



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**CONTROVERSIAS SOCIALES A CAUSA DE LA REDUCCIÓN DE
PENAS POR LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ÓRGÁNICA
10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA
LIBERTAD SEXUAL.**

Autora

María Fernández Pascual

Directora

Teresa Picontó Novales

Facultad de Derecho

2024

Gracias. A mi madre, a mis amigas y a todas las mujeres que llevan a cabo esta lucha todos los días para conseguir una igualdad real. A las que lo han hecho y ya no lo pueden hacer, por las que ya no están; pero sobre todo a mi abuela, la persona que despertó ese sentimiento en mí, y me enseñó a no conformarme y a contribuir cambiando las cosas.

ABREVIATURAS.

CE Constitución Española.

CP Código Penal.

CC Código Civil

LO Ley Orgánica.

TFG Trabajo fin de grado.

Pp. Páginas.

STC Sentencia de Tribunal Constitucional.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

DT5º Disposición Transitoria quinta.

CGPJ Consejo General del Poder Judicial.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONTEXTO SOCIO-JURÍDICO Y MARCO CONCEPTUAL	6
1. Antecedentes de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre. Cambio de paradigma y cambio social.	6
2. Marco conceptual legislativo.....	9
III. VALORACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL.....	11
1. El consentimiento en el Derecho penal: Cambios legislativos y sociales desde el Código Penal de 1973.....	11
2. El consentimiento en el derecho comparado.	12
3. El modelo del consentimiento expreso en el contexto legal español.	14
4. Diferentes abordajes del concepto de consentimiento sexual.	17
IV. RETROACTIVIDAD Y REBAJA PENOLÓGICA A CAUSA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE	19
1. Evolución en las penas en delitos sexuales: Un análisis Post-Reforma.	20
2. Rebaja penológica y retroactividad. Perspectivas sobre las sentencias revisadas 20	
3. Revisión de sentencias definitivas y firmes: implicaciones legales y sociales... <td>23</td>	23
4. Visión de la sociedad ante la reducción de penas.	30
V. ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA. REFLEJO DE UN CASO REAL DE REDUCCIÓN DE PENAS.....	32
VI. CONCLUSIONES.....	37
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	38
1. AUTORES.....	38
2. DOCUMENTACIÓN.	40

I. INTRODUCCIÓN.

Cuestión tratada.

En la sociedad actual, la violencia sexual es un tema que nos preocupa y nos concierne a todos. Con el paso del tiempo, la regulación de los delitos de carácter sexual ha sido objeto de numerosas modificaciones y avances, reflejando la evolución de las necesidades sociales. El punto de inflexión que hizo saltar las alarmas sociales fue el caso de la Manada, y con él, la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Navarra; miles de personas salieron a las calles a manifestarse, expresando la necesidad de una reforma penal en este ámbito y de poner el consentimiento como piedra angular del sistema. Como respuesta a las demandas sociales, se promulgó la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cambiando todo el paradigma de la regulación de los delitos sexuales. Esta ley, entre otras medidas, asimila todos los delitos sexuales sin consentimiento como agresión sexual, lo que ha ocasionado cambios en la horquilla penológica y, con ello, en las condenas de los agresores sexuales.

El objetivo principal de este trabajo es realizar un análisis exhaustivo de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, en diversos aspectos de esta, pero poniendo el foco en una de las problemáticas objetivas; la reducción de penas de los agresores. Antes de abordar este punto, es fundamental examinar la evolución del marco conceptual de términos clave para comprender mejor el tema. Esta reforma ha traído consigo un cambio de paradigma social situando el consentimiento en el centro del debate. Por ello, también se estudiará su evolución en las diversas regulaciones como concepto jurídico, los elementos que lo definen y las diferentes perspectivas mediante las que puede ser analizado.

He escogido este tema para mi trabajo de fin de grado por diversas razones; por un lado, como ya he mencionado, por considerar la importancia que reviste este tema al incidir directamente en nuestra sociedad y en nuestras vidas diarias, y, por otro lado, la controversia que se generó en distintas áreas a raíz de la promulgación de la LO 10/2022, me empujó a querer ahondar en los motivos que se escondían tras la polémica, por lo que quise entender el porqué del revuelo provocado por esta reforma en nuestra sociedad.

Justificación del interés del tema.

