ninguna estaba en condiciones de consentir el contacto sexual producido con la otra parte, por lo que se llegaría a la absurda situación de que tenemos dos delitos de agresión sexual (uno cometido por cada uno de los implicados sobre el otro)<sup>60</sup>.

La solución a este problema no es sencilla porque, en el fondo, es razonable que los baremos sean diferentes, pues sirven como presupuesto a distintas consecuencias<sup>61</sup>. Sin embargo, el efecto que se produce resulta, a todas luces, insatisfactorio. ¿Se puede ser a la vez y en una misma relación sexual víctima y autor? ¿Existen las “agresiones sexuales recíprocas”? Parece, a la luz de lo dicho, que, ciertamente, sí. Y es que mientras queramos que el autor del delito no se pueda refugiar en haberse tomado “unas copas”, pero queramos también que no pueda aprovecharse de que la

<sup>60</sup> En las atinadas palabras de RAGUÉS I VALLÉS, 2023a, p. 96, “en una sociedad en que dicha sustancia [el alcohol] actúa como desinhibidor social por excelencia, es evidente que no puede considerarse que existe delito cada vez que dos personas que han bebido acaban manteniendo relaciones sexuales”.

<sup>61</sup> Por ello, no estoy del todo seguro de estar de acuerdo con el sugerentísimo planteamiento de ÍÑIGO CORROZA, 2022, p. 188, cuando señala que “[l]a teoría jurídica del delito supone el desarrollo de una teoría de la acción para el sujeto autor de un hecho delictivo, y para poder imputar con base en la libertad, tenemos criterios en materia de imputación subjetiva y culpabilidad que son útiles para probar la autonomía del autor de un hecho delictivo sobre la creación de un riesgo frente a bienes jurídicos de terceros. Estos criterios, ya muy elaborados y profusamente desarrollados por la doctrina, pueden servir de guía para trazar una teoría normativa de la acción del sujeto que consiente en la afectación al bien jurídico del que es titular, y que pueden ayudar a probar la existencia o no de la autonomía de la voluntad. Esta teoría de la acción del titular del bien jurídico es complementaria a la teoría de la acción del autor del delito”. Si no estoy de acuerdo es porque (lógicamente, dada la naturaleza si se quiere “programática” del trabajo citado) son muchos los extremos del planteamiento que quedan abiertos. Creo que los parámetros de atribución de responsabilidad *penal* solo *limitadamente* pueden “servir de guía”. Y es que si se parte de una dogmática teleológicamente orientada (como es mi caso), no se puede perder de vista la importancia que tiene que ambos sistemas (el de la atribución de responsabilidad penal y el del reconocimiento de la validez del consentimiento) se construyen para imputar “cosas distintas”. No existen, a mi juicio, “condiciones para imputar cosas”, sino “distintas condiciones para imputar distintas cosas”, pues dichas condiciones no vienen determinadas ni por la naturaleza, ni por la lógica, sino que son construidas en atención al (distinto) fin que se persiga. ÍÑIGO CORROZA, en cualquier caso, presenta un rico planteamiento que no desconoce ese extremo (señala, por ejemplo, que su propuesta serviría para armonizar ambos baremos “en términos semejantes, aunque no idénticos”, p. 195). Si albergó dudas sobre si comparto tal postura es porque no se termina de concretar (lo que, insisto, no es una crítica, sino lo propio de un trabajo que pretende, fundamentalmente, señalar un nuevo camino y no, como es lógico, cartografiarlo por completo) cuánto “margen de libertad” tendría el Legislador para apartarse de dichos criterios. Si es amplio y los parámetros de atribución de responsabilidad penal se emplean esencialmente como “pistas” acerca de cómo construir un sistema de consentimiento entendido en términos normativos, estaría plenamente de acuerdo. Si los parámetros de atribución de responsabilidad penal fueran, sin embargo, mucho más determinantes, mi desacuerdo sería profundo. Pero lo sería, en cualquier caso, por una divergencia metodológica (sistema teleológico frente a doctrina de la imputación) y no porque su propuesta presente falla “interna” alguna.

víctima se haya tomado esas mismas copas, este problema permanecerá. Si, simplificando el problema, las copas no son las mismas para ambos casos, estas extrañas situaciones se producirán ocasionalmente.

Este problema se ve bastante atemperado en nuestra regulación actual al exigirse el dolo para castigar a alguien por un delito de agresión sexual. Un sujeto puede ser imputable y obrar, no obstante, sin dolo (sin conocimiento de que la otra persona no está prestando un consentimiento plenamente válido) como consecuencia de su propio consumo de alcohol. Esto no es más que una especie del género “error derivado de anomalías o alteraciones psíquicas”<sup>62</sup>. Ahora bien, de admitirse la tipificación de delitos sexuales imprudentes, la situación se complica extraordinariamente, pues si el error sobre el consentimiento fuera vencible, ambas personas serían todavía responsables de la agresión, lo que no deja, como veíamos, de resultar llamativo.

##### **5. *Objeción quinta: ¿qué supuestos de lagunas de punición tenemos en la cabeza?***

Hasta ahora se han expuesto aquellas objeciones que aluden a los “efectos colaterales” que podría generar la tipificación de la agresión sexual imprudente. Paso ahora a señalar las razones por las que, a mi juicio, incluso aunque esos efectos no se produjeran (o se considerasen de menor importancia) sería inapropiado tipificar dicha conducta: en definitiva, porque no es necesario.

En primer lugar, y a esto se dedicará esta quinta objeción, no es necesario porque cuando concretamos cuáles son los supuestos en los que podría haber un error sobre los elementos típicos del delito de agresión sexual vemos que su no punición no parece tan dramática. Y es que tengo la impresión de que (haciendo abstracción del elemento “edad”, que presenta algunas particularidades en las que me detendré luego) la propuesta de la tipificación de agresiones sexuales imprudentes se efectúa sin una previa representación de en qué casos resultaría aplicable.

Así, centrándome en el caso de la errónea suposición de un consentimiento válido, suena inicialmente sugerente la posibilidad de castigar estos supuestos. Sin embargo, una vez precisado cómo serían estos casos, tal opción resulta, al menos, más controvertida. Para empezar, es evidente que, si el sujeto ejerce una violencia no consentida, intimidada a la víctima o se prevale conscientemente de una situación de incapacidad para consentir no podrá decir, a la vez, que se imaginaba que, *pese a ello*, la víctima consentía<sup>63</sup>. ¿Qué sentido tendría en tal caso el ejercicio de la violencia o

<sup>62</sup> Vid., acerca de esta clase de error y los problemas que entraña, MOLINA FERNÁNDEZ, 2008, *passim*.

<sup>63</sup> ACALE/FARALDO, 2018, p. 17, han señalado con claridad que “[p]or fortuna, nuestro Tribunal Supremo ha reconocido desde hace casi 20 años (STS de 3 de mayo de 1999) que para que exista agresión sexual no es preciso que el autor sea consciente del estado psicológico de la víctima, porque es suficiente con que sepa que su acción se desarrolla en un contexto intimidante por sí mismo para ella”. Vid., en sentido parecido, GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, p. 21. Y es que, como ha explicado

intimidación? No mucho, desde luego<sup>64</sup>. ¿Puede alguien saber que otra persona no está en condiciones para consentir y creer que, sin embargo, consiente? No lo parece<sup>65</sup>.

Seguramente es esto lo que, de manera algo torpe, pretende expresar el art. 178.2 CP cuando señala que “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”. Esto es: el art. 178.2 CP dispone que en esos casos se entenderá que no hay consentimiento y, en consecuencia, que hay agresión sexual. Aunque tiene poca importancia, califico de “torpe” la redacción porque el comienzo (“se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia”) si se interpreta literal y estrictamente supone una, no justificada, prohibición de prácticas sexuales plenamente consentidas en las que medie violencia (en definitiva, de prácticas con componentes más o menos intensos de sadomasoquismo)<sup>66</sup>. Obviamente, estaba lejos del ánimo legislativo prohibir estas prácticas y lo que se pretende, más bien, es decir que, si hay una violencia *no consentida*, hay

RAGUÉS I VALLÉS, 2023b, p. 143, “parece inviable la apreciación de un error de tipo sobre el consentimiento en el acusado que tiene que recurrir a la fuerza física para doblegar la voluntad de otra persona”.

<sup>64</sup> Y es que, además, esa violencia o intimidación no admitiría ser encajonada en un baremo abstracto. Como explicaba CUERDA ARNAU, 2018, p. 130 (ya antes de la reforma de 2022), “[p]ara llegar a la conclusión de que la violencia o intimidación fueron bastantes o eficaces puede resultar determinante el lugar en que se producen los hechos, la edad de la víctima, la situación de vulnerabilidad o abatimiento creado y aprovechado conscientemente por el autor o cualesquiera otras circunstancias abarcadas por el dolo del agresor que le proporcionen una mayor facilidad comisiva y, por tanto, le exoneren de servirse de una fuerza o intimidación de mayor intensidad”. Cuestión distinta es que, en tiempos felizmente superados, al exigirse la “resistencia suficiente” por parte de la víctima, un error del autor sobre si la resistencia era o no “suficiente” pudiera tener repercusión penal. Vid., sobre ello, CARMONA SALGADO, 1981, p. 178.

