

La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual

Elena B. Marín de Espinosa Ceballos

Universidad de Granada

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B. La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-24, pp. 1-36.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-24.pdf>

RESUMEN: En el contexto de la creación de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual, se ha llevado a cabo la reforma del delito de agresión sexual, fusionando, bajo la denominación de agresión sexual, el anterior delito de abuso sexual con el de agresión sexual. Su aplicación ha provocado el efecto contrario al perseguido inicialmente, ya que a las víctimas no se les ha otorgado mayor protección y tampoco se ha evitado su re-victimización. Además, desde su entrada en vigor se ha producido, según las cifras ofrecidas por el Consejo General del Poder Judicial, a fecha de 1 de julio de 2023, la reducción de 1127 condenas y 115 excarcelaciones. Ello ha provocado que la nueva figura de agresión sexual haya tenido que ser modificada a los siete meses y veintidós días de su entrada en vigor. El estudio de la nueva ley, la incorporación de este delito, los problemas que ha presentado su aplicación y la aparente solución otorgada a los problemas planteados mediante la reforma del precepto por la LO 4/2023 son objeto de análisis en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: libertad sexual, agresión sexual, retroactividad, reforma del Código Penal.

TITLE: Reform and counter-reform of the crime of sexual aggression

ABSTRACT: The new Law for the comprehensive guarantee of sexual freedom, in order to protect an outstanding dimension of gender violence, has carried out the reform of the crime of sexual assault, merging, under the common name of sexual assault, the crime of sexual abuse and that of sexual assault. However, its application has caused the opposite effect to that initially pursued, since the victims have not been granted greater protection and their re-victimization has not been avoided either. In addition, since its entry into force, according to the figures offered by the General Council of the Judiciary, dated June 1, 2023, there has been a reduction of 1.127 convictions and 115 releases. This has led to the fact that the new figure of sexual assault has had to be modified eight months after its entry into force. The analysis of the new law, the consequences of the incorporation of this crime, the problems that the application of the law reform has presented and its apparent solution (reform LO 4/2023) are those analyzed in this paper.

KEYWORDS: Sexual freedom, sexual assault, retroactivity, reform of the Penal Code.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2023

Fecha de publicación en RECPC: 28 noviembre 2023

Contacto: eblanca@ugr.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La reforma de los delitos sexuales en el marco de una ley integral de género (LO 10/2022, de 6 de septiembre). 1. La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. 2. El concepto de violencia sexual. III. El delito de agresión sexual incorporado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. 1. La unificación de las conductas de abuso y de agresión sexual; 2. La definición de consentimiento. IV. La aplicación del delito de agresión sexual redactado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre. 1. La retroactividad de la Ley más favorable al reo. 2. Los intentos para evitar las reducciones de pena y las excarcelaciones de delincuentes sexuales por efecto de la retroactividad de la Ley penal más favorable al reo; 3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroactividad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. V. Propuestas de reforma del delito de agresión sexual y la contrarreforma del delito de agresión sexual por la LO 4/2023, de 27 de abril. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Las resoluciones judiciales referidas al denominado caso de “La Manada” generaron un intenso debate doctrinal¹ acerca de diversas cuestiones vinculadas a los delitos contra la libertad sexual. Así, la doctrina científica cuestionó la tipificación de los delitos de agresión y de abuso sexual; debatió sobre si la realización de esos hechos por un grupo de personas implicaban actos de autoría o de participación; si concurría un delito continuado o un concurso real; o si era posible la apreciación del tipo agravado de agresión sexual de actuación conjunta de dos o más personas del art. 180.1º.2º CP, en todos aquellos casos en que interviene un grupo.

El caso de “La Manada”, como es conocido, fue un suceso de gran impacto mediático que sucedió en las fiestas pamplonesas de San Fermín del año 2016. En concreto, en la madrugada del 7 de julio, cinco hombres introdujeron a una mujer de dieciocho años, en estado de ebriedad, en el portal de una vivienda y allí la desnudaron y la “penetraron” por vía bucal, anal y vaginal. El nombre de este caso obedece a que los autores formaban parte de un grupo de WhatsApp denominado «La Manada», que fue utilizado por los medios de comunicación para referirse a los autores de los hechos.

La primera resolución judicial, de la Audiencia Provincial de Navarra², condenó a los cinco integrantes del grupo como responsables de cinco delitos continuados de abusos sexuales con prevalimiento del art. 181.3º y 4º CP a la pena de 9 años de prisión a cada uno, y, además, a uno de ellos, por un delito leve de hurto del art.

¹ Esta sentencia ha despertado gran interés en la doctrina, generando múltiples comentarios doctrinales. Entre otros, por ejemplo, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2018, p. 3 y ss.; FARALDO CABANA / RAMÓN RIBAS, 2018, pp. 247 y ss.; RAMÍREZ ORTIZ, 2018, pp. 11 y ss.; MUÑOZ CUESTA, 2018, p. 6; MUÑOZ CONDE, 2019, pp. 290 y ss.; GIL GIL/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2018, pp. 4-15; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 3; OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, 2018, pp. 60-69; CADENA SERRANO, 2019, pp. 2 y ss.; LARRÁYOZ SOLA, 2019, p. 1; PINA BARRAJÓN, 2019, pp. 2 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, 2019, pp. 3 y ss.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de abril de 2018, (ECLI:ES:APNA:2018:124).

234.2º CP, por la conducta de sustraer el móvil de la víctima. Esta sentencia fue posteriormente confirmada por el Tribunal Superior de justicia³. Por consiguiente, ambas resoluciones judiciales calificaron los hechos de abuso sexual.

Este caso se hizo viral en las redes sociales. Así, especialmente, fue criticada la calificación jurídica de los hechos como delito de abuso sexual y no como violación (agresión sexual), defendiéndose la existencia de intimidación sobre la víctima al intervenir un grupo de cinco hombres. Esta demanda fue acogida por la sociedad española, que mostró su rechazo a las resoluciones judiciales, saliendo a la calle a manifestarse bajo el lema “no es abuso es violación”⁴.

En este contexto de indignación ciudadana, de queja e incompreensión ante determinadas sentencias⁵, el por entonces Ministro de Justicia, D. Rafael Catalá (PP), anunció que procedería a reunir con urgencia a la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación para estudiar una posible reforma de los delitos sexuales. Esta Comisión inició su andadura de manera polémica porque estaba compuesta por veinte hombres y ninguna mujer. Ante las protestas de los especialistas en la materia se incorporaron doce mujeres. Este órgano, tras su nueva composición y, después de varias reuniones, en diciembre de 2018, remitió al Consejo de Ministros una propuesta que consistía en eliminar la distinción entre abuso y agresión sexual, creando un único tipo penal de violación con pena máxima de 15 años⁶.

Sin embargo, la reforma del Código Penal no llegó a prosperar al presentarse una moción de censura que hizo caer al Gobierno Rajoy, el cual fue sustituido por el Gobierno Sánchez. Posteriormente, en 2019 se celebraron dos elecciones, iniciándose, primero una efímera y, luego, otra más prolongada, al extenderse hasta 2023, nueva legislatura. Un gobierno de sesgo ideológico bien distinto, constituido en coalición por el Partido Socialista y Unidas-Podemos, tomó el relevo y trasladó la responsabilidad principal de la reforma a otro Ministerio, el de Igualdad. En concreto, su titular, Irene Montero, anunció en febrero de 2020 que la reforma de los delitos sexuales se llevaría a cabo en el marco de una ley de libertades sexuales promovida

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de diciembre de 2018, (ECLI:ES:TSJNA:2018:473).

⁴ Los medios de comunicación así lo difundieron. Este es el caso, por ejemplo, del periódico El país, http://elpais.com/elpais/2018/12/05/album/1544030702_036455.html; en la BBC <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43907559>

⁵ La doctrina señala que el origen de esta reforma fue el caso de la “Manada”. En efecto, “fue precisamente, esta cuestión y la interpretación de la violencia y la resistencia que hizo la Audiencia Provincial de Navarra en el mediático caso de “La Manada”, el detonante de los movimientos sociales y, la consiguiente, presión sobre los poderes públicos, lo que llevaría al legislador a acometer el cambio legislativo”. Cfr. PARDO MIRANDA, 2023, p. 7. En el mismo sentido ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 148; MORILLAS FERNANDEZ, 2022, pp. 28 y 29; CARUSO FONTÁN, 2020, p. 4; OLALDE GARCIA, 2022, p. 5 y LASCURAIN SÁNCHEZ, 2022, p. 4.

⁶ Cfr. <http://www.publico.es/sociedad/codigo-penal-comision-delitos-sexuales-propone-sean-considerados-violacion.html>.

al efecto⁷. Así, el 3 de marzo de 2020 el Consejo de Ministros aprobó iniciar la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra fue recurrida y, finalmente, el Tribunal Supremo en la sentencia 344/2019 de 4 julio⁸, del “caso de La Manada”, cambió la calificación inicial de abuso sexual por la de agresión sexual, condenando a los acusados por cinco delitos continuados de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravantes específicas de trato vejatorio y de actuación conjunta de dos o más personas del art. 180.1.1º y 2º CP a las penas de quince años cada uno. También modificó la calificación de hurto leve impuesta a uno de los procesados por apoderarse del móvil de la víctima, por la de un delito de robo con intimidación de los arts. 237 y 242.1º CP⁹.

El Tribunal Supremo, vino a afirmar que de “los hechos probados se desprende con claridad¹⁰ que existe un error de subsunción jurídica por parte del tribunal de instancia, (ya que), en este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de los hechos probados, del que se deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual”¹¹. Por tanto, el Tribunal Supremo concluyó afirmando que no hubo abuso sexual con prevalimiento, que conlleva un consentimiento viciado, sino agresión sexual, al no existir consentimiento de la víctima.

⁷ <http://www.europapress.es/eppocial/igualdad/noticia-irene-montero-dice-reforma-delitos-sexuales-ira-ley-libertades-sexuales-ministerio-20200218152307.html>

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, caso de la Manada, de 4 de julio de 2019, (ECLI: ES:TS:2019:2200).

⁹ En concreto, se condenó a J. A. P. M., A. B. F., J. E. D., A. M. G. E. y A. J. C. E., como autores responsables en concepto de autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª, a las penas de 15 años de prisión, a cada uno de ellos, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la denunciante durante 20 años, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y a 8 años de libertad vigilada; debiendo indemnizar conjunta y solidariamente a la víctima por este delito en 100.000 euros. Además, a A. M. G. E. como autor responsable en concepto de autor de un delito de robo con intimidación del art. 237 y 242.1 CP, a la pena de dos años de prisión, con las accesorias legales

¹⁰ Críticamente con el Tribunal Supremo por deducir “con claridad” la nueva calificación jurídica de esos hechos probados se manifiesta BOLDOVA PASAMAR, 2019, p. 5. Este autor pone de relieve la dificultad que existe para discernir entre estos supuestos (abuso con prevalimiento de agresión por intimidación ambiental) en contextos intimidatorios difusos basados en una relación de desequilibrio entre autor y víctima. “Por ello no se puede compartir con la STS 344/2019 que el error en la subsunción jurídica del tribunal de instancia se desprenda «con claridad» o que la intimidación se deduzca «sin ningún género de dudas del terrible relato de hechos probados». No es tan clara, manifiesta o evidente la subsunción de un supuesto como el presente precisamente por encontrarnos ante tipos delictivos que parten en ambos casos de un contexto coercitivo dirigido a doblegar la voluntad de la víctima, siendo por ello susceptible de subsumirse en sendas figuras delictivas, siquiera sea a modo de hipótesis de un concurso de leyes. La propia sentencia al Alto Tribunal mencionada reconoce al hilo de la homogeneidad típica entre la agresión y el abuso sexual que el prevalimiento es en realidad una intimidación pero de grado menor, luego claramente susceptible de confusión cuando no de indiferenciación con la intimidación típica de la agresión sexual”

¹¹ Fundamento quinto Sentencia del Tribunal Supremo, caso de la Manada, de 4 julio de 2019. (ECLI:ES:TS:2019:2200).