La evolución que ha experimentado la regulación de los delitos de violencia sexual viene sujeta a grandes transformaciones en la sociedad. El cambio de mentalidad y en muchas

ocasiones, las formas de concebir algunos temas llevan consigo evoluciones debido a las circunstancias socio-temporales. En la actualidad el movimiento feminista alcanza un auge tan importante, que es capaz de llegar a despertar un sentimiento de querer mejorar las cosas y la situación que, por desgracia muchas personas y especialmente, mujeres, experimentamos en el día a día.

Ese sentimiento del que hablo es el que me hizo despertar interés por el tema y la intención de formar una opinión objetiva e informada de la situación. Es muy importante concienciar a la sociedad de cómo de grave es este problema y de cómo cada vez más, va afectando a más mujeres. ¿Cómo es posible que una lucha originada en la calle pueda llegar al parlamento y afectar de tal forma? Como mujer, he sido testigo de las formas en las que la violencia de género y la falta de respeto hacia los derechos sexuales afectan a las mujeres en todo el mundo. La implementación de la Ley del “solo sí es sí”, representa un avance importante hacia la protección de los derechos de las mujeres y la prevención de la violencia sexual.

Mi objetivo es contribuir a esta causa mediante la investigación y el análisis de los aspectos jurídicos y sociales relacionados con esta ley.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

Debido a que el enfoque de mi trabajo es fundamentalmente socio-jurídico y no tanto jurídico penal, la investigación no se ha centrado en analizar profundamente del articulado, sino en cómo han evolucionado los conceptos jurídicos para llegar hasta la consideración que tienen actualmente.

Me he basado en publicaciones científicas, como artículos de revista y libros especializados en la evolución histórica y social del consentimiento, en la evolución del trato de los delitos sexuales, así como en fuentes normativas y jurisprudencia para poder llevar a cabo la explicación de la revisión de penas y, con ello, el análisis de una sentencia revisada.

II. CONTEXTO SOCIO-JURÍDICO Y MARCO CONCEPTUAL.

1. Antecedentes de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre. Cambio de paradigma y cambio social.

Desde la antigüedad, las sociedades han lidiado con la violencia sexual, la discriminación de género y las vulneraciones de derechos sexuales. Para saber cuáles son las necesidades

que han llevado a la creación de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía e indemnidad sexual, es relevante examinar cómo se ha configurado el marco jurídico para proteger la libertad sexual y garantizar la dignidad de todas las personas.

De entrada, en el tema a tratar en este TFG, considero que es necesario remarcar la importancia de los antecedentes que hicieron necesaria la creación de la Ley Orgánica 10/2022. Nuestra sociedad, ya desde su base, se ha construido entorno a la cotidianidad de la violencia sexual, la discriminación de género y las vulneraciones de derechos sexuales. Por ello, es de vital importancia examinar en profundidad cómo se ha configurado el marco jurídico de la mencionada ley, creado con el fin de otorgar una mayor protección a las personas y así garantizar de una mejor forma la libertad sexual.

En primer lugar, y antes de centrarnos en el ámbito más estrictamente teórico, quiero incidir en que esta problemática excede las fronteras de lo privado, afectando de manera significativa al tejido social a nivel mundial. A pesar de que el perjuicio se perpetra de manera individual, se genera en la sociedad un clima de inseguridad, discriminación y dominio.

Los datos de la Encuesta Europea de Violencia de Género¹, reflejan la gravedad del problema al que nos enfrentamos. Según esta encuesta, el 27,8% (4.646.050) de las mujeres que residen en España y que tienen entre 16 y 74 años que han tenido pareja alguna vez en su vida, han sufrido violencia psicológica en el ámbito de la pareja. Dentro de este grupo, se incluye la violencia económica, la cual se estima que afecta al 7,8% (1.306.791) de las mujeres que han tenido pareja. Además, el 12,7% (2.120.513) ha sufrido violencia física, incluyendo amenazas, en el ámbito de la pareja en algún momento de su vida. Por último, el 6,7% (1.125.849) ha sido víctima de violencia sexual en algún momento de su vida por parte de su pareja. Analizando la violencia sufrida por las mujeres fuera del ámbito de la pareja, el 20,2% (3.614.235) la ha sufrido en algún momento de su vida, el 4,8% (864.172) en los últimos 5 años y el 1,5% (263.296) en los últimos doce meses. Tras conocer y ver estos datos, podemos obtener una visión crítica y necesaria para comprender la magnitud y gravedad de este problema social.