<sup>65</sup> En cualquier caso, como ha señalado con claridad MONGE FERNÁNDEZ, 2020, pp. 138-139, en referencia a las antiguas (más restrictivas) agresiones, que “al tratarse de un comportamiento con violencia o intimidación en la práctica no quedará apenas espacio para que se ocasionen supuestos de error sobre un elemento del tipo —en particular de error sobre el consentimiento de la víctima— a diferencia de los tipos de abusos sexuales en los que puede plantearse frecuentemente un error sobre aquel elemento. Ahora bien, esta afirmación no es óbice para afirmar la concurrencia de un error sobre un elemento del tipo, por ejemplo en la práctica de actos sadomasoquistas en los que el sujeto activo crea erróneamente que el sujeto pasivo consiente, siendo realmente la actitud de éste de oposición y, por tanto, de ausencia de consentimiento” (vid., también, MONGE FERNÁNDEZ, 2005, p. 112). Por lo tanto, sí quedaría (al menos en abstracto) un mínimo reducto para esta clase de errores. Aunque, seguramente, si se precisara lo suficiente el escenario, lo más probable es que llegáramos a la conclusión de que la conducta es o bien en realidad dolosa, o bien (razonablemente) impune.

<sup>66</sup> Ya había alertado de esto GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, pp. 32-33, al señalar el riesgo de que la interpretación del precepto señalado “pudiera traducirse en una limitación del ejercicio de la libertad sexual de quienes realizan prácticas sexuales no normativas, pero consentidas por los involucrados (así, por ejemplo, el sadismo y el masoquismo o la somnofilia)”. Por ello, discrepo del parecer de ACALE SÁNCHEZ, 2023a, p. 1208, conforme al cual “el número 2 del art. 178 contiene una presunción *iuris et de iure* de falta de consentimiento”.

agresión. Lo que sucede es que, seguramente, esto no podía expresarse en tales términos sin incurrir en algo muy próximo a una petición de principio (“hay falta de consentimiento cuando, como consecuencia del empleo de violencia, hay falta de consentimiento”).

En cualquier caso, yendo a lo importante, lo que parece querer remarcar el art. 178.2 CP es, por lo demás, algo sustancialmente cierto (y casi obvio): que la existencia de consentimiento es muy difícilmente reconciliable con la presencia de intimidación, violencia, estados de privación de sentido, etc. Esto, que no se le escapa al Legislador, tampoco parece que se le pueda escapar a un ciudadano, ni siquiera a uno no demasiado sagaz. Sería (razonablemente) entendido como una provocación que quien mantuvo relaciones sexuales no consentidas con otra persona cuchillo en cuello alegara que, aunque le puso el cuchillo en el cuello, creía que consentía. Son, pues, muy difícilmente imaginables errores sobre la existencia de consentimiento en estos supuestos (intimidación, violencia, privación de sentido, abusos de situación de superioridad, etc.).

Entonces, ¿en qué casos parece imaginable un error sobre el consentimiento? Estos resultan factibles en escenarios de falta de elementos coactivos o de incapacidad perceptible de prestar consentimiento. La presencia (conocida por el autor) de estos elementos coactivos o situaciones de privación de sentido excluye, en principio, la posibilidad de hablar de error.

¿Son imaginables casos de error sobre el consentimiento en los otros contextos? Sí, lo son<sup>67</sup>. No hay duda de ello. Ahora bien, lo que habría que preguntarse es si en el marco de una relación no coactiva entre dos personas (adultas) el error de una de ellas del que no le saca la otra merece verdaderamente una respuesta penal. Vuelvo a precisar. Hemos descartado que haya dolo. Hemos descartado también que haya violencia, intimidación, prevalimiento, etc. Únicamente hay un sujeto que desconoce (auténticamente) que la relación no es consentida. Y hay otro sujeto que no consiente, pero que no saca del error al primero sin haber riesgo alguno de ninguna clase para él. Precisamente porque, como ha destacado reiteradamente la doctrina en los últimos tiempos, la relación sexual no debe concebirse como una en la que una parte “propone” y la otra “consiente”, sino como una en la que debe existir (en ausencia de elementos coactivos y de privación de sentido) una cierta comunicación y participación recíproca, se debe presuponer que las partes expresarán lo que desean y consienten y lo que no. Y no hacerlo no debería suponer una “carga” para la otra parte,

<sup>67</sup> Dejo al margen aquí las “agresiones sorpresivas”, que, en cualquier caso, no me parecen especialmente problemáticas. Por un lado, una “agresión sorpresiva” verdaderamente imprudente que no se convierta después (por el desarrollo de la conducta) en dolosa requiere de una brevedad que la aproxima a la insignificancia social. No quiero decir que no debiera punirse de ser dolosa, sino que, siendo imprudente, parecería exagerado el castigo en estos casos. Por otro lado, si hay indicios de que el “acercamiento sorpresivo” no es consentido y el autor los conoce, huelga aquí cualquier razonamiento sobre la imprudencia, pues se trataría de una conducta dolosa.

sino para uno mismo<sup>68</sup>. Y es que, como valientemente han señalado GIL GIL y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, prescindiendo de los casos de obvia significación delictiva, “[e]s esencial limitar la intervención punitiva de manera que cada uno de nosotros sea hasta cierto punto responsable de resolver los conflictos que puedan surgir en su relación con los otros, sean de la naturaleza que sean”<sup>69</sup>.

Desde luego, puede haber contextos de intimidación difusa, pero si esta es achacable al autor, no parece fácilmente admisible el error. Puede haber contextos de incapacidad para consentir que no sean perceptibles para el autor, pero si no lo son, reconociendo lo desagradable que puede ser la experiencia para la otra parte, tampoco parece que haya aquí ningún reproche penal justificado.

Por supuesto, es posible encontrar escenarios de laboratorio que podrían ser problemáticos a estos efectos (por ejemplo, introduciendo autores mediatos en los casos), pero incluso, aunque estos pudieran configurarse de manera en que fueran auténticamente problemáticos para lo aquí expuesto, sería necesario pensar si, realmente, para esos supuestos valdría la pena una reforma de la envergadura que aquí se está discutiendo.

Antes de concluir este epígrafe, conviene prestar de nuevo atención al supuesto de la edad como elemento del tipo. Ciertamente, este es más problemático que el del consentimiento. Sin embargo, no me deja de resultar sorprendente la facilidad con la que se pueden conciliar dos ideas, a mi juicio, antagónicas. Por un lado, se dice que estos casos habrían de ser castigados. Por otro lado, y esto es casi un lugar común en la doctrina, que el límite de dieciséis años establecido en nuestro Código penal para el consentimiento en los delitos sexuales resulta excesivamente elevado<sup>70</sup>. Reunificado todo en la misma frase: se debería rebajar la edad para el consentimiento sexual, pero no puede quedar impune aquel que yerra y cree, por ejemplo, que la víctima tenía dieciséis años, y no quince, como tenía realmente. Algo chirría. No me resulta demasiado razonable sostener ambas tesis a la vez. Parece incongruente.

En cualquier caso, como agudamente señalara CARUSO FONTÁN, el error sobre la edad no tiene necesariamente que conducir a la impunidad, sino que puede llevar a la aplicación de otros tipos subsidiarios<sup>71</sup>. El error sobre la edad no tiene por qué

<sup>68</sup> Podrían establecerse aquí una serie de relaciones con los problemas de imputación a la víctima en sede de imputación objetiva, pero ello nos desviaría del propósito eminentemente político-criminal de este artículo. Valga tan solo con apuntar que en el ámbito de las relaciones sociales (dentro del que se encuentran, también, las relaciones sexuales) rigen una serie de principios que distribuyen quién debe hacerse cargo de qué riesgos. No siempre que se materialice un riesgo que lesione a un sujeto se ha de buscar la responsabilidad de un tercero. En ocasiones, es la propia víctima quien ha “consentido” el riesgo y la eventual lesión.

<sup>69</sup> GIL/NÚÑEZ, 2018, p. 13.

<sup>70</sup> Vid., para una completa exposición de las críticas vertidas frente a este límite de edad, DÍAZ/TRAPERO, 2016, *passim*. Dichos autores, compartiendo la postura ampliamente dominante en la doctrina, entienden que este límite resulta “como mínimo altamente discutible” (p. 876) y que “la prudencia aconsejaba, como máximo, aumentar el límite [desde los trece de antes] a los catorce años” (p. 875).

<sup>71</sup> CARUSO FONTÁN, 2006, p. 329. Vid., también, en un sentido próximo (aunque no en referencia al error sobre la edad, sino a la teórica desprotección en la que se encontraban los menores de trece, catorce y quince años hasta la elevación de la edad fijada para el consentimiento sexual), RAMOS TAPIA, 2015, pp. 128-129.

comportar, en definitiva, un error sobre la situación de superioridad en que se encuentra el autor o de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima, por ejemplo<sup>72</sup>. Y, por tanto, en algunos supuestos cabría la condena por la comisión de estas otras figuras delictivas. Es cierto que dicho argumento, en cualquier caso, tenía más fuerza cuando fue empleado por la citada autora (momento en que la edad legal para consentir se fijaba en los trece años). Era más fácil encontrar casos en los que un autor creyera erróneamente que la víctima tuviera trece años (o catorce, o quince), pero, pese a ello, supiera que se encontraba en una situación sencillamente incardinable en otro tipo penal (abuso, prevalimiento, etc.), que encontrar ejemplos de estos casos ahora en que el error ha de referirse a los dieciséis años (y en los que, en consecuencia, los menores son “menos menores”). No obstante, no se debe descartar que esta clase de situaciones se pueda producir.