En definitiva, el Tribunal Supremo deduce que hubo agresiones sexuales, al cometerse los hechos con intimidación y, en concreto, bajo la denominada “intimidación ambiental”, la cual se fundamenta en la presencia y actuación conjunta de un grupo de cinco sujetos. El Alto Tribunal defendió dicha noción de intimidación ambiental, apoyándose, según vino a indicar, en la consolidada doctrina jurisprudencial que existe sobre esta figura¹². En este sentido, afirma, citando su anterior Sentencia de 8 de noviembre de 2005, que hace expresa referencia a la llamada “intimidación ambiental”, que: “Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir”¹³.

II. La reforma de los delitos sexuales en el marco de una ley integral de género (LO 10/2022, de 6 de septiembre)

Algunos delitos vinculados a la libertad sexual han sido reformados por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que entró en vigor el 7 de octubre de 2022. En concreto, mediante la disposición final cuarta, se han modificado los arts. 36, 83, 172 bis, 172 ter, 173, 181, 182, 183, 183 bis, 184, 190, 191, 192, 194, 197 y 443. Esta nueva norma también ha incorporado un nuevo precepto, el art. 194 bis, que establece una cláusula concursal específica para los delitos contra la libertad sexual. El cambio más relevante, según el Preámbulo de la Ley, consiste en “eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. Para ello, se ha creado una nueva figura delictiva (art. 178 CP), a la que le ha asignado el nombre de agresión sexual, que fusiona la conducta de agresión y de abuso sexual. Pese a los múltiples preceptos afectados por esta Ley, el nuevo delito de agresión sexual del art. 178 CP y sus tipos agravados han requerido una modificación a los siete meses y veintidós días de su entrada en vigor porque su aplicación, por efecto de la retroactividad de la norma más favorable al reo, ha supuesto la reducción de 1127 condenas y 115 excarcelaciones¹⁴ de delincuentes sexuales¹⁵.

¹² Ciertamente existe una amplia doctrina jurisprudencial que aprecia intimidación ambiental. Entre otras, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre de 2006, (ECLI: ES:TS:2006:5936).

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2005, (ECLI:ES:TS:2005:6833).

¹⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-127-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>

¹⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-127-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>

1. *La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual tiene su origen en la Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales, presentada en la anterior Legislatura por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea¹⁶. Se trataba de una proposición de ley que comenzó a gestarse en el año 2017, a raíz de la firma del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, momento en el que dicho grupo parlamentario presentó un voto particular (el n. 38) a la totalidad del Informe de la Subcomisión del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Buena parte del contenido de ese voto particular coincide con lo que, posteriormente, con las modificaciones realizadas durante su tramitación, ha conformado el actual texto de esta Ley.

La LO 10/2022, de 6 de septiembre utiliza la técnica de la ley integral, con una estructura similar a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Así, como toda ley integral, adopta un enfoque holístico, regulando los distintos aspectos de la materia —preventivos, sanitarios, educativos, procesales, sociales o de asistencia de las víctimas-, por lo que ha afectado, no sólo a la normativa penal, sino también a la procesal, laboral, administrativa, civil, etc. En definitiva, con esta nueva norma se pretende proporcionar un tratamiento completo que asegure la unidad y la coherencia de actuación de todos los actores implicados para, según reza el título de la ley, garantizar plenamente la libertad sexual.

Esta nueva ley integral es, además, una ley de género, según establece su art. 3.2º, pues sólo “es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española”. En España, como es conocido, la Ley de violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre¹⁷ extendió su protección a los menores, que pasaron a considerarse también víctimas directas de la violencia de género¹⁸.

Por consiguiente, la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual es una ley integral de violencia de género para la tipología de violencia sexual¹⁹. El propósito de la Ley es ampliar el alcance de la vigente norma integral

¹⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de agosto de 2017. Núm. 199.

¹⁷ Art. 1.2º Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

¹⁸ La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia reformó la Ley de violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre para otorgarles a los menores ese estatus.

¹⁹ Declarando que esta norma de inconstitucional porque sólo es de aplicación a la mujer y a los menores Vid. ALVAREZ GARCIA, 2023, p. 18, preguntándose: “¿Cómo es posible que se haya dictado una norma con esa evidente tacha constitucional?”. Criticando la Ley con este mismo argumento en SERRANO GÓMEZ, 2023, p. 3.

contra la violencia de género de 2004, de 28 de diciembre, a la violencia sexual. Esta finalidad se deduce del preámbulo de la Ley, que declara que “esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales”²⁰. De hecho, la disposición final novena de la Ley comentada ha afectado a la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reformando once artículos²¹, añadiendo tres preceptos nuevos²² y modificando la redacción de tres disposiciones adicionales²³ con el fin de equiparar los servicios y prestaciones en ambas leyes integrales, de lo contrario las víctimas de violencia de género asistidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre tendrían menos prestaciones que las víctimas de violencia sexual.

Ciertamente, la nueva Ley da un paso muy significativo y destacado a fin de amparar a las víctimas de violencia sexual, como en su día fue la LO 1/2004, de 28 de diciembre²⁴. No en vano, la violencia sexual, como una de las manifestaciones de la violencia de género, debe ser abordada de manera integral, como el resto de las tipologías de violencia de género. Sin embargo, a mi juicio, hubiera sido más adecuado incorporar la violencia sexual²⁵ a la ya existente Ley de violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre²⁶ y articular una única norma integral de género en lugar de tratar cada tipología de violencia de género por medio de una ley diferente. La LO 1/2004, de 28 de diciembre ha supuesto un importantísimo paso adelante en la lucha contra la violencia de género, aunque, lamentablemente, sea insuficiente al presentar algu-

²⁰ Cfr. Preámbulo, II de la LO10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

²¹ En concreto, la LO 19/2022, de 6 de septiembre ha modificado los arts. 3, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 27, 32, 47 y 66 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

²² Se incorpora el art. 19 bis, para garantizar la atención sanitaria mediante el sistema de salud pública y también se añade un nuevo Capítulo, el Capítulo V dedicado al “Derecho a la reparación”, dentro del Título II relativo a los “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”, conteniendo dos nuevos preceptos, los arts. 28 bis y 28 ter.

²³ Se modifica la redacción de la disposición adicional segunda, de la vigesimoprimera y de la decimonovena.

²⁴ Destacando la importancia de esta nueva Ley y la compara con lo que significó en su día la LO 1/2004, de 28 de diciembre vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, 2022, p. 14.

²⁵ Proponiendo la ampliación de la actual LO 1/2004, de 28 de diciembre para incorporar la violencia sexual, vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2021, p. 7.

²⁶ La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ya hace referencia expresa a las agresiones a la libertad sexual, en su art. 1.3: “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, *incluidas las agresiones a la libertad sexual*, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Por tanto, esta norma ya incluyó, en cierta medida, la violencia sexual. Sin embargo, la práctica judicial nunca lo ha entendido así. Ello ha impedido que a las mujeres víctimas de agresiones sexuales, en un sentido amplio, se les pudieran aplicar las medidas previstas en la Ley integral contra la violencia de género, aunque sí, como a cualquier otra víctima, las previstas en la LO 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

nas carencias relevantes. Entre ellas destaca, fundamentalmente, la necesidad de ampliar el tratamiento integral de otras tipologías de violencia de género - violencia sexual, violencia económica, violencia social, violencia laboral, etc.-. Y, también, ampliar el sujeto pasivo protegido, a fin de que alcance a todas las mujeres y no sólo a las que mantienen o han mantenido una relación sentimental con el agresor. Por ello, mi propuesta se orienta a que, más que elaborar nuevas leyes para cada tipología de violencia, se aplique y mejore lo que ya existe²⁷, adecuándola a cada tipología de violencia de género²⁸. Ello exigiría reformar la normativa actual para adaptarla a las particularidades y a las necesidades de cada grupo de víctimas. Por tanto, considero que se han de aunar esfuerzos para seguir avanzando por el camino iniciado con la Ley contra la violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre, sin necesidad de crear normas distintas para cada tipología de violencia de género, hecho éste que, a mi juicio, divide esfuerzos, disipa recursos, a la vez que dificulta la importante labor de concienciación social que, de manera continuada, se está realizando en relación a esta materia tan sensible, pues traslada a la sociedad que existen dos tipos de víctimas: las de violencia de género y las de violencia sexual, como si ésta última no constituyera violencia género. Además, la existencia de varias leyes integrales que regulan materias con una misma raíz podría provocar problemas de competencia. Por ello propongo que todos los recursos ya creados alcancen a todas las mujeres víctimas de cualquier tipología de violencia de género, a fin de otorgarles el mismo tratamiento integral, acomodándolo, eso sí, a sus necesidades específicas mediante la incorporación de las necesarias mejoras legislativas.

En definitiva, es claro que se ha de seguir legislando para combatir la violencia de género, por lo que sería conveniente incorporar en la actual Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género las otras formas de violencia de género, como ya ha sucedido con la denominada violencia vicaria, que ha requerido modificar esta Ley²⁹. También es de todo punto conveniente la introducción de la

²⁷ La Ley ha impulsado la creación de una importante red de centros y servicios para asistir a las mujeres, atendiendo sus necesidades sociales, económicas, sanitarias y jurídicas. Además, ha propiciado que los actores implicados (sanitarios, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, operadores del derecho, asistentes sociales, etc.) se formen y especialicen adecuadamente para prevenir, detectar y tratar a las víctimas de violencia de género, al tiempo que se coordinan entre sí. Asimismo, ha creado organismos específicos (observatorios contra la violencia de género, juzgados y fiscalías especializadas, unidades de valoración integral de la violencia —UVIVG—, Unidades de valoración forense integral —UFVI—, comités, institutos contra la violencia de género...) para abordar una problemática tan compleja. Gracias a esta Ley se comenzaron a confeccionar estadísticas, registros, seguimientos de las víctimas (programa VioGen), etc.

²⁸ Ampliamente sobre ello en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2021, p. 4.

²⁹ La LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia realizó la primera reforma a la LO 1/2004, de 28 de diciembre. En particular, cambió la redacción del art. 1 para considerar a los menores como víctimas directas de la violencia de género y también modificó los arts. 61, 65 y 66 para mejorar su redacción y hacer hincapié en la obligación que tienen los Jueces de lo Penal de pronunciarse sobre las medidas cautelares de naturaleza civil que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. La segunda reforma la llevó a cabo la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que nuevamente modificó el art. 1 para incorporar una definición de violencia vicaria.

perspectiva de género en los ámbitos (sanitarios, académicos, institucionales, judiciales, sociales, etc.) implicados en la lucha contra la violencia de género, al tiempo que se debe continuar con la formación especializada del personal implicado. Y, sobre todo, y ante todo, se ha de educar en igualdad y no discriminación a las presentes y a las futuras generaciones.

2. *El concepto de violencia sexual*

La OMS, en el año 2002 empleó, por primera vez, la expresión violencia sexual³⁰ en su Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud para denunciar que ésta clase de violencia comportaba consecuencias gravosas para la salud de las mujeres. La OMS la definió como: “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito”³¹.