¹Ministerio de Igualdad, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. «Encuesta Europea sobre Violencia contra las Mujeres», 2022, pp 5,6,7 (última consulta: 31-5-2024)
https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Res_ejecutivo.pdf

En segundo lugar, el denominado caso “la manada” constituye otro de los antecedentes de esta reforma legislativa. Ha sido un caso de violencia sexual que ha supuesto un antes y un después en la legislación y en el tratamiento jurídico de los delitos contra la libertad sexual. Se trató de una violación grupal que tuvo lugar en Pamplona el año 2016. Bien es cierto, que la alarma social, no viene provocada sino hasta 2018, por la sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Navarra,² fallando que fue un abuso sexual y no una agresión sexual. La resolución, trajo consigo debates políticos y no solo en el plano nacional, sino que dio un salto internacional trasladándose a Bruselas, donde el parlamento europeo debatió la aplicación por parte de España de los estándares internacionales sobre violencia sexual a raíz de esta sentencia³. No solo se involucró a la clase política, sino que, juristas, psicólogos y psiquiatras y asociaciones feministas pusieron el foco de opinión en el caso. Numerosos colectivos feministas organizaron innumerables manifestaciones feministas donde resonaban lemas como “No es no”; “¡No es abuso, es violación! A consecuencia de esto, y siendo la fuerza de las protestas tan grande, el gobierno español reaccionó anunciando que trabajarían para reformar el Código penal para que la falta de consentimiento fuera un eje central a la hora de juzgar los delitos que atentan contra la libertad sexual. Es en este contexto donde nace la Ley Orgánica 10/2022.

Pese a que más adelante desarrollaré en profundidad los cambios que se han generado a partir de la mencionada ley, me gustaría incidir en que la LO 10/2022 de 6 de septiembre, tal como indicaba la Jurista Naredo en su entrevista con Carlota García Sánchez, ha supuesto un cambio de paradigma sustancial estableciendo como piedra angular del sistema el consentimiento y suprimiendo la distinción entre abuso y agresión sexual. De este modo, se origina un cambio paradigmático significativo que nos traslada del paradigma de la sumisión al del consentimiento.⁴

² BRANDARIZ PORTELA, T., "Los mitos de la violación en el caso de ‘La Manada’. Una crítica a la división patriarcal público / privado", en *Revista de Investigaciones Feministas*, 12(2), 2021, 575-585.

³ Fuente: ELDIARIO.ES. La sentencia de “La Manada” se cuela en el parlamento europeo. https://www.eldiario.es/sociedad/sentencia-manada-cuela-parlamento-europeo_1_1166171.html (última consulta: 31-5-2024)

⁴ AmecoPress. Entrevista a María Naredo por Carlota García Sánchez. (Última consulta: 2-6-2024) [https://urldefense.com/v3/_!ID9dNQwwGXtA!TrZ0PXcQ7b8Asow2b_XzHzFByyCMD59ZHnRzuM3A72w1q4TfbIcZXZcUlaSr8JDGIt70hUHiBj135Q_8Sw\\$](https://urldefense.com/v3/_!ID9dNQwwGXtA!TrZ0PXcQ7b8Asow2b_XzHzFByyCMD59ZHnRzuM3A72w1q4TfbIcZXZcUlaSr8JDGIt70hUHiBj135Q_8Sw$)

2. Marco conceptual legislativo.

En el ámbito del derecho, delimitar el marco conceptual legislativo constituye un pilar fundamental para comprender y analizar las normas y regulaciones que rigen en una sociedad. En este epígrafe, se pretende dar cuenta de cómo han evolucionado y cambiado los conceptos jurídicos relacionados con la violencia sexual y la libertad sexual con la llegada de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía e indemnidad sexual, influenciada por los cambios sociales y las necesidades cambiantes de la sociedad.

En primer lugar, la Organización Mundial de la Salud, en el Informe mundial sobre la violencia y la salud, se refiere a la violencia sexual 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 esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo»;⁵ frente a esta forma de definir la violencia sexual, el preámbulo de LO 10/2022 de 6 de septiembre, la considera como todos los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye tanto la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución. Con relación a lo expuesto, observamos que la LO 10/2022, engloba dentro del concepto violencia sexual todos los actos que no sean consentidos (agresión sexual, acoso sexual, explotación sexual), comenzando ya a poner en el foco central la existencia o no de consentimiento.

