

Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas*

Redefining Drug-Facilitated Sexual Crimes

José R. Agustina
Catedrático de Derecho penal y Criminología
Universitat Abat Oliba CEU
jagustinas@uao.es

Maria-Neus Panyella-Carbó
Abogada de la Generalitat de Catalunya
Investigadora pre-doctoral
Universitat Internacional de Catalunya
mnpanyella@uic.es

Resumen

La administración de sustancias psicoactivas a una persona, sin su consentimiento, para doblegar su voluntad y, sin su oposición, atentar contra su libertad sexual encuentra encaje en el Código penal español como forma típica de abuso sexual y *no* como agresión sexual, figura delictiva que requiere siempre violencia o intimidación. La jurisprudencia ha entendido que el hecho de anular mediante sustancias tóxicas la libre voluntad de la víctima no puede subsumirse dentro del concepto de violencia, a diferencia de los delitos contra el patrimonio, en los que sí se equipara la sumisión química a la violencia. En este artículo se realiza, en primer lugar, un análisis contextual, doctrinal y jurisprudencial del artículo 181.2 del Código Penal español en lo que respecta al abuso sexual mediante sumisión química y los supuestos de vulnerabilidad química (en los que el origen de la intoxicación es voluntario); en segundo lugar, se examinan algunos ejemplos en Derecho comparado, con la finalidad de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva, enmarcándolas en la perspectiva de género que, en los últimos años, está influyendo sustancialmente en el Derecho penal sexual. Y, en tercer lugar, tras el necesario análisis dogmático de las distintas cuestiones que se plantean en torno al consentimiento sexual, se propone una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento y algunas directrices para una eventual reforma legislativa.

Palabras clave: sumisión química, consentimiento sexual, abuso sexual, agresión sexual, perspectiva de género.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Criminología, evidencias empíricas y política criminal” (Ref. DER2017-86204-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Abstract

In the Criminal Law and criminological context, chemical submission involves the administration of psychoactive substances to a person, without their consent, for criminal purposes. It is a particularly treacherous way to break the will of the victim in order to commit a crime without their opposition, because the victim is unable to give their consent freely or present resistance to their attacker. In cases of sexual crimes, these behaviors are classified, in the Spanish Criminal Code, as sexual abuse and not as sexual assault. The act of drugging a person without their consent or knowledge is not within the concept of violence according to the law and jurisprudence. On the other hand, it is considered as such in crimes against property. In this article, first, the authors take a contextual, doctrinal and jurisprudential analysis of article 181.2 of the Spanish Criminal Code, where sexual abuse by chemical submission is regulated besides other forms of drug-facilitated sexual assaults; second, they examine some examples in comparative law, with the purpose of studying the differences that exist in this criminal typology, in the context of the nowadays influence of feminist movement in Criminal Law. And third, after a doctrinal analysis on the different issues regarding sexual consent, the authors propose a taxonomy of sex crimes committed without consent and some guidelines to consider before an eventual legal reform.

Keywords: drug-facilitated sexual assault, sexual consent, sexual abuse, sexual assault, gender perspective.

Introducción

Desde antiguo se distinguían dos formas tradicionales por las que se podía cometer un delito: *duobus modis fit iniuria: aut vi, aut fraude*.¹ Como muestra esta conocida máxima, extraída de la obra de Marco Tulio Cicerón, se consideraba así que todo hecho delictivo —y, por tanto, toda victimización—podía reducirse a una única disyuntiva en los medios comisivos: fuerza o engaño. Sin embargo, con el paso de los siglos y el avance de la técnica, la ciencia y el conocimiento humano, aquel *duobus modis fit iniuria* ha dado lugar a una multiplicidad de medios de comisión de diversa naturaleza. El abanico de posibilidades comisivas, con una significación distintiva y una respuesta penal en ocasiones diversa,² se extiende desde el uso de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, hasta diversas formas de engaño o abuso de situaciones de hecho provocadas, facilitadas o aprovechadas por quien pretende someter a un tercero a sus propios deseos.³ Entre las distintas modalidades de doblegar la voluntad de la víctima, se encuentra también la utilización de sustancias naturales o químicas que tengan por efecto reducir de forma considerable (llegando incluso a anularlas), las capacidades

¹ “Existen dos modos de cometer los delitos: bien mediante fuerza, bien mediante engaño”: CICERON, Marco Tulio, *De officiis*, Liber I, Caput 13.

² Así, por ejemplo, en el Código Penal español se castigan los ataques al patrimonio de forma diversa: cuando es mediante astucia (hurto), con pena de prisión de 6 a 18 meses; mediante fuerza en las cosas, con prisión de 1 a 3 años; con violencia o intimidación, con prisión de 2 a 5 años; y mediante engaño (estafa), con prisión de 6 meses a 3 años. Sería interesante, a este respecto, analizar si en ese *duobus modis* de Cicerón se debería buscar algún tipo de equivalencia valorativa, aunque en principio el uso de violencia (con su afectación a bienes de naturaleza personal) se considera más grave.

³ Véase, a este respecto, *mutatis mutandis*, la sugerente obra de Stuart P. GREEN (2012), *passim*.

intelectivas y volitivas de la víctima. En esta concreta modalidad de sometimiento se centrarán las líneas que siguen, poniéndola en relación con los atentados de naturaleza sexual. Mediante lo que ha venido a denominarse (de forma poco acertada)⁴ “sumisión química” (en adelante, “SQ”), se entiende aquella utilización por parte del atacante de sustancias psicoactivas con fines delictivos con la intención de manipular la voluntad de las personas o modificar su comportamiento.⁵ Esta denominación se empleó por primera vez en 1982, en Francia, por Poyen, Rodor, Jouve, Galland, Lots y Jouglard,⁶ al referirse a la *soumission chimique* para significar con dichos términos aquella administración de una sustancia a una persona sin su conocimiento, con el fin de provocar una modificación de su grado de vigilancia, estado de consciencia y capacidad de juicio. De forma separada, conviene referirse a los casos en que la víctima reconoce el consumo voluntario de medicamentos, sustancias psicoactivas o ambas simultáneamente, como supuestos de vulnerabilidad química (en adelante “VQ”).⁷

En terminología anglosajona, para hacer referencia al uso fraudulento de sustancias para cometer delitos se viene utilizando, por su parte, la expresión *drug-facilitated crime* (en adelante, DFC) o *drug-facilitated assault* (en adelante, DFA), que podría traducirse literalmente como “delito facilitado por drogas o sustancias psicoactivas” (en adelante, DFS). En cuanto al tipo de delito, las diversas sustancias abarcadas por el constructo SQ se han venido empleando tanto en delitos de naturaleza económica (para atentar, por ejemplo, contra el patrimonio de la víctima por medio de una influencia indebida en ancianos),⁸ como sobre todo en delitos de carácter sexual. En estos últimos, a pesar de no tratarse de un fenómeno nuevo, se ha observado en el contexto español e internacional —en concreto, desde finales de la década de los noventa del siglo pasado— un incremento del número de casos en los que se constata una sospecha razonable de SQ (y no de mera VQ).⁹ Téngase en cuenta que, por las características criminológicas y *modus operandi* (suministro subrepticio, sedación, amnesia anterógrada, estados confusionales, etc.), la cifra negra es muy poco controlable, lo que provoca que la zona gris entre VQ-SQ sea muy amplia. Y, en cuanto al tipo de sustancias empleadas, las drogas utilizadas son aquellas que actúan como depresores del sistema central nervioso, entre las que el alcohol ha sido el mayormente asociado a delitos sexuales en la literatura científica internacional.¹⁰ Todo ello ha llevado a calificar dicho fenómeno como un

⁴ Véase en este punto nuestro trabajo previo: PANYELLA-CARBÓ *et al.* (2019), p. 2.

⁵ Entre otros, GARCÍA-REPETTO y SORIA (2011), p. 106.

⁶ ISORNA-FOLGAR *et al.* (2017), p. 263.

⁷ PANYELLA-CARBÓ *et al.* (2019), *passim*. En tales casos, la vulnerabilidad no prejuzga ni condiciona el juicio de desvalor sobre la conducta del ofensor, sin perjuicio de que facilite que éste no necesite emplear otros medios de ataque (a los que podría estar predispuerto) o se aproveche de esa situación de una forma antijurídica en parte distinta.

⁸ O para obtener de otra persona su tarjeta bancaria previo suministro de drogas y retirar fondos en cajeros automáticos sin que la víctima pueda recordar quién o cómo se accedió a su tarjeta.

⁹ Véase, GARCÍA-REPETTO y SORIA (2011), p. 106; ISORNA y RIAL-BOURBETA (2015), p. 138; SANCHEZ PÉREZ y FONBELLIDA VELASCO (2014), p.129; MCGREGOR *et al.* (2004), p. 443.

¹⁰ Tras el alcohol, respecto a la variedad de sustancias químicas utilizadas con fines sexuales (medicamentos del grupo de las benzodiacepinas y derivados del cannabis, éxtasis, ketamina o la famosa escopolamina o burundanga), véase, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (2008), *passim*.

problema de salud pública,¹¹ afectando a amplios sectores de población juvenil, especialmente a las mujeres.¹²

Para referirse a este tipo de delitos de naturaleza sexual se comenzó a utilizar el acrónimo de origen anglosajón DFSA (*drug-facilitated sexual assault*). En 2007 el *Advisory Council on the Misuse of Drugs* (UK) lo definió como todo acto en el que se perpetra una actividad sexual sobre una persona que sufre los efectos de drogas de abuso o medicamentos, con independencia de que la administración haya sido forzada o voluntaria, o que la víctima consumiera sustancias legales de manera controlada.¹³

En el contexto de los delitos sexuales cometidos mediante el uso de sustancias (DFSA) se han venido distinguiendo distintas modalidades de SQ. Así, en la literatura científica del ámbito médico-forense se diferencian dos tipos: (1) los casos de SQ premeditada o proactiva, en los que el asaltante proporciona a la víctima una sustancia incapacitante y desinhibidora con el objetivo de someterla sexualmente (administrándose la sustancia sin consentimiento ni conocimiento por parte de la víctima); y (2) los casos de SQ oportunista, en los que el agresor se aprovecha de la víctima que se encuentra en estado de inconsciencia a causa de alguna sustancia que ha consumido ella misma voluntariamente. Para este segundo grupo de casos se ha utilizado también la denominación VQ. En relación a esta distinción, también encontramos la denominación y diferenciación entre *date-rape* para referirse a violaciones cometidas con ocasión de una cita (que entraría en el grupo de casos de DSFA oportunista) y *drug-rape*, entendiéndose como tal, la acción de drogar a la víctima con el fin de seguidamente violarla (que se incardinaría en los DFSA de carácter premeditado).¹⁴

También algunos autores se refieren a un tercer tipo de SQ de carácter mixto:¹⁵ cuando la víctima está tomando una sustancia que puede alterar su capacidad volitiva (por ejemplo, alcohol), en la que el agresor introduce subrepticamente algún producto que acelera o asegura el efecto de sumisión pretendido.

Sea como fuere, el nexo común de estas tres modalidades es que dicha administración (propia, ajena o inducida) produce en la víctima una incapacidad o inconsciencia que permite o facilita que el hecho criminal (en concreto, el delito sexual), tenga lugar, al posibilitar que la persona se encuentre bajo unos efectos que reducen significativamente o anulan su autonomía sexual generando un estado de vulnerabilidad (provocada o aprovechada por el sujeto activo).

¹¹ XIFRÓ *et al.* (2014), p. 2.

¹² Obviamente, no se trata de culpabilizar a la mujer que consume alcohol en un entorno de ocio nocturno, sino simplemente de identificar factores de riesgo de los que se aprovechan potenciales ofensores, ya sea de forma activa o pasiva. TESTA y LIVINGSTON (2009), *passim*, en su revisión de la literatura criminológica sobre el uso de sustancias por parte de mujeres como factor de riesgo de victimización sexual, apuntan que los puntuales consumos excesivos de alcohol son un factor de riesgo próximo, de modo particular entre estudiantes universitarios. Al menos la mitad de los delitos registrados guardan relación con el consumo de alcohol y la mayoría de violaciones de mujeres universitarias ocurren cuando la víctima se halla demasiado intoxicada para resistir.

¹³ ADVISORY COUNCIL ON THE MISUSE OF DRUGS (2007), *passim*.

¹⁴ BUTLER y WELCH (2009), p. 493; GÁLVEZ, *et al.* (2011), p. 492.

¹⁵ WELNER (2001), p. 23; BARRUTIA (2015), p. 13.

Por lo que respecta a la tipificación penal de este tipo de conductas gravemente atentatorias contra la libertad e indemnidad sexuales, en los últimos años se han venido incorporando nuevas formas delictivas *ad hoc* a los códigos y leyes penales de los países de nuestro entorno, tanto en el ámbito anglosajón como en los países con un sistema enraizado en la tradición jurídica europeo-continental del *civil law*. En España, se incorporó con una regulación específica a partir de la reforma del Código Penal (en adelante “CP”) operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que incluyó la mención entre los abusos no consentidos de los cometidos “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto” (art. 181.2 CP).

Con todo, dichas adaptaciones legislativas (que contemplan el uso de sustancias psicoactivas como medio comisivo) plantean distintos problemas de encaje, tanto desde el punto de vista dogmático como criminológico. En particular, acerca de si esta nueva forma comisiva se debe equiparar o no, desde el punto de vista valorativo, a las tradicionales formas comisivas que caracterizan los atentados sexuales más graves: a saber, el uso de violencia (*vis absoluta*) o de intimidación (*vis relativa*). Esta cuestión es aún más controvertida si, como sucedió con la reforma española de 2010, esta tiene por efecto impedir dicha equiparación al ubicarse de forma expresa la SQ entre las formas de abuso sexual. Así las cosas, con el nuevo tenor literal, se impide en virtud del principio de legalidad la incardinación de supuestos de SQ como supuesto de agresión sexual al rebasarse el sentido literal del tipo, pues, como veremos, ya no cabría argumentar que la utilización de SQ puede ser una forma más de violencia.¹⁶

La ausencia de esta necesaria reflexión se ha hecho más evidente, si cabe, ante casos como el que recientemente ha convulsionado la sociedad española en relación con la violación perpetrada en grupo durante las fiestas de los Sanfermines. En dicho caso (conocido en los medios de comunicación por su referencia a los sujetos activos como “la Manada”), se atentó sexualmente contra una joven que había ingerido algún tipo de sustancia psicoactiva y presentaba dudosos síntomas de poder consentir libremente a una interacción sexual en la que se mostraba la víctima en una actitud manifiestamente pasiva.¹⁷ Lo mismo ha sucedido

¹⁶ En este sentido, un sector de la doctrina llega a considerarla como un “puñetazo químico”, que la haría merecedora de un tratamiento punitivo equivalente al de las agresiones sexuales, y la violación, en su caso: entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 681; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), pp. 18-19; MUÑOZ CONDE (2019), p. 294; SANCHO DE SALAS *et al.* (2012), p. 41.

¹⁷ Según el relato fáctico recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 6ª, núm. 38/2018, de 20 de marzo, en la madrugada del 7 julio de 2016, durante la fiesta de los Sanfermines un grupo de cinco hombres, atentaron sexualmente a una chica de dieciocho años que se encontraba intoxicada por haber ingerido alcohol (realizadas las pruebas de detección de alcohol se determinó un resultado positivo de 0,91+/- 0,05 g/l de alcohol en sangre y 1,46 +/- 0,06 g/l de alcohol en orina). Todos los procesados la penetraron bucalmente, vaginalmente por tres de ellos y uno la penetró también analmente. El Tribunal no apreció indicios de violencia o intimidación, en tanto que la víctima, a su juicio, no pudo oponer resistencia atendiendo a su estado de aturdimiento por el consumo previo de tóxicos o alcohol, y los absolvió del delito de agresión sexual tipificado en el art. 179 del Código Penal español, y aprecia el delito de abuso sexual con prevalimiento, art. 181.3 del Código Penal y condena a los procesados a nueve años de prisión y a indemnizar a la víctima de forma solidaria con una cantidad de 50.000€. Dicha sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo el cual, en su sentencia núm. 344/2019 de 4 de julio, resolvió admitir el recurso de casación y pasó a condenar a los procesados por delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 del Código Penal español, imponiendo a cada uno de los acusados una pena de 15 años de prisión, con la obligación de indemnizar a la víctima de forma

con la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre,¹⁸ en el caso denominado “la Manada de Manresa”, donde se han acabado calificando los hechos como abuso sexual (y no como agresión sexual, tal y como solicitaba la Fiscalía), por los siguientes motivos.

“De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar. Es decir, que se está delante de la hipótesis que prevé el artículo 181.2 CP”.¹⁹

A este respecto, conviene distinguir la cuestión penológica (o del quantum de pena) y la cuestión de la equivalencia valorativa (que incluiría la problemática del *nomen iuris*). La cuestión de *quantum* de pena que merece un determinado tipo delictivo en concreto miraría a si la pena imponible es suficiente desde los distintos puntos de vista (preventivo-general, preventivo-especial, retributivo, entre otros). En cambio, la perspectiva de la equivalencia valorativa no solo plantea un problema interpretativo *de lege lata*, sino que abre las puertas a consideraciones comparativas entre tipos de delitos y marcos penológicos asociados. ¿Da lo mismo drogar que aporrear a la víctima? ¿Merece el mismo reproche? Y, finalmente, ¿Deben recibir nombres distintos? Si los abusos sexuales mediante SQ se equipararan penológicamente a una violación sin cambiar el nombre, ¿no se estaría lanzando un mensaje que culpabilizaría a la mujer o restaría desvalor al sujeto que perpetra una violación?

En todo este contexto, parece pues que la configuración de los delitos sexuales mediante SQ requiere de un especial enfoque valorativo, ya que se trata de un ataque especialmente grave por la alevosía que le es inherente: imposibilita de forma absoluta cualquier tipo de resistencia o defensa por parte de la víctima. En efecto, el empleo de sustancias psicoactivas supone una anulación completa, o muy significativa, de la capacidad de emitir cualquier tipo de consentimiento válido para participar en una actividad de índole sexual, por encontrarse la víctima plenamente incapacitada a causa de la administración de dichas sustancias.

En el presente artículo, se pretende (1) analizar críticamente, en primer lugar, la configuración del tipo penal previsto en el artículo 181.2 del Código Penal español desde el

solidaria con una cantidad de 100.000€. Para un análisis breve del caso, véase AGUSTINA y MARCO (2019), *passim*.

¹⁸ Según el relato fáctico de los hechos, en la medianoche del 29 de octubre de 2016 se unió un grupo de personas para hacer un “botellón” en una fábrica abandonada en la localidad de Manresa. Allí se encontraban los condenados y la víctima. La víctima era una persona con baja tolerancia al alcohol, bebió bebidas alcohólicas y fumó algún “porro” de marihuana, llegando a perder la conciencia de lo que sucedía y de lo que hacía. Los procesados aprovecharon dicha circunstancia para mantener relaciones sexuales con la víctima penetrándola vaginalmente, y alguno de ellos también lo hizo bucalmente. La sentencia los condenó a penas de prisión que van desde los 10 a los 12 años, debiendo además indemnizar a la víctima con 12.000 euros. Esta sentencia no es firme y seguramente será recurrida en apelación ante el Tribunal Supremo.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 813/2019, de 31 de octubre, FJ3.

punto de vista doctrinal y jurisprudencial, atendiendo a la interpretación que viene efectuando la jurisprudencia española en los distintos grupos de casos en que puede concurrir la sumisión química; en segundo lugar, (2) examinar algunos ejemplos especialmente significativos en derecho comparado, a fin de estudiar las diferencias existentes a la hora de tratar esta tipología delictiva. En concreto, se analizarán las soluciones jurídicas (ya sea a nivel legislativo o jurisprudencial) en Italia, Francia, Reino Unido y Chile. Y todo ello se realizará, con el objetivo de (3) ahondar en las cuestiones dogmáticas que suscita el consentimiento sexual y, tras plantear una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento, apuntar las oportunas mejoras en la legislación (de *lege ferenda*), o en la aplicación e interpretación de dicho precepto.

Desde el punto de vista dogmático, los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química plantean *prima facie* tres cuestiones de enorme calado: (1) ¿Por qué razón la ley o el sistema de justicia debería (en su caso) partir en atención a determinadas circunstancias de la presunción de que no concurría consentimiento?;²⁰ (2) ¿Hasta dónde deben llegar los deberes de autoprotección de la víctima en casos en los que, mediante la doctrina de la *actio libera in causa*, la víctima pudo prever su posterior incapacidad para consentir y, pese a ello, inició voluntariamente dicha situación de vulnerabilidad?; y (3) ¿Qué estándares de diligencia debida se deberían exigir al sujeto activo para que, de forma proactiva, tuviera que cerciorarse del consentimiento válido y efectivo de la víctima, y cómo se debería definir ese grado de consentimiento que habilitara para establecer el espacio de riesgo permitido en una sociedad que acepta contextos de intoxicación incapacitante como una forma de evasión y de ocio nocturno normal?