#### **6. *Objeción sexta: la nueva definición del consentimiento hace prescindible el castigo de la imprudencia***

Pocos elementos en las recientes reformas de nuestro Derecho penal sexual han despertado tanta polémica como uno que, a primera vista, pudiera parecer irrelevante: la definición del consentimiento<sup>73</sup>. Como es sabido, la LO 6/2022, de 6 de septiembre, introdujo en nuestro ordenamiento dicha definición en los siguientes términos: “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Sobre ella se han vertido muchas críticas<sup>74</sup> y son pocas las defensas que, más o menos matizadamente, se han opuesto a ellas<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Y es que, como explicaba con claridad DE VICENTE REMESAL, 1986, p. 80, “[l]a ley gradúa la defensa del desarrollo de la vida sexual según la edad de la víctima, añadiendo criterios adicionales para determinar la necesidad de protección sexual progresivamente con el incremento de la edad de aquélla”. Que hoy nuestro ordenamiento ya no admita esa lectura con la misma facilidad que antaño no es óbice, sin embargo, para que siga siendo una lectura correcta. Seguramente los arts. 188.1 y 189.1.a CP, por ejemplo, admitan una interpretación en tales términos. Y, desde luego, no sería razonable que la interpretación judicial de qué es “violencia”, “intimidación” o “engaño”, por poner solo algunos ejemplos, hiciera abstracción de la edad de quien es “violentado”, “intimidado” o “engañado”. Errar, en definitiva, sobre la edad de la víctima, no tiene por qué significar errar sobre algunos otros elementos que pueden conformar la tipicidad de otra figura delictiva.

<sup>73</sup> Son varios los autores que han entendido que la introducción en nuestro Código de una definición de consentimiento no debería generar efecto alguno. MORILLAS FERNÁNDEZ, 2022, p. 36, ha sostenido, por ejemplo, que “no aporta novedad aplicativa alguna”. TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 29, por su parte, considera que la nueva regulación del consentimiento “no viene a aportar ninguna novedad, ni a cubrir ningún defecto de la anterior”. Más críticamente, DEL MORAL GARCÍA, 2023, p. 100, ha sostenido que “la nueva definición legal del consentimiento sexual excluyente de la antijuricidad o se entiende como innecesaria; o resultará perturbadora”, señalando, después, que se decanta por la primera alternativa.

<sup>74</sup> Vid., entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, pp. 4 y ss. y 10 y ss., VALMAÑA OCHAITA, 2022, pp. 5 y ss., DEL MORAL GARCÍA, 2023, pp. 115-119, y LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, pp. 55-58.

<sup>75</sup> ACALE SÁNCHEZ, 2019, p. 477, considera, por ejemplo, que la cláusula que define el consentimiento constituye “una disposición que solo aporta seguridad jurídica, algo que en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no debe ser despreciado”. También CANCIO MELIÁ, 2023, pp. 118 y ss., valora buena parte

No es mi propósito ahora terciar en dicha polémica<sup>76</sup>. Pretendo solo señalar algo que ha sido generalmente pasado por alto: si el consentimiento es un elemento del tipo, debe ser abarcado por el dolo para que podamos hallarnos frente a una agresión sexual dolosa. La (re)definición del consentimiento comporta, entonces, la (re)definición de la agresión sexual dolosa. Explicado sencillamente: antes una agresión sexual dolosa era aquella que tenía lugar en el conocimiento de que no existía consentimiento, ahora es más amplia y se requiere, para la impunidad de la conducta, no sólo que el sujeto sepa que la víctima consiente, sino que consiente *de una determinada manera*. En definitiva, ahora al autor no le bastará con decir que creía que había consentimiento, habrá de sostener (y se deberá probar) que hubo (o se creía que había) una manifestación libre que “en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Se ha ensanchado, en definitiva, el ámbito de la agresión sexual dolosa y reducido, en consecuencia, el ámbito de la agresión sexual imprudente<sup>77</sup>. De este modo, “si no se puede constatar con claridad la voluntad favorable al acto sexual, la acción será típica”<sup>78</sup>.

Con suma lucidez lo explica CASTELLVÍ MONSERRAT: “en tanto que el tipo de agresiones sexuales no exigiría la ausencia de consentimiento, sino a la ausencia de una manifestación (clara) de dicho consentimiento, el dolo del autor no debería ir referido a la ausencia de consentimiento, sino a la ausencia de una manifestación (clara) de dicho consentimiento. Esto sería relevante en todos aquellos supuestos en los que el autor cree (sinceramente) que existe consentimiento, pero sabe que no existe una manifestación (clara) de dicho consentimiento; por ejemplo, la celebridad

de las críticas como infundadas o exageradas. GONZÁLEZ RUS, 2023, p. 1435, por su parte, llega a considerar la inclusión de una definición del consentimiento “el principal acierto de la reforma”. Vid., muy especialmente, en atención a la extensión e intensidad de la defensa, RAMON/FARALDO, 2023, passim.

<sup>76</sup> No entraré tampoco aquí, en todo caso, en los distintos significados que tiene esta palabra. Algo que, sin embargo, puede, en algunos ámbitos (no en el que ahora nos ocupa), generar malentendidos. Vid., al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2023c, en prensa.

<sup>77</sup> Es por ello que, desde luego, le asiste la razón a ESCODA MERINO, 2021, pp. 37-38, cuando al comentar la definición del consentimiento que daba el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual (que luego fue mejorada, pero que, en mi opinión, no comporta cambios a los siguientes efectos) sostiene que “lo que prima es la pretensión de evitar la existencia de tantos casos en los que el hombre no se ha preocupado por cerciorarse si la mujer que le acompañaba quería o no seguirle en la práctica sexual que pretendía. Sin embargo, esto, recuerda más a un tipo de comisión imprudente que a un delito doloso”. En este sentido, al ampliarse el ámbito del delito doloso, CUERDA/FERNÁNDEZ, 2023, pp. 1282-1285, han sostenido que, si bien la definición de consentimiento no comporta directamente ninguna vulneración de la presunción de inocencia, sí podría dar lugar a un “relajamiento” del estándar probatorio. Aunque coincido con el fondo del planteamiento, no me resulta convincente sostener que se vea afectado el estándar probatorio. Creo, por el contrario, que se mantiene incólume (“más allá de toda duda razonable”). Lo que, a mi juicio, sucede es que cambia el “objeto” de la prueba, pero porque ha cambiado también la propia conducta típica, que es la que ha de probarse, al incluirse la definición de consentimiento. Ahora es “otra cosa” (otra conducta típica diferente) lo que debe probarse más allá de toda duda razonable. En cualquier caso, la discrepancia es puramente formal porque la conclusión es la misma: se amplía el espectro de conductas que serán condenadas como agresión sexual.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, p. 31.

que acude a una cita creyéndose irresistible y, sin hacer el mínimo esfuerzo por conocer la voluntad de la otra parte, la besa sin previo aviso. Adviértase que, sin el art. 178.1 *in fine* CP, estos supuestos podrían llegar a considerarse imprudentes (y, por tanto, atípicos), pues el autor cree que la víctima consiente internamente (por ejemplo, debido a un prejuicio machista o a que nunca antes ha sido rechazado), aunque sepa perfectamente que no ha manifestado dicho consentimiento en modo alguno. En cambio, con la previsión del art. 178.1 *in fine* CP, estos supuestos serían dolosos de forma indiscutible; al fin y al cabo, el objeto del dolo no sería la ausencia de consentimiento (que es algo que el autor puede desconocer), sino la ausencia de una manifestación clara de dicho consentimiento (que es algo que el autor conoce perfectamente)”<sup>79</sup>. Suscribo punto por punto lo señalado por el citado autor.

Reducido, pues, el ámbito de lo que hasta 2022 constituía conceptualmente una “agresión imprudente”, ¿qué espacio quedaría ahora para ella? Hoy sería imprudente la conducta de quien cree erróneamente que la víctima ha expresado de manera libre “actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Siguiendo la muy sugerente exposición de LASCURAÍN SÁNCHEZ, destacaré las mismas palabras de las que él se sirve: *manifestado, actos, expresen, clara*<sup>80</sup>. Parece difícil errar acerca de la concurrencia de dichos elementos<sup>81</sup>.

### **7. Objeción séptima: razones genéricas para la punición excepcional de la imprudencia**

He tenido ya ocasión de señalar por qué creo que la inclusión de un tipo imprudente de agresión sexual generaría múltiples problemas y por qué considero, además, que no solucionaría ninguno (que no sería necesaria, en definitiva). A continuación, voy a señalar algunos argumentos accesorios que pueden, creo, terminar de perfilar la tesis sostenida en este trabajo.

Pretendo ahora señalar que los argumentos que, en abstracto, se emplean para restringir el ámbito de los delitos imprudentes valen también, en concreto, para el ámbito de los delitos sexuales. En este sentido, es un justificado lugar común que el castigo de la imprudencia ha de ser excepcional. Dicha discusión, especialmente viva

<sup>79</sup> CASTELLVÍ MONSERRAT, 2023b, en prensa.

<sup>80</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, p. 55.