Antes de la existencia de la LO 10/2022, el Código Penal español contemplaba dos delitos diferenciados; por un lado, el abuso sexual y por otro, la agresión sexual. Se prueba la existencia de un abuso sexual no consentido⁶, cuando la persona atacada se encuentra privada de sentido, tiene un trastorno mental del que se abusa, o cuando el acto se comete anulando la voluntad de una persona mediante el uso de sustancias o prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta. Uno de los elementos caracterizadores del abuso sexual era la existencia o inexistencia de violencia e intimidación y así lo demostraba la regulación anterior establecida en el Código Penal. Más concretamente en el artículo 181.1 del Código Penal, «El que, sin violencia o intimidación y sin que medie

⁵ Organización Mundial de la Salud, *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: violencia de pareja*, 2013, pp2.

https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spain.pdf?sequence=1

⁶ ALTUZARRA ALONSO, I., «El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual», *Oñati Socio-Legal Series*, Volumen 13, 2023, pp.5.

consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.»

Es importante señalar, tal y como se ha dicho, que en el marco jurídico contemplado actualmente y con la aprobación de la Ley orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, lo considerado como abuso sexual pasa a integrarse como agresión sexual. A partir de ahora, y en consecuencia a esta reforma, todas las conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona pasarán a ser agresiones sexuales. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria⁷. La intencionalidad de este cambio es contribuir a reducir los daños que inevitablemente sufren las víctimas al adentrarse en un proceso tan duradero y doloroso. El hecho de castigar como agresión sexual cualquier acto sexual no consentido a pesar de que no haya existido violencia o intimidación, permitirá que la víctima se sienta más comprendida y no se le culpabilice cuando no fue capaz de evitarlo.

Antes de la reforma legal de 2022, el peso de la agresión sexual recaía en demostrar si había concurrido violencia e intimidación, o no. La redacción del precepto que establecía el artículo 178.2 del Código Penal, se limitaba a establecer como agresión sexual aquellos actos de contenido sexual que se realicen utilizando violencia, intimidación o abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, incluyendo también los que se ejecuten sobre personas halladas 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.

La nueva regulación de agresión sexual, lejos de girar en torno a los conceptos de violencia, intimidación o abuso de superioridad, ahora superados, se constituye alrededor del concepto de consentimiento, apareciendo así, como elemento fundamental⁸. Enfatiza la protección de la libertad sexual, especificando que implica la capacidad de autodeterminación, es decir, la facultad de decidir si se desea practicar actos con significación sexual, cuando, cómo y con quién.

⁷ PERAMATO MARTIN, T., «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. propuestas normativas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp 222.

⁸ Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado, 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, pp7

Las afirmaciones anteriores, evidencian que el consentimiento es la piedra angular de la nueva reforma legal operada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre. A continuación, en el siguiente epígrafe me voy a ocupar más en detalle de analizar cuáles son los elementos que configuran el consentimiento, cómo ha evolucionado con el paso del tiempo y como lo aplicamos actualmente en el ámbito legal.

III. VALORACIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL.

1. El consentimiento en el Derecho penal: Cambios legislativos y sociales desde el Código Penal de 1973.

En el transcurso de las últimas décadas, el concepto de consentimiento ha experimentado una transformación significativa en el ámbito jurídico. Inicialmente, el Código Penal de 1973, en sus artículos 429 y 430, definía los delitos de violación y abusos deshonestos como infracciones contra la honestidad femenina y la sexualidad de las mujeres, las cuales eran vistas en aquel entonces, como parte del patrimonio masculino. Sin embargo, la reforma efectuada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, marcó un cambio significativo al modificar el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, pasando de la tutela de la honestidad a la de la libertad sexual. Esta transformación, redefinió la violencia sexual, que pasó a ser interpretada como un ataque contra la libertad sexual de cada individuo. En consecuencia, los actos de violación y abusos comenzaron a ser conceptualizados como ataques a la autonomía individual de las víctimas, dejando de lado la dimensión patriarcal y los efectos colectivos de la violencia sexual.⁹

Posteriormente, el Código Penal de 1995 heredó esta visión liberal de la violencia sexual, manteniendo la libertad sexual como el bien jurídico tutelado. Originalmente, los delitos de violación y abusos sexuales se clasificaban según los medios empleados para su comisión, considerándose agresiones sexuales cuando se ejecutaban mediante violencia e intimidación, lo que denotaba la ausencia de consentimiento. Por otro lado, si no se demostraba el uso de fuerza, los hechos se tipificaban como abuso sexual. No obstante, con las reformas introducidas en la ley de garantía integral de la libertad sexual, el Código Penal experimentó cambios significativos respecto al consentimiento. Ahora bien, las agresiones sexuales, se tipifican principalmente en función del consentimiento y, de

⁹ DE LAMO I., «Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.», *Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, 2022, pp 69

manera secundaria, según los medios comisivos. La nueva redacción establece que la presencia de violencia e intimidación excluye del pleno la existencia de consentimiento.