1. La sumisión química con finalidad sexual en el Código Penal español

En el Código Penal español, las conductas atentatorias contra la libertad sexual se incardinan en el Título VIII del Libro II (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”). La clasificación de los delitos prevista en este título atiende, como primer criterio definitorio, al *grado de lesión de la libertad* de la víctima; y, como segundo criterio, a la *intensidad del contacto sexual*, que se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre “acceso carnal”. Así, en los capítulos primero y segundo se distinguen los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales. La diferencia entre ambos delitos radica en el grado de lesión de la libertad de la víctima: mientras que en los delitos de agresión sexual debe concurrir violencia o la intimidación, en los delitos de abusos sexuales, en cambio, se castigan aquellas conductas no consentidas pero realizadas sin el recurso a violencia o intimidación. La existencia de violencia o intimidación o, para usar un concepto abarcador de ambos, el mayor *grado de doblegamiento de la voluntad* de la víctima constituye el elemento diferenciador entre las conductas de agresión sexual y abuso sexual, que justifica marcos penológicos muy diversos²¹ (prisión de 1 a 5 años en las agresiones frente a 1 a 3 años o multa en los abusos sexuales). Esa distinción se complementa en función

²⁰ Véase, al respecto, GREEN (2020), capítulo 8.

²¹ Véase, al respecto, GONZÁLEZ GUERRA (2015), p. 104.

de circunstancias agravantes con base en la diferente intensidad lesiva entre acceso carnal (y hechos equiparados) y, por exclusión, actos de contenido sexual sin acceso carnal.²²

Esta forma de catalogación de los delitos contra la libertad sexual ha producido cierta confusión, como ha reconocido en varias sentencias el Tribunal Supremo. Entre ellas, cabe destacar la STS núm. 334/2019, de 4 de julio, en la que se afirma lo siguiente.

“El error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación”.²³

Dentro de los delitos de agresiones sexuales, se tipifica el tipo básico (art. 178 del CP) que comprende un ataque a la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, sin que haya acceso carnal (o introducción de miembros corporales u objetos). La violencia debe estar destinada a doblar la resistencia de la víctima a fin de someterla a la actividad sexual, aunque hoy en día ya no es exigible una resistencia razonable ante el agresor, bastando con la constatación de la voluntad contraria de la víctima. Y en cuanto a la intimidación, es claro que debe tener entidad suficiente,²⁴ dada la gravísima pena prevista, que puede llegar hasta los doce años. Por su parte, el tipo agravado del delito de agresión sexual (denominado *violación*),²⁵ viene dado por el segundo criterio de diferenciación, y solo se producirá cuando haya acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal, o mediante introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 179 del CP). Adicionalmente, se prevén los correspondientes subtipos agravados en el artículo 180 del Código penal, de manera que las penas se incrementan por la dinámica de la acción (particularmente denigrante o vejatoria), la utilización de medios peligrosos (armas u otros medios), el incremento personal de los sujetos activos (actuación conjunta de dos o más personas), la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y agresor (relación de superioridad o parentesco).²⁶

Por otro lado, en los delitos de abusos sexuales, se atenta contra la libertad sexual de la víctima, pero, a diferencia de los delitos de agresión sexual, sin violencia o intimidación y

²² GARCÍA ALBERO y MORALES PRATS (2016) valoran positivamente la clasificación en función de los medios empleados. Para un análisis doctrinal en profundidad, véase, TORRES FERNANDEZ (2019), *passim*; CUERDA ARNAU (2010), *passim*; RAGUÈS I VALLÉS (2019), *passim*; ASÚA BATARRITA (1998), *passim*; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), *passim*; GÓMEZ TOMILLO (2005), *passim*; GONEAGA OLAIZOLA (1997), *passim*.

²³ SSTS núm. 344/2019, de 4 de julio, FJ 7.

²⁴ CUERDA ARNAU (2018), p. 112, entiende que debe ser suficiente en el contexto de las circunstancias concurrentes de modo que resulte bastante para someter o suprimir la voluntad de la víctima.

²⁵ Como señala TORRES HERNÁNDEZ (2019), p. 673, no siempre ha recibido ese nombre: por ejemplo, en la redacción originaria del Código Penal de 1995 desapareció ese *nomen iuris*, lo que tuvo una acogida dispar entre la doctrina. Sobre la evolución histórica del delito de violación en el Derecho Penal español, véase FARALDO CABANA (2018), pp. 31-70.

²⁶ Véase, a este respecto, STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

sin que medie consentimiento o con consentimiento viciado (art. 181.1 del CP). La no utilización de tales medios se traduce en un marco penológico sensiblemente inferior.²⁷ Entre las distintas modalidades de abuso sexual se encuentran ciertos supuestos que por disposición legal tienen la categoría de *abusos no consentidos*: (i) los cometidos sobre personas privadas de sentido; (ii) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare, y (iii) los supuestos de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de sustancias idóneas a tal efecto. En grupo separado se recogerían (iv) los abusos sexuales cometidos *con consentimiento viciado*, por obtenerse este bien con prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

De la misma manera que en los delitos de agresiones sexuales, el Código Penal español prevé en los delitos de abusos sexuales unos subtipos agravados como, entre otros, los casos de víctimas especialmente vulnerables (por edad, enfermedad, discapacidad o situación), o en los que concurra una relación (de superioridad o parentesco) entre víctima y agresor.

Por último, siguiendo los mismos criterios tipológicos, el legislador ha considerado agresiones o abusos sexuales agravados los supuestos en que la víctima sea menor de edad, dada su falta de madurez para consentir en el ámbito de su sexualidad, distinguiendo el Código Penal entre (1) las acciones sobre mayores de 16 años y menores de 18 años, siempre y cuando el autor del delito se haya aprovechado del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182); y (2) las acciones de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183)²⁸. En el caso de menores de dieciséis años rige desde la reforma de 2015 una presunción *iuris tantum* de falta de consentimiento no exenta de polémica doctrinal.²⁹

Centrándonos ya en el apartado segundo del art. 181, en el mismo se recogen determinados supuestos donde el legislador presume *ope legis* que no ha habido consentimiento válido de la víctima. Estos supuestos son, en concreto, (1) cuando la víctima se hallare privada de sentido, (2) padezca un trastorno mental, o (3) cuando se haya anulado su voluntad mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, natural o química, idónea a tal efecto.

²⁷ El tipo básico de agresiones sexuales tiene un marco penológico de 1 a 5 años de prisión; mientras que los abusos sexuales de 1 a 3 años de prisión o multa. Valora de forma positiva esta diferenciación CANCIO MELIÁ (1996), p. 8, pues considera que “no merece el mismo tratamiento jurídico penal el comportamiento de quien mantiene un contacto sexual con una persona incapaz de autodeterminarse en el ámbito sexual (sea porque de hecho está privada de sentido o porque no tiene la madurez necesaria para hacerlo) que el de quien coarta la libertad de otro obligándolo por violencia o intimidación a soportar actos sexuales”. Con todo, esta cuestión nos parece discutible, como veremos más adelante.

²⁸ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

²⁹ Desde 2015, el nuevo art. 183 quáter acabó con la presunción *iuris et de iure* y según la cual un menor de 13 años no gozaba en ningún caso de autonomía sexual para consentir. Dicho precepto abre la puerta (a nuestro juicio en exceso: sin límite inferior alguno), a supuestos de consentimiento libre del menor (desde el año 2015: de 16) que anteriormente estaban excluidos: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Véase, la interpretación que da de ella la Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado, así como las críticas de la doctrina, por ejemplo, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y TRAPERO BARREALES (2016), pp. 872-893; DE LA MATA BARRANCO (2019), *passim* o RAMOS VÁZQUEZ (2016), *passim*.

De acuerdo con la jurisprudencia, para que estos supuestos produzcan efecto deben estar acreditados, de tal suerte que, si estas previas situaciones no están demostradas, no pueden dar lugar a la aplicación del tipo penal.³⁰ Se trata en todo caso de un listado *ex lege* que no debe interpretarse como *numerus clausus*: una norma interpretativa (pero no excluyente) acerca de los supuestos en que se consideran abusos sexuales no consentidos.³¹

En este precepto, dejando de lado los supuestos de falta de consentimiento por trastorno mental,³² se distingue entre aquellos casos en que no existe consentimiento de la víctima por falta de conciencia (privada de sentido), de aquellos otros en los que, a pesar de hallarse consciente, la víctima ha perdido su capacidad de decidir y de autodeterminarse en el ámbito sexual (anulación de la voluntad).³³ En ambos casos queda comprometida la libertad sexual del sujeto pasivo,³⁴ tratándose de situaciones en que el autor se aprovecha para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce una aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento.³⁵ Pero entre ambas modalidades existen importantes diferencias.

1.1. Víctima privada de sentido

En la primera modalidad de ausencia de consentimiento *ex lege*, relativa a la *privación de sentido*, se comprenden aquellos supuestos en que una persona se encuentra en estado de inconsciencia a consecuencia de la ingesta de alcohol, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, tras haberse desmayado o sufrir hipnosis, etc. En todo caso, el autor debe conocer el estado de la víctima y, siendo esta circunstancia abarcada por el dolo, aprovecharse de dicho estado para la ejecución de actos de contenido libidinoso. En tal circunstancia es obvio que la persona no está en condiciones de decidir libremente, aunque para ello no es necesario que la inconsciencia sea plena. El Tribunal Supremo, de hecho, se ha referido a esta circunstancia considerando en estos casos que el sujeto pasivo se encuentra en un estado total o parcial de inconsciencia.³⁶

Como señala Torres Fernández,³⁷ en el texto del Código Penal aprobado en el año 1995 no se incluyó la mención expresa de la administración de fármacos o drogas a fin de materializar un contacto sexual sin oposición de la víctima. En ausencia de una regulación expresa, la jurisprudencia que trató ese tipo de hechos en unos casos optó por situarlo dentro de las

³⁰ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

³¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, (2011), p. 166.

³² En efecto, el tipo recoge también los abusos de personas “de cuyo trastorno mental se abusare”. Tiene por tanto que existir un abuso porque de otro modo se les negaría de plano un derecho fundamental a estas personas. La cuestión de los derechos sexuales de las personas discapacitadas es compleja: véase, al respecto, las interesantes reflexiones de GREEN (2020), *passim*. En todo caso, TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 680, señala que al ser necesario que el autor conozca esa anomalía y la aproveche para acceder al contacto sexual, se está admitiendo la existencia de un margen legal en el que es posible la práctica sexual de personas discapacitadas, cuando no hay un aprovechamiento de su discapacidad.

³³ BARRUTIA SOLIVERDI (2015), p. 14.

³⁴ ROMERO CASABONA *et al.* (2016), p. 199.

³⁵ STS núm. 344/2019, de 4 de julio.

³⁶ STS núm. 197/2005, de 15 de febrero.

³⁷ TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 667.

agresiones sexuales, particularmente la violación,³⁸ y en otros, entre los abusos sexuales sobre víctima privada de sentido. Otros autores apuntan a que en defecto de regulación expresa podría encontrarse implícita en la modalidad de abuso de prevalimiento.³⁹

El fundamento de la presunción de ausencia de consentimiento se halla, pues, en que la víctima se encuentra en una patente situación de pérdida de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos. Respecto a esta pérdida de capacidad de autodeterminación, la jurisprudencia considera que no debe exigirse una pérdida total de la conciencia, especificando que basta con que el sujeto tenga anulados los frenos inhibitorios y no se encuentre en condiciones de oponerse al acceso sexual;⁴⁰ o que tal circunstancia deje a la víctima en un estado de indefensión que afecte a su capacidad de reacción para evitar dicho atentado frente a un actor que se aprovecha de su estado de debilidad.⁴¹

Entrando más en profundidad en la cuestión del dolo concreto en el sujeto activo, debe acreditarse conocimiento del estado de privación de sentido o de profunda limitación de las capacidades volitivas o intelectivas de la víctima en el momento de realizar los actos de contenido sexual o, cuando menos, en un momento anterior abarcado por la doctrina de la *actio libera in causa*. A este respecto, no puede soslayarse que, en algunos casos puede suceder que el sujeto activo estuviera altamente influido por un consumo tóxico que pudiera tener consecuencias respecto a su imputabilidad o, incluso, respecto a su grado de representación del estado de la víctima. En la jurisprudencia se ha señalado, en todo caso, que si media conocimiento de la profunda afectación de la víctima, ante la hipótesis de penetración producida estando inconsciente o semiinconsciente, no es concebible que se pueda albergar algún tipo de duda sobre lo que el sujeto activo estaba haciendo (la víctima no podía presentar una apariencia de normalidad, pues ello abonaría la tesis del error de tipo) o sobre la ilicitud de tal conducta (error de prohibición).⁴²

³⁸ Como señala Torres Fernández, durante la vigencia del Código Penal texto refundido de 1973, posterior a la reforma por L.O. 3/1989, tal supuesto de víctima privada de sentido se encuadraba en la violación, citando la STS de 28 de octubre de 1991 y STS de 15 de febrero de 1994; y, con posterioridad, también aplican el delito de violación, la STS 22 de mayo de 2006, SAP Islas Baleares de 7 de junio de 2006 y la STAP de la Coruña de 16 de mayo de 2011. No obstante, en este último caso, por ejemplo, en realidad la apreciación de la violencia como medio comisivo no se basa en la pretensión de equiparar el uso de drogas a la violencia, ni cumple ésta una función instrumental. Simplemente se agravó la calificación jurídica al acreditarse signos de notoria violencia en el cuerpo de la víctima (afectada en ese momento por una anulación de su voluntad).

³⁹ MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO (2016), p. 17.

⁴⁰ QUINTERO OLIVARES *et al.* (2005), p. 970.

⁴¹ STS núm. 267/1994, 15 de febrero; SAP de Bilbao núm. 34/2019, de 27 mayo. En igual sentido, la STS núm. 680/2008, de 22 de octubre, precisó que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluible en el art. 181.2 CP el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo.

⁴² SAP de Santiago de Compostela núm. 19/2019, de 22 febrero.

De acuerdo con la doctrina, esta situación de inconsciencia que refiere el precepto, puede tener origen tanto en causas naturales, como por la actuación de la propia víctima o un tercero⁴³, si bien en este caso podría aplicarse también el supuesto que analizamos a continuación.

1.2. Uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. Sumisión química

Por su parte, el último inciso del artículo 181.2 hace referencia a aquellos actos que son constitutivos de delito de abuso sexual y se acometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea al efecto. En este supuesto lo decisivo es que mediante el empleo de alguna sustancia química, sea natural o artificial, el sujeto activo logre producir un efecto anulatorio de la voluntad de la víctima, lo que no exige una total inconsciencia, pero sí su capacidad para oponer una resistencia eficaz⁴⁴.

La inclusión de este supuesto de abuso sexual tuvo lugar con la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, mediante la enmienda número 350 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso,⁴⁵ que vino a salvar, en opinión de la doctrina mayoritaria,⁴⁶ la laguna que podía plantearse ante supuestos en los que el atentado a la libertad sexual se produce no forzando u obligando al sujeto pasivo a consentir o soportar la conducta, sino precisamente anulando, *in totum*, su capacidad de decisión y con ello su libertad.⁴⁷

Con esta nueva previsión se llegan así a abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de consciencia encuadrable en el supuesto de privación de sentido, se anula la voluntad de la víctima para decidir acerca del mantenimiento de relaciones sexuales. Sin embargo, el precepto parece exigir que el origen de la situación de anulación de la voluntad de la víctima por medio de las sustancias mencionadas debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este. Como apunta Raguès i Vallés, si se parte de esta interpretación —que parece la más fiel al tenor literal— quedan fuera del tipo aquellas situaciones en que la anulación de la voluntad ha sido ocasionada por la propia víctima (o por un tercero no vinculado con el autor) y este se aprovecha *a posteriori*: “una regulación difícilmente justificable si se tiene en cuenta que en los casos de abuso por aprovechamiento de privación de sentido no tiene ninguna relevancia cómo la víctima haya llegado a tal estado”.⁴⁸ *Prima facie* da la impresión de que, al tratarse de una ingesta voluntaria, se haya querido responsabilizar a la propia víctima por la asunción indebida de un riesgo o el descuido de un deber de autoprotegerse, y que esa

⁴³ LAMARCA PÉREZ *et al.* (2016), p. 197.

⁴⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ y JUDEL PRIETO (2011), p. 167.

⁴⁵ Boletín oficial de la Cortes Generales: Congreso de los Diputados (IX Legislatura). Serie A: Proyectos de Ley. 18/03/2010. Núm. 52-9.

⁴⁶ Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES *et al.* (2005), p. 970. consideran positiva su inclusión, porque no está ni mucho menos claro que siempre y en todo caso una anulación de la voluntad equivalga, incluso *lato sensu*, a una privación de sentido.

⁴⁷ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 247.

⁴⁸ RAGUÈS i VALLÉS (2019), pp. 138-139.

negligencia conlleve la desaparición completa del desvalor de la acción de quien comete el abuso.

La jurisprudencia ha establecido los requisitos de este tipo: a) la utilización de aquellas sustancias determinadas por el precepto (si bien, a partir del tenor literal debe observarse que se trata de un *numerus apertus*), y b) la anulación de la voluntad de la víctima.⁴⁹

Respecto al grado o intensidad que debe alcanzar la referida anulación, existe un amplio abanico que va desde entender el concepto de anulación como una absoluta pérdida de voluntad y sus capacidades, generando en la víctima una total incapacidad de consentir, sin que sea suficiente una mera limitación de la voluntad⁵⁰ (tesis de un sector doctrinal minoritario), a aquellos casos en los que no se dé una anulación sino una influencia relevante en la capacidad de control de la víctima, que la ponga objetivamente en situación de inferioridad respecto al autor, y este abuse de ello. Algunos autores consideran preferible incluir este supuesto en el abuso sexual por prevalimiento previsto en el artículo 181.3 del Código Penal.⁵¹

No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria, se inclinan por entender la anulación en un término medio: bastaría con que la víctima se encuentre en un estado notable de alteración de su capacidad para decidir libremente sobre la relación sexual, de tal manera que se encuentre en una situación de no poder oponerse a los deseos del asaltante.⁵²

En todo caso, como ya se apuntó, resulta del todo imprescindible que sea el sujeto activo el que “anule” la voluntad de la víctima mediante las sustancias mencionadas⁵³. Así lo ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia, señalando que esta anulación de la voluntad de la víctima debe haber sido provocada por el propio sujeto activo o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este, y no simplemente que el sujeto activo se aproveche de la situación de inconsciencia o grave alteración provocada por la propia víctima o por un tercero en connivencia con el sujeto activo, ya que entonces sería aplicable la modalidad de privación de sentido (que exige una mayor afectación: no solo de la voluntad sino de la misma consciencia).⁵⁴

Además, esta ingesta de sustancias tóxicas no debe ser conocida por la víctima, ya que en la medida en que esta sea consciente (de que la ingestión de la droga o producto que se le ofrece es para facilitar la libido y favorecer el acto sexual, asumiendo que puede llegar a producirse), no podrá entenderse que existe abuso, salvo que el acto sexual que se realice haya sido expresamente rechazado antes de tomar la sustancia⁵⁵.

⁴⁹ SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA (2010), p. 169.

⁵¹ BRAGE CENDAN (2013), p. 5.

⁵² SAP de Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre.

⁵³ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 247.

⁵⁴ SSTS núm. 293/2012, de 17 abril; SAP Burgos núm. 340/2018, de 2 de octubre. Véase sobre este punto, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (2016), p. 248.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE (2017), p. 207.

Estamos, pues, ante una modalidad delictiva de medios legalmente determinados, en la que el legislador los menciona expresamente: fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea para anular la voluntad de la víctima. No obstante, como hemos adelantado, la última categoría de medios se configura mediante una cláusula de cierre abierta (“cualquier otra sustancia”), comprensiva de todas aquellas sustancias que por su origen puedan calificarse de naturales, semi-sintéticas o sintéticas, siempre, eso sí, que tengan idoneidad para producir el efecto de anulación de la voluntad de la víctima. Por tanto, ante este nuevo tipo penal, tienen encaje los casos de “sumisión química” propiamente dicha, de carácter “premeditado” (frente a la de tipo “oportunista”). En líneas posteriores se analizarán en detalle algunas cuestiones relativas a esta última tipología delictiva en la que la víctima se halla de forma voluntaria en una situación de *vulnerabilidad química*.

2. La sumisión química con finalidad sexual en el Derecho Comparado

2.1. Código Penal italiano

En el derecho italiano, los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Código Penal en su Libro Segundo que se titula *Dei delitti in particolare*, ubicados en la Sección Segunda *Dei delitti contro la libertà personale* e incardinados en el Capítulo Tercero que lleva por rúbrica *Dei delitti contro la libertà individuale* dentro del Título XII *delitti contro la persona*. En concreto, el artículo 609-bis sanciona la violencia sexual en los siguientes términos:

“Cualquier persona que, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales será castigada con prisión de cinco a diez años. A la misma pena se somete a quienes inducen a alguien a realizar o someterse a actos sexuales:

1. Abusando de las condiciones físicas o psicológicas de inferioridad de la persona lesionada en el momento del acto.
2. Llevando al engaño a la persona ofendida por haber reemplazado al culpable por otra persona.

En casos de gravedad menor, la pena se reducirá en no más de dos tercios”.