<sup>81</sup> El propio LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, p. 60, reconoce que “[e]ste error será menos frecuente pero no quedará excluido por el hecho de que el consentimiento deba manifestarse mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona de realizar un acto sexual, pues el sujeto puede equivocarse también en la interpretación como claras de palabras o actos de la víctima”. A mi juicio, sin embargo, le concede demasiado poco peso a esa idea. El autor de una agresión sexual, para incurrir en un auténtico error sobre el consentimiento, habrá de errar sobre un consentimiento *verdaderamente* claro y manifestado (porque si no se ha manifestado claramente el consentimiento, con independencia de cómo interprete el suceso el autor, el sujeto sabe que lleva a cabo una conducta típica “contacto sexual sin consentimiento claramente manifestado”; no basta con que crea que concurre, *en el fondo*, “consentimiento”, debe creer que concurre un “claro consentimiento”, *en la superficie*, es decir, exteriorizado). Y si el consentimiento resulta *verdaderamente* claro y manifestado parece que el error quedaría, casi por definición, excluido.

a raíz del conflicto entre el anterior modelo de *numerus apertus* y el vigente de *numerus clausus*, dejó razonablemente claro que, en atención al principio de *ultima ratio*, no se debían perseguir todas las conductas imprudentes<sup>82</sup>.

Nótese que, aunque puede ser preventivamente útil<sup>83</sup>, el castigo de la imprudencia restringe sobremanera la libertad de los ciudadanos. En un ordenamiento jurídico en el que solo se castigasen delitos dolosos, uno tendría la seguridad de no acabar con sus huesos en prisión con solo no *querer* cometer delitos. Al incluirse en el ordenamiento jurídico el castigo de delitos imprudentes el mensaje al ciudadano es claro: “no solo importa lo que tú quieras, también debes preocuparte de no lesionar los intereses de terceros *sin querer*”. Por lo tanto, aunque ambas conductas (dolosa e imprudente) comparten un núcleo común, la imprudente resulta mucho más incisiva para la libertad del ciudadano. Al fin y al cabo, el castigo por imprudencia obliga a *ordenar* tu vida de un modo en que no generes peligros para los demás, mientras que el castigo por delito doloso solo obliga a no *perseguir* el daño para los demás.

Castigar imprudencias protege bienes jurídicos precisamente por ello. Como lo haría, por cierto, el establecimiento de una responsabilidad objetiva. No es cierto que, como a veces se dice, esta clase de responsabilidad no tenga efectos preventivos. Si, por ejemplo, se estableciera la pena de muerte a quien accidentalmente pisara el pie a un extraño en el metro, seguramente los pisotones de pies se reducirían drásticamente, ¡tanto como el número de los usuarios de metro! No es, en verdad, la falta de eficacia preventiva lo que nos hace repudiar la responsabilidad objetiva, sino la falta de orientación que nos aporta: solo tenemos una opción para no exponernos a soportar resignadamente las eventuales consecuencias, no ponernos al alcance de la norma, no coger el metro. Cuando consideramos que una disyuntiva tal resulta inasumible (porque queremos que la gente siga utilizando el metro) nos vemos obligados a reducir el alcance de la norma: ya no será delictivo pisar *accidentalmente* el pie de otro, sino pisar el pie de otro cuando se *ha generado indebidamente un riesgo* de hacerlo. Si queremos ampliar todavía más la libertad de quienes usan este medio de transporte, podremos restringir más el alcance de la norma y exigir para su aplicación que se haya pisado *intencionalmente* el pie de otro usuario.

De este modo se aprecia el núcleo del problema: cuanto más nos alejemos de la prohibición de conductas estrictamente dolosas, más incisivas serán las normas en la libertad general y menos opciones habrá de llevar una vida ajena a riesgos penales. Como nuestro ordenamiento se basa en un principio de libertad general se excluye, de entrada, la responsabilidad objetiva. Y precisamente por ello se debe reducir al mínimo también la punición de conductas imprudentes.

<sup>82</sup> Vid., más ampliamente, DAUNIS RODRÍGUEZ, 2018, p. 74.

<sup>83</sup> Y es que, como recuerda PÉREZ MANZANO, 1990, p. 158, y veremos en mayor detalle a continuación, “la inhibición pretendida por la pena puede ir dirigida a la conducta base peligrosa, o a motivar su realización con mayor diligencia”. En definitiva, cuando se admite la modalidad imprudente de un delito estamos (ahora en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, p. 305) ante una “estrategia mediata de protección”.

Razones de esta índole hicieron que el Legislador se decantara por un modelo de *numerus clausus* en el nuevo Código. Dicha decisión, a mi juicio, merecía y merece ser aplaudida. Sin embargo, como ya tempranamente alertara SILVA SÁNCHEZ, “un sistema de *numerus clausus* con profusión de tipos imprudentes será más respetuoso con el principio de taxatividad, pero no aportará grandes novedades en el plano material del grado de intervención del Derecho penal. En cambio, un sistema de *numerus apertus* con una importante restricción de la sanción penal de delitos imprudentes, supone un claro avance en la línea de un Derecho penal orientado a principios de fragmentariedad e intervención mínima. Una valoración del sistema concretamente adoptado requerirá, pues, la previa determinación de si se han seleccionado convenientemente los tipos que admiten la comisión imprudente, atendiendo del modo preciso a los principios de merecimiento de pena y de necesidad de pena”<sup>84</sup>.

Creo que no es posible estar en desacuerdo con esta afirmación y es que es preciso no caer en la complacencia de sentirse cómodo con la etiqueta simpática “*numerus clausus*”, permitiendo que, en la práctica, conduzca a resultados más insatisfactorios que aquellos que comportaba la etiqueta “*numerus apertus*”. No debe ser una discusión de etiquetas, sino de espacios de libertad. Y lo cierto es que, poco a poco, nos acercamos cada vez más a la punición indiscriminada de la imprudencia. Y eso aun cuando el propio SILVA SÁNCHEZ ya alertaba entonces de que “la realidad del nuevo Código penal es de una relativa abundancia de los supuestos de incriminación culposa”<sup>85</sup>. No parece que hoy la situación sea mejor que entonces y no parece que mañana la situación vaya a ser mejor que hoy.

En este sentido, la tipificación de una modalidad imprudente de agresión sexual sería un paso más (seguramente no el más injustificado) en esa sobre-punición de conductas imprudentes. También por estas razones creo que dicha propuesta de tipificación debería ser rechazada. En cualquier caso, soy consciente del limitado alcance de este argumento y es que soy bastante escéptico con respecto al peso que en una discusión penal pueden tener consideraciones como estas que, a la postre, se remiten a algo muy próximo al juicio de proporcionalidad<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 93. Y es que ya antes, en ese mismo texto, señalaba acertadamente que “en el plano teórico cabría que un sistema de incriminación abierta castigara menos que otro de incriminación cerrada si aquél se interpretara muy restrictivamente y éste previera un gran número de tipos delictivos imprudentes. Pero lo cierto es que, en general, los sistemas de incriminación cerrada conllevan la reducción sustancial de los tipos delictivos imprudentes a los casos de agresión a bienes jurídicos más relevantes. Con ello, resulta que no sólo garantizan una mayor seguridad jurídica, sino que dan razón del principio de fragmentariedad” (p. 87, n. 223). Vid., en un sentido parecido, DE VICENTE REMESAL, 1999b, p. 19. Así también, FEIJOO SÁNCHEZ, 1997, p. 315, ha señalado que “aunque en general el sistema de *numerus clausus* se merezca una valoración positiva, su aplicación en la parte especial se hace merecedora también de críticas”.

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 95. En sentido parecido, DAUNIS RODRÍGUEZ, 2018, p. 78, ha señalado más recientemente que “la selección de los tipos penales que merecieron su criminalización, también en su modalidad imprudente, no fue (...) respetuosa con la idea de excepcionalidad que debía presidir el sistema de *numerus clausus*”.

<sup>86</sup> Vid., para una visión más optimista y muy bien fundamentada sobre lo que el juicio de proporcionalidad puede aportar a las discusiones sobre tipificación de nuevas figuras delictivas, VALVERDE CANO, 2023, pp. 289-376.

### 8. *Objeción octava: ¿cuál sería la pena de la agresión imprudente?*

Si digo que el Código penal español está penológicamente desnortado, no diré nada chocante<sup>87</sup>. Ni en lo referente a la proporcionalidad cardinal (cuáles han de ser las penas más graves), ni en lo tocante a la proporcionalidad ordinal (cómo ordenar las conductas delictivas dentro de la pena mínima y la máxima)<sup>88</sup>, parece haber gran coherencia. Sin embargo, no basta con constatar esta situación, sino que es preciso señalar cuál es su efecto sobre las eventuales reformas legislativas: si no se hace de un modo integral, el problema se agrava. Muy sugerente, en este punto, es el razonamiento de AGUSTINA SANLLEHÍ, que incide en que la introducción de cada figura debería conllevar una reflexión acerca de cómo se enmarca la nueva figura delictiva en el conjunto del Código<sup>89</sup>.

En este sentido, supongamos que fuera razonable introducir un tipo de agresión sexual imprudente, ¿qué pena sería apropiado asignarle? No es nada fácil responder a esta pregunta. Hoy nuestro Código penal recorre, de modo prácticamente continuo, un marco punitivo que, en lo relativo a delitos estrictamente sexuales, va de la multa de dieciocho meses (la mínima por una agresión sexual atenuada, art. 178.4 CP) a la pena de quince años de prisión (en determinadas modalidades de agresión sexual agravada). ¿Dónde anclar la pena de la agresión imprudente? ¿Qué conductas son más graves? ¿Cuáles más leves?

Responder a ello requiere, para empezar, algo que no se ha hecho todavía: señalar cuáles son los concretos delitos dolosos que habrían de tener un correlato imprudente; pues no parece razonable que la respuesta fuera “todos”. Pero una vez establecido ello habría que comprobar en qué punto se establece la pena y cómo se relaciona con otras figuras delictivas (ordenadas en una relación de continuidad que deja poco espacio para “penas intermedias”).