La expresión violencia sexual, tradicionalmente, se ha identificado en el Derecho Penal con el delito de violación, (coincidente con los arts. 178 y 179 CP antes de la reforma del año 2022), el cual requiere, como es sabido, el atentado contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación. Sin embargo, este término adquiere otro significado cuando se vincula a la violencia de género³².

Así, desde la perspectiva del Derecho Penal, este concepto de violencia sexual proporcionado por la OMS, acoge una multitud de conductas de gravedad desigual³³. En este sentido, prácticamente, todos los delitos regulados en el Título VIII del Código Penal español, relativos a la libertad e indemnidad sexual, habrían de considerarse actos de violencia sexual. Incluso de manera específica el concepto de violencia sexual abarca los delitos de prostitución, de explotación sexual lucrativa, de pornografía infantil, el uso de otros para espectáculos pornográficos o la trata de personas con fines de explotación sexual, por tratarse de “acciones para comercializar... la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona”.

Especial interés presenta la expresión “*utilizar de cualquier modo la sexualidad de otro mediante coacción*”, porque la violencia sexual también afecta a otros bienes

³⁰ http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf.

³¹ Posteriormente, vuelve a reproducir el concepto de violencia sexual en el Informe de la OMS sobre violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. Nota descriptiva N.º. 239. Actualización de septiembre de 2011.

<http://ocw.unican.es/pluginfile.php/719/course/section/747/Tema%252011.pdf3>

³² En sentido contrario, “afirmando que el Convenio jamás ha incurrido en un error tan grosero como el de desdibujar el concepto de violencia sexual para incluir en él actos delictivos que no tienen que ver con el sexo no consentido. España, con esta ley, pasa a tener un concepto de violencia sexual que se aparta del consenso internacional”. Cfr. ALVAREZ GARCIA, F. J., 2023, p. 5.

³³ Sobre este concepto de violencia sexual ofrecido por la OMS en MORILLAS/PATRÓ/AGUILAR, 2011, p. 715.

jurídicos distintos de la libertad e indemnidad sexual. Para la OMS (2006) la sexualidad humana es “un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los roles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual”. De ahí que acciones como, por ejemplo, coaccionar a otro para no utilizar métodos anticonceptivos con el fin de protegerse contra enfermedades de transmisión sexual o para evitar un embarazo, constituyen actos de violencia sexual. También hay violencia sexual cuando se obliga a otro a contraer matrimonio o a realizar una cohabitación forzada, incluyendo los casos de herencia de viuda (ley del levirato)³⁴, que todavía se practica en algunas regiones de Asia o de África. Es violencia sexual, y se atenta contra la integridad física, la práctica de la mutilación genital femenina porque condiciona su vida sexual y reproductiva. También se considera la existencia de violencia sexual cuando se practica un aborto no deseado, vulnerándose el derecho a la vida del “nasciturus”. Además, existe violencia sexual, con afectación a la integridad moral, cuando se humilla a la víctima por su sexo, identidad o género. Y son objeto de violencia sexual, vulnerándose, además, el derecho a la intimidad, las inspecciones realizadas a mujeres para comprobar su virginidad, incluso, en algunos casos, acompañadas de la expedición de certificados por parte de un médico ginecólogo. La violencia sexual es, asimismo, realizar “*comentarios o insinuaciones sexuales no deseadas*”, que, en función de la gravedad del hecho, del contexto, de las circunstancias concurrentes y de la relación entre el autor y la víctima, podrían tratarse de conductas atípicas o, por el contrario, integrar un delito de acoso sexual, un atentado contra la integridad moral, si se trata de actos humillantes, degradantes y vejatorios o, incluso, una vulneración de la libertad personal, si constituyeran coacción o el denominado “stalking”.

De ahí la aclaración de la OMS: hay violencia sexual “independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito”. Efectivamente, existe violencia sexual entre miembros de la familia, entre personas de confianza, entre conocidos y entre extraños. La violencia sexual puede tener lugar a lo largo de toda la vida, desde la infancia hasta la vejez.

La LO 10/2022 de 6 de septiembre ha adoptado un concepto similar al propuesto por la OMS, pues en su art. 3.1 se indica que debe entenderse por violencias sexuales: “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres

³⁴ El levirato (del latín *levir* “hermano del marido”) significa literalmente matrimonio con el cuñado, más concretamente, con el hermano del marido. Así se denomina la costumbre o ley que contempla el matrimonio entre una viuda, cuyo marido ha muerto sin tener descendencia, y un hermano de éste. El hermano toma como esposa a la viuda con la intención de engendrar hijos, el mayor de los cuales, al menos, será considerado descendiente del fallecido con el fin de que el nombre del marido perdure tras su muerte.

y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos”.

Este es un concepto amplio de violencia sexual³⁵ y abierto porque el legislador utiliza la expresión “en todo caso”, estableciendo con ello una declaración de mínimos. Al menos es violencia sexual los delitos la libertad sexual del Título VIII del Código Penal y otros que se ubican en distintos Títulos del Código Penal - mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso sexual y la trata con fines de explotación sexual-, y que no lesionan la libertad sexual de la víctima, pero que la ponen en peligro. Indiscutiblemente, desde la perspectiva de la violencia de género todas esas conductas integran violencias sexuales, pero también son violencias sexuales la trata con el fin de celebrar matrimonios forzados, el aborto no consentido y la esterilización forzosa, pues todas ellas atentan contra relevantes derechos fundamentales que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual de la mujer y, sin embargo, el legislador no las ha mencionado. A mi entender, en la práctica, esta omisión podría tener dos posibles consecuencias completamente contrarias. Por un lado, como la Ley no menciona estos delitos, se podría interpretar que éstos no son violencias sexuales, lo que impediría que sus víctimas pudieran obtener las prestaciones y los diferentes servicios que se encuentran regulados en la Ley. Y por otro lado, se podría interpretar en un sentido inverso, esto es, entender que estas conductas tendrían encaje dentro de la expresión “en todo caso” y, por tanto, las víctimas de estos otros delitos gozarían de todas las prestaciones, derechos y servicios establecidos en la Ley. Esta última, a mi juicio, es la lectura correcta porque permite extender los derechos y prestaciones a un mayor número de mujeres y menores. Así, todas esas víctimas (de violencia sexual) deben beneficiarse de los derechos regulados en el Título IV de la Ley – como el derecho a la asistencia integral especializada y accesible; el derecho a la información, el derecho a la obtención de la acreditación de la existencia de violencias sexuales, el derecho al disfrute de las prestaciones económicas, laborales

³⁵ DIEZ RIPOLLES, 2019, p. 5. Este autor considera, aunque referido al Proyecto de Ley, que “cabe congratularse del amplio concepto de libertad sexual empleado por la Proposición, que incorpora una valoración positiva de la sexualidad, como fuente de autorrealización personal, y no solo, como es habitual en derecho penal, como origen de experiencias negativas”, aunque critica el enfoque que le otorga a la libertad sexual que “deja de tener referencias individuales y se pasa a entender en clave colectiva, inserta en un contexto identitario. Ya no se trata de la autorrealización personal, sino de un enfrentamiento entre dos grupos antagónicos, hombres y mujeres, estructuralmente enfrentados debido a la sociedad patriarcal vigente, en la que el primero ejerce su dominación sobre el segundo”.

o de la seguridad social, el derecho al acceso a vivienda, el derecho a participar en los programas específicos de empleo o el derecho de poder solicitar ayudas económicas-.

Finalmente, el legislador, consciente de que los avances tecnológicos también alcanzan a las violencias sexuales, con buen criterio, añade que también es violencia sexual la “difusión de actos de violencia sexual, de pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos”.

III. El delito de agresión sexual incorporado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual

La LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, como ya se ha indicado, crea el nuevo delito de agresión sexual, fusionando en una sola figura el anterior delito de abuso sexual y el de agresión sexual, “cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul”³⁶, según el Preámbulo de la Ley justifica la eliminación de los anteriores delitos de abuso y de agresión sexual. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina³⁷, los anteriores tipos penales no lo incumplían, pues el Convenio³⁸ no impide que se diferencien conductas en función de los medios comisivos para doblegar la voluntad de la víctima. También se ha criticado, con razón, que no haya existido “un previo debate, profundo, riguroso y sosegado, que permita, ante cualquier iniciativa de reforma, poner de manifiesto su idoneidad y necesidad”³⁹. Y sobre todo, que es absolutamente inadecuado que se regule un delito para un caso concreto (el de “La Manada”), condicionando los supuestos posteriores a la reforma, con efectos irrevocables⁴⁰.

La modificación en el Código Penal en materia de libertad sexual comienza por la

³⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Estambul 2011.

³⁷En este sentido se manifiestan DIEZ RIPOLLES, 2019, p. 6. LASCURAIN SÁNCHEZ, 2020, p. 2; MORILLAS FERNANDEZ, 2023, p. 10; ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 4. En sentido contrario se manifiesta FARALDO/ RAMÓN, 2018, p. 290; PERAMATO MARTIN, 2022, p. 198.

³⁸ Art. 36. Violencia sexual, incluida la violación

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;

b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.

³⁹ ESCANILLA OLIVER, 2021, p. 2.

⁴⁰ Críticamente se pronuncian PAREDES/ DOMINGO, 2023, p. 11.

denominación del propio Título VIII, al que se ha suprimido la referencia de “indemnidad sexual”. A mi juicio este cambio es acertado⁴¹ porque, aunque los menores son personas vulnerables en proceso de formación, también poseen libertad sexual con ciertas limitaciones. Así lo reconoce el art. 183 bis CP: “el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal”, siempre y cuando el autor reúna determinadas características (proximidad en edad y similitud de grado de madurez física y psicológica con el menor). Por otro lado, en coherencia con el nuevo delito que fusiona los anteriores abusos con las agresiones, se ha eliminado el Capítulo II, “De los abusos sexuales”⁴².

El Título I, bajo la rúbrica “De las agresiones sexuales”, se compone de tres artículos: el art. 178 CP regula el tipo básico de agresión sexual y, a su vez, contiene un tipo atenuado en su párrafo tercero “en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”; el art. 179 CP tipifica un tipo agravado cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías y finalmente, el art. 180 CP contiene un tipo agravado de los dos preceptos anteriores si concurren determinadas circunstancias. Esta es la redacción del delito de agresión sexual del art. 178 CP:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

La principal novedad de este nuevo delito de agresión sexual es que la conducta

⁴¹ En los menores e incapaces también se protege la libertad sexual, pese a que no se encuentren en condiciones de ejercerla de manera temporal o permanente en ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 178. En sentido contrario se manifiesta MORILLAS FERNANDEZ, 2023, pp. 14 y 25, que considera que si desaparece el bien jurídico indemnidad moral quedará desprotegida una parte de la población: los menores y las personas con discapacidad necesidades de especial protección.

⁴² El contenido actual de este Capítulo II tiene la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, integrado por cuatro artículos (arts. 181, 182, 183 y 183 bis).

prohibida gira en torno al consentimiento de la víctima y, además, se ofrece su definición. Así, la agresión sexual consiste en realizar actos de naturaleza sexual sin consentimiento. Por ello, esta Ley, según el Tribunal Supremo, ha establecido “un nuevo modelo o paradigma en el castigo de los delitos contra la libertad sexual, residiendo el eje de la conducta antijurídica en la falta de consentimiento de la víctima, con independencia o prescindiendo de los diferentes medios comisivos a través de los cuales se perpetren (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, vulnerabilidad de la víctima o cuando se cometan sobre personas que se hallen privadas de sentido, de cuya situación mental se abusare o cuando tuviere anulada por cualquier causa su voluntad), estableciendo indiferenciadamente y para todos ellos un mismo marco punitivo”⁴³. Ciertamente, la pena abstracta asignada por la Ley es única, la de prisión de uno a cuatro años, independientemente de los medios empleados en la agresión, aunque, claro está, en el proceso de individualización de la pena el juez valorará si se utilizó o no algún medio para doblegar la voluntad de la víctima, lo que condicionará el quantum de la pena que se imponga al sujeto. Lo mismo sucede en el tipo agravado de agresión sexual cuando éstas consistan en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos⁴⁴, ya que no se establece ningún elemento discriminador de la gravedad de las conductas y todas se castigan, bajo la denominación de violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años, que se elevaría desde los siete a los quince años cuando concurren las circunstancias del art. 180 CP⁴⁵.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, (Pleno del TS), de 29 junio de 2023, (ECLI:ES:TS:2023:2827).