Se regulan de esta forma de manera unitaria dos conductas que antes se penaban de forma separada: el acceso carnal y los actos libidinosos. Ello responde a un intento de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro.⁵⁶

De acuerdo con la jurisprudencia, la conducta prohibida incluye cualquier forma de conjunción carnal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, o cualquier acto que ofenda de manera directa la libertad sexual de la víctima a través de la excitación del agente y el eventual cumplimiento de su instinto sexual. En consecuencia, el delito de violencia sexual es configurable en los casos en que exista un contacto físico directo entre sujeto activo y

⁵⁶ VALLEJO TORRES (2018), p. 7.

sujeto pasivo, pero también en el caso que el sujeto activo, con el fin de satisfacer el placer sexual, constriña a dos sujetos diferentes, considerados ambos sujetos pasivos, para realizar o experimentar actos sexuales solo entre ellos.⁵⁷

La sumisión química se encuentra regulada en el artículo 609-ter como una circunstancia agravante, estableciéndose que “la pena será de seis a doce años de prisión si se cometen los hechos mencionados en el artículo 609-bis: [...] 2. con el uso de armas o sustancias alcohólicas, narcóticas u otros instrumentos o sustancias que sean gravemente perjudiciales para la salud de la persona ofendida”.

Dicha circunstancia se centra exclusivamente en el carácter objetivo de los medios para ofender a la víctima, aunque tenga por finalidad proteger la libertad de autodeterminación de la víctima. Ese carácter objetivo del medio empleado se hace evidente en tanto que la circunstancia opera también si el sujeto pasivo no había visto debilitado demasiado sus defensas, siempre que el medio o sustancia usada sea peligrosa⁵⁸.

La jurisprudencia se ha pronunciado en referencia a esta circunstancia agravante estableciendo que, en términos de violencia sexual, el factor agravante especial puede concurrir solo cuando el estado de inconsciencia de la víctima ha sido causado por la administración de fármacos anestésicos para permitir que el agente ponga en práctica la conducta prohibida.⁵⁹ En cambio, la jurisprudencia ha excluido dicha agravante cuando el estado de intoxicación ha sido provocado por la propia víctima: “debe tenerse en cuenta que el supuesto consumo voluntario del alcohol excluye el factor agravante, ya que la norma prevé el uso de armas o sustancias alcohólicas o narcóticas (u otro delito). Por tanto, el uso de sustancias alcohólicas debe ser necesariamente instrumental a la violencia sexual: debe ser el sujeto activo del delito el que las utilice con el fin de ejercer dicha violencia sexual, administrándolas a la víctima. Así las cosas, el consumo voluntario afecta a la evaluación del consentimiento válido, pero no puede dar lugar a la circunstancia agravante”.⁶⁰

2.2. Código Penal francés

Desde 1994, el Código Penal francés distingue dos tipos de delitos sexuales: abuso sexual y agresión sexual. El abuso sexual se produce solo cuando la víctima es menor de edad, mientras que para la agresión sexual la víctima puede ser mayor o menor de edad, concurriendo además determinados elementos objetivos. Dentro de los delitos de agresión sexual, se distingue la agresión sexual propiamente dicha de la violación, atendiendo a si hay o no penetración. En la agresión sexual, el artículo 222-22 establece que “constituye una agresión sexual cualquier asalto sexual cometido con violencia, coerción, amenaza o sorpresa”. Por otro lado, será violación de conformidad con el artículo 222-23, “cualquier acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido en la persona de otros o en la persona del perpetrador por violencia, coerción, amenaza o sorpresa”. Responde, así, a una

⁵⁷ Sección III, Casación penal de 22 de abril de 2003 número 18847.

⁵⁸ MARANI y FRANCESCHETTI (1998), p. 55.

⁵⁹ Sección III, Corte Apelación de Roma. Sentencia 18360 de 5 de marzo de 2008.

⁶⁰ Corte Suprema de Casación, Sección Tercera, Sentencia 13462 de 19 enero 2018.

regulación en la que son los medios coercitivos y no la falta de consentimiento los que definen la comisión del delito.

En ambos delitos (agresión sexual y violación), se requiere la concurrencia de determinados elementos objetivos, como son la violencia, coerción, amenaza o sorpresa, ya que todos ellos producen la anulación del consentimiento por parte de la víctima. No obstante, teniendo en cuenta además la diversidad de las cuatro formas de ataque recogidas, en el propio Código Penal no se establece una definición ni referencia alguna al consentimiento, dando lugar a situaciones donde la frontera entre relaciones sexuales consentidas y violación es difícil de determinar, siendo decisiva la interpretación del mismo que efectúe la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones Criminales de Montpellier, en 2009, falló a favor de una joven que había denunciado después de haber sido violada por cuatro personas en una habitación de una casa durante una fiesta y, previamente, había tomado cocaína y consumido alcohol voluntariamente, pero en ningún momento dijo de manera clara o expresa que no quisiera mantener relaciones sexuales. En este caso, el tribunal determinó que la investigación había demostrado que estaba “fuera del estado para mostrar cualquier consentimiento”, confirmando así la sentencia ya dictada, condenando a los autores de la violación⁶¹.

En una sentencia de la Corte de Casación Criminal de 2012,⁶² esta se pronunció en los siguientes términos al enjuiciar el caso de una chica que había bebido y se despertó, después de una fiesta, porque uno de los participantes la acarició: “Una persona que da su consentimiento es una persona consciente y lúcida que puede parar, otorgar, revocar o rechazar el consentimiento a lo largo de la relación sexual solicitada, desde los preliminares hasta el último acto realizado. Esto requiere que no esté inconsciente ni bajo la influencia del consumo excesivo de alcohol o drogas o un estado de fatiga que debilite o aniquile su capacidad para analizar y reaccionar”. Se considera, de este modo, que una persona que consume alcohol, por ejemplo, no está en situación de capacidad para consentir.

La ley deja así una gran libertad de interpretación y decisión a jueces y magistrados, quienes tendrán que evaluar si una persona determinada, en una situación dada, pudo o no consentir la relación sexual. Y siempre, así lo ha recalcado la jurisprudencia, la evaluación del consentimiento o su ausencia debe determinarse en el momento de producirse el hecho presuntamente delictivo y no con anterioridad al mismo.

A continuación, en el artículo 222-24 del Código Penal francés se establece un aumento de pena, tanto para el delito de violación como de agresión sexual, cuando concurre alguna de las circunstancias que dispone dicho artículo, y entre ellas destaca la 15ª: “cuando una sustancia ha sido administrada a la víctima, sin su conocimiento, para alterar su juicio o el control de sus actos”.

Éste último apartado ha sido introducido por la ley núm. 2018-703, de 3 de agosto, aprobada para reforzar la lucha contra la violencia sexual y de género, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte de Casación francesa. Mediante dicha reforma, se consideró así el hecho de

⁶¹ Cour d’Appel de Montpellier, Chambre correctionnelle, 09/00043, 26 mai 2009.

⁶² Cour de Cassation Criminelle 11-85933, 23 de mai de 2012.

introducir algún tipo de sustancia en la bebida o administrar una sustancia a una persona sin su consentimiento para mantener un contacto sexual con ella, una forma agravada de anular su voluntad y de producirse un ataque a la libertad sexual.⁶³

De forma adicional, el solo hecho de administrar a la víctima, sin su conocimiento, una sustancia con el propósito de cometer una violación o agresión sexual se establece como un delito independiente, que se castiga con cinco años de prisión (art. 222-30-1). Por tanto, es punible el simple hecho de drogar a una persona con la intención de agredir sexualmente o violarla, aunque no se lleve a cabo el delito sexual proyectado.

2.3. *Sexual Offences Act 2003 (Reino Unido)*

Los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Reino Unido en la *Sexual Offences Act 2003* (en adelante, “SOA”). A diferencia de la regulación anterior en esta materia, en la SOA se establecieron importantes novedades en relación a la intoxicación y la capacidad para consentir en la actividad sexual⁶⁴.

La SOA distingue, entre otros delitos sexuales, la violación (*Section 1*), la agresión sexual con penetración (*Section 2*) y la agresión sexual (*Section 3*). La diferencia entre estos tres tipos de delito radica en que en el delito de violación la conducta delictiva consiste en una penetración, que puede ser vaginal, anal o bucal con el pene; en el delito de agresión sexual con penetración la conducta delictiva consiste en una penetración (vaginal o anal), pero a diferencia del delito de violación, la penetración se debe efectuar con cualquier otra parte del cuerpo que no sea el pene; y en los casos de agresión sexual, la conducta consiste en realizar tocamientos sexuales a la víctima. En todas estas conductas debe concurrir ausencia de consentimiento en la víctima, y también una falta de motivación de la creencia del ofensor sobre el consentimiento efectuado por la víctima.

Los supuestos de sumisión química se regulan en el contexto de las presunciones *iuris tantum* de falta de consentimiento de la víctima en todas las tipologías delictivas anteriormente descritas. En efecto, a diferencia de la regulación anteriormente vigente, la SOA establece una completa regulación del consentimiento en las *Sections 74, 75 y 76*. En la *Section 74* establece un concepto general de consentimiento estableciendo que “una persona consiente si acepta por libre elección y tiene la libertad y capacidad para tomar esa decisión”, eliminando la posibilidad de que el consentimiento sea emitir solamente *sí* o *no*, sino que se requiere tener libertad y capacidad para emitirlo. En *S. 76* se establecen dos circunstancias en las que se presume de manera concluyente (*conclusive presumptions of non-consent*⁶⁵), es decir, en las que no se puede alegar prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), sobre la no concurrencia de consentimiento por parte de la víctima. Se trata de supuestos claros de falta de consentimiento: cuando el ofensor engaña intencionadamente a la víctima respecto a la naturaleza del acto sexual; y cuando el ofensor induce a la víctima a consentir el acto sexual al hacerse pasar por una persona conocida por la víctima. Y en la *Section 75* se incluyen

⁶³ Cour de Cassation Criminelle 13-85149, 26 novembre de 2014; 18-80714, 10 avril 2018; 14-82193, 11 juin 2014; 06-89230 7 mars 2007

⁶⁴ HARVEY *et al.* (2013), p. 9.

⁶⁵ FIRTH (2011), p. 102.

determinadas presunciones *iuris tantum* sobre la falta de consentimiento de la víctima, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario (*evidential presumptions against consent*⁶⁶); es decir, en este caso se presume que A no emitió su consentimiento y que B tenía conocimiento de ello, a no ser que B pruebe suficientemente que A emitió un consentimiento de forma libre y capaz. Entre estas presunciones se encuentran los casos de sumisión química. En el apartado d) se hace referencia a los supuestos de somnolencia o inconsciencia de la víctima (“B estaba dormido o inconsciente en ese momento”) y en el apartado f), al supuesto en que “cualquier persona ha administrado a B, o ha causado que B tomara, sin su consentimiento, una sustancia que, teniendo en cuenta cuando se administró o se tomó, fue capaz de causar o hacer que B se quede estupefacto o abrumado en ese momento”. Son los casos aplicables a las denominadas *drink spiking* o *drugs rape*.

Sin embargo, la SOA no regula los supuestos en que concurre un breve estado de intoxicación de la víctima, sin llegar a la inconsciencia, o aquellos en que la víctima habría consumido voluntariamente determinadas sustancias y se habría situado en dicho estado de intoxicación, o ebriedad, sin llegar a estar inconsciente del todo.⁶⁷ En estos supuestos la prueba resulta más difícil y el legislador británico no ha dado una respuesta expresa a los mismos. Ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de responder a la cuestión sobre la concurrencia del consentimiento en los supuestos de intoxicación voluntaria.

En 2005, Amnistía Internacional publicó un estudio donde se puso de manifiesto que las dos terceras partes de las personas encuestadas (ciudadanos, agentes de policía, fiscales, jueces) creían que un individuo que había estado bebiendo era en parte responsable de lo que le había sucedido. La jurisprudencia ha tenido en consideración esta opinión de la sociedad. Muestra de ello son las sentencias *R v Dougal* (2005) y *R v Bree* (2007), donde se analizaron exhaustivamente la relación entre intoxicación y consentimiento. En ellas se admitió que “el consentimiento del ebrio/borracho se consideraba consentimiento” (*drunken consent was still considered to be consent*),⁶⁸ sin referirse no obstante a la capacidad de consentimiento. El caso *R v Bree* es particularmente remarcable: en el mismo se dio la circunstancia que tanto agresor como víctima estuvieron consumiendo alcohol juntos hasta llegar a un alto estado de embriaguez, y pasaron la noche juntos. Al día siguiente la víctima alegó que no había consentido las relaciones sexuales, aunque el acusado la ayudó a bañarse y la acostó en la cama. En este caso se dieron dos situaciones distintas: por un lado, la de no querer (la víctima) de forma expresa mantener sexo; y, por otro, la de no poder mostrar su renuncia debido a la intoxicación alcohólica que sufría. En este caso, los Tribunales presumieron que la víctima tenía capacidad de consentir, salvo que la intoxicación hubiera sido involuntaria⁶⁹. Consideraron que la víctima había consumido voluntariamente cantidades de alcohol, si bien aun así era capaz de consentir o no tener relaciones sexuales, pero estando bebida acepta mantenerlas, y en este caso no es considerado violación.⁷⁰

⁶⁶ FIRTH (2011), p. 102.

⁶⁷ COWAN (2009), p. 907.

⁶⁸ *R v Dougal* (2005), *R v Bree* (2007).

⁶⁹ CLOUGH (2019), p. 4.

⁷⁰ FIRTH (2011), p. 108.

La doctrina ha criticado la postura de la jurisprudencia. Por un lado, consideran que en el caso *Bree* ante la situación que se deba determinar cuál es el nivel de intoxicación para determinar si hay o no consentimiento, significa que ya no hay un consentimiento real⁷¹. Wallerstein⁷² consideró que la interpretación efectuada en esos casos es errónea, y requiere una reinterpretación, ya que la investigación⁷³ sobre los efectos del alcohol en el comportamiento sexual y la violación, indican que un número significativo de víctimas de violación estaban intoxicadas/ebrias en el momento de las relaciones sexuales, lo que lleva a la conclusión que el uso del alcohol es una herramienta dominante conocida en la violación.⁷⁴ Además, considera que esta línea jurisprudencial no se adecua al concepto de consentimiento definido en S.74 y, en consecuencia, se debería de considerar que el consentimiento del intoxicado/borracho no es consentimiento cuando el individuo se encuentra en un alto estado de embriaguez o intoxicación.

Por otro lado, el hecho de administrar una sustancia a una persona, sin su consentimiento ni conocimiento, también en regulado por la SOA como un acto preparatorio (*Preparatory offences*, Section 61). En dicha disposición establece que se comete un delito cuando el agresor de manera intencionada administra una sustancia a otra persona, o hace que esta persona tome dicha sustancia, sin su consentimiento y con intención de drogarla o situarse en una situación de inferioridad, para permitir involucrarla en cualquier actividad de índole sexual. Además, dicha actuación se encuentra castigada con pena máxima de seis meses de prisión o pena de multa, en los casos que son juicios menores (*summary conviction*, aquellos en que no interviene el tribunal del jurado y es el propio juez quien decide sobre la culpabilidad del agresor) y con pena de prisión hasta 10 años en los denominados *conviction on indictment* (aquellos procedimientos que interviene tanto el jurado como el juez, a la hora de juzgar al agresor).

2.4. Código Penal chileno

El Código Penal Chileno recoge los delitos sexuales en el Título VII del Libro Segundo, que lleva por rúbrica “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”⁷⁵.

Dentro de los delitos sexuales, la división radica, en primer lugar, en el tipo de acción sexual que emplea el autor distinguiendo, entre otros, el delito de violación (art. 361) y el delito de abuso sexual (art. 366), en los que a diferencia del Código Penal español, el elemento que distingue estos dos delitos es la concurrencia o no de acceso carnal; habiendo violación

⁷¹ FIRTH (2011), p. 110.

⁷² WALLERSTEIN (2009), p. 343.

⁷³ Véase al respecto las investigaciones realizadas por Her Majesty’s Crown Prosecution Service Inspectorate (HMCPSI) (2002), *passim*; y STURMAN, *Report on Drug Assisted Sexual Assault* (2000), citados en FIRTH (2011), p. 115.

⁷⁴ FIRTH (2011), p. 115.

⁷⁵ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 156, señalan que esta clase de delitos no se limitan a proteger la libertad sexual, esto es, la facultad de la persona para autodeterminarse en esta materia, sin ser compelido ni abusado por otro, concepto que puede vincularse de alguna manera al derecho a la autodeterminación en materia reproductiva reconocido en los Cons. 37º y 38º de la STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017).

cuando hay penetración y, en caso contrario, cuando “el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal”, calificando los hechos como delito de abuso sexual. Seguidamente, se emplea otro factor de sistematización complementario, que viene dado por los medios y circunstancias comisivas, distinguiéndose unos más graves que otros; los primeros se asocian a la violación y los menos graves al estupro.⁷⁶ De este modo, la sumisión química, a diferencia del derecho español (donde esta modalidad delictiva se tipifica como abuso sexual por la no concurrencia de violencia o intimidación), puede subsumirse al mismo tiempo como violación y como abuso sexual.

El artículo 361 dispone: “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando se usa fuerza o intimidación.
2. Cuando la víctima se halla privada de sentido, o se aprovecha su incapacidad para oponerse.
3. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

En el artículo 366, refiriéndose al delito de abuso sexual, dispone que “el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal, con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas del artículo 361”.

En ambos delitos (violación y abuso sexual), la ausencia de voluntad es un requisito principal que deriva del uso de fuerza o intimidación y, por tanto, para que sea tipificado como tal, deben concurrir una de las tres hipótesis del artículo 361.2: 1) violencia o intimidación, 2) víctima privada de sentido, o aprovechamiento de su incapacidad para oponerse o, 3) abuso de la enajenación o trastorno mental transitorio. Por tanto, existe en este sentido una equiparación plena de los supuestos para que concurra violación o abuso sexual.

La violación se concibe como un delito de acceso carnal no consentido⁷⁷ en sentido amplio, que puede perpetrarse por vía vaginal, anal o bucal, por parte de una persona a otra sin su consentimiento. Además, se requiere la concurrencia de alguna de los supuestos del apartado segundo, encontrándose, entre ellos, cuando la víctima se halle privada de sentido o se aproveche el autor de su incapacidad para oponerse, haciendo referencia a la sumisión química. El desvalor más intenso de la violación se funda, también, en que el agresor actúa prescindiendo de la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter especialmente violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal⁷⁸ (si bien no todos los medios son violentos *stricto sensu*). Así, la falta de consentimiento es una condición necesaria de la tipicidad, pero no suficiente: es imprescindible que esa falta de anuencia se canalice en alguno de los específicos medios y circunstancias comisivas contempladas en cualquiera de los tres numerales del artículo 361 del Código Penal.⁷⁹

⁷⁶ COX (2019), p. 317.

⁷⁷ COX (2019), p. 322.

⁷⁸ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 135.

⁷⁹ COX (2019), p. 322.

A diferencia del abuso sexual, en el delito de violación el sujeto activo se encuentra limitado al hombre, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria⁸⁰, ya que la norma señala “el que accediere carnalmente”. Por ende, solo podría acceder el varón mediante la intervención del órgano reproductor masculino, quedando así fuera aquellas conductas en que el sujeto activo es una mujer. En cambio, el sujeto pasivo puede ser tanto hombre como mujer (siempre mayor de catorce años, ya que si fuera menor de esta edad no es necesario que concurren las hipótesis referidas para cometer el delito de violación: solo bastaría el acceso carnal, denominándose “violación impropia”).⁸¹

Por otro lado, el delito de abuso sexual se define como aquel delito donde el sujeto activo realiza actos de connotación sexual hacia el sujeto pasivo sin su consentimiento, debiendo concurrir uno de los dos supuestos del artículo 361.2 del Código Penal. Aquí, puede ser sujeto activo tanto hombre como mujer, y el sujeto pasivo, al igual que en el delito de violación, debe ser mayor de catorce años, concurriendo abuso sexual *impropio* si la víctima es menor de catorce años, y se realizan sobre ella actos de connotación sexual sin que concurren los supuestos del artículo 361.2. En las dos modalidades delictivas del artículo 361.2, se actúa, según la doctrina, no en contra de la voluntad de la víctima, sino que dicha voluntad no existe.⁸²

Respecto a los supuestos de falta de consentimiento que establece el artículo 361.2, este se refiere a la sumisión química al preverse el supuesto “víctima privada de sentido o abuso de la incapacidad para oponerse”. Se trata de aquellos casos en que la víctima no está en situación de conocer el sentido y alcance real del acto al cual se hace objeto, y el sujeto activo conoce el especial estado de la víctima y se aprovecha de él. En este caso, a diferencia del numeral 1, no interviene fuerza ni intimidación, pero la víctima no consiente al acto sexual. De este precepto se pueden distinguir dos tipos de supuestos. Primero, aquellos casos en que existe un estado de inconsciencia o disminución de los sentidos y, por consiguiente, de las barreras de oposición por parte de la víctima producto de la ingesta previa de alcohol, drogas o medicamentos, así como también los casos en que (producto de dicha situación o no), la víctima se encuentra profundamente dormida. Y segundo, aquellos supuestos en que existe una paralización por parte de la víctima por encontrarse ésta en una situación de vulnerabilidad, ya sea por estar en una posición de poder desfavorable, enfrentada a una pluralidad de agresores, o bien, porque se trata de casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, situaciones en las que por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse.⁸³

⁸⁰ RAMÍREZ (2007), p. 4, entiende que “en materia de violación, el delito está limitado a un sujeto pasivo varón, de acuerdo a una línea de interpretación que resulta ser mayoritaria entre nosotros, quedando fuera de este tipo penal aquellas conductas cuyo sujeto activo es una mujer, por lo que constituirían abuso sexual”. En el mismo sentido GUZMÁN DALBORA (2000), *passim*; GUZMÁN DALBORA (2016), *passim*.