Para concluir esta breve evolución, debemos saber que la definición de consentimiento ha pasado de un enfoque negativo a uno positivo, estableciendo que debe manifestarse libremente mediante actos que, atendiendo a las circunstancias del caso, expresen claramente la voluntad de la persona. Es decir, el consentimiento debe ser expresado de manera inequívoca, reflejando la voluntad clara del sujeto pasivo.

2. El consentimiento en el derecho comparado.

En el ámbito de los derechos sexuales y la protección contra la violencia sexual, la legislación internacional ha desarrollado dos modelos fundamentales: el consentimiento expreso y la negativa expresa¹⁰. Ambos, emergen de un contexto de reivindicaciones sociales y cambios en la percepción de la libertad individual y establecen las bases sobre las cuales se define la licitud de las relaciones sexuales. Mientras que el modelo de la negativa expresa se centra en el rechazo activo de la persona a participar en el acto sexual, el modelo del consentimiento expreso requiere una manifestación afirmativa de la voluntad. Tanto un enfoque como otro vienen a reflejar una evolución en la comprensión legal de la autonomía personal y la necesidad de una respuesta más efectiva y justa ante los delitos sexuales.

De este modo, el modelo del voto o “del no es no” ha sido adoptado por países como Alemania, donde la sección 177 del Código Penal castiga los actos sexuales realizados en contra de la voluntad reconocible de la víctima. Este modelo equipara la oposición explícita a situaciones en las que la víctima no puede expresar su voluntad, ya sea por sorpresa, intimidación o violencia. Enfocándonos en el modelo del consentimiento expreso o “sí es sí y si no es sí, es no” ha sido acogido por países como Canadá, Islandia y Suecia. En Canadá, por ejemplo, el consentimiento es definido como el acuerdo voluntario del denunciante para participar en la actividad sexual en cuestión, y se establece claramente cuándo no se considera obtenido el consentimiento. Además, «la Corte Suprema ha conceptualizado el consentimiento como un consentimiento positivo, argumentando que el “mens rea” de la agresión sexual no sólo se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante estaba diciendo esencialmente “no”, sino que también se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el

¹⁰ PERAMATO MARTÍN, T., «El consentimiento sexual. Eliminación...», *cit.*, p. 205 y ss.

demandante no estaba diciendo esencialmente “sí”»¹¹. De manera similar, el artículo 194 del CP de Islandia, castiga los actos sexuales “sin su consentimiento expreso” y en Suecia, la reforma de 2018 de su Código Penal castiga los actos sexuales sin participación voluntaria, tomando en cuenta especialmente las expresiones de voluntariedad. Por su parte, el Código Penal de la India representa un enfoque más completo al combinar ambos modelos. Se condena como delictiva la relación sexual de un hombre con una mujer en contra de su voluntad, sin su consentimiento o cuando el consentimiento prestado sea nulo o esté viciado.

En aplicación del Convenio de Estambul, la regulación del consentimiento en el ámbito penal ha variado en pocos años en diversos países de nuestro entorno. Por ejemplo, Suiza hoy en día, tipifica la violación solo sobre la mujer, y mantiene como causa de exención penal una práctica como el contraer matrimonio con la víctima; lo que suponen anomalías en la regulación. Como contraparte, se encuentran Francia y Portugal, que, habiendo realizado modificaciones en sus legislaciones, siguen sin incluir la ausencia de consentimiento, considerando que cuando la conducta va dirigida hacia una persona adulta, para que exista delito han de concurrir violencia, intimidación o sorpresa. Países como España, Eslovenia o Finlandia, con ánimo de clarificar la conducta que se penaliza, explican el consenso de consentimiento dentro del propio texto legal.¹²

Es muy importante asegurar la correcta aplicación del Convenio de Estambul y para ello, se creó el GREVIO; organismo especializado encargado de supervisar la implementación del Convenio de Estambul en los estados parte que lo han ratificado. Desde este órgano, se han realizado diversos informes con recomendaciones y propuestas de mejora, por ejemplo, promover a los Estados para que penalicen todos los actos de naturaleza sexual sin consentimiento, y establezcan como elemento central de la violencia sexual la ausencia de consentimiento otorgado voluntariamente (artículo 36 del Convenio de Estambul)

¹¹ Ibidem., cit, pp.208.