⁴⁴ Art. 179 CP: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años

⁴⁵ Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:

1.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

2.^a Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

3.^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

4.^a Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

6.^a Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

7.^a Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.

El delito de agresión sexual no ha sido bien acogido por un sector doctrinal que ha criticado, principalmente, la eliminación de la graduación de las conductas punibles, el marco de pena asignado a algunas conductas y la definición de consentimiento.

1. *La unificación de las conductas de abuso y de agresión sexual*

La fusión de las conductas de agresión y de abusos sexuales para conformar el nuevo delito de agresión sexual ha sido acogida de manera dispar por la doctrina. Por un lado, un sector considera que era necesario ofrecer una perspectiva distinta a este delito, con el fin de adaptarlo a las exigencias del Convenio de Estambul⁴⁶, eliminando la artificiosa diferenciación entre intimidación y prevalimiento, pues la “falta de consentimiento es lo que define una relación sexual como violenta”⁴⁷. A esta propuesta de unificación, además, se le han atribuido dos ventajas, por un lado, la de evitar la arbitrariedad judicial, haciendo con ello “justicia”⁴⁸ y, por otro, la de conseguir la reducción de la re-victimización, evitando que las víctimas se vean sometidas a múltiples interrogatorios que invaden su intimidad⁴⁹.

Otro sector doctrinal, adopta una posición crítica, aunque también detecta alguna mejora. Así lo expresa LASCURAIN; “este sistema es en esencia correcto, plantea algún problema de ubicación de conductas y algún problema semántico”⁵⁰. Se defiende que es positivo porque la reforma consigue adecuar el concepto social de violación con el concepto jurídico⁵¹. Lo cierto es que ha existido un problema de comunicación con la sociedad porque no se ha sabido transmitir correctamente la existencia de dos delitos (abusos y agresión) para proteger la libertad sexual. Ahora, con la eliminación del vocablo abuso y con la utilización del término violación para todas las conductas en las que exista penetración, sin diferenciar los medios comisivos para su ejecución, se logra trasladar a la sociedad la respuesta que el Código Penal ofrece para proteger a las víctimas. Así mismo, con la unificación de las conductas de abuso y de agresión se evitaran resoluciones injustas como la del “caso de La Manada”, frenando la alarma social. La reforma consigue conectar con la sociedad pero “torpemente, con un elevado precio, a través de la drástica decisión de unificar todos los atentados contra la libertad sexual y de calificarlos todos como “agresiones sexuales”⁵², asignando un marco de pena excesivamente elevado. El principal error que se

3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

⁴⁶ Ello lo deduce ACALE SÁNCHEZ, 2021b, p. 162; PERAMATO MARTÍN, 2022, p. 200.

⁴⁷ Vid. ACALE SANCHEZ, M. 2021a, p. 478, haciendo uso de una expresión de PITCH, 2003, p. 209.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Vid. ACALE SANCHEZ, M. 2021a, p. 283.

⁵⁰ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, 2020, p. 3.

⁵¹ Vid. ESCANILLA OLIVER, 2021, p. 6.

⁵² Críticamente vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, 2022, p. 5.

atribuye a la reforma, a juicio de este sector de la doctrina, es la falta de graduación de la pena porque no distingue entre los ataques a la libertad sexual más graves de los menos graves, vulnerándose, con ello, los principios de lesividad y de proporcionalidad⁵³. Además, la doctrina se ha lamentado de que en algunos tipos se han incrementado las penas, obviando el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal⁵⁴ y de que, en ocasiones, los marcos penales sean muy amplios, lo que se opone al principio material de legalidad penal.⁵⁵

La fusión de las conductas de agresión y de abusos sexuales para conformar el nuevo delito de agresión sexual, a mi juicio, supone una propuesta acertada. En primer lugar, porque reduce la re-victimización, “que ocurre, no como un resultado directo de la acción delictiva, sino como un resultado de la respuesta inadecuada, fría, incomprensiva e insensible de las instituciones y los individuos hacia las víctimas⁵⁶. La reforma permite, en palabras de DIEZ RIPOLLES, “aligerar las dificultades probatorias a la hora de obtener una condena por estos hechos y, en consecuencia, de velar por que las presuntas víctimas, generalmente mujeres, no se vean inmersas durante la averiguación de los hechos en situaciones que cuestionen de manera desconsiderada su cualidad de víctima”⁵⁷. Ayudará a que la víctima se sienta más comprendida y no se la culpabilice cuando no fue capaz de evitarlo⁵⁸.

En segundo lugar, la reforma es positiva porque otorga mayor margen al Juez para individualizar la pena al caso concreto, evitando, con ello, algunas calificaciones jurídicas muy complejas que, en ocasiones, podían ser injustas. Así, la reforma salva las dificultades que presentaba la aplicación de las reglas del concurso aparente de normas. Con este único tipo penal, en el caso de “La Manada”⁵⁹ ya no se discutiría si los hechos fueron cometidos con intimidación (agresión sexual) o con prevalimiento (abuso sexual), pues su delimitación era una tarea complicada porque los Tribunales han considerado que el prevalimiento es una “especie de intimidación de inferior grado”⁶⁰. En definitiva, la reforma resuelve acertadamente los problemas de

⁵³ Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, 2022, p. 5 y ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 5.

⁵⁴ Así lo defiende ESCANILLA OLIVER, 2021, p. 6.

⁵⁵ Denunciado por DIEZ ROPOLLES, 2019, p. 26.

⁵⁶ Vid. PAREMATO MARTIN, 2022, p. 222.

⁵⁷ Cfr. DIEZ RIPOLLES, 2019, pp. 10 y 11, criticando esta finalidad “A mi juicio, la necesidad de diseñar estrategias e instrumentos procesales, y consolidar rutinas judiciales, que eviten la victimización secundaria de las víctimas durante el procedimiento no autoriza a desmontar la matizada regulación material de estos comportamientos, con los beneficios que conlleva, ni a reducir las exigencias probatorias. Lo contrario supone renunciar a un derecho penal ponderado y garantista, a cambio de asegurar una más fácil persecución de ciertas conductas”. En sentido similar MUÑOZ CONDE, 2019, p. 296.

⁵⁸ Ampliamente sobre la re-victimización en PAREMATO MARTIN, 2022, p. 222.

⁵⁹ Así lo considera también PAREDES/ DOMINGO, 2023, P. 11, afirman que la reforma busca “que todas las conductas lesivas de la libertad sexual se castiguen como agresiones sexuales para condenar toda relación sexual no consentida y que ésta no pueda calificarse de abuso sexual por no haber concurrido violencia o intimidación, como sucedió primeramente con el caso de La Manada. Aquí está la clave de la modificación del CP, pero se considera que surgió a raíz de ese supuesto, y en nuestra opinión, las leyes no pueden crearse para un caso concreto”.

⁶⁰ Ampliamente sobre esta interpretación vid. ALTUZARRA ALONSO, 2020, p. 530.

tipicidad al exigir exclusivamente la falta de consentimiento de la víctima a diferencia de lo que ocurría previamente, cuando, junto a la falta de consentimiento, también se debía atender al medio empleado para su ejecución.

La reforma resuelve los problemas de tipicidad y los traslada a la pena. Dicho de otra manera, el nuevo delito de agresión sexual ha simplificado la tipificación de la conducta pero ha complicado su punición. Es cierto que el juez en el proceso de individualización de la pena deberá atender a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Y es en este último criterio en donde deberá valorar cuál fue el medio comisivo utilizado por el agresor porque son de distinta gravedad - violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad, personas que se hallan privadas de sentido, cuando se abusa de la situación mental de la víctima o tenga anulada su voluntad -. El nuevo delito requiere confianza en los jueces, que tendrán que ir elaborando una doctrina que delimite cual es la pena que debe apreciarse en cada caso, qué medios comisivos tienen menor entidad, etc. En definitiva, el nuevo delito de agresión sexual, al asignar un único marco de pena para todos los atentados a la libertad sexual, sin consentimiento, no establece que todos los casos sean iguales, pues ello vulneraría el principio de proporcionalidad⁶¹. La existencia de un mismo marco de pena requiere una labor de arbitrio judicial. Ahora será el Juez el que deba graduar la pena, en los márgenes establecidos en el nuevo delito, en función del medio comisivo empleado por el agresor, entre otras circunstancias. Esta es una de las principales aportaciones de la reforma con respecto a los anteriores tipos, donde el margen del juez era menor porque el legislador establecía marcos de pena diferentes si se doblegaba la voluntad de la víctima con violencia o intimidación.

En principio, conceder mayor arbitrio judicial al juez para que pueda adaptar la pena al caso concreto es positivo, pero si el marco de pena es desmedidamente extenso, como sucede en varias figuras delictivas del delito redactado por en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se puede generar inseguridad jurídica. Entiendo que los marcos de pena de ocho años – el de 4 años a 12 años de prisión cuando hay acceso carnal o introducción de objetos (art. 179 CP); o el de 7 a 15 años de prisión cuando concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 180 CP- pueden provocar el efecto contrario al perseguido con la reforma, que, principalmente, no era otro que evitar resoluciones imprevisibles como la del caso de “La Manada”. Entiendo así que un marco de pena de ocho años es un margen excesivo porque provoca incertidumbre en los jueces y en el ciudadano conllevando que las resoluciones judiciales sean imprevisibles y desiguales, lo que difícilmente permite que sean percibidas como justas.

⁶¹ ACALE SANCHEZ, 2022, p. 45.

2. *La definición de consentimiento*

También la doctrina ha cuestionado la noción de consentimiento que ofrece el art. 178 CP: “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Para ACALE SANCHEZ el tipo penal debe girar en torno al consentimiento⁶² para que se “ajuste la regulación a las pautas marcadas en el Convenio de Estambul”⁶³. Sin embargo, a mi juicio, en el Convenio citado no se ofrece una definición, sino que recoge una aclaración de cuando aquél es considerado válido, indicándose que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona, considerado en el contexto de las condiciones circundantes” (art. 36.1). Y así lo ha exigido nuestro ordenamiento jurídico en los delitos sexuales⁶⁴. Por ello, se ha afirmado que no era necesaria una definición y que tampoco hacía falta “ajustar” nuestra regulación al Convenio de Estambul⁶⁵. En cierto modo lo reconoce ACALE SANCHEZ cuando se refiere a que la “redacción propuesta no plantea ningún cambio sustancial con respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales”⁶⁶, aunque su inclusión, según esta autora, aporta seguridad jurídica⁶⁷. Además, propone que, en un futuro, el consentimiento, como elemento esencial de todos los bienes jurídicos disponibles, se defina expresamente en una cláusula general ubicada en el Libro I del Código Penal para todos los tipos penales⁶⁸.