⁸¹ GUZMÁN DALBORA (2000), p. 6.

⁸² POLITOFF *et al.* (2005), p. 249, entienden que la violación no es punible por la actividad sexual en sí, “sino porque esta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de consentimiento actualmente dominantes. Lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el hecho de prevalerse el agente de una determinada circunstancia en que se encuentra la víctima reprobable socialmente”.

⁸³ Al respecto el informe de Camilla Guerrero Martínez en su artículo “Boletín 11714-07: Consideraciones sobre la ‘no oposición’ de la víctima en del delito de violación en Chile”.

Cuando el artículo 361.2 se refiere a “privación de sentido”, alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto, que no obedezca a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, como resultado de una falta de conciencia acerca de la realidad. Si bien la falta de conciencia ha de ser lo suficientemente intensa como para privar a quien la padece del pleno uso de las facultades volitivas (y, concretamente, en relación con el ejercicio de la actividad sexual), no es necesario que llegue al extremo de una pérdida total de sentido.⁸⁴

Al discutirse en el parlamento chileno sobre la circunstancia de que la víctima se encontrara privada de razón o sentido, se acabó configurando como una situación de incapacidad absoluta de resistencia y, por tanto, de incapacidad para consentir. El origen de la privación de sentido es, por consiguiente, irrelevante y puede corresponder a causas dependientes o independientes de la voluntad de la víctima o del violador.⁸⁵ Pero es distinta la situación en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación.⁸⁶ Por tanto, en tal circunstancia el hecho no sería punible porque entraríamos en el campo de la *actio libera in causa*.

Asimismo, la doctrina entiende que no es necesario que el sujeto activo *abuse* de esa privación de sentido, sino que basta con que se dé dicha privación en el momento del acceso carnal o la actividad sexual, ya que elemento que hace delictivo el acceso carnal o la actividad sexual es la falta de consentimiento.⁸⁷

No obstante, la consecuencia práctica de todo lo anterior es que, salvo en casos extremos, las interacciones intimidatorias y aquellas con hombres o mujeres situados en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes.⁸⁸

Los tribunales chilenos son reticentes a otorgar valor a la ausencia de consentimiento producto de la ingesta masiva de alcohol o drogas. El criterio dominante en la jurisprudencia es el de la no apreciación de incapacidad para oponerse en estos casos.⁸⁹ Así, en supuestos de violación se ha dicho que se trata de un supuesto no abarcado por el tipo legal, en la medida que la intoxicación por ingesta de alcohol no alcanza a la privación total de sentido⁹⁰. También se ha considerado insuficiente para poder acreditar una violación, la situación de una mujer que alegaba haber estado borracha y drogada, y que en tales circunstancias se “paralizó”, por lo que no pudo hacer nada frente a los requerimientos de realización de acciones sexuales por parte de sus ofensores.

⁸⁴ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 153.

⁸⁵ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

⁸⁶ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

⁸⁷ MATUS y RAMÍREZ (2018), p. 162.

⁸⁸ COX (2019), p. 322.

⁸⁹ En este sentido, confirmando la absolución por atipicidad y falta de prueba de algún medio de comisión legal, véase la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 06.10.2014, rol n° 275-2014, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 12.09.2014, rol n° 234-2014 y la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02.02.2018, rol n°4257-17.

⁹⁰ OXMAN (2015), p. 107.

En efecto, la alcoholización parece ser solo gravitante cuando redundando en una privación de sentido radical, pero no cuando bloquea las opciones de oposición. La turbación alcohólica sería jurídico-penalmente relevante en este estadio solo cuando es total, donde podrá reconocerse una falta de consentimiento, pero no cuando es parcial e impide a la víctima oponerse, pero no la deja inconsciente. En tal caso no tendría ninguna relevancia jurídico-penal accederla carnalmente, ya que ese impedimento debe ser físico y los efectos del alcohol no lo serían.⁹¹ A este respecto, la doctrina considera que esta forma de argumentar está motivada en condicionamientos socioculturales conforme a los cuales no es posible dar lugar a la alegación de ausencia de consentimiento, porque el alcohol es una sustancia aceptada (adecuación social) que está presente en la mayoría de las relaciones sexuales esporádicas, o se producen después de fiestas de fin de semana que, precisamente, son los supuestos en que con mayor regularidad se dan en estos casos⁹². Por ello, en palabras de Cox, los tribunales de justicia son reacios a afirmar la presencia de los medios y circunstancias de los numerales 2 y 3 del artículo 361, en el entendido de que deben dar cuenta de eventos de una entidad lesiva equivalente a la producida por medio del ejercicio de fuerza física sobre la víctima, recogido en el numeral 1.⁹³

Dicho lo anterior, el 3 de mayo de 2018 tuvo entrada un proyecto de modificación del delito de violación en el Código Penal, en parte debido a la gran repercusión internacional que tuvo la sentencia del caso de “La Manada”. En dicha modificación se proponía agregar una nueva hipótesis para que concurra violación y que acaece cuando hay participación de más de una persona en la perpetración de los hechos. Además, recogía la ausencia de consentimiento como elemento esencial para tipificar el delito de violación, estableciéndose, respecto de este delito, que la mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento. En trámite constitucional, la Cámara de los Diputados alegó que “en los casos de violencia o intimidación y de privación de razón o sentido de la víctima, hay un punto crucial en la tradición dogmática penalista, y es que se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y sólo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la violación. Pareciera que, para el derecho penal, las mujeres son violadas por su incapacidad de resistirse y no porque alguien decidió vulnerar su autonomía personal y libertad sexual prescindiendo de su consentimiento”.⁹⁴ Dicho Proyecto fue aprobado el 4 de julio de 2019 por unanimidad de la Cámara de Diputados de Chile.

En efecto, la Cámara de Diputados, haciendo crítica de la regulación contenida en esta materia en el Código Penal (calificándola de arcaica y conservadora), destacó el poco rigor con el que se trata la ausencia de consentimiento en aquellos casos en que las víctimas “son forzadas, manipuladas o amenazadas de manera tal que terminan accediendo a ser objeto de acceso carnal”⁹⁵. En este sentido, consideró que la regulación vigente hasta la fecha lleva a

⁹¹ COX (2019), p. 324.

⁹² OXMAN (2015), p. 108.

⁹³ COX (2019), p.317.

⁹⁴ Boletín N°11714-07 relativo a la modificación el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación.

⁹⁵ Véase, Cámara de Diputados de la República de Chile (2018), Sesión 19ª, en martes 8 de mayo de 2018, Legislatura 366ª. Disponible online:

que la falta de oposición o la inexistencia de resistencia de la víctima frente a la agresión del victimario, genere un principio de consentimiento que sería suficiente para la exclusión de la antijuridicidad. El informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana sobre el proyecto pone de manifiesto todas estas carencias al afirmar que se “observa que hay muchos casos en que la mujer queda paralizada, no opone resistencia física ni es capaz de decir nada, pero no consiente. Aun así se dice o se entiende el argumento de que consiente”.⁹⁶

Para Cox, la justificación material de la propuesta legislativa descansa en la necesidad de reconocer distintos niveles de afectación de la autonomía sexual y, consiguientemente, distintos niveles de reproche al autor. La falta de distinción que caracteriza esta legislación vigente ha permitido, por una parte, banalizar los ataques a las mujeres y, por otra, mantenerlos en una impunidad inaceptable.⁹⁷

Lo que se pretendió fue romper con el carácter tradicionalista y conservador que llevaba a considerar que las mujeres deben estar siempre disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, salvo que manifiestamente expresen lo contrario. Con todo, la propuesta no planteó ningún aumento de las penas: solo una ampliación de las presunciones de no concurrencia de consentimiento, proponiendo una modificación de la redacción de la segunda hipótesis del artículo 361.2 en los siguientes términos: “cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponerse”.

A modo de síntesis, una vez analizados desde un punto de vista comparado los distintos planteamientos de abordaje de los problemas que suscitan los delitos sexuales mediante sumisión química, no cabe más que profundizar en los fundamentos de las cuestiones que apuntan. En resumen, junto a la cuestión de la dogmática del consentimiento y al nuevo contexto sociológico actual, convendrá entrar en los problemas de error de tipo (vencible o invencible) y los estándares que se deberían exigir al sujeto activo para discernir si la víctima consentía o no en cada momento. La distinción de la causa originaria de la incapacidad para consentir en la víctima abrirá, a su vez, nuevas cuestiones no menos decisivas. Por un lado, la relativa a la equivalencia valorativa de los medios empleados y la necesidad de unificación (en caso de estimarse equivalente) en un mismo *nomen iuris*. Por otro, la cuestión relativa a la *actio libera in causa* y los deberes de autoprotección de la víctima, sin perjuicio de poner el énfasis en los deberes de verificación del consentimiento integral (equivalente a los deberes de veracidad),⁹⁸ por parte del sujeto activo.

<https://www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/diarioshley?IDDocumento=684607&title=Diario%20de%20Sesi%C3%B3n:%20Sesi%C3%B3n%20Ordinaria%20N%C2%B019> (visitado 15 de enero de 2020).

⁹⁶ Primer informe de Comisión de Seguridad Ciudadana de 30 de abril de 2019, en referencia al Boletín N° 11714-07.

⁹⁷ Véase, COX (2019), pp. 326-327, en relación con el anteproyecto.

⁹⁸ Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando A invita a B a la fiesta en la que todo el mundo bebe y se practica un intercambio espontáneo de fluidos y hormonas recíproco, debe darle toda la información a B (que desea ir hasta el final) y conocer su grado de aceptación. Una omisión de la información relevante sería equivalente a un engaño activo. El hecho de que todo el mundo sepa lo que pasa en esa fiesta no exoneraría a A de proporcionar esa información y su deber de discernimiento con respecto al consentimiento libre por parte de B. Se podría objetar que entonces, siendo así las cosas, se acabaría con lo que algunos buscan deliberadamente en contextos de ocio nocturno. Esta postura contraria nos acercaría a justificar un espacio de riesgo permitido que, en la sociedad actual, cada vez es visto con mayor preocupación.

3. Perspectiva socio-cultural y dogmática para un análisis valorativo de los distintos escenarios de ausencia de consentimiento: bases para una diferenciación sistemática y penológica

3.1. Cambio de paradigma ante una nueva realidad socio-cultural

Tras el análisis de los tipos penales de los países objeto de estudio, debemos abordar las premisas socio-culturales y dogmáticas⁹⁹ sobre los cuales pueda construirse una clasificación conceptual basada en la incapacidad por parte de la víctima para consentir y oponerse al verse inmiscuida en un contexto de naturaleza sexual.

El Derecho Penal sexual ha sufrido en las últimas décadas una fuerte e intensa sacudida fruto de los cambios socio-culturales vividos desde la revolución sexual de los años sesenta del siglo pasado. Y, en el vértice de dichos cambios, la dogmática del consentimiento se ha visto profundamente afectada por el movimiento feminista y la perspectiva victimológica¹⁰⁰ que, junto a la liberalización sexual de las costumbres, han venido generando un cambio de paradigma de consecuencias previsibles en la política criminal.¹⁰¹

En este sentido, a lo largo del pasado siglo la emergencia de las reivindicaciones de las mujeres en favor de la emancipación y la igualdad de oportunidades, supuso el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia *natural* de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres.¹⁰² La despenalización de los delitos de incesto o sodomía reflejó ese cambio en el eje sobre el que había girado la discusión y, de este modo, la cuestión sobre la limitación del derecho a decidir¹⁰³ pasó a centrarse en la víctima, y no en el sujeto activo.

⁹⁹ Junto a consideraciones estrictamente dogmáticas, se realizarán también algunas consideraciones de corte criminológico. En realidad, el recurso desde la dogmática a la criminología no entra en contradicción, en cuanto ciencia empírica, con el discurso racional que pretende la reflexión dogmática. Las aportaciones criminológicas, por el contrario, pueden servir de auxilio eficaz (en ocasiones, imprescindible), para situar adecuadamente el punto de partida en la realidad social. Así, la sociología del derecho y la sociología del delito deben, a nuestro juicio, contribuir al quehacer dogmático, ya sea como punto de partida o como contrapunto necesario, para verificar si el sistema jurídico parte de la realidad social (pues las normas deben interpretarse en su contexto social) o ha sido en última instancia eficaz.

¹⁰⁰ BERGELSON (2009), *passim*. Bergelson pone de manifiesto cómo, en virtud del principio victimo-dogmático debería, el consentimiento de la víctima puede modular el juicio de reproche sobre la conducta del autor. Si bien, conviene distinguir dos planos: en términos estrictamente criminológicos podría aconsejarse a la víctima que no adopte conductas de riesgo (como podría ser, acudir a una fiesta con un vestido provocativo y beber alcohol sin medida). No obstante, desde el punto de vista del juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal esa conducta de riesgo no podría justificar que se aminorara la responsabilidad del autor salvo para distinguir, como veremos, los casos de SQ oportunista y SQ premeditada.

¹⁰¹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia a esta evolución de los delitos sexuales: “desde la instauración del régimen democrático constitucional, hasta la actualidad, han tenido lugar, se ha venido ejecutando paulatinamente la idea de la tutela de la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores de la Constitución, y ello con el consiguiente abandono del concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales” (STS núm. 334/2019, de 4 de julio).

¹⁰² ASÚA BATARRITA (1998), p. 50.

¹⁰³ Sobre esta cuestión, véase OXMAN (2015), p. 93.

Con todo, los efectos de la revolución sexual se tradujeron en un incremento de las *oportunidades-para-el-delito*. Desde el punto de vista de la teoría de las actividades cotidianas,¹⁰⁴ se observa como algo evidente que el aumento y desinhibición de las interacciones sexuales y la relajación de los controles sociales formales e informales sobre patrones de comportamiento sexual (que, con anterioridad, se habían considerado desviados), iban a conllevar la configuración de un espacio de riesgo mayor.

No obstante, esa proliferación de conductas de riesgo (asociadas a una mayor precocidad y promiscuidad sexual) se iba a compensar por un giro significativo en el rol del consentimiento y en los estándares de respeto a la oposición de la mujer en contextos de naturaleza sexual.

Así las cosas, no es de extrañar que en varios ordenamientos jurídicos la tendencia fuera la prohibición de comportamientos que, por un lado, no fueran necesariamente constitutivos de violencia o intimidación y, por otro, tampoco fueran propiamente supuestos de privación total de sentido, pero que podían ser estimados como supuestos de no-consentimiento (*non-consensual sexual intercourse*) del sujeto pasivo¹⁰⁵.

Toda esta evolución conduce a tener que replantearse qué significa *consentir* en los delitos de naturaleza sexual. La ausencia de consentimiento en el ámbito de la delincuencia sexual no es solo un elemento negativo del tipo: es el auténtico criterio rector que debería permear el contexto y sentido en que se relacionan autor y víctima. Las condiciones normativas en que opera la ausencia de consentimiento se convierten así en clave interpretativa que requiere una adaptación socio-cultural en una era, la actual, bien distinta. Y es que en el momento presente la exigencia de ausencia de factores que puedan restar espontaneidad o autenticidad a la conducta deliberada de los dos (o más) intervinientes resulta mucho más elevada.

Más allá de la ausencia de factores negativos, para dilucidar en profundidad la cuestión del consentimiento sexual es necesario referirse al concepto de autonomía personal de la víctima. En este nuevo escenario, la evolución ha sido significativa. Del *Ask first*, pasando por el *No means no*, hemos llegado al *Yes means yes* y también al “solo sí y la persistencia del sí es consentir (solo el sí es sí)”¹⁰⁶. El intento de erradicación de la “rape culture”¹⁰⁷ ha supuesto en el ámbito penal no solo una profunda revisión de los supuestos legales o jurisprudenciales de falta de consentimiento, sino también un reenfoque de las estructuras de imputación objetiva. De tal suerte, se impondría una concepción de las relaciones sexuales como genuino derecho de libertad y fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, que hace del consentimiento positivo (no solo de su ausencia) y su clara exteriorización (no presunta), el único presupuesto de legitimidad que excluye el delito¹⁰⁸.

¹⁰⁴ COHEN y FELSON (1979).

¹⁰⁵ OXMAN (2015), p. 96.

¹⁰⁶ ALCALDE SÁNCHEZ y FARALDO CABANA (2018), p. 25.

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, véase en sentido muy crítico, MCELROY (2016).

¹⁰⁸ VALLEJO TORRES (2018), p. 1.

El consentimiento es, pues, el núcleo del problema y lo cambia *todo*. Se ha llegado a afirmar que el consentimiento transforma una violación en (un simple) *hacer el amor*, un secuestro en llevar a alguien a dar una vuelta en coche un domingo por la tarde, una agresión en algo que es parte inherente al fútbol, un hurto en un regalo y un allanamiento de morada en llegar a una cena de celebración (“*turns a rape into love-making, a kidnapping into a Sunday drive, a battery into a football tackle, a theft into a gift, and a trespass into a dinner party*”¹⁰⁹). Sin embargo, esta conocida afirmación de Hurd (que fue objeto de debate por excesivamente simplista), parece obviar que consentir no es realizar una opción instantánea e irrevocable que, desde el momento en que se exterioriza, altera la naturaleza de toda la secuencia de actos que puedan seguirle. No es una mera varita mágica que tiene la virtualidad de cambiar todo lo que venga después. Y ello por cuanto el nuevo escenario del consentimiento sexual se proyecta sobre una concatenación de acciones fragmentadas temporalmente, en las que la exigencia de renovación del consentimiento se renueva continuamente, de modo que es necesario consentir en cada paso, teniendo el sujeto en sus manos esa virtud transformadora sobre el sentido del hecho.

3.2. El consentimiento en los delitos sexuales y la circunstancia de hallarse en una situación de vulnerabilidad química

3.2.1. El consentimiento en los delitos sexuales

A diferencia de otros sistemas jurídicos,¹¹⁰ en el Código penal español no existe una definición precisa de qué significa *consentir* en el ámbito de los delitos sexuales. En Derecho, la cuestión del significado y validez del consentimiento difiere de un contexto a otro, como veremos, lleva consigo distintos problemas interpretativos tanto *analíticos* como *normativos*.¹¹¹ En primer lugar, nos referiremos al concepto genérico de consentimiento sexual desde un punto de vista socio-cultural. Seguidamente, entraremos en el análisis del concepto normativo de consentimiento desde el punto de vista jurídico, y jurídico-penal en particular. Y, finalmente, abordaremos la cuestión específica del consentimiento sexual en el ámbito jurídico-penal.

El término consentimiento proviene del latín (del verbo *consentire*, procedente del prefijo *cum* y *sentire*) y hace referencia a la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión¹¹². Consentir es un acto por el cual la persona expresa su voluntad y ejerce su libertad para aceptar algo que se le plantea o propone.¹¹³ La Real Academia de la Lengua Española lo define como una “manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente”¹¹⁴. Centrándonos en las relaciones sexuales el consentimiento sexual

¹⁰⁹ HURD (2005), p. 503.

¹¹⁰ Así, en el Reino Unido, donde se proporciona una definición en la Sección 74 de la *Sexual Offences Act* (2003), en la que se señala que la persona consiente “si acepta por libre elección y tiene la libertad y capacidad para tomar esa decisión” (“*consents if he agrees by choice and has the freedom and capacity to make that choice*”).

¹¹¹ SIMESTER *et al.* (2016), p. 786.

¹¹² MACHADO RODRÍGUEZ (2012), p. 31.

¹¹³ CARRASCO GÓMEZ y MAZA MARTÍN (2010), p. 1936.

¹¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2019), voz “consentimiento”, tercera acepción.

se ha definido como la aceptación verbal o no verbal, dada libremente por la voluntad, de participar en una actividad sexual.¹¹⁵

En la definición anterior se relacionan consentimiento y voluntad. Se trata, no obstante, de dos fenómenos que, estando vinculados, son diferentes y, por tanto, darían lugar a distintas formas de aceptar o no. El consentimiento puede ser, en este sentido, una manifestación exterior que no concuerde con la voluntad interior, dando lugar a cuatro posibles combinaciones.¹¹⁶ Por ejemplo, una persona podría acceder externa o formalmente (consentimiento) a sostener una relación o práctica sexual y en su interior no desear participar en ella (voluntad): en este caso, habría consentimiento (no se vulneraría el cuerpo), pero el deseo sexual no sería bilateral.¹¹⁷ El núcleo de la cuestión se hallaría en la ausencia de signos externos de esa discordancia interna-externa. Se trata de una discordancia que, ciertamente, en ausencia de signos externos puede conducir desde el punto de vista jurídico-penal a escenarios de error de tipo.