Además, si se parte de los posicionamientos doctrinales mayoritarios (en este punto, no sería mi caso), habría que tener cuidado con no privilegiar un eventual

<sup>87</sup> A ello habría que añadir, en cualquier caso, que, como claramente ha explicado LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 20, “[l]as penas de los delitos sexuales son ya comparativamente elevadas en relación con las penas de los delitos dolosos de homicidio y lesiones graves, y en relación a las penas que se imponen en ordenamientos como el alemán (hasta cinco la violación) o el sueco (hasta diez años). Incrementarlas aún más alejaría la regulación penal de los valores sociales, generando un efecto de desorientación. Se ha destacado además que el exceso de pena en las agresiones sexuales puede constituir en algún caso un factor de aliento para la comisión de delitos más graves. Dicho en breve y con dureza: si la pena a la que se arriesga el violador es ya muy dura —‘si me pillan, mi vida se ha acabado’—, puede merecerle la pena matar a su víctima para evitar ser descubierto”. En definitiva, como explican también ACALE/FARALDO, 2018, p. 27, “[n]o se trata de castigar siempre más y más”.

<sup>88</sup> Vid., ampliamente sobre esta distinción entre proporcionalidad ordinal y cardinal, BASSO, 2019, pp. 301-385.

<sup>89</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, 2023, p. 39, n. 1, señala lúcidamente que la cuestión “de cómo se configura la escala de penas en un sistema de derecho penal resulta decisiva para lograr una respuesta armónica (y, por tanto, justa) ante las distintas infracciones penales. No se debería, por tanto, reformar la escala de penas de un grupo de delitos sin justificar las diferencias relativas con el resto de figuras delictivas en función de una axiología que tenga en cuenta el valor de los bienes jurídicos y de los medios de ataque”.

error de prohibición con respecto al posible error de tipo. Es decir, el delito cometido en error de tipo no debería ser más severamente castigado que el cometido en error de prohibición dado que, a juicio de la mayoría de la doctrina, quien actúa en error de tipo merece menos pena (pues el desconocimiento de que se está llevando a cabo lo descrito en un tipo penal no ejerce frente a él, a diferencia de lo que sucede en el error de prohibición, donde sí se conoce tal extremo, “función de llamada” alguna)<sup>90</sup>.

Todo esto pretende únicamente señalar que la idea de tipificar un delito de “agresión sexual imprudente” en manos de un Legislador poco orientado puede ser una peligrosa bomba que genere (multitud) de efectos indeseados. Convendría, por ello, o bien concretar la propuesta, o bien renunciar a ella; máxime en un ámbito como este en el que las valoraciones sociales sobre la gravedad de una conducta en comparación con otra pueden ser extraordinariamente dispares.

### 9. *Objeción novena: ¿la lesión de la víctima es la misma?*

En contra de lo que en alguna ocasión se ha dicho, no estoy seguro de que la lesión sufrida por la víctima de un delito sexual imprudente sea idéntica a la sufrida en el caso de un delito doloso<sup>91</sup>. Desde luego, no tiene por qué serlo desde plano estrictamente civil (la existencia de reparaciones civiles ocasionalmente más elevadas a las víctimas de delitos dolosos que a las víctimas de delitos imprudentes —en lo que constituye una suerte de “recargo civil por dolo”— es una prueba de ello<sup>92</sup>). En cualquier caso, no pretendo ahora mezclar planos distintos (civil y penal) que responden a lógicas muy diferentes<sup>93</sup>, sino solo señalar que, en determinados delitos, la intención del autor importa a la hora de configurar el propio daño.

Es cierto que el razonamiento no es sencillo. Evidentemente, en el plano objetivo la conducta puede ser idéntica. Pero la conducta no solo se valora (ni por la sociedad en su conjunto, ni por la víctima concreta) desde una perspectiva objetiva. En esto, me hago cargo, reinaría acuerdo: por eso castigamos menos los delitos imprudentes que los dolosos. Lo que quiero señalar ahora es que hay delitos que tienen un componente altamente personal que hace que la actitud del propio autor dé lugar a un injusto (objetivo) variable<sup>94</sup>. Comparemos, para verlo mejor, el delito de injurias con

<sup>90</sup> Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, 2016, pp. 269-270.

<sup>91</sup> Así, BOIX REIG, 1979, p. 312, en relación con el estupro fraudulento, como argumento para admitir el castigo de la comisión culposa de tal delito.

<sup>92</sup> Vid., sobre ello, ALONSO/PUENTE, 2020, p. 787.

<sup>93</sup> Vid., amplia y muy fundamentadamente al respecto, PANTALEÓN DÍAZ, 2022, pp. 47-83. Vid., también, de modo más sintético, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2023, p. 479.

<sup>94</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, 2022, p. 184, lo explica con claridad cuando señala que “[e]n la mayor parte de los bienes, las circunstancias que condicionan la lesividad de un hecho para los bienes jurídicos son puramente objetivo-externas, ya que los bienes se plasman en objetos materiales que se lesionan por hechos físicos. Hay, sin embargo, dos situaciones en las que la propia lesividad del hecho depende de la presencia de elementos subjetivos”. Una de ellas, la que ahora nos importa, sería aquella que comprende “los casos de agresiones a bienes jurídicos que tienen que ver con las relaciones interpersonales (honor, libertad sexual, etc.). Un niño muy pequeño o un loro pueden, en ciertas condiciones, causar una lesión corporal a alguien, pero difícilmente

el de lesiones. Obviamente, si alguien me pisa el pie y me produce una lesión, la lesión es la misma con independencia de la voluntad del autor (y esta última servirá, lógicamente, para graduar su pena). Pero en una injuria efectuada imprudentemente (por alguien, por ejemplo, que está aprendiendo un idioma) no es que esa imprudencia deba tenerse en cuenta solo en la medición de la pena, es que *resignifica* el hecho. Por eso, precisamente, suele ser requerido un elemento subjetivo específico: el *animus iniurandi*, que presupone una actuación dolosa. El honor de quien es imprudentemente injuriado no se ve igualmente lesionado que el de quien es dolosamente injuriado.

Creo que es posible que con los delitos sexuales pase algo parecido, aunque lo sostengo solo mientras el conocimiento criminológico disponible no lo desmienta. Me parece factible que una persona que es agredida sexualmente de modo imprudente no sienta su libertad sexual tan limitada como aquella persona que es agredida dolosamente. No me refiero ahora a que sea preciso “ánimo lúbrico” alguno<sup>95</sup>, sino a algo más fácilmente asumible: que una porción del injusto de los delitos sexuales tiene que ver con la instrumentalización de una persona por parte de otra (con propósito lúbrico o de otro tipo) para la satisfacción de sus propios intereses y que ello difícilmente se hallará presente en aquellos casos en que el “autor” del delito cree que los intereses de ambas partes se encuentran alineados<sup>96</sup>.

lesionar el honor, por más que puedan repetir sin sentido una expresión en otro contexto ofensiva, y ello tiene que ver con el hecho combinado de que la víctima no concede al ‘agresor’ un estatus de par, de manera que su opinión pueda afectar a la relación interpersonal, y de otro lado a que sabe que el ‘agresor’ no atribuye a su hecho ninguna finalidad injuriante”. Comparto, como se verá, plenamente tales razonamientos. Es una pena, sin embargo, que el autor citado, aunque incluya los delitos contra la libertad sexual entre aquellos que se ven condicionados por las “relaciones interpersonales”, no desarrolle este extremo.

<sup>95</sup> En cualquier caso, me resulta convincente en este punto el planteamiento de PÉREZ ALONSO, 2019b, p. 21, conforme al cual, en los casos de conductas “sexualmente equívocas”, “sí que podría tener un espacio de juego el ánimo libidinoso del autor no como elemento subjetivo del injusto sino como criterio de valoración adicional”. Y es que, en opinión del autor (que aquí se comparte), “el ánimo libidinoso no debe operar como un elemento subjetivo adicional del tipo que condicione la existencia del delito, sino como un criterio ulterior de determinación de la naturaleza sexual del acto lúbrico llevado a cabo en los supuestos que comporten una situación de equívocidad sexual o que revistan una escasa gravedad. Es un criterio complementario a los objetivos y circunstanciales ya apuntados para los casos de duda sobre la connotación sexual de la conducta, pues averiguar si el autor actuó con la intención de satisfacer e imponer su instinto sexual puede ser decisivo en los casos sexualmente equívocos”. Quizás sea posible encontrar un precedente de esta postura en autores que, como DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 104, sostenían que la razón de que la mayoría de la doctrina exigiera elementos subjetivos como el ánimo libidinoso residía en “[l]a extraordinaria equívocidad del comportamiento típico”. En este sentido, según apunta RAGUÉS I VALLÉS, 2023b, p. 139, “[e]n aquellos casos en que resulta dudosa la naturaleza sexual de la acción, los tribunales tradicionalmente han decidido acerca de la existencia de un atentado sexual en función de si el contacto se ha realizado con ánimo lúbrico o lascivo por parte del sujeto activo”.