La mayoría de los autores, con buen criterio, consideran que el consentimiento no plantea ningún problema de carácter conceptual⁶⁹ y que su definición no es distinta de la que ya realiza la jurisprudencia. No en vano, el verdadero problema continúa siendo probatorio⁷⁰. Por tanto, la incorporación de una definición, para este sector, no soluciona nada porque la interpretación de si hubo o no consentimiento dependerá

⁶² Califica de esencial el tratamiento que el Convenio otorga al consentimiento, “que pasa a ser el centro de gravedad de la configuración de los delitos sexuales, quedando en un segundo plano los medios usados por el autor para llevarla a cabo”. De ahí deduce que con el nuevo tipo penal, aunque referido al Proyecto de LO, de garantía integral de la libertad sexual aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de julio de 2021 (Boletín General de las Cortes Generales del 26 de julio de 2021), se “ajusta la regulación a las pautas marcadas en el Convenio de Estambul”. Cfr. ACALE SANCHEZ, 2021a, pp. 472 y 473.

⁶³ ACALE SANCHEZ, 2021a, p. 473. Deduciendo su exigencia también del Convenio de Estambul se expresa PERMATO MARTÍN, 2022, p. 201.

⁶⁴ ESCANILLA OLIVER, 2023, p. 3

⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, 2022, p. 2.

⁶⁶ ACALE SANCHEZ, 2021a, p. 476.

⁶⁷ ACALE SANCHEZ, 2021a, p. 477.

⁶⁸ Vid. ACALE SANCHEZ, 2021, p. 474.

⁶⁹ Un profundo estudio sobre los diferentes sistemas de consentimiento y un análisis de derecho comparado de Alemania, Canadá, Islandia y Suecia en PERMATO MARTÍN, 2022, pp. 206 a 211

⁷⁰ Prácticamente toda la doctrina afirma que una definición de consentimiento no resuelve los problemas de prueba. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, MORILLAS CUEVA, 2022, p. 37; ESCANILLA OLIVER, 2023, p. 3; PERMATO MARTÍN, 2022, p. 215;

de los tribunales. Es cierto que la decisión de encarcelar, o no, es un proceso complejo, como pone de manifiesto TAMARIT SUMALLA en su estudio sobre los factores legales y extralegales en las sentencias de agresión y abuso sexual. Tras estudiar diversas variables relacionadas con el hecho y con sus protagonistas, este autor concluye que “influyen más las características del delito que las de la víctima y del ofensor”⁷¹. El estudio deduce que los tribunales tienen cierta inercia en la aplicación de la norma y que apenas influyen en sus decisiones judiciales los cambios legislativos, ya que el sistema legal “limita considerablemente la discrecionalidad judicial en la individualización de la pena, lo cual puede tener efectos positivos en términos de igualdad y previsibilidad”⁷². A este respecto, sorprende conocer que, en las sentencias analizadas, hay un escaso impacto de las reformas legales de 2010 y 2015, porque “la actitud predominante en los tribunales es un legalismo de carácter inercial, en que las decisiones están condicionadas no meramente por la letra de la ley, sino por el modo en que esta se ha venido aplicando, con escasa receptividad a los cambios legales”⁷³. Este modo de proceder de nuestros tribunales nos obliga a insistir en lo necesario que es formar de una manera continuada a los operadores del derecho.

Esta definición de consentimiento ha recibido distintas críticas por parte de un sector de la doctrina. En primer lugar, se le ha reprochado que invierte la carga de la prueba⁷⁴. Pero entiendo que no es así, empleando las palabras de PERMATO MARTÍN, “será el Ministerio Fiscal y, en su caso las acusaciones particulares, las que deberán acreditar, con pruebas directas o indiciarias, pero, en todo caso ciertas, que la relación no fue consentida”⁷⁵. La definición que ofrece el art. 178 CP no exige que el investigado tenga que probar que la denunciante consintió. Este “puede mantener una actitud absolutamente pasiva; no decir nada; no declarar o simplemente decir que la relación fue consentida”⁷⁶. En segundo lugar, se ha reprochado “la concepción ideológica que hay detrás de esta definición en un delito que es de hombres hacia las mujeres y que desconfía paternalistamente y patriarcalmente (no *maternalistamente*) del modo de éstas de gobernar su autonomía personal”⁷⁷. Este argumento

⁷¹TAMARIT/ AIZPITARTE/ ARANTEGUI/ ROMERO, 2022, p. 201.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Esta crítica se ha mantenido principalmente respecto a la definición en negativo que ofrecía el Proyecto de Ley de 6 de marzo 2020: «Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto»; pues al estar configurando el consentimiento como un elemento negativo del tipo parecía que, en lugar de la acusación, fuese la defensa la que tuviera que probar las notas de la definición para excluir la tipicidad. Vid LASCURAIN SANCHEZ, 2020, p. 5. Y continúa manteniendo la misma crítica con la nueva definición de consentimiento de la LO, vid. LASCURAIN SANCHEZ, 2022, p. 6. Defendiendo todo lo contrario, y también referido a la definición de consentimiento en el Proyecto de Ley de marzo de 2020, se ha pronunciado ESCANILLA OLIVER, 2021, p. 3.

⁷⁵ Cf. PERMATO MARTÍN, 2022, p. 216.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Cfr. LASCURAIN SANCHEZ, 2022, p. 4 y el mismo autor ya lo denunció previamente LASCURAIN SANCHEZ, 2020, p. 5. También critica que la Ley defiende una ideología en ALVAREZ GARCÍA, 2023, p. 16, en su opinión, “el sectarismo y el fanatismo asoma constantemente en esta Ley, y explica perfectamente todos sus defectos”.

acerca del sesgo ideológico de la reforma también se utiliza en un sentido contrario, es decir, no desde la crítica sino desde una perspectiva positiva⁷⁸. En mi opinión, no se puede deducir de la definición de consentimiento una determinada ideología. Distinta es la LO 10/2022, que como ley integral de género, se alimenta de una ideología feminista de prevención, protección de las mujeres y menores y de concienciación hacia este fenómeno⁷⁹. Sin embargo, esto no se puede afirmar de los preceptos penales que, como no podría ser de otra forma, se redactan de manera neutra, aunque las víctimas sean, generalmente mujeres. En efecto, todas las estadísticas sobre la materia demuestran que la violencia sexual afecta de una manera desproporcionada a la mujer. Ello se evidencia, entre otros, en el “Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual”⁸⁰, del Consejo General del Poder Judicial, que revela que, en los delitos cometidos contra adultos, las víctimas eran mujeres en el 97,7 % de los casos. Además, aporta un dato alarmante: en el 26,7% de los supuestos, la violencia sexual sobre las mujeres adultas fue grupal. Con la participación de dos o más agresores. Con respecto a los menores, el 68,4 % eran niñas y el 31,6 % niños. Si acudimos a los datos del Instituto Nacional de Estadística, nos aportan la otra cara de la moneda, esto es, las cifras de condenados por esos delitos. En concreto, en ese mismo año 2020, fueron condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual 472 hombres y 5 mujeres⁸¹. Lamentablemente, la realidad confirma que estos delitos los “cometen los hombres hacia las mujeres”. Pese a esta evidencia, el legislador ha creado un delito y una definición de consentimiento, en el art. 178 CP, para todos, que exige, tanto para el hombre como para la mujer, que éste sea “manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Actualmente el delito de agresión sexual gira en torno al consentimiento. Por ello creo que es importante que exista una definición de consentimiento en el Código Penal, pese a que se trate de un elemento esencial del tipo y se traslade la interpretación que de él está realizando la jurisprudencia. No se trata de una definición simbólica, si no que sienta las bases de cuando hay o no consentimiento, determinando, en primer lugar que la pasividad de la víctima no equivale a prestar consentimiento.

⁷⁸Vid. ACALE SANCHEZ, 2021a, pp. 482 y 482, La ley no sólo protege el bien jurídico libertad sexual, sino atajar esas conductas que se etiquetan violencias machistas. Se protegen dos planos violencia sexual y violencia sexista, “de manera que todo lo que no tenga que ver con el ejercicio de la libertad sexual ni, simultáneamente, con las violencias machistas debe quedar fuera”. Y PERAMATO MARTÍN, 2022 p. 219. Que defiende que la Ley da un cambio de perspectiva, que contribuye a cambiar la mentalidad no solo de la sociedad en su conjunto, sino también de jueces, fiscales y demás operadores.

⁷⁹ Para ACALE SANCHEZ es “una ambiciosa iniciativa que incide en la prevención, sensibilización, detección y formación en materia de libertad sexual, ofreciendo a la ciudadanía un modelo educativo que incide en concienciar a toda la sociedad sobre la capacidad de las mujeres para determinarse en materia sexual, a fin de evitar confundir, por ejemplo, el sexo con el sexo violento o con la pornografía, así como la sensualidad con la violencia”. Cfr. ACALE SANCHEZ, M. 2021a, p. 470.

⁸⁰ OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, 2021.

⁸¹ <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28750>

Efectivamente, la reforma tenía como lema «Sólo sí es sí», dejando claro que el silencio de la víctima no es positivo y que cualquier supuesto de pasividad, o no aseveración, no se podrá interpretar como una afirmación⁸². En segundo lugar, el consentimiento debe mantenerse durante todo el acto sexual y, finalmente, la existencia de relaciones sexuales anteriores o de una relación de pareja no implica que exista consentimiento, pues debe ser expreso y específico para cada ocasión⁸³.

IV. La aplicación del delito de agresión sexual redactado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre

Desde la entrada en vigor del delito de agresión sexual el 7 de octubre de 2022 se comenzaron a realizar las primeras revisiones de sentencias por la aplicación de la retroactividad de la ley penal más beneficiosa para el reo, ya que algunos marcos de penas mínimas en el nuevo tipo penal son menores que en los anteriores delitos de abuso y de agresión sexual. Y se iniciaron, como era previsible⁸⁴, reducciones de pena y excarcelaciones por efecto de la retroactividad.

Ante ello, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acordó el 2 de marzo de 2023 que se facilitara información actualizada sobre los datos de las reducciones de condena y de las excarcelaciones por la aplicación de la LO10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y, además, que se publicase a través de su Oficina de Comunicación. Las últimas cifras ofrecidas por el Consejo General del Poder Judicial contabilizaron, desde la entrada en vigor de la reforma hasta el 1 de julio de 2023⁸⁵, 1.155⁸⁶ reducciones de pena y 117⁸⁷ excarcelaciones de delincuentes sexuales. Estos datos han generado alarma social, lo

⁸² Así lo defienden PAREDES/ DOMINGO, 2023, p. 5.

⁸³ Vid. PERMANATO MARTIN, 2022, p. 214.

⁸⁴ Vid. OLODALE GARCÍA, 2022, p. 3. Recuerda como durante la tramitación parlamentaria de la Ley, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal emitieron informes en donde se advertía la existencia de determinados riesgos y, entre ellos, los problemas de retroactividad. Sólo el Consejo de Estado se posicionó a favor de la reforma.

⁸⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-155-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>

⁸⁶ De las resoluciones confirmadas a 1 de julio de 2023, computándose sólo aquellos órganos que han informado, el porcentaje de revisiones que implican reducción de condena supone el 36,5%. el 36.5% de las revisiones de sentencias han sido realizadas por el Tribunal Supremo, el 14.3% de las revisadas por la Audiencia Nacional, el 34.4% de los Tribunales Superiores de Justicia y el 27.6% de las revisiones efectuadas por las Audiencias Provinciales.

<http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Reducción%20condenas%20LO%2010-2022.pdf>

⁸⁷ En el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional no se aplican las excarcelaciones, los Tribunales Superiores de justicia han realizado 10 y las Audiencias Provinciales 107 excarcelaciones. Cfr. <http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/Reducción%20condenas%20LO%2010-2022.pdf>

que ha originado un nuevo debate en torno a cómo se pueden paliar los efectos “indeseables” de esta norma.