¹² DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, «Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», *Observatorio de Violencia* pp.31 <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/DEFINITIVO-ESTUDIO-CASTELLANO.pdf>

El informe GREVIO de evaluación llevado a cabo en España, publicado en noviembre de 2020¹³, destaca la firme determinación por parte de los dirigentes españoles para implementar políticas de prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres. En este informe, se anima a las autoridades españolas a que continúen modificando el Código penal para conseguir una tipificación de la falta del consentimiento. Finalmente, y como ya sabemos, surge la publicación de la LO 10/2022, modificando su legislación para tipificar como delito aquellos actos de naturaleza sexual sin consentimiento y dando así cumplimiento al compromiso adquirido con la ratificación del Convenio de Estambul.

España se ampara en el modelo del consentimiento expreso, el cual será objeto de análisis más detallado en el siguiente epígrafe.

3. El modelo del consentimiento expreso en el contexto legal español.

Como he mencionado, España se adhiere al modelo del consentimiento expreso en materia de libertad sexual. Profundizando en los elementos definitorios de este modelo destacaríamos, en primer lugar, el modo en que debe ser expresado: libremente; ya sea mediante palabras o acciones, de manera clara e inequívoca y manifestando la voluntad de la víctima. Para valorar su existencia, es crucial considerar las circunstancias concurrentes al caso en concreto. En general, todas incorporan un catálogo de situaciones en las que se entenderá que no existe consentimiento y que están vinculadas a la utilización de violencia o intimidación o a situaciones de la víctima que determinan la imposibilidad de prestar consentimiento y de prestarlo de forma libre.¹⁴ Concluimos, que el enfoque del “solo si es sí” busca asegurar que todas las personas involucradas en un acto sexual ejerzan su autonomía y controlen su participación, reconociendo que la falta de un consentimiento explícito constituye una violación de la libertad sexual, y, por ende, un delito.

Para poder entender lo que sí puede determinarse como consentimiento, no solo debemos determinar su significado, sino también las formas en las que se reconoce.

¹³GREVIO, «Primer informe de evaluación: España», Adoptado por GREVIO el 13 de octubre de 2020. Publicado el 25 de noviembre de 2020.

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf>

¹⁴PERAMATO MARTIN, T., «El consentimiento sexual. Eliminación...», *cit.*, pp. 212 y 213.

El consentimiento puede reconocerse de forma implícita; como una percepción, es decir, como la interpretación que una persona efectúa acerca de la voluntad de otra; o de manera explícita como un acto externo de comunicación de la voluntad a otras personas.

Identificar la manifestación concreta del consentimiento se vuelve complicado, ya que se genera en el fuero interno de los individuos, lo que hace que no sea directamente observable. Esta subjetividad, conlleva diversos problemas; especialmente en lo que respectivo a la valoración de la prueba y la mitigación de los obstáculos probatorios y, al reconocimiento de que una relación fue consentida, ya que, en ausencia de una manifestación externa, el consentimiento interno no es suficiente para entender la aceptación de un comportamiento. Es por ello, que las dificultades asociadas al consentimiento no radican en tanto a su definición, sino en la evidencia y su interpretación en el ámbito legal.

Por el contrario, el consentimiento externo, es la manifestación de la voluntad y la expresión considerada favorable a participar en un acto sexual. Si partimos de que el consentimiento es un acto de comunicación, puede ser mostrado de diversas formas: verbal o no verbal, directa o indirectamente. Tomando esto como base, autores como Hickam y Muehlenhard, crearon una escala de cinco categorías para señalar el consentimiento, siendo algunas de ellas: señales verbales explícitas referidas a declaraciones verbales directas expresadas para participar en un comportamiento sexual; señales verbales implícitas haciendo alusión a declaraciones verbales que suponen un acuerdo para participar en un comportamiento sexual y por último, señales no verbales implícitas referidas a comportamientos sutiles que se pueden percibir como interés por involucrarse en un comportamiento sexual.¹⁵ A su vez, es importante tener en cuenta que la voluntariedad de la relación y el principio de contexto, son configurados como elementos del consentimiento.