<sup>96</sup> Sostiene que este componente de instrumentalización-despersonalización sería, precisamente, lo característico de los delitos sexuales, PÉREZ DEL VALLE, 2023, pp. 72-73. Muy interesantes resultan también las consideraciones de TURIENZO FERNÁNDEZ, 2023, que al hilo de los llamados “casos puros” (supuestos en los que “la víctima ignora que ha sido victimizada, con lo cual, no padece ningún tipo de daño psíquico a raíz del fenómeno delictivo”, p. 501), considera que el “[q]ue brille por su ausencia aquel daño psíquico que habitualmente acompañaría al hecho principal en modo alguno haría desaparecer la subyacente lesión de aquel bien jurídico amparado por el tipo penal preferente” (p. 495). Y es que, a su juicio (p. 507), no habría que

En cualquier caso, especular acerca de cómo puede sentir una víctima su agresión es, desde luego, delicado. Me conformo, entonces, con sostener que, precisamente porque es delicado, no puede ser empleado como un argumento en contra de la tipificación imprudente, ¡pero tampoco a favor!

#### 10. *Objeción décima: la prueba del consentimiento*

Esta última objeción no se dirige propiamente frente a la tipificación de la “agresión sexual imprudente”, sino frente a la pretensión (no formulada, pero que a la luz de lo escrito en los últimos años alguien podría llegar a tener) de que esta sirviera para reducir la revictimización y atemperar el “calvario probatorio” que ha de recorrer la víctima. Pues bien, creo que la tipificación de esta conducta no facilitaría nada estos aspectos; como creo, también, que ninguna de las últimas reformas penales lo ha hecho (ni podría hacerlo)<sup>97</sup>. Y es que coincido plenamente con GONZÁLEZ TASCÓN en que “todo intento de eludir un problema de naturaleza probatoria, como es la existencia o no de consentimiento, a través de la redacción de la norma penal se encuentra ante un callejón sin salida en los sistemas penales regidos por el derecho a la presunción de inocencia y el principio acusatorio”<sup>98</sup>.

El punto de partida de la siguiente reflexión es que el problema central de los delitos sexuales es (y ha sido siempre) el de la prueba del consentimiento<sup>99</sup>. Y es

rechazar que “el placer y el dolor sean lo único relevante en la medición del bienestar personal”, porque “el bienestar de alguien (...) cabrá perjudicarlo afectando otros elementos que también quepa estimar relevantes (p. ej., la libertad sexual: se cause o no dolor)”. En definitiva, en su opinión, “la experiencia subjetiva importa, de modo que resulta relevante si la víctima experimenta o no dolor, pero no es lo único que importa, razón por la cual, seguiría produciéndose un empeoramiento de su bienestar individual aun cuando no sufra por desconocer lo que ha sucedido, justo como ocurre en los ‘casos puros’” (p. 508). Me parece que los planteamientos de los dos autores previamente citados en esta nota podrían ser sencillamente combinados y que se vería recíprocamente robustecidos. Vid., en cualquier caso, para una severa (y convincente) crítica a planteamientos próximos a lo sostenido por el último de los autores citados, MAÑALICH RAFFO, 2014, pp. 35-39. Y es que, como es apuntado en este último trabajo, parece difícil evitar que una concepción tal como la de “bienestar” no termine desembocando en concepciones morales rechazables acerca de lo que la sexualidad significa. Por esta y otras razones considera MAÑALICH RAFFO preferible identificar el fundamento del castigo de las agresiones sexuales en la idea de “autonomía personal” en conexión con la “no dominación” (pp. 39-44).

<sup>97</sup> Vid., en contra de la última afirmación, ACALE SÁNCHEZ, 2019, p. 483, que considera que “la unificación de las agresiones y abusos sexuales en una sola figura delictiva tiende a evitar la revictimización que sufren muchas víctimas que interponen la denuncia y que comprueban cómo durante los distintos interrogatorios se invade su privacidad hasta el punto de poder distinguir hasta el más mínimo detalle del acto sexual impuesto”. Vid., en un sentido muy parecido, GILI PASCUAL, 2021, p. 130, y GONZÁLEZ RUS, 2021, p. 7, y 2023, pp. 1435-1436. También JERICÓ OJER, 2020, p. 18, considera que “la inclusión de las distintas modalidades de ataque a la libertad sexual en una sola categoría atenúa (lo que no significa evidentemente que elimina), las dificultades probatorias”.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, p. 32. En alusión expresa a la inclusión de la definición del consentimiento en el Código penal ha sostenido TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 29, a mi juicio de modo también correcto, que “la inclusión de una definición viene a concretar en qué consiste consentir para el legislador, pero no disminuye las dificultades probatorias, en particular, cuando el peso de la prueba de cargo recaiga únicamente sobre el testimonio de la denunciante”.

<sup>99</sup> BACIGALUPO ZAPATER, 2019, p. 874, señala como, desde antiguo, se reconoce que los delitos sexuales pueden generar, en la práctica “complejos problemas de prueba”.

más: el de la prueba del consentimiento en escenarios en los que, habitualmente, solo habrá dos personas presentes (autor y víctima). Da igual cómo se regule la conducta típica: el acervo probatorio pivotará siempre en torno a la declaración de la víctima. Y ello por la sencilla razón de que o pivota sobre su declaración o pivota sobre la del autor, porque, con frecuencia, no hay nada más sobre lo que pueda pivotar<sup>100</sup>. Por un lado, parece difícil que la declaración del autor (por lo general) vaya a ser una buena prueba frente a sí mismo y, por otro lado, sería inconstitucional que tuviera que probar él su inocencia (como se reconoce por toda la doctrina). Así, como ha dicho MORILLAS FERNÁNDEZ, el problema probatorio “siempre va a estar ahí, independientemente de la regulación legal, ya que la verificación del consentimiento en ámbitos tan personales no deja de ser un elemento probatorio respecto de dos personas (sujeto activo y pasivo) que presentan versiones contrapuestas”<sup>101</sup>.

De manera ingeniosa, uno de los mayores expertos en nuestro país sobre Derecho penal y libertad sexual, GONZÁLEZ RUS, ha criticado que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en un robo con intimidación, el proceso de prueba se centre en la declaración de la víctima y no en el propio autor del delito<sup>102</sup>. Creo, sin embargo, que dicho planteamiento pasa algunas cosas por alto. La fundamental es el concepto de “duda razonable”. En un proceso penal para enervar la presunción de inocencia es preciso que no exista una duda razonable. O, dicho de otra manera: es preciso que no exista una explicación alternativa del suceso que resulte mínimamente creíble. Pues bien: todavía no he conocido a nadie que done a un desconocido por la calle su cartera con su DNI o su teléfono móvil sin hacer, al menos, una copia antes de sus contactos. Apostaría a que el lector de este artículo tampoco lo ha hecho. Sin embargo, en aquellos casos en los que la prueba de un delito sexual es difícil (no, claro, aquellos donde la hipótesis alternativa resulta prácticamente inimaginable) las cosas no son de este modo. El autor de estas páginas (y vuelvo ahora a apostar, también el lector) conoce a personas (varias) que han mantenido relaciones sexuales consentidas en contextos solitarios, extraños o, si se quiere, sórdidos con personas a las que apenas conocen (o ni siquiera). O, al menos, sabe que existen. ¿Es irrazonable (como

<sup>100</sup> Le asiste la razón a ÍÑIGO CORROZA, 2022, p. 187, cuando señala que la existencia de consentimiento (en general, sin referirse específicamente a delitos sexuales) debe ser valorada por el juez “teniendo en cuenta el contexto intersubjetivo, que incluye al titular del bien jurídico, al tercero que afecta al bien jurídico y la naturaleza del bien jurídico de que se trate”. Pero precisamente en este ámbito, el de los delitos sexuales, parece que “la naturaleza del bien jurídico” (libertad sexual) tiene poco que aportar, dado que su naturaleza es, por concepto, “abierto” (libertad de hacer una cosa o la contraria).

<sup>101</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, 2021, p. 29.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ RUS, 2021, p. 4. Para una más nítida comprensión de lo que allí se dice, reproduzco su literalidad: “[p]ersonalmente creo —y así lo tengo dicho desde hace años— que ya es tiempo de que la agresión sexual se interprete y aplique como, pongo por caso, el robo con intimidación, en el que todavía ni a doctrina ni a jurisprudencia se nos ha pasado por la cabeza situar el debate probatorio y jurídico en si la víctima se resistió o no al apoderamiento, y por qué, o si la intimidación fue bastante o no para anular su voluntad de resistencia, y demás coletillas que campan con toda naturalidad por el territorio de la violación y de las agresiones sexuales. Y también requieren estos delitos voluntad contraria del sujeto y presencia de violencia o intimidación”.

máxima de experiencia), por ejemplo, que dos personas que apenas se conocen practiquen sexo consentido una noche en un rincón oscuro de un parque? Si la respuesta, como creo, es que no es irrazonable, si ese es el *único* dato que tenemos, hay duda razonable. No hay más. Y si queremos disipar esa duda, tenemos que preguntar. ¿A quién? Con frecuencia solo hay dos opciones: autor y víctima. Y no será fácil disipar esa duda preguntando al autor de una agresión sexual que se expone a varios años de cárcel si el encuentro fue consentido o no.