1. *La retroactividad de la Ley más favorable al reo*

De una manera simple, según BELLO GORDILLO, la retroactividad significa “accionar hacia atrás”⁸⁸, lo que implica que los efectos de los hechos producidos en el pasado no deben ser alterados por las nuevas Leyes.

Hay que recordar que este principio se encuentra reconocido⁸⁹ en el art. 9.3 de la Constitución, en tanto que principio inherente al Estado de Derecho⁹⁰. También, el art. 1 CP establece que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”. Y el art. 2.2 CP, insiste en que: “no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad”, precisando que “no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo”. De la redacción de este último precepto se puede afirmar que de las dos clases de retroactividad, la expresa y tácita, también denominada propia o impropia, la revisión de sentencias con motivo de la LO 10/ 2022, de 6 de septiembre se corresponde con una retroactividad tácita.

La retroactividad, como es sabido, puede manifestarse con distinta intensidad (grados máximo, medio y mínimo). El grado máximo de la retroactividad produce sus efectos a las relaciones jurídicas consumadas, pese a que se realizaron al amparo de una ley anterior en el tiempo, alcanza a hechos en los que ya ha recaído sentencia firme y cuando la pena ya se ha cumplido en su totalidad⁹¹. Por otro lado, la retroactividad en grado medio, afecta a aquellos hechos “que todavía no están cerrados”⁹²

⁸⁸ BELLO GORDILLO, 2020, p. 643.

⁸⁹ Asimismo en el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el autor del delito se beneficiará de ello.

⁹⁰ El principio de legalidad viene a establecer criterios temporales a la identificación del sistema de fuentes, definiendo una situación que prima facie podría resultar problemática, pues el juez debe identificar la base del sistema, pero partiendo de la existencia de normas cronológicamente distintas, que al mismo tiempo pueden ofrecer soluciones diferentes. El criterio general que rige la dimensión temporal del conjunto de fuentes es la irretroactividad de la ley penal, por lo que toda acción debe ser juzgada a partir de la ley que estaba vigente en el momento del hecho, con la excepción del principio de retroactividad de las leyes penales más favorables. Cfr. MONTIEL, 2017.

⁹¹ La retroactividad de grado máximo es poco frecuente. Generalmente se producen en situaciones de total anormalidad, como cambios revolucionarios, conflictos bélicos o en secuelas de los mismos, donde se materializa una ruptura radical con la legislación precedente, como sucedió, por ejemplo, en los Tribunales Militares de Núremberg. Sobre ello en BELLO GORDILLO, 2020, p. 645.

⁹² Ibidem, p. 654.

en el momento en que entra en vigor la nueva Ley. Por tanto, la Ley derogada solamente tiene efectos jurídicos en la relación básica que todavía no se ha consumado cuando ha entrado en vigor la nueva disposición, aplicándose a los supuestos en los que pese a que ha recaído sentencia firme, la pena no se ha ejecutado todavía o se está ejecutando. Finalmente, la retroactividad de grado mínimo se da cuando la ley nueva se aplica solo con efectos de futuro, que nacen después de su entrada en vigor, aunque procedan de relaciones jurídicas que nacieron con anterioridad.

En el ordenamiento jurídico penal español, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable es de grado medio porque alcanza a las sentencias que ya son firmes, siempre que no estén íntegramente ejecutadas. Esta referencia establecida en el art. 2.2 CP no impide que el legislador pueda limitar el alcance de la retroactividad⁹³. Así lo hizo, por ejemplo, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que incorporó expresamente una disposición para hacer depender la revisión de la sentencia al estado en que estuviera el proceso judicial, aunque generó críticas para un sector de la doctrina⁹⁴. En concreto, a través de una disposición transitoria se restringía la retroactividad en los siguientes términos:

“Los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad *no se considerará más favorable* esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

⁹³ Todavía se discute el fundamento de la retroactividad de la ley más favorable vid. LASCURAIN SANCHEZ, 2000, pp. 60 y ss., defendiendo que tiene su fundamento en el principio de proporcionalidad, pues éste es capaz de exigir en algunos supuestos que la norma que se aplique sea una posterior al hecho que califica y, por lo tanto, desconocida para su autor cuando la generó. Matizando este principio se pronuncia SILVA SANCHEZ, 1993, p. 427. “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las “Leyes en Blanco””. *Estudios penales y criminológicos*, N.º 16, alegando que la pena como ya no tiene efecto alguno ni de prevención general ni especial se atiende a razones político criminales que se reconducen a las exigencias del principio de prohibición del exceso. En otro sentido, no deduciendo el fundamento de la retroactividad ni del principio de legalidad ni del de proporcionalidad, sino que “pivota sobre un cambio en la valoración jurídico-penal de una conducta” se pronuncia VARONA GOMEZ, 2023, P. 2. Este autor hace referencia expresa al delito de agresión sexual incorporado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y considera que no estamos ante una sucesión temporal de conductas delictivas idénticas, sino que esta LO 10/ 2022 ha creado un nuevo delito de agresión sexual.

⁹⁴ En sentido crítico se manifiesta FRÍGOLS I BRINES, E. 2011, p. 12, señalando que estas restricciones son inconstitucionales porque no se encuentran justificadas. Su origen se encuentra, fundamentalmente, en razones puramente económicas, que no tienen ninguna relación con el fundamento de la aplicación de la retroactividad favorable que, a su juicio, se deduce del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y tiene como fundamento el principio de proporcionalidad en sentido amplio, concretamente en los subprincipios de necesidad de las penas y de proporcionalidad en sentido estricto.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley”

Esta Disposición Transitoria tiene aplicación preferente respecto de lo dispuesto en el art. 2.2 CP en cuanto limita expresamente el alcance de la retroactividad favorable, no permitiendo la revisión de las sentencias dictadas cuando la duración de la pena impuesta fuera también imponible conforme a la legislación anterior (D.T. II.1), cuando la pena esté suspendida, cuando el reo se halle en libertad condicional, cuando la pena impuesta sea de multa (D.T. II.2), o cuando exista sobre la misma indulto parcial (D.T. II.4).

Prácticamente, casi todas las leyes que han reformado el Código Penal han incluido esta disposición transitoria para limitar los efectos de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo. Esto ha sucedido, por ejemplo, en las LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Sin embargo, la LO10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual no la ha contemplado. Por ello, como en la LO 10/2022 no se ha introducido ninguna disposición transitoria que indique a los operadores jurídicos cómo deben aplicar la retroactiva de la Ley Penal más favorable al reo y deben atender a lo establecido en el art. 2.2 CP, desde las primeras revisiones de sentencias se han producido múltiples reducciones de condena y excarcelaciones de delincuentes sexuales. Esto es así, como señala VARONA GOMEZ como consecuencia de “una deficiente técnica (o candidez) legislativa (...), un imprudente descuido de una disposición transitoria en la LO 10/2022 sobre revisión de sentencias firmes⁹⁵.

⁹⁵ VARONA GOMEZ, 2023, P. 1.

2. Los intentos para evitar las reducciones de pena y las excarcelaciones de delinquentes sexuales por efecto de la retroactividad de la Ley penal más favorable al reo

Al procederse a la revisión de las resoluciones dictadas sobre abusos y agresiones sexuales, una vez aplicada la llamada ley del “solo sí es sí”, se comenzó a producir las primeras rebajas de pena por el efecto de la retroactividad de la ley penal más favorable para el reo. La reacción inicial del Gobierno fue negar la evidencia. Así, la Ministra de Igualdad defendió, en todo momento, que la norma que ella había impulsado estaba bien redactada y trasladó la responsabilidad a los jueces, indicando que la estaban aplicando incorrectamente. La Ministra de Igualdad declaró que las reducciones de pena y las excarcelaciones eran “un problema de aplicación e interpretación de la Ley por parte de los jueces y fiscales, que son machistas⁹⁶. Ante ello, su propuesta fue, precisamente, la de reforzar la formación judicial para evitar “aplicaciones machistas” de la Ley del “si es solo sí es sí”⁹⁷.

Tras los comentarios de la Ministra de Igualdad, el Poder Judicial emitió un Comunicado el 16 de noviembre de 2022⁹⁸, en el que aclaraba que: “la aplicación de la norma más favorable constituye un principio básico del Derecho penal, derivado del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 2.2 del Código Penal. Las resoluciones judiciales conocidas en los últimos días y dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual resultan, por tanto, de la aplicación estricta de estos preceptos por parte de los miembros del Poder Judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley, tal y como dispone el artículo 117.1 de la Constitución Española.”

El Consejo General del Poder Judicial recordó en su comunicado que, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 599.1.12ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 25 de febrero de 2021 emitió un informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual que fue aprobado por unanimidad. En ese informe, que fue remitido al prelegislador, se constataba que el cuadro penológico en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y, por ello, concluía que “la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas

⁹⁶ Vid. En la prensa se constata las declaraciones de la Ministra de Igualdad que impulsó la Ley achacando la reducción de las condenas por la inadecuada aplicación de los jueces: <http://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html>; http://blogs.elconfidencial.com/sociedad/espana-is-not-spain/2022-11-23/jueces-problema-ley-si-es-si_3527492/

⁹⁷ Vid, las declaraciones de la Ministra de igualdad en http://www.lasexta.com/noticias/nacional/igualdad-reforzara-formacion-judicial-evitar-aplicaciones-machistas-ley-solo_202211166374c175c3e4900001bd6f3f.html

⁹⁸ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Comunicado-de-la-Comision-Permanente-en-relacion-con-las-resoluciones-judiciales-dictadas-como-consecuencia-de-la-entrada-en-vigor-de-la-Ley-Organica-10-2022--de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>

condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente”.

El elevado número de resoluciones con rebaja de pena por la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha provocado gran alarma social. El principal motivo de ello es que a algunos de los nuevos delitos se le han asignado una pena más reducida que a los anteriores delitos sexuales, pero también ha influido que el legislador se ha olvidado de incorporar una disposición transitoria que limite el alcance de la retroactiva de la norma siempre que resulte favorable al reo.

Con el fin de evitar el efecto que ha causado este descuido del legislador, el Gobierno ha intentado de diversas maneras que las disposiciones transitorias relativas a la retroactividad que se regulaban en otras leyes que han ido reformado el Código Penal se aplicaran también a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, pero sin éxito. De ahí, que finalmente, la fórmula elegida haya sido la de contra reformar el nuevo delito de agresión sexual, afectando a aquellos preceptos que han provocado un elevado número de revisiones de sentencia. En concreto, la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo que se refiere al Código Penal y respecto a la libertad sexual de los mayores de dieciséis años ha afectado a los arts. 178, 179 Y 180. Sin embargo, el hecho de redactar de otra manera los preceptos, creando nuevos tipos agravados, evidentemente, no ha contribuido a solucionar el problema de la de la retroactividad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, porque esta contrarreforma solo se apreciará a los hechos cometidos a partir de su entrada en vigor, esto es, del 29 de abril de 2023.

En un principio, cuando sólo habían pasado 45 días desde la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ante el aumento de las cifras de rebajas de pena, el Fiscal General del Estado expidió un decreto. El decreto de 21 de noviembre de 2022 del Fiscal General del Estado⁹⁹ perseguía que los integrantes del Ministerio Fiscal ofrecieran una respuesta uniforme para garantizar el principio de unidad de actuación ante la revisión de sentencias firmes por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

El Fiscal General del Estado justifica la emisión del decreto en “la necesidad de impartir a los miembros del Ministerio Fiscal unas concretas pautas sobre la revisión de sentencias condenatorias firmes por delitos contra la libertad sexual, pronunciamiento que no puede demorarse hasta la publicación de una Circular del Fiscal General del Estado, que se emitirá próximamente pese al breve período de *vacatio legis*

⁹⁹ <http://www.fiscal.es/-/el-fiscal-general-del-estado-dicta-un-decreto-para-unificar-criterios-de-actuaci%C3%B3n-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-org%C3%A1nica-10/2022> .

de la citada Ley Orgánica y una vez se someta al preceptivo informe de la Junta de Fiscales de Sala”.