En el ámbito social y político, el consentimiento se ha convertido en un bastión de denuncia para reivindicar el derecho efectivo a ejercer la libertad y autonomía sexual. Su presencia se exige como elemento necesario para asegurar relaciones sexuales sanas, satisfactorias y libres de violencia.¹¹⁸ Es por ello que, en el ámbito sexual, el verbo consentir aparece como un verbo “femenino”, inscrito en una lógica social en la cual las mujeres se exigen y son exigidas socialmente para resistir o conceder; los hombres, para buscar activamente el consentimiento femenino.¹¹⁹

En los últimos años, la reivindicación en torno al consentimiento sexual ha evolucionado a grandes pasos desde la revolución sexual de los años sesenta¹²⁰. Con anterioridad, el consentimiento se podía presumir a menos que la mujer lo retirase¹²¹ y, en todo caso, correspondía a la víctima acreditar que hizo saber a su agresor que no consintió en tener relaciones sexuales. Con la rápida evolución socio-cultural y jurídica acerca del consentimiento sexual, se ha ido abandonando la aceptación de un consentimiento implícito o presunto en favor de lo que se denomina *affirmative consent*.¹²² Según este movimiento, se requiere que el consentimiento en el ámbito de las relaciones sexuales sea emitido expresamente por la mujer de manera anticipada a cualquier contacto sexual,¹²³ reduciéndose así las tasas de agresiones sexuales o violaciones¹²⁴. Su significado no es uniforme y puede variar desde prescripciones comunicativas (manifestar verbalmente *si*), hasta cualquier

¹¹⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 751.

¹¹⁶ La persona puede (1) querer (internamente) y consentir (externamente); (2) querer y no consentir; (3) no querer y no consentir; y (4) no querer y consentir, presentándose los mayores problemas en este último supuesto.

¹¹⁷ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 747.

¹¹⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 115.

¹¹⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 742.

¹²⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 746.

¹²¹ LITTLE (2005), p. 1374. En relación al “No means no”, resume su significación señalando que “the standard means that, if an individual verbally rejects sexual advances, that person must be seen as withdrawing consent to sexual contact”.

¹²² HALLEY (2016).

¹²³ LITTLE (2005), p. 1345.

¹²⁴ JOZKOWSKI (2015), p. 21.

comportamiento o señal que convenga un acuerdo interno (un juego previo o aquiescencia).¹²⁵ Jozkowski, por su parte, remarcó en este sentido que existían diferencias en el consentimiento sexual entre géneros: mientras los hombres utilizan señales no verbales para comunicar su consentimiento, las mujeres manifiestan su consentimiento a través de elementos verbales¹²⁶. Con ello, el consentimiento sexual debe ser conceptualizado como un *continuo proceso de negociación* entre hombre y mujer.¹²⁷

En el marco del movimiento relativo al *affirmative consent*, se han ido desarrollando distintas tendencias o etapas. En primer lugar, y en sentido negativo, se impuso el eslogan *no means no*, denunciándose que una negativa es definitiva independientemente de la vestimenta, ocupación o estado físico de la mujer. Si una mujer dice “no” debería, en todos los casos, significar “no”. Sin embargo, desde una perspectiva masculina, una negativa puede ser, en realidad, una oportunidad, una invitación a seguir insistiendo,¹²⁸ ya que, según el estudio realizado por Muelenhard y Hollabough,¹²⁹ algunas mujeres manifiestan que *no* quieren mantener relaciones sexuales cuando en realidad es que *sí*. En esta línea se proponen criterios acerca de cómo se debe interpretar el silencio de la mujer.

En una segunda fase, el movimiento *affirmative consent* avanzó hacia un modelo de relaciones sexuales donde interactúen los dos participantes, asumiendo las responsabilidades de sus decisiones y actos.¹³⁰ El consentimiento afirmativo y libre es más efectivo.¹³¹ Por ello, del *no means no* se pasó al *yes means yes*, donde se requiere para que exista consentimiento sexual una manifestación verbal con la palabra *sí*, y el silencio es interpretado como *no*,¹³² empezándose a reivindicar la (verdadera) autonomía sexual.¹³³ A pesar de que este modelo cambia el comportamiento sexual de hombres y mujeres, imponiendo una actitud más racional, ha sido objeto de críticas por parte de algunos autores. Little considera, por ejemplo, que un consentimiento afirmativo y expreso ataca a la intimidad de la pareja.¹³⁴

¹²⁵ GRUBER (2016), p. 430. Respecto al consentimiento sexual, que tiene que ser expresado previamente, a la hora de manifestarlo no hay un criterio único: puede realizarse diciendo que sí expresamente (prescripciones comunicativas) o a través de comportamientos que den lugar a un consentimiento afirmativo, como los juegos previos o preliminares al acto sexual.

¹²⁶ JOZKOWSKI (2015), p. 19.

¹²⁷ ARCHARD (2007), p. 210.

¹²⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ (2017), p. 122.

¹²⁹ Muelenhard y Hollabough realizaron una encuesta en 1988 en la Texas A&M University en la que el 39.3% de las universitarias encuestadas afirmó que algunas veces dijeron *no*, aunque “tenían toda la intención y estaban deseando tener relaciones sexuales completas”. No obstante, LITTLE señala que, aunque éste y otros estudios muestran como la mayoría de las mujeres cuando dicen *no*, es *no*, algunos han interpretado y citado estos resultados como prueba de que un no confunde a los hombres.

¹³⁰ LITTLE (2005), p. 1348.

¹³¹ LITTLE (2005), p. 1351.

¹³² JOZKOWSKI (2015), p. 21.

¹³³ GRUBER (2016), p. 458. En esta dirección se han llegado incluso a poner en circulación *apps* que sirvan de soporte digital para probar el consentimiento sexual: véase, “Does 'yes' mean 'yes?' Can you give consent to have sex to an app?” (2018) Edward C. Baig en *USA Today* de 26 de septiembre. Disponible en: <https://eu.usatoday.com/story/tech/columnist/baig/2018/09/26/proof-yes-means-yes-sexual-consent-apps-let-users-agree-have-sex/1420208002/> (visitado el 9 de febrero de 2020).

¹³⁴ LITTLE (2005), p. 162.

Entrando ya en el alcance normativo del consentimiento, en la actualidad se exige que el consentimiento deba ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del derecho civil relativas a la declaración de voluntad. Y, más importante aún, en Derecho Penal el consentimiento es revocable libremente en cualquier momento y no se requiere una impugnación del mismo en el sentido jurídico-civil.¹³⁵ Obviamente, la revocación no posee efectos retroactivos, pero sí inmediatos respecto a lo que venga a continuación. En este sentido, en derecho civil el consentimiento rige por un criterio formalista basado en la declaración de voluntad, mientras que en Derecho Penal se impone un criterio fáctico, basado en la secuencia temporal de los sucesivos hechos. Así, en Derecho Penal debemos atenernos a una clara voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia¹³⁶ por parte de quien consiente. El consentimiento es, pues, una potestad del titular del bien jurídico protegido de considerar lesiva o no una determinada conducta. Se trata de un elemento esencial para la existencia de un delito, y así lo afirmaba ya Ulpiano: *nulla iniura est, quae in volentem fiat* (“no existe injusto para el que ha consentido”),¹³⁷ debiéndose entender por injusto cualquier lesión de los derechos de la personalidad, incluidas la libertad y la vida.¹³⁸ Como señalara Welzel el consentimiento es, por parte del sujeto llamado a verse perjudicado, el titular del bien jurídico, “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho”.¹³⁹

El objeto del consentimiento, al ser éste una aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho, es el resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que no obsta a que el interesado pueda delimitar fácticamente su consentimiento restringiendo así al destinatario a la realización de determinados comportamientos.¹⁴⁰ Sin embargo, la cuestión radica en discernir si ese objeto también puede venir delimitado (ampliado o restringido) por el contexto cultural o social y los actos propios del titular del bien jurídico.¹⁴¹

Como es sabido, la ubicación del consentimiento en la teoría del delito no es una cuestión pacífica en la doctrina, pudiendo entenderse su ausencia, dependiendo del tipo de delito,

¹³⁵ JESCHECK y WEIGEND (2002), pp. 419-411.

¹³⁶ RÍOS (2006), p. 5.

¹³⁷ ULPIANO, Digesto, Libro XLVIII, tit. X, 1. Ulpianus 5.

¹³⁸ RÍOS (2006), p. 5.

¹³⁹ WELZEL (1956), p. 99.

¹⁴⁰ Véase, RÍOS (2006), p. 6, citando a MAURACH (1994), pp. 295-296.

¹⁴¹ *Mutatis mutandis*, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece un criterio interesante: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

como causa de atipicidad o como causa de justificación.¹⁴² En función de la posición que se adopte se da lugar a consecuencias no solo sistemáticas, sino también prácticas.¹⁴³

Los efectos que opera el consentimiento con respecto al hecho típico, en todo caso, derivan de la tradición liberal del sistema jurídico, en la que se concedía a la autonomía de la voluntad un papel decisivo para calificar como daño un determinado resultado *prima facie* lesivo¹⁴⁴. Desde el punto de vista anglosajón, Simester et al. proponen tres formas de analizar el significado del consentimiento: (1) puede hacer imposible *la existencia misma de un daño*, como sucede en caso de los delitos sexuales, donde la esencia de la violación es la misma penetración sin consentimiento; (2) puede hacer imposible *cualquier responsabilidad penal a partir del consentimiento*, como sucede en delitos de peleas consentidas en las que no concurren lesiones (aunque sea dudoso si eso excluye la *offense* o se trata de una *defense*);¹⁴⁵ y (3) puede que sí merezca una respuesta penal si se cruza un determinado umbral respecto del daño infligido, como sucede en los casos de lesiones consentidas.

Respecto a los requisitos *generales* del consentimiento para considerarlo válido la doctrina penal coincide en indicar los siguientes:¹⁴⁶

- (1) *Titularidad del bien jurídico*, es decir, el consentimiento debe ser prestado por el titular del bien en cuestión, llamado a ser afectado por la conducta punible.
- (2) *Capacidad para consentir*. Se requiere que el titular del bien jurídico tenga capacidad para prestarlo. Mir Puig se refiere a una *capacidad natural* de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento.¹⁴⁷ Como veremos, los delitos sexuales es un terreno abonado para que se puedan dar situaciones en las que se anula o restringe la capacidad de consentir del titular del bien (en caso de menores de edad o discapacitados, por ejemplo).

¹⁴² En el Código Penal español no se contempla el consentimiento como un supuesto de exclusión de responsabilidad penal, lo que no impide que el mismo pueda ser considerado por la doctrina como una causa de exclusión del tipo o como una causa de justificación. En efecto, el artículo 20 del CP no incluye en ninguno de sus apartados esa circunstancia. Sin embargo, la propia teoría del bien jurídico y el carácter disponible que tiene alguno de ellos permite incluirla sin dificultad al lado de las restantes causas de justificación (entre muchos otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2004), p. 308.

¹⁴³ MIR PUIG (2016), p. 503.

¹⁴⁴ De esa procedencia liberal dan cuenta autores como MILL (1859), *passim*; HART (1963), *passim*; RAZ (1986), *passim*; FEINBERG (1985), *passim*. Al respecto, véase también ROXIN (1997), p. 517, donde señala: “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo [...], no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”.

¹⁴⁵ En el Código Penal español sí se castiga la participación en riña tumultuaria sin lesiones (art. 153 CP), si bien no hace mención expresa a si se trata de una participación consentida por todos o no.

¹⁴⁶ Para una revisión de las distintas posturas doctrinales en Chile, donde existen grandes coincidencias en la totalidad de requisitos que debe reunir el consentimiento para ser eficaz (aunque no necesariamente en cuanto al contenido de aquellos), véase RÍOS (2006), pp. 6 y ss.

¹⁴⁷ MIR PUIG (2016), p. 531.

- (3) *Libertad y conciencia.* El consentimiento debe prestarse libremente, sin coacción o engaño y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto. En todo caso, no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad.¹⁴⁸
- (4) *Exteriorización.* Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste externamente. Anteriormente se contraponían la *teoría de la declaración de voluntad*, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la *teoría de la dirección de voluntad*, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el derecho civil.¹⁴⁹ Desde la perspectiva de género apuntada, el consentimiento requiere una manifestación expresa (“Yes means Yes”), sin otorgar en principio validez al consentimiento presunto. Y debe haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Si se consiente con posterioridad, se convierte en otorgamiento del perdón.¹⁵⁰

Todo ello no es óbice para que se regulen expresamente los requisitos del consentimiento en ámbitos determinados. Así, en el Código Penal español, dentro del capítulo que se refiere al delito de lesiones se contemplan expresamente dichos requisitos. En efecto, el art. 155 establece (una circunstancia atenuante que se traduce en una rebaja considerable del marco penológico al disponer) que “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Por su parte, en el ámbito de los delitos sexuales, el consentimiento se configura como elemento negativo del tipo, siendo una condición necesaria, esencial, para que la conducta sexual sea permisible y, por tanto, se considera antijurídico involucrar a una persona que no consiente en un acto de naturaleza sexual, particularmente si hay penetración. El contacto sexual sin consentimiento se considera incorrecto tanto desde el plano moral, como en sentido legal, significando las relaciones sexuales con una persona inconsciente un comportamiento deshonesto.¹⁵¹ La eventual falta de consentimiento (o cuando el consentimiento de la víctima es ineficaz, por inválido), al no verificarse dicho elemento negativo del tipo no puede apreciarse una causa de atipicidad expresa.¹⁵²

El Código Penal español, no obstante, guarda silencio en relación a las condiciones circundantes del consentimiento en los delitos sexuales. Por su parte, en el Convenio del

¹⁴⁸ “La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente” (MIR PUIG (2016), p. 532).

¹⁴⁹ MIR PUIG (2016), pp. 531 y ss.

¹⁵⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ (2016), p. 749.

¹⁵¹ HÖRNLE (2018), p. 2.

¹⁵² En el artículo 181 se prevé expresamente como elemento negativo del tipo al hacerse mención expresa: “sin que medie consentimiento”; en los tipos de agresión sexual y violación se sobrentiende. Véase, al respecto, STS núm. 275/2006, de 6 de marzo.

Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (denominado Convenio de Estambul, celebrado en esta ciudad en fecha 11 de mayo de 2011), en su artículo 36, bajo el epígrafe “violencia sexual”, se establece una definición de consentimiento disponiendo que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. La específica referencia que se hace en dicho artículo al consentimiento como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto deja clara, por ejemplo, la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad. Ésta debería manifestarse, por tanto, de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.¹⁵³

Sí que se aborda en la jurisprudencia española las condiciones en que este consentimiento debe manifestarse. Así, se descarta “cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual”.¹⁵⁴ Y, en su análisis de la interacción sexual como sucesión de actos continuados en el tiempo, se hace expresa referencia a que la mujer tiene que prestar su consentimiento en cada uno de los actos sexuales en que se pueda dividir su intervención. Así lo establece, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra:

“No basta con que el sujeto pasivo de tales actos de naturaleza sexual hubiere manifestado, con anterioridad, un deseo o manifestación vaga de que únicamente una persona pudiere «tocarle» con exclusión de los demás, sino que *el consentimiento ha de ser continuado y aparecer y/o seguir apareciendo en el momento inmediatamente anterior a la realización de dichos actos* pues, si los mismos tuvieron lugar tras consumir la víctima abundantes bebidas alcohólicas, no autorizaba la situación a los acusados a disponer de ella a su antojo, una vez que se encontraba esta con su consciencia afectada, ya que debe el sujeto pasivo tener la posibilidad de negar, abstenerse o desistir de la realización del acto carnal que tuvo lugar”.¹⁵⁵

Ese concreto deber de recabar el consentimiento en cada momento, se proyectaría sobre las distintas secuencias temporales en que se fragmenta la interacción sexual y guardaría relación con la posible incapacidad para consentir en cada fase por parte del sujeto pasivo. Y, respecto a cada acto de consentimiento, se podrían distinguir distintos niveles o grados que preservarían su validez. Green distingue cuatro niveles de capacidad: (1) capacidad para comprender los hechos que se ven implicados por la decisión; (2) capacidad para apreciar la naturaleza y significado (sexual) de tales hechos; (3) capacidad para razonar, es decir, evaluar

¹⁵³ VALLEJO TORRES (2018), p. 4.

¹⁵⁴ STS núm. 1308/2005, de 30 de octubre. Sin perjuicio de que la víctima presente algún tipo de trastorno mental, lo decisivo es la capacidad para entender la naturaleza del acto cuya realización se consiente. Véase, al respecto, RAGUÈS I VALLÉS (2019), pp. 137-138 y STS núm. 542/2007, de 11 de junio, donde se niega la existencia de abusos cuando el sujeto pasivo tiene un conocimiento básico, aunque rudimentario, de la sexualidad. En esta misma resolución, se acepta la posible concurrencia de un error de tipo vencible si el retraso mental de la víctima no es especialmente evidente para el autor.

¹⁵⁵ STSJ de Navarra núm. 4/2018, de 13 de junio.

riesgos y beneficios, así como sus posibles consecuencias; y (4) capacidad para expresar o comunicar la decisión tomada.¹⁵⁶ En ese sentido no hay verdadera autonomía si el sujeto carece de tales capacidades, sin perjuicio de poder acudir, con todas las cautelas que se apuntarán a continuación, a la doctrina de la *actio libera in causa* u otras formas *sui generis* de consentir.

Así, mientras en el derecho civil se apoya en un consentimiento formal y estático, en el Derecho penal sexual, se opera con un consentimiento fáctico y dinámico o por fases, en el que todo parece revocable, requiriéndose que sea además expreso e inequívoco. Con todo, el problema surge ante la incapacidad de la víctima para oponerse a ciertas presunciones o expectativas sociales que podrían debilitar la claridad del sistema.

3.2.2. ¿Actio libera in causa, error de tipo o consentimiento presunto?

Tras el análisis jurídico relativo al consentimiento sexual, ante una víctima que no puede consentir por el estado psico-físico que presenta se pueden abrir tres escenarios de respuesta: (i) considerar que la víctima consintió en un momento anterior (consentimiento antecedente); (ii) entender que se produjo un error de tipo debido a una apariencia que podía inducirlo (consentimiento aparente); o (iii) justificar la concurrencia de algo equivalente a lo que la doctrina denomina consentimiento presunto (riesgo permitido).

La primera opción, *prima facie*, podría no ser incompatible con la exigencia de un consentimiento expreso (“solo sí es sí”). Es distinta, como señalaba Rodríguez Collao, la situación en que la víctima se coloca voluntariamente en un estado de privación de sentido (por ejemplo, no, *sobre todo* en el contexto de una situación lúdica), sabiendo que en tales circunstancias será objeto de un acceso carnal, porque en este caso faltaría la ausencia de voluntad exigida como elemento objetivo del tipo en todas las hipótesis del delito de violación.¹⁵⁷ Por este motivo, Cox advertía que, salvo en casos extremos, las interacciones entre hombres o mujeres situados (voluntariamente) en contextos que les impiden oponerse al autor, quedando a su merced, son por regla general impunes.¹⁵⁸ No obstante, es difícil afirmar que la víctima pueda consentir *ipso facto* al ingerir alcohol o sustancias tóxicas a cualquier acceso carnal salvo en contextos muy determinados y donde no se pueda albergar ninguna duda al respecto. Quien se somete a una intervención médica consiente en que se le administre una anestesia incapacitante y, en un momento posterior, se realicen sobre su cuerpo determinadas lesiones abarcadas por el consentimiento precedente. El objeto y límites del consentimiento de quien va a una fiesta y se incapacita a sí mismo no pueden difuminarse: existe voluntariedad en la asunción de un riesgo, pero no puede sostenerse un consentimiento precedente en materia sexual salvo que sea expreso. Algo distinto es que se pueda construir supuestos de error o justificar determinadas costumbres sociales.

Conviene, pues, plantearse qué sucede cuando el autor de un delito sexual realiza su acción sobre la víctima creyendo que ésta sí consiente y, sin embargo, no es así. Nos hallaríamos en

¹⁵⁶ GREEN (2020), capítulo 8, II.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ COLLAO (2014), p. 154.

¹⁵⁸ COX (2019), p. 322.

una zona gris en la que, a falta de una exteriorización concluyente por parte de la víctima, se podría alegar la cuestión de un posible error de tipo.

A este respecto, es interesante lo establecido en la *Sex Offences Act* (2003), al incorporar de forma expresa como parte del tipo dos elementos negativos: (1) la ausencia de consentimiento por parte de la víctima (“[V] *does not consent to the penetration*”); y (2) la ausencia de creencia razonable por parte del sujeto activo respecto al consentimiento de la víctima (“[D] *does not reasonably believe that [V] consents*”). Además, introdujo una regla procesal para determinar la ausencia de consentimiento: “Si una creencia es o no razonable debe determinarse considerando todas las circunstancias, incluyendo cualquier paso que [D] (el acusado) haya tomado para discernir si [V] (la víctima) consentía”¹⁵⁹.

Ex post facto, la víctima puede alegar que ella nunca consintió y el autor tratar de probar la diligencia empleada en su previo discernimiento. La carga de la prueba recaería *de facto* en el acusado. A este respecto, en solo una minoría de jurisdicciones estatales de Estados Unidos siguen un enfoque de *strict liability* (equivalente funcional a nuestros supuestos en los que existe una presunción *iuris et de iure*), sin requerir ningún tipo de prueba sobre si el acusado conocía o debió haber conocido la incapacidad para consentir de la víctima¹⁶⁰.