Como bien sabemos, las necesidades que tiene una sociedad no son siempre las mismas. Actualmente, exigir el consentimiento expreso de la mujer, supone un cambio de paradigma que es consecuencia de reclamaciones universales de las mujeres para poner de manifiesto, que solo son ellas las que tienen el control de su cuerpo y de su sexualidad,

¹⁵ DE LA TORRE LASO J., «El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas», *Revista de estudios jurídicos y criminológicos*, nº8, Universidad de Cádiz, 2023, pp277-292, pp. 281 y 282.

<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/download/10379/11404/55899>

sin permitir ningún resquicio por el que dar acceso a terceros prescindiendo de su consentimiento.¹⁶

Para relacionar el concepto de revictimización con la problemática de los actos equívocos en el consentimiento sexual, podemos enfocarnos en cómo la ambigüedad en la interpretación del consentimiento contribuye a la revictimización de las víctimas. La revictimización, viene definida por el organismo de las Naciones Unidas encargado de la salud sexual y reproductiva (UNFPA), como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal; relaciones que constituyen un choque frustrante entre las expectativas de las víctimas y la realidad institucional.¹⁷ Por consiguiente, cuando el sistema penal no reconoce la gravedad de no obtener un consentimiento claro y afirmativo, perpetúa la noción de que ciertos comportamientos ambiguos pueden ser interpretados como consentimiento, lo cual puede llevar a cuestionar la credibilidad de la víctima y su experiencia. Esto se manifiesta en la tendencia a responsabilizar a la víctima por no haber manifestado su negativa de manera inequívoca, en lugar de responsabilizar al agresor por ignorar la falta de consentimiento.

Además, la reciente reforma legislativa que elimina la distinción entre abuso y agresión sexual y considera cualquier acto sexual sin consentimiento como una agresión, busca precisamente evitar esta ambigüedad y asegurar que la falta de consentimiento sea suficiente para determinar la existencia de un delito. De esta manera, se protege a la víctima de ser cuestionada y se reduce el riesgo de revictimización durante el proceso penal.

En resumen, la claridad en la definición y el reconocimiento del consentimiento sexual es fundamental para prevenir la revictimización, ya que evita que las víctimas sean sometidas a un escrutinio injusto y a una responsabilización indebida por actos que son claramente delictivos. Al asegurar que las políticas y la formación de los profesionales del sistema judicial se centren en estos principios, se promueve un trato más justo y

¹⁶ PERAMATO MARTIN, T., «El consentimiento sexual. Eliminación...», *cit.*, pp.219

¹⁷ UNFPA, «Módulo de Atención integral a personas que han experimentado violencia sexual», El salvador, 2018, pp 9. <https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/modulo-libre-revictimizacion.pdf>

empático hacia las víctimas, alineándose con los objetivos de la Ley orgánica para evitar la victimización secundaria.

4. Diferentes abordajes del concepto de consentimiento sexual.

El consentimiento sexual, un concepto aparentemente sencillo, se convierte en un laberinto de interpretaciones cuando es examinado a través de las diversas perspectivas que lo configuran; más concretamente, el derecho penal, la psicología y la sociología feminista. La teoría del consentimiento en materia penal polemiza la relación entre una persona y un bien jurídico, así como los criterios de validez del libre ejercicio de permitir o condescender que se haga algo. Tanto la teoría, como la regulación normativa plantean requisitos de validez para considerar el consentimiento “verdadero” y no “viciado”. En primer lugar, debe ser otorgado por una persona jurídicamente capaz y que goce de juicio y equilibrio mental para estimar la trascendencia del hecho; ha de ser prestado en un contexto de voluntariedad, sin que medie coacción, engaño o fraude. Y uno de sus aspectos más relevantes es que siempre debe exteriorizarse para que pueda ser reconocido por los demás. Lo realmente importante, no es el simple hecho de consentir, o no hacerlo sino más bien de la posibilidad de hacerlo.¹⁸

En su esencia, consentir en sentido estricto es el producto de dos voluntades libres, autónomas y racionales. En este contexto, podría relacionarse esta perspectiva con la denominada teoría del contrato.¹⁹ En esta teoría las relaciones sexuales se piensan como un contrato donde las partes consienten tener sexo, y cuando no media consentimiento, los hechos son constitutivos de agresión sexual. El contractualismo es la teoría que inspiró la configuración actual de los delitos sexuales en base al consentimiento. Su presupuesto se basaba en que todos los individuos nacían libres y sobre esta base, debían articular sus relaciones de forma contractual a través de la libre voluntad, es decir, a través de su consentimiento. Esta visión basada en el acuerdo mutuo del consentimiento sexual tiene como objetivo, asegurar que todas las personas involucradas en un acto sexual ejerzan su autonomía y controlen su implicación, y que la ausencia de un consentimiento explícito sea reconocida como una infracción de la libertad sexual y, por ende, como un delito.