Otro tanto pasa con la intimidación (y no en el mismo grado, aunque también, con la violencia). La intimidación puede no ser un elemento del tipo básico (como no lo era antes en el delito de abuso), pero si se quiere emplear como criterio para determinar la pena (o, antes, para acudir al tipo de agresión frente al de abuso), habrá que probarla. Y eso pasará en multitud de ocasiones. Así, como ha señalado, de nuevo, GONZÁLEZ TASCÓN, “es evidente que la vía construida sobre la más loable intención de evitar la revictimización sexual puede resultar inoperativa en la práctica por la imperativa salvaguarda del principio de proporcionalidad de la pena que obligará a que se siga teniendo que descender a los detalles del hecho para ajustar la gravedad de la pena a la gravedad del delito salvo que la acusación se conforme con la aplicación de la pena en su límite mínimo que es el único caso que hace innecesario que el juez fundamente la pena individualizada”<sup>103</sup>. O, en palabras ahora de LASCURAÍN SÁNCHEZ, “[u]n atentado sexual consiste básicamente en una relación sexual impuesta. Si tal conducta de imposición se le imputa a alguien y para su condena ha de ser plenamente probada, habitualmente no va a haber más remedio que recabar el consentimiento de quien se dice víctima, y va a ser también ineludible que se le pregunte acerca de los dos elementos esenciales del delito: si hubo relación sexual y de qué tipo, y si consintió tal relación y en su caso cómo la consintió. Señalo esto porque se ha tratado de justificar las novedades básicas del nuevo delito (indiferenciación de los atentados sexuales y caracterización del consentimiento) en la pretensión de evitar daños psicológicos y morales añadidos a la víctima”<sup>104</sup>. A mi juicio, el planteamiento del citado autor no puede sino ser plenamente suscrito.

En buena parte de casos, la prueba pasará por la víctima y solo por la víctima. Esto, verdaderamente, es una lástima. Y que nuestro ordenamiento no pueda hacer nada (o muy poco) por remediarlo es algo que debe, desde luego, hacernos sentir extremadamente solidarios con ella<sup>105</sup>. Pero en un encuentro sexual privado entre dos

<sup>103</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, 2023, p. 26. En un sentido parecido, advierten lúcidamente DIAZ/TRAPERO, 2023b, p. 12, de que “[t]ambién en el actual art. 178.2 CP (anterior ya a la contrarreforma) se señala que será siempre agresión sexual el acto sexual realizado utilizando violencia o intimidación; ¿cómo se va a saber tal cosa si no se prueba la violencia o intimidación? ¿Por qué en ese caso no existiría el ‘calvario probatorio’ para la víctima que se achaca al ‘CP de la Manada’?”. Y es que, como señalan más adelante, “para que la pena se ajuste a la gravedad del hecho, es preciso que esto [la violencia o intimidación] se pruebe en el proceso penal”.

<sup>104</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2023, p. 57.

<sup>105</sup> Los ajustes que verdaderamente cabe hacer ya se han hecho, con mejor o peor fortuna, en la LECrim. y se orientan a la forma en que se practica la prueba y la protección de datos de carácter personal. Véanse, por

personas no hay mucho más a lo que podamos agarrarnos para seguir un proceso penal.

Esto mismo pasaría de introducirse un tipo penal imprudente y por eso he querido dedicarle una última “objeción”. Alguien podría creer que al no tener que probarse el “dolo” se facilitaría el proceso probatorio. Pero no es cierto. De hecho, es posible, incluso, que se recrudezca la dureza de ese proceso para la víctima<sup>106</sup>. Dado que ya no importará el dolo del autor, habrá que dedicar más atención a la “infracción de los deberes objetivos de cuidado” y menos a lo que sucedía en la cabeza *del autor*. Dejo para el lector la representación mental de la declaración de víctima y acusado en un proceso en el que el acusado sostenga, sencillamente, que la víctima dijo expresamente que sí consentía y haya que indagar acerca de cuáles son (y cómo se infringieron, en su caso) los deberes de cuidado<sup>107</sup>.

#### IV. Conclusiones

A lo largo de estas páginas he tratado de rebatir la propuesta de un sector doctrinal que resulta mucho más razonable de lo que, no obstante, parece la primera vez que se escucha (o lee). Tan razonable es que ya ha existido antes en España, que existe en otros países y que quienes la han defendido son todos autores a los que hay que leer y escuchar siempre con atención. Sin embargo, como he tratado de poner de relieve, dicha propuesta genera efectos perniciosos en la práctica penal, apenas resuelve casos que den lugar a escenarios que puedan calificarse verdaderamente de “impunidad irrazonable”, si es que lo hace, y presenta, también, otra serie de problemas de naturaleza heterogénea<sup>108</sup>.

No tiene sentido insistir ya en la deriva en la que se ve inmersa el Derecho penal, en general, y el Derecho penal sexual, en particular, en las últimas décadas<sup>109</sup>. Creo

ejemplo, los arts. 681.3, 709 y 906 de dicho cuerpo legal.

<sup>106</sup> Algo parecido apunta que podría suceder tras la inclusión de la definición del consentimiento, TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 29.

<sup>107</sup> CUERDA/FERNÁNDEZ, 2023, p. 1279, dejan abierto este mismo interrogante cuando se preguntan “¿cómo se articula la prueba acerca de la falta de cumplimiento de ese eventual deber [de asegurarse de que la otra parte se halla en condiciones adecuadas para consentir la relación sexual]?”.

<sup>108</sup> Conviene así plantearse con DÍEZ RIPOLLÉS, 1981, p. 247, que “si la punición de una conducta causa, en último término, más daños que beneficios a la sociedad y a los individuos que la componen, dado que, si así es, la utilidad de su penalización reside en que, por más que exista un bien jurídico digno de protección, puede suceder que la vía jurídico-penal sea poco adecuada para tal fin en cuanto que la punición de tal conducta origina unos efectos adicionales o complementarios considerados como perjudiciales y de mayor entidad que los beneficios que la punición comporta (...) Entre estos efectos adicionales o concomitantes que la penalización origina, y que pueden hacer en algunos casos que se replantee la oportunidad de penar una conducta, se encuentra la posibilidad de chantajes, la pérdida de consideración social, el empeoramiento de la situación económica propia y de su familia, la aparición de angustias y desequilibrios a nivel personal...”. Y es eso, en definitiva, lo que he tratado de hacer en este trabajo.

<sup>109</sup> Baste con apuntar, con TORRES FERNÁNDEZ, 2023, p. 21, que “[l]os delitos sexuales son uno de los grupos de infracciones que más reformas acumula desde la aprobación del vigente Código Penal”. O con señalar, con GARCÍA PÉREZ, 2005, p. 232, que “[p]robablemente no exista otro sector en el Derecho penal español que desde el año 1978 haya experimentado tantas reformas como el relativo a los delitos de índole

que, efectivamente, la tipificación del delito de agresión sexual imprudente se puede ya avizorar en el horizonte y creo, también, que no es algo que se deba celebrar<sup>110</sup>.

Tan solo es preciso esperar a que un caso con cierta proyección mediática sea resuelto por el órgano encargado de su enjuiciamiento aplicando el error de tipo para que este debate se ponga sobre la mesa con toda la intensidad (¿demasiada?) con la que los debates político-criminales son últimamente abordados. Por eso, y porque cuando ello suceda (como también viene siendo habitual) la polémica se resolverá en cuestión de meses, he creído oportuno expresar los argumentos que me llevan a oponerme a esa eventual modificación del Código penal en la (¿vana?) esperanza de que puedan servir de algo. Ojalá pueda convencer o ser convencido. Tanto da. Pues significará que, como otras veces, el empeño colectivo por construir un Derecho penal más razonable se habrá visto reforzado.

## Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.; FARALDO CABANA, P. (2018), “Presentación”, en Faraldo Cabana; Acale Sánchez (dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, pp. 11-30.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2019), “La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género”, en Monge Fernández (dir.): *Mujer y derecho penal*, Barcelona, pp. 215-254.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021), “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, n. 5, pp. 467-485.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2023a), “Artículo 178”, en Cuerda Arnau (dir.): *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Valencia, pp. 1202-1214.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2023b), “Artículo 181”, en Cuerda Arnau (dir.): *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Valencia, pp. 1231-1239.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2023), “Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la ‘confusión típica’ a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo del sistema de penas”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 37-50.

sexual”. Vid., para una descripción de todo este proceso de continuas reformas, CUERDA/FERNÁNDEZ, 2023, pp. 1270-1272.

<sup>110</sup> Considero, por el contrario, que la reforma más urgente (que no afectaría solo a este sector del ordenamiento) la señala con precisión DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, p. 28: “lo que el derecho penal sexual español necesita en estos momentos es una sustancial rebaja de penas, las cuales han alcanzado, tras las sucesivas reformas, unos niveles inaceptables desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, cuando no del de humanidad”. También, en sentido parecido, ATIENZA RODRÍGUEZ, 2018, p. 7, BOLDOVA PASAMAR, 2019, pp. 2 y 11, y RAMÍREZ ORTIZ, 2018, p. 19. Vid., especialmente, para una muy gráfica exposición del “efecto acumulado” de las últimas reformas en la materia, DÍAZ/TRAPERO, 2023b, pp. 39 y ss. Conviene no olvidar, en definitiva, como nos recuerda ACALE SÁNCHEZ, 2019, p. 238, que “[l]a respuesta que al día de hoy ofrece el Código penal para el delincuente sexual es una respuesta más dura que la que se ha ofrecido en cualquier otro momento histórico”. Lo que después le lleva a sostener, con evidente acierto, que “la reforma que se merece el Código en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” es una que disminuya su carga punitiva (p. 240). Y es que, además, el “show punitivista” al que asistimos últimamente en este ámbito sirve, por paradójico que pueda parecer, para encubrir las causas de esta forma de violencia y para ocultar la necesidad de acudir también a otras vías que puedan contribuir a paliar el problema (en este sentido, JERICÓ OJER, 2019, p. 304).