La doctrina, en casos de error de tipo, recurre al patrón del *hombre medio* en las circunstancias del autor para determinar el grado de vencibilidad. Sin embargo, aquí se podría abrir también una discusión en términos de dolo eventual sobre el grado de representación del riesgo de causar un resultado lesivo (en casos de *riesgo de error elevado*). Y, a su vez, otra sobre la posible culpa de la víctima que, sin poseer capacidad para consentir, asume también una parte del riesgo con su conducta desinhibida, dando la apariencia de estar consintiendo en todo momento.

El autor puede tener razones para dudar, con independencia de la actitud desinhibida de la víctima. Si objetivamente son muy poco relevantes, lo razonable sería considerar su comportamiento como imprudente. Por su propia situación psico-física, en ocasiones es posible que no tenga a su alcance la opción de cerciorarse del nivel de consciencia o madurez de consentimiento de la víctima antes de pasar a la acción. No obstante, en circunstancias de notable afectación por consumo de sustancias la pasividad del autor en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no debería ser valorada como un error de tipo. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente el requisito del consentimiento libre de la víctima, requisito del que ha dudado (o debería haberlo hecho) seriamente. Entraríamos así en el terreno del dolo eventual.

En el ámbito concreto de los delitos sexuales, es importante considerar que, en caso de tratarse de un error vencible, quedará impune el autor al no existir un tipo de violación imprudente (ni agresiones o abusos sexuales imprudentes). No es de extrañar que se argumente que una correcta caracterización jurídica del error de tipo debiera producir, en caso de error vencible, la posibilidad de la rebaja en un grado de la pena, lo mismo que ocurre

¹⁵⁹ Traducción propia.

¹⁶⁰ GREEN (2020), capítulo 8, I.

en el error de prohibición, sin tal distinción de trato penológico, que no tiene una clara justificación dogmática¹⁶¹.

Mutatis mutandis, una alegación frecuente en los abusos o agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 183 CP) es el desconocimiento de la edad exacta de la víctima por parte del sujeto activo, sobre todo cuando aquélla se encuentra en una edad próxima al límite legal. Una eventual admisión de este error, con independencia de su vencibilidad, tiene como consecuencia la imposibilidad de castigo alguno, no siendo punible la realización imprudente. Sin embargo, tales alegaciones no suelen prosperar pues el Tribunal Supremo sostiene que basta con que el autor tenga dudas sobre la edad del sujeto pasivo para afirmar que concurre dolo eventual, una interpretación que en la práctica restringe notablemente las posibilidades de apreciar un error de tipo (ni siquiera vencible).¹⁶² A nuestro juicio, esta línea jurisprudencial debería poder aplicarse en casos de vulnerabilidad química, con independencia de la responsabilidad en el consumo de sustancias tóxicas por parte de la víctima. El deber de cerciorarse en el sujeto activo operaría con total independencia, como sucede con la posible edad de la víctima que, por su apariencia, generaría dudas a cualquiera. La cuestión del posible error en el contexto social actual y, en concreto, en los espacios de ocio nocturnos es, no obstante, más compleja de lo que parece. En términos de imputación objetiva podría considerarse si las condiciones actuales pueden admitir un espacio de riesgo permitido (o de adecuación social) que excluiría la tipicidad del hecho o permitiría ciertos márgenes de error tolerables. Es decir, si A entiende que B ha consentido en acudir a una fiesta en la que *todo el mundo sabe* que se bebe hasta niveles de vulnerabilidad muy elevados y se fomentan las interacciones sexuales espontáneas, es difícil afirmar que A puso en marcha un riesgo jurídicamente desaprobado al tener relaciones sexuales con B, estando ambos en una clara situación de ausencia de autonomía consentida. Desde el punto de vista de un posible error, se podría decir que B asumiendo un cierto riesgo de equivocación actuó sobre la base de un consentimiento presunto. Quizá habría algunas variaciones que harían variar la valoración *ad casum*: por ejemplo, si A realiza, en ese contexto, determinadas prácticas sexuales poco usuales con una asistente a esa fiesta que apenas puede entender casi nada. O si A se halla ebrio sería distinto, en tanto que sería capaz de calibrar el grado de intoxicación de B o los menores gestos de desaprobación que está en condiciones de emitir quien se halla altamente intoxicada. Todo ello nos lleva a la tercera opción de respuesta planteada: la concurrencia de una causa de justificación basada en un espacio de riesgo permitido: el consentimiento presunto.

En la doctrina alemana se ha analizado con amplitud la estructura del consentimiento presunto como causa de justificación.¹⁶³ La construcción de la figura del “consentimiento

¹⁶¹ Como así se expresa en la STS núm. 542/2007, de 11 de junio anteriormente citada.

¹⁶² “Cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error (de tipo), sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual” (véase al respecto RAGUÈS I VALLÉS (2019), p. 142 y STS núm. 159/2005, de 11 de febrero (anterior a la elevación de la edad de autodeterminación sexual de 13 a 16 años).

¹⁶³ ROXIN (1997), p. 563 y ss., donde destaca ya *ab initio* la dificultad de encuadre del riesgo permitido como causa de atipicidad o de justificación. También podría plantearse en algunos casos la aplicación de criterios de

presunto” tuvo su origen en Alemania para solucionar los casos en los que, no siendo posible recabar el consentimiento del titular del bien jurídico en peligro, se entendía que existían buenas razones para tomar una decisión a favor de la salvación del bien, considerando objetivamente *ex ante* todos los intereses en juego.¹⁶⁴ Quien actúa contando con el consentimiento presunto de la víctima interpreta que ésta, en caso de haber podido expresar su voluntad, habría consentido. Se trata de una construcción normativa, a diferencia del consentimiento efectivo, que es una manifestación de voluntad. Mezger lo entiende como “una interpretación de la... dirección de la voluntad del afectado por la acción”.¹⁶⁵

Aunque la doctrina esté pensando en grupos de casos en contextos muy diferentes,¹⁶⁶ nada impediría que se pudieran dar las condiciones para que esta causa de justificación de origen consuetudinario se llegara a aplicar en otros ámbitos. Pero, en todo caso, solo se plantea cuando sea imposible obtener un consentimiento real (subsidiariedad): el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en un consentimiento presunto si es posible (no urgente) aguardar a que el paciente recupere la conciencia. En cuanto a su posible aplicación a casos de vulnerabilidad química solo se podría plantear muy restrictivamente, a nuestro juicio, (i) en casos en que la víctima hubiera expresado con claridad en un momento anterior su consentimiento a mantener relaciones sexuales (casos reconducibles a la *actio libera in causa*); (ii) o cuando del contexto sea inevitable para el autor deducir esa presunción sin que desde el criterio del hombre medio existieran dudas razonables. Así, en el caso de marido y mujer que mantienen relaciones sexuales estando él o ella en estado de plena intoxicación o sonambulismo.

No cabría pues interpretar la simple y manifiesta desinhibición de la mujer¹⁶⁷ como consentimiento presunto, ni tampoco tácito, si bien debería valorarse un posible error de tipo, siempre con carácter restrictivo.

adecuación social, entendiendo que se ha llegado a aceptar que dos personas sin tener la capacidad para consentir necesaria mantengan relaciones sexuales. JESCHECK y WEIGEND (2002), pp. 413 y ss.; JAKOBS (1997), pp.541-545. Véase también MIR PUIG (2016), pp. 533-534, quien se limita a analizar el consentimiento presunto en el ámbito médico, señalando que lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría.

¹⁶⁴ MOLINA FERNÁNDEZ y GUÉREZ TRICARICO (2019), n. 1931.

¹⁶⁵ MEZGER (1946), p. 220.

¹⁶⁶ ROXIN acude como modelo a la institución civil de la gestión de negocios sin mandato (en los que el acusado interpreta la voluntad presunta cometiendo un hecho aparentemente típico). Distingue los casos de *actuación en interés propio* e *interés ajeno*, *decisiones existenciales* y otros supuestos. Así, si alguien quiere entrar en vivienda ajena porque se ha roto una cañería para cortar el paso del agua, podría ampararse en un consentimiento presunto del propietario. Lo mismo podría decirse de quien recoge en el jardín del vecino la fruta caída que, si no, se iba a corromper; o de quien utiliza la bicicleta de un amigo ausente para no perder un tren importante para él (ROXIN (1997), pp. 769-771. JESCHECK (2002), *passim*, por su parte, se refiere al caso de la esposa que abre una carta enviada por Hacienda a su marido ausente durante mucho tiempo, para evitar que expire un plazo importante (p. 415).

¹⁶⁷ LUNA MALDONADO *et al.* (1988), *passim*, consideran que, junto a los efectos farmacológicos del alcohol, la distorsión en la percepción sexual y en la realidad de una situación, existe un significado simbólico en nuestra sociedad de que su consumo, incluso el simple hecho de “aceptar una copa”, se interpreta en muchos casos como un consentimiento tácito para mantener relaciones sexuales. En el mismo sentido, SORIA VERDE y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (1994), *passim*, entienden que este tipo de relación, surgida en un ambiente lúdico, crea unas expectativas falsas; y su frustración puede provocar reacciones violentas ante la negativa.

El problema radica en que esas circunstancias anormales de vulnerabilidad manifiesta son aceptadas muchas veces por potenciales víctimas. Y esas circunstancias son propicias no solo para el abuso malintencionado, sino también para el error. Como signo de progreso se pretende legítimamente que la mujer pueda disfrutar del ocio nocturno de forma segura. Con esa pretensión, no es que se desee desafiar un importante factor predictivo de victimización¹⁶⁸ y exigir respeto: lo que se quiere garantizar es que las mujeres puedan divertirse sin culpabilizarlas por los delitos que puedan sufrir como víctimas. El problema surge en los casos reales de error (nunca en los de sumisión química ni de un manifiesto aprovechamiento). Y, al parecer, queremos vivir en una sociedad donde existan espacios de riesgo permitido en el alambre.

Así las cosas, desde una perspectiva de género (otros la denominarían perspectiva paternalista), se podría partir de la presunción de no consentimiento salvo indicios conclusivos y modular el deber de discernimiento, de forma que se tratara de una suerte de deber de examen previo en el que, a causa de la gravedad del bien jurídico afectado y de la desigualdad estructural de la víctima-mujer, los estándares de representación en términos de dolo eventual se configuraran como una presunción fuerte, incluso cercana a los supuestos de *strict liability* o, cuando menos, de ceguera voluntaria: al autor se le debe presumir que conoce la ausencia de capacidad para consentir en la víctima o, mejor dicho, que pesa sobre él la obligación de informarse o verificar esta cuestión (si la víctima está en condiciones de consentir) antes de pasar a la acción (o de avanzar en cada fase de la misma). Con ello, se limitaría obviamente ese espacio nocturno de riesgo permitido y se prohibiría a cualquiera mantener relaciones sexuales con personas que no puedan consentir con cierta rotundidad. A las fiestas duras se les acabaría el componente sexual, a riesgo de verse en una posición procesal muy compleja.

En este complicado contexto social y jurídico-penal, deberían distinguirse claramente no solo entre los casos de sumisión química (causación intencional) y vulnerabilidad química (aprovechamiento), sino que dentro de estos últimos sería conveniente separar aquellos supuestos menos problemáticos. Los casos no son siempre simples y unidireccionales: un extraño, ebrio y sin escrúpulos se aprovecha de mujer embriagada e ingenua.¹⁶⁹ La forma de interacción social en entornos de ocio nocturno es muy compleja y plantea muchas situaciones confusas en las que sujeto activo y sujeto pasivo presentan ambos un grado de intoxicación considerable y es difícil (especialmente en términos probatorios, pero no solo) saber con certeza si el grado de vulnerabilidad era notorio y si la víctima pudo consentir (en el momento o con anterioridad: *actio libera in causa*). En tales contextos, los actos propios de la víctima y su participación más o menos activa pueden, ante una apariencia de consentimiento, aumentar el espacio de duda razonable, de modo particular si no se obtuvieron evidencias sobre el grado de consumo de sustancias tóxicas y su potencial incapacitante mediante pruebas analíticas que acrediten, de forma objetiva, la intensidad de la intoxicación alcohólica que padecía la víctima en el momento de suceder los hechos.

¹⁶⁸ TESTA y LIVINGSTON (2009), véase nota al pie núm. 13.

¹⁶⁹ Véase, al respecto, el interesante video del CENTRO EUROPEO NEUROSALUS (2016).

A partir del análisis de un caso (que dio lugar a la SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero), se pueden identificar algunas cuestiones relevantes en este tipo de situaciones de vulnerabilidad química.

“La noche del 17 al 18 de septiembre de 2011, el procesado José Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, acudió a una fiesta privada [...], a la que también fueron diversos jóvenes, entre ellos Eugenia, de 15 años de edad. En dicha fiesta los presentes estuvieron hablando y bebiendo, y en un momento dado el procesado José Enrique y la menor Eugenia mantuvieron relaciones sexuales completas encima de un billar ubicado en el celler de la casa; sin que haya quedado fehacientemente acreditado que, en ese concreto momento, la menor Eugenia tuviera gravemente afectada su capacidad de entendimiento, voluntad y consciencia por causa de la ingesta de alcohol, ni que por esta circunstancia hubiera perdido la posibilidad de no prestar su consentimiento a dicha relación”.

El Tribunal sentenciador absolvió al acusado porque no consideró suficientemente acreditada la incapacidad para consentir de la víctima. Para ello, se apoya en (i) la prueba testifical: “por la coincidencia de lo relatado en cuanto a los aspectos concretos en que fue vista la realización del acto sexual por los asistentes a la fiesta, como por la espontaneidad de sus manifestaciones”; (ii) el testimonio de la propia víctima: una menor de 15 años que afirmó, a preguntas de la defensa, que “no se sentía culpable” pero que “se sentía frustrada por no haber controlado sus actos”, y ello a pesar de que afirmó que solo recordaba “que después se encontró en el Hospital y cuando se despertó estaban su padre y su hermano y que le dieron el alta, yéndose a casa y tras ducharse se puso a dormir” y que a la mañana siguiente “se despertó porque María Rosa (una amiga que también estuvo en la fiesta) vino a contarle lo sucedido”; (iii) la prueba documental y pericial, diversa y contradictoria, porque sorprendió al Tribunal que se le diera de alta con tanta prontitud y no se objetivó mediante prueba analítica el consumo realizado, a pesar de que en el informe de urgencias se diagnosticó una intoxicación etílica aguda y en la exploración neurológica, se observó obnubilación con tendencia a la somnolencia pero reactiva a los estímulos dolorosos/verbales. Y a pesar de otros indicios, como que uno de los forenses sostuviera que “ello es compatible con una presunta agresión sexual en la que la paciente se hallaba, probablemente, bajo los efectos del alcohol y con sus capacidades disminuidas” y de constatar que “en la exploración ginecológica se le observó a Eugenia, en el fondo vaginal, un cuerpo extraño que resultó ser un tampón que estaba comprimido, refiriendo la paciente que recordaba que lo llevaba, pero que una vez recobrada la conciencia, pensaba que lo había perdido o que se lo habían quitado”.¹⁷⁰

Todo ello conduce al Tribunal a afirmar que “más allá de la abundante literatura científica que existe sobre las consecuencias que produce de la ingesta de alcohol en la consciencia de las personas, la forma, los estadios y tiempos en que el autocontrol se llega a perder, de todos es sabido la curva, ascendente primero, descendente después, en que se produce dicha afectación por la influencia del alcohol. Y sobre ello también se ha practicado una pericial a la que más adelante haremos referencia. Por eso, en modo alguno se pone en duda lo que refleja parte de la documental y se concluye en alguna pericial, pero ello es compatible con

¹⁷⁰ SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero, FJ1.

el hecho de que, con anterioridad a que se produjera esa afectación que reflejan dichos informes, en el concreto momento de producirse la relación sexual entre José Enrique y Eugenia, no consta fehacientemente esa falta de consciencia, es decir que Eugenia estuviera privada de sentido y no pudiera prestar su consentimiento al mantenimiento de dicha relación”. En definitiva, se absuelve porque el órgano sentenciador “alberga muy serias dudas sobre la realidad de los hechos objeto de imputación por lo que procede tener en cuenta el principio *in dubio pro reo*”.¹⁷¹

Como hemos apuntado en líneas anteriores, la perspectiva de género permite exonerar a la víctima de ciertos deberes de autoprotección. Nunca es culpable, sin perjuicio de que en algunos casos pudiera sostenerse que tuvo que ser consciente de que se estaba exponiendo deliberadamente a un contexto de ausencia de capacidad posterior. Podría decirse que el hecho, por tanto, en términos de imputación objetiva no admitiría interferencias esenciales (A violó a B): la cuestión radicaría en que la apariencia razonable de consentimiento podría abonar la tesis del error en el autor. Aquí las presunciones fuertes antes mencionadas constituirían un problema jurídico salvo que se establecieran en los tipos penales o mediante un criterio jurisprudencial *ad hoc*.¹⁷²

Todo ello nos conduce a dilemas difíciles de resolver con la claridad exigida. A tenor de los estándares exigibles al consentimiento (libre y expreso), cabría preguntarse, ¿Qué debe hacer un ciudadano responsable que presencia una interacción sexual entre dos personas aparentemente incapacitadas (por consumo de sustancias psicoactivas)? Si se observa el nivel de exigencia tal y como se ha analizado, debería responderse que ese tercero tiene la obligación de acudir a la policía o impedirlo, aunque ambos hubieran consumido voluntariamente. Esta cautela obviamente restringiría la libertad de las personas en la mayoría de los casos. La exigencia o estándar de que solo el consentimiento libre y sin dudas razonables acerca de una posible incapacidad tiene consecuencias importantes en el modo de vivir la noche (o en otros escenarios) por una parte importante de la población. Esa actitud nos llevaría más allá de lo que la sociedad parece tolerar, evidenciando una contradicción. Desde el punto de vista personal, ¿Qué debe hacer un hombre que desea tener relaciones con su pareja cuando ésta se halla notoriamente ebria? Si no puede obtener un consentimiento que despeje cualquier duda, debería abstenerse, salvo que se acepte acudir al consentimiento presunto. Sin embargo, o cambian drásticamente las costumbres sociales o seguirá existiendo un espacio de riesgo permitido donde, en ocasiones, alguien pueda alegar *ex post facto* que se violentó su libertad sexual.

3.3. Criterios para una taxonomía de los delitos sexuales cometidos en ausencia de consentimiento

En el discurso dogmático sobre la teoría del delito es común referirse al concepto de equivalencia valorativa o funcional con el fin de tratar de limar diferencias aparentes (o no) y/o identificar una lógica común a dos categorías o estructuras distintas en que se codifica la realidad, con la finalidad de construir los conceptos operacionales con que funciona el sistema. La dogmática penal, en ese sentido, pretende ordenar su forma de proceder y

¹⁷¹ SAP de Barcelona núm. 34/2014, de 13 de enero, FJ2.

¹⁷² En España, mediante un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª.

enmarcar sus decisiones axiológicas en una taxonomía¹⁷³ que garantice proporcionalidad. Para ello, requiere no solo *crear las piezas del puzzle* (asignándoles un valor a cada pieza, en ocasiones equivalente), sino jugar después con dichas piezas (en un esfuerzo por intentar captar la globalidad y especificidad de cada hecho).

Desde el *punto de vista subjetivo*, descartada la modalidad imprudente, conviene distinguir los supuestos de dolo intencional y dolo eventual. Parece razonable pensar que la eventual intención del autor (especialmente, si es alevosa) influye en el juicio de desvalor global del hecho. Habiéndonos referido ya a los supuestos de dolo eventual (en relación con los problemas que suscitan los casos de VQ), conviene analizar las distintas opciones posibles en relación con los supuestos de sumisión química en los que el autor elige intencionalmente unos medios determinados para asegurarse la indefensión de la víctima. En tales casos, no cabe duda que el dolo del autor abarca la ausencia de consentimiento en tanto que él mismo la ha provocado. Es más, en realidad, cabría plantearse si el hecho de drogar a alguien con la intención de atentar sexualmente contra la víctima sin su oposición (T1) podría valorarse como un concurso (medial) de dos delitos distintos (delito de coacciones o detenciones ilegales seguido de abuso sexual) si se acaba consumando el plan del autor (T2). A este respecto, en más de la mitad de los estados de EE.UU. y en la SOA (2003) la administración de sustancias tóxicas no deseadas a la víctima con la intención de someterla sexualmente es ya en sí mismo un delito.¹⁷⁴ En nuestro sistema jurídico, no existe esa figura delictiva y tampoco parece posible *de lege lata* aplicar un concurso medial, pues el tenor literal del art. 181.2 ya recoge esa acción en T1. Tal vez, en caso de crearse un tipo penal similar (de subrepticia administración intencional de drogas), éste se podría configurar como un *delito de resultado cortado*, pudiendo establecerse la obtención del resultado como una forma agravada del mismo.