El decreto, en primer lugar, viene a trasladar la doctrina jurisprudencial sobre la retroactividad de la ley penal más favorable para el reo, indicándole a las/los Fiscales:

- que la elección entre la ley antigua y la nueva ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación “troceada”.
- que si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también susceptible de ser impuesta con arreglo a la nueva redacción, no habrá lugar a la revisión de la sentencia condenatoria (La comparación entre la normativa anterior y posterior a la reforma ha de hacerse mediante un análisis que tome en consideración las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, siempre que estas resulten objetivamente idóneas para incidir en la determinación de la pena (v.gr. circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, apreciación de la continuidad delictiva, formas imperfectas de ejecución).
- que cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.
- que las/los fiscales deben priorizar el examen de los procedimientos que con motivo de la revisión efectiva de la pena pueda dar lugar a la excarcelación de la persona condenada.
- que en caso de reducción de la pena de prisión por efecto de la revisión, también procederá la reducción de la pena de libertad vigilada (art. 192.1 CP) y la de inhabilitación especial (art. 192.3.II CP).
- que en los supuestos de concurso de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la normativa resultante de la modificación y la anterior.

Junto a estas reglas generales, en segundo lugar, el Fiscal General del Estado insta a las/los fiscales a que apliquen las disposiciones transitorias de revisión de sentencias previstas en otras reformas del Código Penal, pese a que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual no la haya previsto.

En estos términos se expresa el decreto: “El hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio en nada altera las conclusiones anteriores, pues este tipo de disposiciones carecen de virtualidad para restringir y, mucho menos, contradecir el contenido del art. 2.2 CP. Las disposiciones transitorias, cuando menos en este punto, se limitan a ofrecer una interpretación auténtica de este precepto y, en concreto, acerca de qué ley debe considerarse más favorable. De ahí que pueda concluirse que el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código

Penal, sucesivamente reiterado en otras reformas legislativas, resulte de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (vid. SSTS 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio)”.

En definitiva, el Fiscal General del Estado considera que no es necesario que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual contemple una disposición transitoria indicando como se debe proceder para determinar la retroactividad de la ley penal más favorable para el reo porque son de aplicación directa las disposiciones transitorias de ya incorporaron otras reformas del Código Penal. Este modo de proceder lo deduce del art. 2.2 CP, que lo interpreta conforme a los criterios previstos en el art. 3.1 CC («las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»)

Pese a que las/los fiscales han seguido las pautas indicadas por la Fiscalía General del Estado, y han aplicado las reglas de retroactividad que establecen las disposiciones transitorias de otras leyes penales, la mayoría de los Tribunales no han seguido ese criterio porque ello suponía aplicar una analogía *in malam partem*.

Pasados cuatro meses del decreto emitido por el Fiscal General del Estado, el 29 de marzo de 2023, se publicó la Circular¹⁰⁰, conteniendo todas las indicaciones que ya establecía en el decreto.

El escaso efecto del decreto emitido por el Fiscal General del Estado para aminorar la rebajas de pena por efecto de la retroactividad, llevó al Gobierno a buscar una nueva solución a los 76 días de la entrada en vigor de la LO 10/2022. Esta vez, presentó el 22 de noviembre de 2022 una enmienda en la Exposición de Motivos de una norma que estaba tramitándose para intentar que las disposiciones transitorias que limitan la revisión de las sentencias por efecto de la retroactividad que se encuentran reguladas en las distintas reformas del Código Penal sean de aplicación obligatoria, aunque no se hayan incorporado expresamente en una norma.

En efecto, el Gobierno durante la tramitación de la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, aprovechó una enmienda presentada por el grupo PDeCAT¹⁰¹. Este grupo presentó la enmienda n. 59 para instar al Gobierno, “en el plazo más breve posible”, a

¹⁰⁰ Vid. Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

<http://www.fiscal.es/documents/20142/109407/Circular+FGE+1-2023+delitos+contra+la+libertad+sexual.pdf/232293de-0448-e92a-70a1-3717bddd574d?t=1680083753533>

¹⁰¹ El Partit Demòcrata (PDeCAT)

que analizara las consecuencias de la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y, en su caso, impulsara “las medidas convenientes para su eventual modificación”. Y los dos partidos que conformaban el Gobierno, PSOE y Unidas Podemos, alterando sustancialmente su contenido, pactaron añadirla en la Exposición de Motivos de la Ley que reformaba el Código Penal. En concreto, la incorporaron en el apartado V de la Exposición de Motivos, lugar donde se justifica la Disposición transitoria segunda relativa a la revisión de sentencias por efecto de la retroactividad más favorable al reo. En la Exposición de Motivos se indica que “para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las tres disposiciones transitorias reproducen las disposiciones transitorias de otras Leyes Orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Aclarando, que, “aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta Ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código penal y de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica 10/1995. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española”.

Como era de esperar, los jueces¹⁰² no atendieron a lo indicado en la Exposición de Motivos de esta nueva Ley porque ése texto no les vincula, puesto que no tiene valor normativo, sino tan sólo hermenéutico.

3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroactividad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Los/a Magistrados/as componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se constituyeron en Pleno para deliberar sobre la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, por medio de su Sentencia de 29 junio de 2022¹⁰³, descartaron la posibilidad de aplicar las disposiciones transitorias de otras leyes relativas a la retroactividad. Los magistrados y magistradas, de manera unánime¹⁰⁴, manifestaron que, como

¹⁰² En este sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 8 de junio de 2023. (ECLI:ES:TS:2023:2810), afirmando que la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene una disposición transitoria que pudiera limitar o modular los casos de posible revisión de condenas y aclara que ello "no puede ser subsanado a través de la exposición de motivos" de la reforma que modificó el Código Penal para derogar la sedición y reformar la malversación

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, (Pleno del TS) de 29 junio. Revisión de sentencias firmes tras la promulgación de la LO 10/2022. Criterios de revisión. (ECLI:ES:TS:2023:3067).

¹⁰⁴ Todos los magistrados son de este parecer, pese a la existencia de varios votos particulares (el que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta; otro del Magistrado Excmo. Sr. Don Antonio

en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene una disposición transitoria que pudiera limitar o modular los casos de posible revisión de condenas "no puede ser subsanado a través de la exposición de motivos" de la reforma que reformó el Código Penal para derogar la sedición y reformar la malversación¹⁰⁵.

El Tribunal considera que se debe proceder a la revisión de la pena e imponer el marco mínimo de la misma porque, a su juicio, "la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no comporta una pura y simple modificación de la nomenclatura empleada en los delitos contra la libertad sexual, pasando a denominar agresión sexual a cuantas conductas eran incluidas hasta entonces en la agresión y en el abuso. No se trata de una, insustancial, meramente simbólica, alteración nominal. Constituye, al contrario, un cambio de paradigma, una ruptura, - no hace falta añadirlo: legítima -, de nuestro sistema tradicional. Decidió el legislador, con carácter general, prescindir de los métodos empleados para el abordaje sexual in consentido (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad) como elemento discriminador de la gravedad de las conductas, pasando a considerar que, en todos los casos y cuando el consentimiento falta o ha sido obtenido de forma ilegítima, la pena abstracta asociada a dichas conductas, debía resultar idéntica: sancionada con una misma pena (abstracta).

No es solo, ni es tampoco lo principal, que todos estos comportamientos pasaran a denominarse ahora como agresión sexual, sino que, también cuando la misma comportara acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos en la forma descrita en el artículo 179 del Código Penal, todos ellos deberían ser castigados, como violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años. Pena que, nuevamente con independencia de los medios empleados para cometer la agresión, se elevaría desde los siete a los quince años".

En definitiva, concluye el Tribunal Supremo que el nuevo modelo nos dice que el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual. Lo estructuralmente relevante, también desde el punto de vista del injusto, es la imposición de conductas sexuales sin consentimiento o con un consentimiento viciado, cualquiera que sea el medio por el que el mismo se logre o concrete.

De ahí que los Jueces y Tribunales, han considerado que la rebaja del mínimo de penas obliga a la revisión de todos los supuestos en que se condenó a la pena mínima

del Moral García al que se adhiere la Magistrada Excm. Sra. Doña Ana María Ferrer y el que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Andrés Palomo del Arco al que se adhieren las Magistradas Excmas. Sras. Doña Ana María Ferrer García (en este caso, salvo al apartado 11) y Doña Susana Polo García), que, con distintos argumentos, consideran que no es adecuada la revisión, imponiendo el marco mínimo de la pena, cuando los hechos se cometieron con violencia o intimidación.

¹⁰⁵ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2023, (ECLI:ES:TS:2023:2810).

posible con la norma anterior prescindiendo de los hechos descritos por los tipos correspondientes, y orillando el sentido de los hechos probados en las respectivas condenas. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado se ha posicionado en relación a la oposición a la rebaja siempre que la pena impuesta en Sentencia sea posible de acuerdo con la norma nueva. La diferencia de criterio parece no haber recaído en el reconocimiento del derecho a la aplicación retroactiva de la ley más favorable, sino en los criterios que deben utilizarse para determinar qué norma es la más favorable, y, para ello, es preciso elegir de manera íntegra y global la ley anterior o la ley actual, en el caso de que resulte más favorable, tomando toda la legislación en bloque, sin que sea asumible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y disposiciones vigentes, de manera simultánea.

V. Propuestas de reforma del delito de agresión sexual y la contrarreforma del delito de agresión sexual por la LO 4/2023, de 27 de abril

Lo cierto es que ninguna de las soluciones propuestas desde el Ministerio Fiscal y desde el Gobierno consiguió frenar las cifras de rebajas de pena ni de excarcelaciones de presos condenados por delitos sexuales por efecto de la retroactividad. Por este motivo, desde los grupos parlamentarios se propusieron reformas del art. 178 CP persiguiendo que todo fuera igual que la regulación previa a la reforma. Así, a los 77 días de la entrada en vigor de la LO 10/2022, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó una Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en lo relativo a los delitos de agresiones sexuales. La pretensión de la propuesta era la de “mejorar la tipificación de esas conductas y la proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad de los delitos”.

Los cambios concretos que se propusieron fueron, en primer lugar, la modificación de la rúbrica del Título VIII, según indica en la Exposición de Motivos, en consonancia con los bienes jurídicos a proteger que incluyen la indemnidad sexual de los menores de edad. En segundo lugar, se presenta una elevación de las penas de los artículos 178, 179, 180 y 181 cuando concorra violencia e intimidación para mantener los límites correspondientes a la redacción anterior a la introducida por la Ley Orgánica 10/2022. Finalmente, se plantea reintroducir la agresión sexual por engaño o abuso de confianza o autoridad para menores de 18 años y mayores de 16, conducta que quedó destipificada en el Código Penal, mediante un nuevo artículo 180 bis.

En lo que respecta al art. 178 CP, se mantiene el texto intacto de los tres primeros párrafos y se añade un nuevo cuarto párrafo con la siguiente redacción: “4. Si la agresión se cometiera empleando violencia o intimidación, se impondrá, en todo caso, la pena de uno a cinco años de prisión”.