- ALONSO GALLO, J.; PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2020), “Responsabilidad civil derivada del delito”, en Molina Fernández (dir.): *Memento Penal 2021*, Madrid, pp. 769-794.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022), “La libertad sexual en peligro”, *Diario La Ley*, n. 10007, pp. 1-18.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2018), *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n. 92, pp. 5-10.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (2019), “Sobre el concepto de violencia en el delito de agresión sexual (comentario de la SAP de Navarra nº 38/2018, de 20.3)”, en Cancio Meliá; Maraver Gómez; Fakhouri Gómez; Guérez Tricarico; Rodríguez Horcajo; Basso (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, Madrid, pp. 865-877.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1995), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª ed., Madrid.
- BASSO, G. J. (2019), *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid.
- BOIX REIG, J. (1979), *El delito de estupro fraudulento*, Madrid.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2019), “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como ‘caso de La Manada’”, *Diario La Ley*, n. 9500, pp. 1-15.
- CAMARENA GRAU, S. (2021), “Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín de la comisión penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, pp. 39-46.
- CANCIO MELIÁ, M. (1996), “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, *Diario La Ley*, n. 6, pp. 1-16.
- CANCIO MELIÁ, M. (2001), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona.
- CANCIO MELIÁ, M. (2005), “Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano. Algunas consideraciones de política criminal y de derecho comparado”, en Reyna Alfaro (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima, pp. 81-120.
- CANCIO MELIÁ, M. (2011), “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, n. 80, pp. 1-17.
- CANCIO MELIÁ, M. (2022), “Delitos contra la libertad sexual”, en Molina Fernández (dir.): *Memento Penal 2023*, Madrid, pp. 1079-1126.
- CANCIO MELIÁ, M. (2023), “La reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Lascuraín Sánchez; Peñaranda Ramos (coords.): *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid, pp. 105-121.
- CARMONA SALGADO, C. (1981), *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona.
- CARUSO FONTÁN, M. V. (2006), *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia.
- CARUSO FONTÁN, V. (2020), “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, *Diario La Ley*, n. 9594, pp. 1-13.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C.; MÍNGUEZ ROSIQUE, M. (2021), “Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealth*”, *Diario La Ley*, n. 9962, pp. 1-13.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (2023a), “¿Violaciones por engaño?: sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, *InDret*, n. 4, en prensa.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (2023b), “Delitos contra la libertad sexual”, en Corcoy Bidasolo; Gómez Martín: *Comentarios al Código penal*, Valencia, en prensa.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (2023c), “¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales”, en prensa.

- COCA VILA, I. (2022), “El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre”, *InDret*, n. 4, pp. 294-308.
- COCA VILA, I. (2023), “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, *InDret*, n. 3, pp. 430-466.
- CORRECHER MIRA, J. (2018), *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Valencia.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2018), “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en Faraldo Cabana; Acale Sánchez (dirs.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, pp. 103-132.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2022), “La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *InDret*, n. 2, pp. 88-131.
- CUERDA ARNAU, M. L.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (2023), “Legalidad, presunción de inocencia y prohibición de exceso en la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en Muñoz Sánchez; García Pérez; Cerezo Domínguez; García España (dirs.): *Estudios político-criminales, jurídico-penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, pp. 1269-1287.
- DANUNIS RODRÍGUEZ, A. (2018), “Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento penal español”, *Revista Penal*, n. 41, pp. 73-90.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2023), “Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 107-121.
- DE VICENTE REMESAL, F. J. (1986), “Violación-estupro: error sobre la edad de doce años”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, pp. 75-122.
- DE VICENTE REMESAL, F. J. (1987), “Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial”, *Poder Judicial*, n. 8, pp. 75-96.
- DE VICENTE REMESAL, F. J. (1999a), “Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?”, en Luzón Peña; Mir Puig (dirs.): *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, pp. 113-153.
- DE VICENTE REMESAL, F. J. (1999b), “La regulación de la imprudencia en el Código penal”, *Revista Xurídica Galega*, n. 23, pp. 13-31.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1998), “Delitos contra la libertad sexual”, en Bajo Fernández (dir.): *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Madrid, pp. 99-138.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1999), “El error de prohibición: pasado, presente y futuro”, en Cerezo Mir; Suárez Montes; Beristain Ipiña; Romeo Casabona (eds.): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; TRAPERO BARREALES, M. A. (2016), “La ‘edad de consentimiento sexual’ en la reforma del Código penal de 2015”, en Bacigalupo Saggese; Feijoo Sánchez; Echano Basaldua (coords.): *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, pp. 871-894.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; TRAPERO BARREALES, M. M. (2023a), “Determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento sexual, ¿es atípico o constituye una agresión sexual?”, en Lascaraín Sánchez; Peñaranda Ramos (coords.): *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid, pp. 141-159.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; TRAPERO BARREALES, M. M. (2023b), “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*, n. 25, pp. 1-51.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1981), *El Derecho Penal ante el sexo. (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*, Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1985), *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019), “Alegato contra un Derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21, pp. 1-29.
- ESCODA MERINO, M. (2021), “Una ley necesaria, que necesita mejorar”, *Boletín de la comisión penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, pp. 34-38.
- ESQUINAS VALVERDE, P. (2022), “El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (Art. 181 CP)”, en Marín de Espinosa Ceballos; Esquinas Valverde (dirs.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, Cizur Menor, pp. 141-219.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (1997), “La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de ‘lege data’ y de ‘lege ferenda’)”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 62, pp. 303-365.
- FELIP I SABORIT, D. (2000), Error iuris. *El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona.
- GARCÍA PÉREZ, O. (2005), “La regulación del Derecho penal sexual en España”, en Reyna Alfaro (dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima, pp. 229-321.
- GIL GIL, A.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2018), “A propósito de ‘la manada’: análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 77, pp. 4-15.
- GILI PASCUAL, A. (2021), “Stealthing. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 135, pp. 85-134.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2021), “La reforma de las agresiones sexuales”, *Diario La Ley*, n. 9790, pp. 1-11.
- GONZÁLEZ RUS, J. L. (2023), “Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del ‘modelo del consentimiento’”, en Muñoz Sánchez; García Pérez; Cerezo Domínguez; García España (dirs.): *Estudios político-criminales, jurídico-penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, pp. 1427-1441.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2023), “El delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 43, pp. 1-46.
- ÍÑIGO CORROZA, E. (2022), “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXXXV, pp. 167-203.
- JERICÓ OJER, L. (2019), “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal”, en Monge Fernández (dir.): *Mujer y derecho penal*, Barcelona, pp. 285-337.
- JERICÓ OJER, L. (2020), “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Boletín de la comisión de violencia de género. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, pp. 15-25.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018), “Las huellas de la manada”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 77, pp. 16-21.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2023), “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 51-62.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2023), “Acoso sexual: ¿cómo delimitar lo socialmente aceptado de lo ilícito y lo delictivo en una sociedad post #metoo?”, en Lascuraín Sánchez; Peñaranda Ramos (coords.): *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid, pp. 307-321.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1978), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona.

- LUZÓN PEÑA, D. M. (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia.
- MAÑALICH RAFFO, J. P. (2014), “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Ius et praxis*, n. 2, pp. 21-70.
- MARTÍNEZ PEREDA, J. M. (1970), *El delito de escándalo público*, Madrid.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2008), “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, pp. 113-144.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2022), “Tipo subjetivo”, en Molina Fernández (dir.): *Memento Penal 2023*, Madrid, pp. 182-184.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2005), *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Valencia.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2020), “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Valencia.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2022), “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 138, pp. 5-66.
- OLADE GARCÍA, A. (2022), “A propósito del Proyecto de reforma de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Perspectiva de Derecho Comparado”, *La Ley Penal*, n. 154, pp. 1-16.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2007), *El error de prohibición*, Madrid.
- ORTS BERENGUER, E. (1981), *El delito de violación*, Valencia.
- PANTALEÓN DÍAZ, M. (2022), *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Madrid.
- PERAMATO MARTÍN, T. (2020): “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”, *Boletín de la comisión de violencia de género. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, pp. 3-14.
- PÉREZ ALONSO, E. (2019a), “La prueba del dolo (eventual) y del error de tipo sobre la edad de la víctima en la jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 127, pp. 5-55.
- PÉREZ ALONSO, E. (2019b), “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *InDret*, n. 3, pp. 1-43.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2022), “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, *Diario La Ley*, n. 10045, pp. 1-9.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2023), “Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 63-77.
- PÉREZ MANZANO, M. (1990), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2023a), “El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 95-106.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (2023b), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Silva Sánchez (dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Barcelona, pp. 135-164.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2018), “Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de ‘La Manada’”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n. 92, pp. 11-25.
- RAMON RIBAS, E.; FARALDO CABANA, P. (2023), “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 79-94.
- RAMOS TAPIA, M. I., (2015), “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el proyecto de reforma de 2013 y a su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte; Aguado Correa (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del*

- Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2023), “El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 167-177.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., (2023), “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en Agustina (coord.): *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, Barcelona, pp. 21-36.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. (2022), “¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira”, en Gómez Martín; Bolea Bardon; Gallego Soler; Hortal Ibarra; Joshi Jubert (dirs.): *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, pp. 1433-1446.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. (2023), “‘Ojos que no ven, corazón que no siente’: los llamados ‘casos puros’”, *InDret*, n. 3, pp. 467-518.
- VALMAÑA OCHAITA, S. (2022), “La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal”, *La Ley Penal*, n. 159, pp. 1-23.
- VALVERDE CANO, A. B. (2023), *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Valencia.
- VARELA CASTEJÓN, X. (2021), “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la comisión penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, pp. 19-33.