Desde el *punto de vista objetivo*, dejando aparte la intención del autor, el análisis axiológico de la estructura de un tipo penal debe fijarse sobre todo en el bien jurídico protegido y en los medios de ataque escogidos por el mismo. Una primera distinción, en este sentido, se refiere a la dicotomía acción *versus* omisión. Así, por ejemplo, puede afirmarse no sin cautela que, a nivel axiológico, en Derecho penal en principio no da lo mismo actuar que omitir. Ese sería un principio o regla general que, sin embargo, admitiría (o exigiría) excepciones. Los casos de comisión por omisión, en efecto, guardarían una cierta identidad normativa o valorativa con la comisión activa, aunque estructuralmente deban distinguirse.¹⁷⁵

Ya en relación a los delitos sexuales, parece obvio que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, adquieren idéntica significación jurídico-penal todas las acciones que, guardando una equivalencia valorativa, puedan ser objetivamente interpretadas como una

¹⁷³ Entiéndase una clasificación tipológica siguiendo los criterios de la taxonomía, “ciencia que trata de los principios, métodos y fines de la clasificación” (Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2019), voz “taxonomía”).

¹⁷⁴ Véase, GREEN (2020), capítulo 8, IV, donde entiende que se trata de una *preparatory offense*. Por tanto, de conformidad con nuestro principio de progresión delictiva se debería entender absorbido tras la consumación. Véase, respecto a la cifra de estados apuntada, FALK (2002), p. 131.

¹⁷⁵ En relación a la expresión, NINO (1979), pp. 801-817. Sobre la identidad normativa o equivalencia funcional, véase, SILVA SÁNCHEZ (1986), *passim*.

constricción de la libertad e integridad personal en el plano de las relaciones sexuales¹⁷⁶. Nos hallaríamos ante un juicio-base de desvalor de la acción idéntico, sin perjuicio, obviamente, de apreciar circunstancias agravantes en función del tipo de medios empleados. Y aquí parece, cuanto menos en el caso español, que los árboles nos han impedido ver el bosque. Al configurar las distintas tipologías delictivas, la adopción como criterio rector de los *medios empleados* ha restado importancia a la esencia del injusto o se han descartado algunas formas de ataque en las que el grado de doblegamiento de la voluntad es idéntico en términos normativos.

Desde el punto de vista moral, Tomás de Aquino distingue entre las fuentes de la moralidad de una acción tres parámetros: *objeto, fin y circunstancias*¹⁷⁷. En ocasiones determinadas circunstancias son tan esenciales que modifican el objeto y llegan a cambiar el nombre de la acción. En este caso, cabría plantearse si los medios empleados o el resultado alcanzado implican una diferencia esencial; o si el acceso carnal es *solo* una circunstancia (valorable, obviamente) o justifica un cambio de nombre.

Como ha señalado Oxman, en el contexto de la teoría de la imputación de los delitos contra la libertad sexual, el criterio normativo para fijar la relevancia jurídico-penal de la acción realizada no está puesto en el contenido sexual específico del acto, sino en el entendimiento de estas normas como la prohibición de involucrar a otro en un contexto sexual sin su consentimiento. A tales efectos, únicamente importaría la existencia de un *deber* que incumbe al autor, con base en las circunstancias concretas, de preguntarse al menos sobre la posibilidad de estar ejecutando un hecho que limita o restringe la libertad sexual de otro¹⁷⁸. En el Código penal italiano, por razones distintas como vimos, se unificaron las dos formas delictivas básicas en una sola, a fin de evitar una concepción casuística y descriptiva que obligue a la investigación y someta a la víctima al trance de tener que precisar las concretas prácticas que le fueron realizadas, con el fin de determinar el encaje de la conducta en un tipo u otro.

Sea como fuere, se debería replantear a la luz de las consideraciones axiológicas oportunas tanto (i) la equivalencia del nombre (abuso sexual *versus* violación), como (ii) la equivalencia valorativa de las circunstancias. Tales juicios de valor deberían estar exentos, en principio, de la presión de la opinión pública. Excede a este trabajo un análisis más concreto y en profundidad relativo a la distinta aportación de los criterios de racionalidad valorativa y legitimación democrática, aunque se señalarán en las conclusiones algunas pautas que, a nuestro juicio, deberían guiar el necesario debate doctrinal y parlamentario.

Entrando a valorar las distintas formas de ataque y su consiguiente grado de desvalor, veamos algunas distinciones importantes. En línea de principios, parece razonable sostener que la ley penal tiene que prohibir cualquier acción que implique una limitación o anulación de la capacidad de decisión de las personas a las que la ley les reconoce plena autonomía vital para el desarrollo de su sexualidad.¹⁷⁹ Sin embargo, hay que establecer distinciones que,

¹⁷⁶ OXMAN (2015), p. 92.

¹⁷⁷ Véase, TELLKAMP (2005), p. 205-217.

¹⁷⁸ OXMAN (2015), p. 98.

¹⁷⁹ OXMAN (2015), p. 93.

suponiendo al legislador racional, se basen en una graduación o cuantificación del desvalor de la acción (con sus circunstancias y medios comisivos de ataque) y del desvalor del resultado. Tales distinciones, en función del sistema o modelo de Derecho Penal, tendrían que establecerse en las penas fijadas por el legislador para cada modalidad delictiva junto a sus circunstancias agravantes¹⁸⁰ (sistemas de *civil law*) o en las denominadas *sentencing guidelines* (sistemas de *common law*). Ambos sistemas, siendo distintos, guardan una lógica común. El *Sentencing Council*, organismo independiente en el Reino Unido encargado de orientar los criterios de terminación de la pena, publicó en su guía los parámetros de valoración que debían tenerse en cuenta en delitos de violación:¹⁸¹

Tabla 1: Parámetros de valoración para la determinación de la pena en delitos de violación¹⁸²

Harm		Culpability	
Category 1	The extreme nature of one or more category 2 factors or the extreme impact caused by a combination of category 2 factors may elevate to category 1	A	
		Significant degree of planning	
		Offender acts together with others to commit the offence	
		Use of alcohol/drugs on victim to facilitate the offence	
		Abuse of trust	
		Previous violence against victim	
		Offence committed in course of burglary	
		Recording of the offence	
		Commercial exploitation and/or motivation	
		Offence racially or religiously aggravated	
		Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her sexual orientation (or presumed sexual orientation) or transgender identity (or presumed transgender identity)	
		Offence motivated by, or demonstrating, hostility to the victim based on his or her disability (or presumed disability)	
		B	
		Factor(s) in category A not present	
Category 2	<ul style="list-style-type: none"> • Severe psychological or physical harm • Pregnancy or STI as a consequence of offence • Additional degradation/humiliation • Abduction • Prolonged detention/sustained incident • Violence or threats of violence (beyond that which is inherent in the offence) • Forced/uninvited entry into victim's home • Victim is particularly vulnerable due to personal circumstances* <p>* for children under 13 please refer to the guideline on page 27</p>		
Category 3	Factor(s) in categories 1 and 2 not present		

¹⁸⁰ En el Derecho Penal español, junto a las agravantes genéricas del art. 22 CP, el art. 180 del CP establece un conjunto de circunstancias agravantes específicas para las agresiones sexuales, entre las que se incluyen, por ejemplo, “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas” o “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación” (salvo que se trate de un menor de 16 años); o “cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

¹⁸¹ Sentencing Council (2013). *Sexual Offences. Definitive Guideline*, p. 10. Disponible online: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/> (visitado el 20 de julio de 2019). Sobre el modelo de *sentencing guidelines* o “sistemas con directrices numéricas”, véase BASSO (2019), p. 65 y ss.

¹⁸² En la Guía, la tabla va precedida por el siguiente mandato a los jueces: “The court should determine which categories of harm and culpability the offence falls into by reference only to the tables below”. Así, los criterios o parámetros de valoración se encuadran en el daño producido y en la culpabilidad del autor.

Más allá del correspondiente estudio de las reglas de valoración que subyacen a uno y otro sistema, es interesante conocer que el *Sentencing Council* tiene la obligación legal de consultar al parlamento, incluyendo comparecencias regulares ante el *House of Commons Justice Select Committee*.

Antes nos hemos referido a la alevosía como elemento que caracteriza a la intención. La presencia de alevosía hace rebosar intencionalidad en el autor, pero, en cuanto circunstancia agravante, se debe plasmar en la utilización por el autor de unos medios concretos que aseguren la ejecución del delito mermando las posibilidades de defensa.¹⁸³ No obstante, la jurisprudencia también ha aceptado la denominada *alevosía por desvalimiento*, en la que resulta inherente a la propia condición de la víctima su imposibilidad de defenderse del autor, su absoluta incapacidad de defensa frente a él.¹⁸⁴

Esta equivalencia valorativa conduciría a determinar que las situaciones de abuso sexual originando o aprovechando una disminución de las capacidades psíquicas de la víctima, poseen idéntica significación sexual a otras formas especialmente graves, como serían (1) aquellas situaciones tradicionalmente consideradas como constrictivas o coactivas, subsumibles en los medios típicos violencia o intimidación; o (2) aquellas acciones de naturaleza sexual perpetradas sobre un menor de 16 años (en tanto que la indemnidad sexual de un menor basada en su incapacidad plena para consentir podría equipararse a la indemnidad una persona que no es libre de forma transitoria).¹⁸⁵ La razón no es otra que sostener que el autor ha buscado víctimas indefensas y se ha ahorrado el empleo de tales medios comisivos que justificaban su agravación. Siguiendo esta lógica, se debería equiparar el marco penológico de las agresiones sexuales a los abusos sexuales cometidos sobre víctimas que no podían defenderse en modo alguno, con independencia del origen de dicha vulnerabilidad.¹⁸⁶

Respecto a los medios previstos en los artículos 178 y 181 CP, una primera pregunta sería (i) ¿Por qué no deben castigarse del mismo modo los supuestos sumisión química y los de vulnerabilidad química? Aquí ya no estamos valorando aquellas situaciones en las que, de entrada, no es necesario para el autor buscar formas o modos de ataque que reduzcan drásticamente las posibilidades de defensa. Quien se halla en una situación de vulnerabilidad química no ostenta la condición de vulnerabilidad como algo inherente a ella, sino de forma accidental.

¹⁸³ El artículo 22.1 del CP define como primera circunstancia agravante genérica la alevosía: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las *personas empleando en la ejecución medios, modos o formas* que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, STS núm. 367/2019, de 18 de julio.

¹⁸⁵ Sobre la conveniencia de abandonar un sistema dualista que separe delitos sexuales a menores, véase MAÑALICH (2014), p. 25 y ss.

¹⁸⁶ En sentido afirmativo se expresa también Torres Fernández, considerando que en casos de vulnerabilidad y sumisión química, menores e incapaces, el tratamiento como abuso y no como violación conlleva establecer una menor protección injustificada a quienes no se encuentran en condiciones de oponerse (TORRES FERNÁNDEZ (2019), pp. 694-695).

Las razones son claras si nos atenemos a la intencionalidad subjetiva y peligrosidad objetiva del ataque. Quien utiliza drogas para doblegar la voluntad de su víctima emplea medios que aseguran de forma eficaz toda posibilidad de defensa (alevosía) y manifiesta una potencialidad lesiva mucho mayor que, en caso de generalizarse, pondría en peligro no solo a quienes frecuentan espacios de ocio nocturno y consumen voluntariamente hasta perder sus niveles ordinarios de capacidad, sino a toda la población. Por tanto, el juicio de equivalencia valorativa no puede ser el mismo.

Una tercera pregunta sería ¿Debe equipararse un contacto sexual logrado mediante violencia a uno en el que el autor no haya necesitado vencer la resistencia natural de la víctima por medios violentos? Aquí estamos tratando de valorar las distintas situaciones, dándose tres posibles escenarios acerca del origen de dicha incapacidad para resistir: (i) cuando se ha producido ésta por causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma permanente en el tiempo (menores e incapaces); (ii) por causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma accidental o circunstancial (VQ); o (iii) por causas provocadas por el mismo autor (SQ). En realidad, la equivalencia valorativa en los dos primeros escenarios la acabamos de abordar, y solo nos queda el tercero.

Un sector de la doctrina considera el uso intencional de sustancias para drogar a la víctima como un “puñetazo químico”, que la haría merecedora de un tratamiento punitivo equivalente al de las agresiones sexuales, y la violación, en su caso.¹⁸⁷ Un poderoso argumento sobre la equivalencia valorativa del uso de sustancias químicas al empleo de violencia o intimidación lo encontramos en la jurisprudencia. Como es sabido, en los delitos patrimoniales, la diferencia entre los delitos de robo con violencia y de hurto radica precisamente en que en el primero la sustracción se lleva a cabo con empleo de violencia sobre las personas, mientras que en el segundo no es así. Pues bien, la sumisión química se ha interpretado en diversas resoluciones judiciales como una forma de “violencia” cuando la administración de sustancias tóxicas se produce para llevar a cabo la sustracción de efectos propiedad del afectado,¹⁸⁸ calificándose de tal suerte los hechos como robo con violencia. Así, lo ha considerado la jurisprudencia de forma unánime: la utilización de drogas debía ser considerada una forma de violencia suficiente para satisfacer las exigencias típicas del delito de robo con violencia o intimidación.

Esta doctrina jurisprudencial entendía como “puramente accidental que se use un medio químico (narcótico, gas) en vez de mecánico; el fin perseguido y el resultado alcanzado son los mismos, anular tanto su defensa como su huida y su petición de socorro, toda acción recurrente de la víctima a ser despojado”.¹⁸⁹ La razón de dicha equiparación valorativa es incontestable: “propinar un narcótico que la inmoviliza (tanto o más que si se le atara) y ejercer efectos en todo su organismo, más o menos graves según dosis, edad, contraindicaciones etc. es una agresión lesiva no inferior al forcejeo, ligaduras, empujones, etc. y, por supuesto, se le suministra notoriamente contra su voluntad, traicioneramente”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Véase, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2019), p. 681; LASCURAÍN SÁNCHEZ (2018), pp. 18-19; MUÑOZ CONDE (2019), p. 294; SANCHO DE SALAS *et al.* (2012), p. 41.

¹⁸⁸ SANCHO DE SALAS *et al.* (2012), p. 41.

¹⁸⁹ Al respecto, STS núm. 577/2005, de 4 de mayo.

¹⁹⁰ STS núm. 577/2005, de 4 de mayo.

El mismo Tribunal Supremo entiende que se trata de conductas constitutivas de robo y no de hurto.¹⁹¹ Así lo establece, por ejemplo, en la sentencia 1332/2004, de 11 de noviembre:

“En éste nos hallamos ante un caso de obnubilación o disminución importante de las facultades mentales, pero sin pérdida plena: conservó las necesarias para poder firmar los citados documentos de disposición de su cuenta. Estimamos que, pese a estas diferencias, cabe aplicar aquí la misma doctrina jurisprudencial antes referida, pues quien se halla inhabilitado para darse cuenta del alcance de sus actos, como ocurrió en el caso presente, es un caso equiparable al de la privación total del conocimiento. Aquí se encontraba violentado el sujeto pasivo por el deliberado suministro de una sustancia narcótica. La equiparación de tal conducta con la de la del uso de violencia física es aplicable a los hechos aquí examinados. Hubo, pues, delito de robo: hubo apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando violencia en las personas (art. 237 CP)”.

Sin embargo, si se comete la sustracción sobre quien se encuentra bajo la influencia de sustancias tóxicas que hubiese consumido previamente de forma voluntaria, los tribunales no consideran que exista “violencia”, por lo que el hecho sería en todo caso constitutivo de un delito de hurto, cuya pena resulta notablemente inferior a la del robo con violencia.¹⁹²

Respecto a los delitos sexuales, si bien se planteó inicialmente dicha discusión al afectar plenamente a la distinción entre las agresiones y abusos sexuales, la misma se desvaneció con la reforma del Código Penal de 2010, donde el legislador agregó un inciso en el artículo 181.2 que considera abusos sexuales no consentidos “los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. Con dicha reforma se produjo así un efecto atenuante: con el nuevo tenor literal, se impide en virtud del principio de legalidad la incardinación de supuestos de SQ como supuesto de agresión sexual al rebasarse el sentido literal del tipo. Carece de toda lógica que el suministro sustancias tóxicas a una persona para atentar sexualmente contra ella no se considere violencia dentro de esta tipología delictiva y no se distinga si la privación es ajena a la actuación del autor o si ha sido provocada por él para lograr su objetivo. La distinción es de gran relevancia si se tiene en cuenta que éste es el elemento que legalmente distingue el abuso sexual de la agresión sexual, la concurrencia de violencia o intimidación.¹⁹³ En términos lógico-sistemáticos se debería haber mantenido en el ámbito de los abusos sexuales los supuestos de privación de sentido en los que el sujeto activo se aprovecha de una situación que no ha provocado y, por exclusión, ubicar en el ámbito de las agresiones sexuales los ataques en los que el medio comisivo ha sido escogido de forma premeditada y en plena equivalencia valorativa al uso de violencia o intimidación.

4. Perspectiva de futuro

Tras los efectos sociales y la resonancia mediática de la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 38/2018, de 20 de marzo (caso “La Manada”), se anunció por

¹⁹¹ Véase CARUSO FONTÁN (2013), p. 4, en referencia a la STS núm. 1332/2004, de 11 de noviembre.

¹⁹² SANCHO DE SALAS *et al.* (2012), p. 41.

¹⁹³ CARUSO FONTÁN (2013), p. 5.

parte del gobierno español la necesidad de estudiar una reforma del Código Penal para revisar las penas y modificar la redacción de los delitos contra la libertad sexual.

En solo unos meses se llegó a publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos contra la libertad sexual.¹⁹⁴ En la Exposición de Motivos de dicha proposición de ley se disponía que los delitos contra la libertad sexual realizados a través de la llamada “sumisión química” (donde se anula la capacidad de respuesta de la víctima, y se elimina cualquier posibilidad u oposición) debían considerarse un supuesto en el que no solo no existe el consentimiento, sino que en ellos se empleaban medios para doblegar a la víctima a través de procedimientos brutales, equiparables a la violencia física.

Dicha reforma pretendía salir al paso de la configuración y los efectos del consentimiento en algunos tipos penales que habían generado una gravísima alarma social ante la calificación de determinadas conductas como abuso sexual. Sin duda, las bases sobre las que se asentaba ese rechazo social mayoritario incidían sobre una interpretación del consentimiento muy diferente de la mantenida en la sociedad actual, de modo particular tras la eclosión de un nuevo movimiento feminista que pretendía poner fin a situaciones de acoso y abuso sexual en los que el consentimiento de la víctima se halla fuertemente condicionado.

Para ello, se proponía incluir en los tipos de agresión sexual de los artículos 178 y 183.2 del Código Penal, junto a la violencia o la intimidación, otros dos supuestos que consistían en la conducta deliberada y directa de anular la voluntad de la víctima, bien sea por la actuación conjunta de dos o más personas o bien por la utilización de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, dejando su catalogación de abuso sexual. Si bien dicha reforma no llegó a completar su trámite parlamentario, recientemente se ha vuelto a poner sobre la mesa, hallándose actualmente el Ministerio de Igualdad en la fase final de preparación de un nuevo proyecto de ley sobre la libertad sexual.

Conclusiones: hacia una propuesta de solución

Regresando al punto de partida de estas líneas, quizá no existan 13 formas distintas¹⁹⁵ de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. No obstante, el abanico de posibilidades comisivas en materia sexual es amplio y éstas no siempre poseen una significación distintiva que merezca un marco penológico diferente. A su vez, la perspectiva comparada y el enfoque sociológico nos han permitido identificar un cambio de paradigma en la forma de proteger penalmente la autodeterminación sexual. La perspectiva de género ha propiciado un profundo giro en la cultura social. Sin embargo, ese cambio, no se ha traducido por igual en respuestas penales homogéneas, en tanto que la tradición jurídica y las particularidades de las normas penales y procesales metabolizan a su manera esa nueva cultura.

¹⁹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, número 357-1 (21 de diciembre 2018).

¹⁹⁵ En alusión a la obra de GREEN (2012), *passim*.

Sin duda, el motor de dicho cambio se ha revolucionado con los movimientos en contra de calificar atentados sexuales como los de la Manada como abuso sexual, y no como violación. A este respecto, en los delitos sexuales la cuestión del nombre y la cuestión de la forma de determinación de la pena son en cierto modo accidentales. Lo esencial es el juicio de equivalencia valorativa y el juicio de proporcionalidad relativa. De conformidad con el análisis realizado, a la pregunta ¿Da lo mismo (en términos valorativos) mantener relaciones sexuales inconscientemente, habiendo provocado o habiéndose aprovechado el autor de la ausencia de capacidad suficiente para consentir?, la respuesta debe ser no. Rotundamente no. Y a la pregunta ¿Debe equipararse un contacto sexual logrado mediante violencia a uno en el que el autor no haya necesitado vencer la resistencia natural de la víctima por medios no violentos?, la respuesta, a nuestro juicio, debe ser depende. Hemos distinguido a este respecto tres posibles escenarios: (i) causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma permanente en el tiempo; (ii) causas ajenas por completo al autor e inherentes a la víctima de forma accidental o circunstancial; (iii) causas provocadas por el mismo autor.

En cuanto a los criterios definitorios para una adecuada diferenciación de los distintos delitos sexuales, parece conveniente unificar agresiones y abusos sexuales en un único tipo básico que sirviera de referencia penológica principal. Tratando de obviar la cuestión de si el *quantum* de pena responde a criterios preventivo-generales adecuados, cualquier propuesta de reforma de los delitos sexuales debería observar criterios de proporcionalidad relativa que sean coherentes y acordes con el análisis dogmático realizado. Este ha sido el objetivo último del presente trabajo.