Por otro lado, en el tipo agravado del art. 179 CP, en coherencia con los cambios

propuestos al art. 178 CP, se incorpora un nuevo párrafo para castigar con más pena los supuestos en que el medio comisivo sea violencia o intimidación, asignando un marco mínimo de pena de seis años de prisión: “si la agresión a la que se refiere el párrafo anterior se cometiera empleando violencia e intimidación se impondrá la pena de seis a doce años de prisión”. A su vez, el art. 180 CP, contiene agravaciones de pena para los nuevos tipos agravados de comisión del hecho con violencia e intimidación.

Posteriormente, a los 131 días de la entrada en vigor de la ley, el Grupo Parlamentario Socialista también propuso una Proposición de Ley para reformar los delitos de agresión sexual. En particular, el Grupo Parlamentario Socialista, el 17 de febrero de 2023, presentó una Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La Exposición de Motivos aclara que “se ajustan las penas en los tipos agravados del artículo 180 del Código Penal, adecuando unos marcos punitivos que reflejen normativamente la mayor gravedad de algunas conductas. Además, se resuelve el problema que se ha producido en los casos agravados en los que concurren las mismas circunstancias de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 y 179 del Código Penal (artículos 181.1, 2 y 3 en caso de víctimas de menores de edad)”.

La propuesta de reforma del art. 178 CP, realmente era muy similar a la que previamente presentó el Grupo Parlamentario PP, pues ambas añadían en todos los preceptos un tipo para agravar la pena cuando el hecho se cometiera con violencia e intimidación, pero se diferencian en que la propuesta presentada por Grupo Parlamentario Socialista incluía, además, en ese tipo agravado, los casos en que la víctima tenga anulada la voluntad.

En definitiva, el tipo agravado del art. 178 CP quedaría así: “3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión”. Además, se añade un tipo agravado en el art. 179 CP con las mismas penas que el texto derogado, pero con un mínimo de seis años de pena si concurre violencia, intimidación o la víctima tiene anulada la voluntad con esta redacción: “2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años de prisión”.

En definitiva, se modifican las penas del tipo agravado del art. 180 CP: “1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, con prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, con prisión de siete a quince años para

las agresiones del artículo 179.1 y prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias”.

Por otro lado, se otorga una solución concreta para resolver los problemas que presenta el concurso aparente de normas: «Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubieran tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias, el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código».

Esta proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista finalmente prosperó, aprobándose por la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La reforma indicada, como es sabido, no evita las reducciones de pena ni las ex-carcelaciones. Es una reforma que solo afecta a los hechos cometidos a partir del 29 de abril, fecha en que entró en vigor.

VI. Conclusiones

La reforma de los delitos de agresión sexual efectuada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre ha sido una reforma fallida, como consecuencia de la contrarreforma acometida por la LO 4/2023, de 27 de abril. Esta nueva norma, aunque no modifica el texto inicial del párrafo primero del art. 178 CP y no altera la definición de consentimiento, ha derogado el modelo del “consentimiento”. Así, ha vuelto al anterior sistema, al incorporar tipos agravados, atendiendo a los medios comisivos de violencia, intimidación y voluntad anulada.

La contrarreforma por la LO 4/2023, de 27 de abril, ha alterado completamente el espíritu de la Ley que se centraba en el consentimiento, puesto que se consideraba agresión sexual la realización de cualquier acto que atentara contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, independientemente de los medios comisivos empleados. La creación de los nuevos tipos agravados recupera completamente el modelo anterior, basado en los medios comisivos, y vuelve a introducir, sin utilizar expresamente su nombre, el derogado delito de abusos sexuales (realizar actos de naturaleza sexual sin consentimiento) y el anterior delito de agresión sexual (cuando se doblega la voluntad de la víctima empleando violencia, intimidación y, en la actualidad, también, cuando la víctima tenga la voluntad anulada).

Considero que se ha perdido la ocasión de implantar un nuevo modelo basado exclusivamente en el consentimiento tal y como inicialmente se presentó, a fin de dar solución a los problemas existentes. Un modelo acertado y que ya atiende a los postulados de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de marzo de 2022 sobre la “lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

doméstica”. Son varios los motivos que explican por qué se ha desvirtuado el planteamiento original, A mi juicio, en primer lugar, no ha existido un verdadero debate acerca de las ventajas del nuevo sistema basado exclusivamente en la falta de consentimiento. En segundo lugar, pese a detectarse numerosos errores técnicos en el Anteproyecto, éstos no se subsanaron¹⁰⁶, pese a su prolongada tramitación parlamentaria durante dos años¹⁰⁷. Y, en tercer lugar, dada su gran repercusión en la opinión pública, hay que destacar el olvido del legislador de no introducir en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, una disposición transitoria que indicase a los operadores jurídicos como debían interpretar la retroactividad de la norma penal más favorable al reo. Precisamente, esta omisión es la que ha provocado las elevadas cifras de rebajas de condena y de excarcelaciones de presos, pues no han existido límites, como en otras leyes de reforma del Código Penal, a las reglas de retroactividad. En esta LO 10/2022 era imprescindible la disposición transitoria de retroactividad porque asignó, en algunos tipos penales, marcos de pena inferiores a los previstos en la anterior regulación. La falta de esa disposición transitoria de retroactividad ha acelerado la contrarreforma porque se ha trasladado a la opinión pública la creencia de que volviendo al sistema anterior, diferenciando nuevamente entre abusos y agresiones, se pondría fin a las reducciones de condena y a las excarcelaciones. Sin embargo, las rebajas de condenas y las excarcelaciones continúan en la actualidad porque la contrarreforma, como es sabido, sólo se aplicará a los hechos que se cometan a partir de la entrada en vigor de la LO 4/2023, de 27 de abril.

Bibliografía

- ACALE SANCHEZ, M. (2021a), “Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma”. *IgualdadES*, n. 5, pp. 467-485.
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021b), “Valoración de los aspectos penales del Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral de la Libertad Sexual de 26 de julio 2021”. *Revista Sistema Penal Crítico*, n. 2, pp. 155-179.
- ACALE SANCHEZ, M. (2022), “Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa” en Marín de Espinosa Ceballos/ Esquinas Valverde (dirs.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Navarra, pp. 39 a 88.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2022), “La libertad sexual en peligro”. *Diario La Ley*, N. 10007, La Ley 968/2022, pp. 1 y ss.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2023), “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, pp. 1-28.

¹⁰⁶ El Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) se oponía por unanimidad al espíritu de la norma y se plantearon objeciones técnico-jurídicas en relación con la inversión de la carga de la prueba, y alertó del riesgo de reducción de penas que podía derivarse de la eliminación de la distinción entre abuso y violación.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>

¹⁰⁷ Vid. QUESADA SARMIENTO, 2023, p. 2.

- BELLO GORDILLO, C. (2020). *La ley penal en el tiempo. Fundamentos, alcances y límites*. Barcelona.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. (2019), “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como «caso de La Manada»”. *Diario La Ley*, n. 9500, pp. 5 y ss.
- CADENA SERRANO, F. A. (2019), “Violaciones conjuntas. Caso de la Manada”. *Diario La Ley*, n. 9481, pp. 1 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2019), «Alegato contra un derecho penal sexual identitario». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1-29
- DOLZ LAGO, M. J. (2023), “Juristerapia y la Ley Sissi, why is it that only "no" means "no". Quo Vadis, FGE?”. *Diario La Ley*, n. 1032, pp. 4 y ss.
- ESCANILLA OLIVER, M. (2021), “No es abuso, es violación»; «No es no, lo contrario es violación»: Demandas sociales recogidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: ¿resulta necesaria una reforma en materia de delitos contra la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 9845, pp. 1 y ss.
- ESQUINAS VALVERDE, P. (2022), “Delitos contra la libertad sexual” en Marín de Espinosa (dir.) y Esquinas Valverde (coord.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, pp. 178-213.
- FARALDO CABANA, P.; RAMÓN RIBAS, E. (2018), “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España”, en Faraldo Cabana; Acale Sánchez (eds.): *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, pp. 247-296.
- FRÍGOLS I BRINES, E. (2011), “La determinación de la norma más favorable a partir de las disposiciones transitorias de la ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, y el fundamento de la retroactividad favorable: a propósito de la nueva redacción del artículo 368 del Código Penal”. *Revista General de Derecho Penal*, n. 16, pp. 1-15.
- GIL GIL, A.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2018), “A propósito de “La Manada”: análisis de la Sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 77, (Ejemplar dedicado a: Las huellas de “La Manada”), pp. 4-15.
- LARRÁYOZ SOLA, I. (2019), “Puntos clave de la Sentencia de la Manada de San Fermín”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, pp. 1 y ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2000). *Sobre la retroactividad favorable*. Madrid
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2018), “Las huellas de “La Manada””. *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/las-huellas-la-manada>, pp. 16 - 21.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2020), “Delitos sexuales: ¿una reforma progresista? (28.03.2020)”. *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>, pp. 1-3.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2022), “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve (09.03.2022)”. *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>, pp. 1-5.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2021), “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”. *La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 150. 2021, pp. 1-20.
- MONTIEL, J.P. (2017). “Estructuras analíticas del principio de legalidad”. *Indret*, n. 1, pp- 1-47.
- MORILLAS FERNÁNDEZ D.; PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M.; AGUILAR CÁRCELES, M. M.º (2011), *Victimología, un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. 2º ed. Madrid.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2023), “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras

- la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 138, pp. 5-66.
- MUÑOZ CONDE, F. (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””. *Revista Penal*, n. 43, pp. 290-299.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2018), “¿Es necesaria una reforma del delito de agresión sexual? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 943, pp. 1-6.
- OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO (2021), *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*.
- OLALDE GARCÍA, A. (2022). “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del «solo sí es sí»”. *Diario La Ley*, n. 10180. pp. 1-3.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. (2018), “El caso de “La Manada”: cultura de la violación y Derecho penal”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 77 (Ejemplar dedicado a: Las huellas de “La Manada”), pp. 60-69.
- PARDO MIRANDA, M. (2023), “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, n. 11, II Época, pp. 1-17.
- PAREDES GALLARDO, C.; DOMINGO ROIG, N. (2023), “Reflexiones sobre la entrada en vigor de la ley «sólo sí es sí»: consecuencias prácticas, alarma social y contrarreforma”. *La Ley Penal*, n. 162, pp. 23 y ss.
- PERAMATO MARTÍN, T. (2022), “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”. *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, n. extra 2, pp. 191-224.
- PINA BARRAJÓN, M.^a N. (2019), “Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.º 344/2019 del caso de «La Manada», comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo”. *Diario La Ley*, n. 9497, pp. 1 y ss.
- QUESADA SARMIENTO, M. J. (2023). “Revisión de las penas con la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 10237, pp. 3 y ss.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L. (2018), “Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de “La Manada”». *Jueces para la Democracia*, n. 9, pp. 11 y ss.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (2018), “La sentencia contra “La Manada”: prevalimiento v. intimidación”. *Diario La Ley*, n. 9209, pp. 1 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2023), “Inconstitucionalidad de la Ley del «solo sí es sí». LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Diario La Ley*, n. 10337, pp. 8 y ss.
- SILVA SANCHEZ, J.J. (1993), “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables. El caso de las “Leyes en Blanco””. *Estudios penales y criminológicos*, n. 16, pp. 423-461.
- TAMARIT SUMALLA, J.; AIZPITARTE GORROTXATEGI, A.; ARANTEGUI ARRÀEZ, L.; ROMERO SESEÑA, P. (2022), “Respuesta judicial a la agresión y al abuso sexual: relevancia de los factores legales y extralegales en las Sentencias”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n. 27, pp. 197-238.
- VARONA GOMEZ, D. (2023), “Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023”. *InDret*, n. 2, pp. 5-11.