Así las cosas, al tipo básico (a1) se le podría asignar, por ejemplo, un marco penológico de 4 a 6 años de prisión¹⁹⁶. Pudiendo ser su *nomen iuris* el de violación, este tipo básico dispondría para una adecuada valoración global del injusto de un conjunto de factores de signo agravante y atenuante. A tal efecto, se podrían establecer: (a2) un subtipo atenuado de no haberse consumado acceso carnal, que conllevaría la imposición de la pena inferior en grado (de 2 a 4 años de prisión); y (a3) un subtipo agravado por haberse utilizado medios comisivos especialmente graves (violencia, intimidación o anulación de la capacidad de consentir provocada mediante el uso de sustancias), que supondría una pena superior en grado (de 6 a 9 años de prisión). Junto a las tres modalidades típicas, se podría establecer un listado de circunstancias agravantes independientes y, por tanto, aplicables a las tres figuras delictivas, entre las que figurarían: (b1) la circunstancia personal relativa a la vulnerabilidad de la víctima (minoría de edad o discapacidad); y (b2) la circunstancia contextual de haberse cometido el delito en una situación de abuso de superioridad manifiesta o por razones de

¹⁹⁶ Al tiempo de ultimar la redacción de estas líneas han aparecido en prensa los criterios penológicos que se están barajando en la reforma de los arts. 178 y ss. del CP. Según fuentes periodísticas, el cambio de filosofía que anima la reforma no conlleva penas más altas. De hecho, los castigos que se barajan se reducen respecto a los que prevé el Código Penal vigente. Así, la pena mínima por agresión sexual en la nueva propuesta, según fuentes de la negociación, es de 1 a 4 años frente a la horquilla de uno a cinco años que recoge el Código Penal en su artículo 178. La agresión con penetración o asimilados (vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos) irá de cuatro a 10 años frente a los seis a 12 que contempla el Código en el artículo 179 (“La nueva ley de libertad sexual prevé rebajar las penas por agresiones”, Pilar Álvarez, *El País*, noticia publicada el 15 de febrero de 2010. Disponible online: https://elpais.com/sociedad/2020/02/14/actualidad/1581704814_345657.html (visitado el 24 de febrero de 2020).

género que convendría precisar. El impacto penológico de las mismas podría traducirse en subir la pena en un grado más.¹⁹⁷

Así, un supuesto de delito de violación mediante sumisión química recibiría en principio una respuesta penológica equivalente a una violación perpetrada mediante violencia (ambas constituirían un tipo agravado del delito de violación). Pero, en cambio, una violación aprovechando una situación de vulnerabilidad química (no provocada por el autor), en principio se castigaría de acuerdo con el tipo básico de violación. Solo en aquellos casos en que se pueda apreciar la concurrencia de superioridad manifiesta se podría ver incrementada. Una propuesta de reforma en este sentido sería compatible con el análisis dogmático realizado.

En el caso concreto de los delitos sexuales cometidos mediante sumisión química se ha justificado la necesidad de un especial enfoque valorativo, ya que se trata de un ataque especialmente grave por la alevosía que le es inherente: imposibilita de forma absoluta cualquier tipo de resistencia o defensa por parte de la víctima, por la peligrosidad objetiva que comporta y la reprochabilidad o malicia que entraña.

En cuanto a los supuestos de vulnerabilidad química, se ha podido analizar la complejidad de las distintas situaciones en que se plantea. Desde un punto de vista dogmático, ante casos límite se han propuesto tres posibles respuestas del sistema con sus notorias limitaciones: *actio libera in causa*, error de tipo y causa de justificación por consentimiento presunto. Y se ha dejado abierta la cuestión de cómo debería someterse a reflexión las contradicciones inherentes a la aceptación social de un espacio de riesgo permitido como son determinados contextos de ocio nocturno. Y, desde un punto de vista procesal, las cuestiones de prueba y el necesario equilibrio entre el juego de presunciones y la carga probatoria han puesto en evidencia que no todo se resuelve con una reforma legal.

En todo caso, gran parte del problema se halla en la compleja definición del espacio de riesgo permitido en este ámbito tan resbaladizo: aquí se encontraría la clave. Se ha avanzado mucho en la definición sobre cómo debería ser el consentimiento sexual libre. Ante el modelo de consentimiento fáctico y dinámico o por fases (en el que todo es revocable) en el que se exige una afirmación expresa e inequívoca, la realidad social plantea dilemas difíciles de resolver con la claridad exigible. La respuesta a la pregunta relativa a qué debe hacer un ciudadano responsable que presencia una interacción sexual entre dos personas aparentemente incapacitadas (por consumo de sustancias psicoactivas), debería ser acudir a la policía o impedirlo, aunque ambos hubieran consumido voluntariamente.

La exigencia o estándar de que solo se puede aceptar un consentimiento libre exento de duda razonable acerca de una posible incapacidad, debería tener consecuencias importantes en el modo de vivir la noche (o en otros escenarios) por una parte importante de la población. Ese espacio de riesgo permitido estaría creando las condiciones propicias para que surjan abundantes situaciones de error que, en caso de denunciarse, acabarían en delito.

¹⁹⁷ Por tanto, tratándose de un subtipo atenuado, el marco penológico pasaría a ser de 4 a 6 años de prisión; en el tipo básico: de 6 a 9 años de prisión; y en el subtipo agravado: de 9 a 12 años de prisión.

Desde el punto de vista personal, ¿qué debe hacer un hombre que desea tener relaciones con su pareja cuando ésta se halla notoriamente ebria? Si no puede obtener un consentimiento que despeje cualquier duda, debería abstenerse, salvo que se acepte acudir al consentimiento presunto. Sin embargo, o cambian drásticamente las costumbres sociales o seguirá existiendo un espacio de riesgo permitido donde, en ocasiones, alguien pueda alegar *ex post facto* que se violentó su libertad sexual.

Bibliografía citada

- AGUSTINA, José R.; MARCO-FRANCIA, María-Pilar (2019): “¿Agresión o abuso sexual? Cuestiones forenses a propósito del caso de «La Manada»”, en: *Revista Española de Medicina Legal* (avance online: DOI: 10.1016/j.reml.2019.09.002).
- ALCALDE SÁNCHEZ, María; FARALDO CABANA, Patricia (2018): “La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en: ALCALDE SÁNCHEZ, María; FARALDO CABANA, Patricia (Dirs.); RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Silvia; FUENTES LOUREIRO, María-Ángeles (Coord.) *La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 11-29.
- ARCHARD, David (2007): Book Reviews, en: *Journal of Applied Philosophy* (nº24), pp. 209-220.
- ASÚA BATARRITA, Adela (1998): “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso jurídico”, en: *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Emakunde – Instituto vasco de la mujer, Vitoria – Gazteiz) pp. 47-101.
- BARRUTIA SOLIVERDI, Begoña (2015): “Estudio de la Sumisión Química”, en: *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (nº117), pp. 11-15.
- BASSO, Gonzalo (2019): *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. (Madrid: Marcial Pons).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2004): *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, Ediciones Experiencia).
- BERGELSON, Vera (2009): *Victims' rights and victims' wrongs: comparative liability in criminal law*, en: Stanford University Press.
- BERGELSON, Vera (2015): “The Defense of Consent”, en: MARKUS D. Dubber; TATJANA Hörnle (eds.): *The Oxford Handbook of Criminal Law* (Oxford University Press).
- BRAGE CENDAN, Santiago (2013): “El delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas”, en: *Diario La Ley* (8216: 1).
- BUTLER, Bernardette, WELCH, Jan (2009): “Drug-facilitated sexual assault” en: *Canadian Medical Association Journal* (Vol. 5), pp. 493-494.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (1996): “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en: *La Ley* (nº 6), pp. 1626-1633.
- CARRASCO GÓMEZ, Juan José; MAZA MARTÍN, José Manuel (2010): *Tratado de psiquiatría legal y forense* (Madrid, Editorial La Ley).
- CARUSO FONTÁN, Viviana (2013): “La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación”, en: *La Ley* (nº8061), pp. 1-10.
- CHANG KCOMT, Romy Alexandra (2017): *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis dogmático y consecuencias prácticas* (Tesis doctoral. Universidad de Salamanca).
- CLOUGH, Amanda (2019): “Finding the Balance: Intoxication and Consent”, en: *Liverpool Law Review* (Vol. 40), pp. 49-64.
- COWAN, Sharon (2008): “The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity and Evaporation Of Consent to Sex”, en: *Akron Law Review* (41 (4)), pp. 899-922.

- COX LEIXELARD, Juan Pablo (2019) “El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad del reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 25, núm. 3), pp. 307-322.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo (2018): “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico penal del sexo como campo de batalla”, en: *Política Criminal* (Vol. 13, núm. 26), pp. 657-681.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2010): “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”, en: *Revista General de Derecho Penal* (3), pp. 1-44.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María Anunciación (2016): “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015” en: BACIGALUPO, Silvia (Coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces), pp. 872-893.
- EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION (2008) *Sexual Assaults Facilitated by Drugs or Alcohol*. European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction, pp. 4-5. Disponible en: http://www.emcdda.europa.eu/publications/technical-datasheets/dfs_a_en (visitado el 15/02/2020).
- FALK, Patricia (2002): “Rape by drugs: a statutory overview and proposals for reform”, en: *Arizona Law Review* (nº44), pp. 131-212.
- FARALDO CABANA, Patricia (2018); “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales” en. ACALE, María; FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FEINBERG, Joel (1985): *Offense to others* (New York, Oxford University Press).
- FINCH, Emily; MUNRO, Vanessa (2007): “The Demond Drink and the Demonized Woman: Socio-Cultural Stereotypes and Responsibility Attribution in Rape Trials Involving Intoxicants”, en: *Social Legal Studies* (nº16), pp. 591-614.
- FIRTH, Georgina (2011): “Not an Invitation to rape: the Sexual Offences Act 2003, consent and the case of the “drunken” victim”, en: *The Northern Ireland Legal quarterly* (62 (1)), pp. 99-118.
- GÁLVEZ, Elisa; GONZÁLEZ, Yasser Armando; CONSUEGRA, Elisa (2011): “Sexualidad y drogas: aspectos medicolegales de interés para el médico general integral”, en: *Revista Habanera de Ciencias Médicas* (10(4)), pp. 492-495.
- GARCÍA-REPETTO, Rosario; SORIA, María Luisa (2011): “Sumisión química: reto para el toxicólogo forense”, en: *Revista Española Medicina Legal* (37), pp. 105-112.
- GAVILÁN RUBIO, María (2018): “Agresión Sexual y Abuso por prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia”, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (12), pp. 82-95.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2005): “Derecho Penal Sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (nº7), pp. 1-35.
- GONEAGA OLAIZOLA, Reyes (1997): “Delitos contra la libertad sexual”, en: *Eguzkilore* (10), pp. 95-120.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos (2015): *Delitos contra la libertad sexual: delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo* (Montevideo, BdeF).

- AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María Neus: “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos (2011): *Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales* (Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra).
- GREEN, Stuart P. (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (Oxford University Press, en prensa).
- GREEN, Stuart P. (2012): *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age* (Harvard University Press).
- GRUBER, Aya (2016): “Consent Confusion”, en: *Cardozo Law Review* (38), pp. 415-458.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (1999-2000): “Aprobación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en: *Anuario de Derecho Penal* (1999-2000), pp. 201-244.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2016): “Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la Libertad Sexual”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (n°68), pp. 105-136.
- HALLEY, Janet (2016): The move to affirmative consent, en: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (42(1)), pp. 257-279.
- HART, Herbert Lionel (1963): *Law, Liberty and Morality* (Stanford University Press, California).
- HARVEY, Shannon; HAYTON, Lucy; BEARD, Nick; HOLLY, Jennifer (2013): “Not worth reporting: women’s experiences of alcohol, drugs and sexual violence”, Stella Project Coordination. *Against Violence & Abuse (AVA)*, London.
- HÖRNLE, Tatjana (2018): *Sexual Consent*. Forthcoming, *Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2999678> [visitado el 01/10/2020] pp. 1-18.
- HURD, Heidi (2005): “Blaming the Victim: A Response to the Proposal that Criminal Law Recognize a General Defense of Contributory Responsibility”, en: *Buffalo Criminal Law Review* 5 (2005), pp. 503-522.
- ISORNA-FOLGAR, Manuel; RIAL-BOUBETA, Antonio (2015): “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”, en: *Salud y Drogas* (Vol.15, núm. 2), pp. 137-150.
- ISORNA-FOLGAR, Manuel, SOUTO-TABOADA, Coromoto, RIAL-BOUBETA, Antonio, ALÍAS, Antonio, MCCARTAN, Kieran (2017): “Drug-Facilitated Sexual Assault and Chemical Submission”, en: *Psychology, Society & Education* (vol. 9 (2)), pp. 263-282.
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho penal. Parte general*, 2º ed. (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons).
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas (2002): *Tratado de Derecho penal. Parte General* 5ª ed. (trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares).
- JOZKOWSKI, Kristen (2015): ““Yes Means Yes”? Sexual Consent Policy and College Students”, en: *The Magazine of Higher Learning* (47(2)), pp. 16–23. doi:10.1080/00091383.2015.1004990.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen (1996): “La protección de la libertad sexual el nuevo Código Penal”, en: *Jueces para la democracia* (núm. 27), pp. 50-61.
- LE BEAU, Marc, MOZAYANI, Ashraf (Eds) (2001): *Drug-Facilitated Sexual Assault. A Forensic Handbook* (San Diego: Academic Press), pp. 6-23.

- LITTLE, Nicholas (2005): “From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law”, en: *Vanderbilt Law Review* (Vol. 58 (4)), pp. 1321-1364.
- LÓPEZ-RIVADULLA, Manuel; CRUZ LANDEIRA, Angelines; QUINTELA JORGE, Oscar; DE CASTRO, Ana; CONCHEIRO, Marta; BERMEJO, Ana; JURADO, C. (2005): “Sumisión Química: antecedentes, situación actual y perspectivas. Protocolos de actuación para estudios multicéntricos”, en: *Revista de Toxicología* (nº. 22), pp. 119-126.
- LUNA MALDONADO, A.; MARTINEZ, F.; OSUNA, E.; GARCÍA FERRER, R. (1988): *Alcohol consumption and crimes against sexual freedom*, en: *Medicine and Law* (7(81)).
- MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván (2012): “El consentimiento en materia penal”, en: *Derecho penal y criminología* (vol. 33 (95)), pp. 29-49.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 20, Nº 2), pp. 21-70.
- MARANI, Simone y FRANCESCHETTI, Paolo (1998): “I reati in materie sessuale” (Fatto & diritto. Giuffrè editore).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2018): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2º edición* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- MAURACH, Reinhart (1994): *Derecho Penal: Parte General* (actualizada por ZIPF, Heinz). 7ª edición alemana (traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea) vol. 1.
- MCELROY, Wendi (2016): *Rape Culture Hysteria: Fixing the Damage Done to Men and Women* (Create Space Independent Publishing Platform).
- MCGREGOR, Margaret; JANSSEN, Patricia; ERICKSEN, Janet; VAN VLIET, Annenke; RONALD, Lisa; SCHULZER, Michael (2004): *Rising incidence of hospital-reported drug-facilitated sexual assault in a large urban community in Canada: Retrospective population-based study*, en: *Can J Public Health* (95), pp. 441-445.
- MEZGER, Edmund (1859): *Tratado de Derecho Penal* (Traducción de la 2ª edición alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado) tomo I.
- MILL, John Stuart (1859): *On Liberty* (Londres, John Parker & Son).
- MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho penal. Parte general, 10ª edición* (Barcelona, Reppertor).
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando; GUÉREZ TRICARICO, Pablo (2019): *Consentimiento. Memento penal* (Madrid, Lefebvre-El Derecho).
- MORALES PRATS, Fermín.; GARCÍA ALBERO, Ramón (2016): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª edición* (Ed. Cizur Menor).
- MUHLENHARD, Charlene; HOLLABAUGH, Lisa (1988): *Do Women Sometimes Say No When They Mean Yes?*, 54 *J. Personality & Soc. Psychol* (872).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2017): *Derecho Penal: Parte Especial, 21º edición* (Valencia. Tirant lo Blanch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2019): “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, en: *Revista Penal* (43), pp. 290-299.

- NINO, Carlos Santiago (1979): ¿Da lo mismo actuar que omitir? (Acerca de la valoración moral de los delitos de omisión), en: Revista Jurídica La Ley, Argentina (tomo 1979-c), pp. 801-817.
- OXMAN, Nicolás (2015): “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, en: Revista Política Criminal (Vol. 10, N° 19).
- PANYELLA-CARBÓ, María Neus, AGUSTINA, José Ramón; MARTIN-FUMADÓ, Carles (2019): “Sumisión química versus vulnerabilidad química: análisis criminológico de los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas a partir de una muestra de sentencias”, en: Revista Española de Investigación Criminológica (17), pp. 1-23.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli (2016): “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, en: Revista Mexicana de Sociología 78, núm. 4 (2016), pp. 471-767.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolíniztli (2017): California define qué es “consentimiento sexual”, en: Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana (25), pp. 113-133.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2005): Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERO, Ramón; TAMARIT SUMALLA, Josep María (2005): Comentarios al nuevo Código Penal, 4ª edición (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- RAGUÈS I VALLÉS, Ramón (2019): Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús (Dir.); RAGUÈS I VALLÉS, Ramón (Coord.): Lecciones de Derecho penal. Parte Especial (Barcelona: Atelier) pp. 129-143.
- RAMÍREZ, María Cecilia (2007): “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, en: Revista Política Criminal (Vol. 2, N° 3).
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2016): Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal (Valencia: Tirant lo Blanch).
- RAZ, Joseph (1986): The Morality of Freedom (Clarendon Press. Oxford).
- REPORT ON THE JOINT INSPECTORATE INTO THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CASES INVOLVING ALLEGATIONS OF RAPE. Disponible online: https://www.justiceinspectors.gov.uk/cjji/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/ARC_20020401.pdf [visitado 10 de enero de 2020].
- RÍOS, Jaime (2006): “El consentimiento en materia penal”, en: Política Criminal (N° 1) (2006).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2006): “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto de Código Penal.” Política Criminal (n°1), pp. 1–19.
- ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, María Carmen (2016): Derecho Penal. Parte Especial: Conforme a La Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de Marzo (Granada: Comares).
- ROXIN, Claus (1997): Derecho Penal. Parte General (trad. de la 2ª edición alemana por LUZÓN, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid, Civitas), tomo I.

- SANCHO DE SALAS, Manuel, XIFRÓ COLLSAMATA, Alexandre, BERTOMEU RUIZ, Antonia; ARROYO FERNÁNDEZ, Amparo (2012): “Sumisión química con finalidad sexual: nuevos aspectos legales”, en: *Revista Española de Medicina Legal*, (38), pp. 41-42.
- SAINZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo (2016): “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”; en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial* (Madrid, Dykinson).
- SIMESTER, Andrew; SPENCER, John, STARK, James, SULLIVAN, Gordon; VIRGO, GrahamJ. (2016): *Simester and Sullivan’s criminal law: theory and doctrine* (Bloomsbury Publishing).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1986): *El delito, de omisión: concepto y sistema* (Barcelona: Ed. Bosch).
- SORIA VERDE, Miguel Ángel; HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Antonio (1994): *El agresor sexual y la víctima* (Barcelona, Ed. Boixareu Universitaria).
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos y JUDEL PRIETO, Ángel (2016): *Manual de derecho penal. Parte especial, 6ª edición* (Madrid, Editorial Civitas), tomo II.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (2010): “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios* (Pamplona, Aranzadi).
- TELLKAMP, Jorge (2005): *Las circunstancias del acto humano en la filosofía moral de Tomás de Aquino*, en: *Revista Española de Filosofía Medieval* (vol. 12), p. 205-217.
- TESTA, Maria; LIVINGSTON, Jennifer (2009): *Alcohol consumption and women's vulnerability to sexual victimization: Can reducing women's drinking prevent rape?*, en: *Substance Use & Misuse* (44(9-10)), pp. 1349-1376.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: (2019). *Suministro de drogas a otra persona para anular su voluntad con fines delictivos: ¿mito o realidad?. La llamada sumisión química en Derecho penal: Especial referencia a los delitos sexuales*, en: *Estudios Penales y Criminológicos* (39), pp. 655-707.
- VALLEJO TORRES, Carla (2018): *Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro*, en: *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (nº133).
- WALLERSTEIN, Shlomit (2019): “A drunken consent is still consent’—or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree”, en: *Journal of Criminal Law* (73), pp. 318-344.
- WELNER, Michael (2001): “The perpetrators and their modus operandi”, en: LE BEAU, Marc; MOZAYANI, Ashraf (eds), *Drug Facilitated Sexual Assault* (London, Academic Press).
- WELZEL, Hans (1959): *Derecho Penal: Parte General* (trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor).
- XIFRÓ, Alexander; BARBERÍA, Eneko; PUJOL, Amado (2014): *Sumisión química con finalidad sexual en el laboratorio forense*, en: *Revista Española de Medicina Legal* (nº 40).