En el contexto psicológico, el consentimiento se entiende como una aceptación verbal o no verbal, otorgada libremente guiada por la voluntad de participar en una actividad

¹⁸ PÉREZ HERNÁNDEZ, Y., «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género» en *Revista Mexicana de Sociología*, núm 78.4 (octubre-diciembre), 2016, p.748

¹⁹ DE LAMO IRENE «Más allá del sí. Trampas y aciertos...», cit., pp.73.

sexual.²⁰ Una parte importante de ese proceso se basa en la negociación, entendida como «la comunicación interpersonal que toma lugar durante un encuentro sexual para influenciar lo que pasa en términos de necesidades y deseos para las dos personas involucradas».²¹ Como he explicado en el epígrafe anterior, autores como Hickman y Muehlenhard, han establecido diversas conductas posibles para mostrar aceptación (lenguaje verbal, no verbal, directo o indirecto) y para demostrar que decir “sí” no es la única forma de mostrar consentimiento.

En cuanto a la perspectiva de las teorías feministas Y. Pérez Hernández, en su trabajo «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», refleja tres corrientes desde ese enfoque; la corriente radical; la corriente post-feminista y la estructural constructivista. La primera corriente, encabezada por Catherine MacKinnon, realiza un cuestionamiento acerca de que la ley represente el consentimiento sexual como un ejercicio de libre elección en condiciones de igualdad de poder, sin considerar la estructura subyacente de sumisión y disparidad. Frente a esta, se opone el post-femenino, haciendo una crítica a la “victimología” de las feministas que hacen de todas las mujeres víctimas, determinado que consentir es un acto de decisión individual. En último lugar, se encuentra la última postura que cuestiona las dos anteriores, buscando así una conceptualización del fenómeno que permita captar simultáneamente las experiencias de las mujeres como agentes de las relaciones heterosexuales y los mecanismos estructurales que las organizan; es decir, este enfoque «nos permite “arrancar” el consentimiento sexual del ámbito de “lo íntimo” (la voluntad, la intimidad, la individualidad) para plantear que no es un atributo individual, sino un fenómeno con expresiones a nivel individual, un problema de orden estructural que se experimenta como personal. »²²

Tras esto, concluimos que la sociología feminista aporta una visión crítica que se basa en cuestionar la neutralidad del consentimiento sexual, explorando sus consecuencias políticas y sociales. Con este enfoque integrador, se pretende ofrecer una visión completa que reconozca tanto la dimensión individual como la colectiva del consentimiento subrayando su papel en la protección de la libertad sexual y en la prevención de la victimización.

²⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, Y, «Consentimiento sexual: un análisis...», *cit*, pp.751

²¹ Ibidem., cit pp.751

²² Ibidem., *cit*, pp.756

IV. RETROACTIVIDAD Y REBAJA PENOLÓGICA A CAUSA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE.

La ley penal, como expresión normativa, no es simplemente un producto formal originado en el Parlamento o en las Cortes Generales; esencialmente, representa el modo jurídico por el cual se crea, reconoce y garantiza la libertad ciudadana. Esta ley, inmersa en la cultura y la sociedad, no puede extender su vigencia de manera ilimitada, sino que surge, evoluciona y se adapta para abordar conflictos sociales específicos en contextos interpersonales y en momentos históricos determinados. De este modo, la norma penal se convierte en la institucionalización de expectativas sociales, aquellas que delinean la esencia de la persona en derecho, las relaciones interpersonales y la estructura social donde estas interacciones ocurren. Es crucial destacar que el principio de legalidad constituye una garantía de seguridad jurídica y de manera implícita, de libertad. Como bien señaló Jiménez de Asúa, «el principio de legalidad es el termómetro que mide del grado de liberalismo en las condiciones de un estado.»²³

La reforma operada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre ha trascendido más allá de los meros cambios conceptuales. No se trata simplemente de una actualización de términos legales, sino de una transformación profunda en la regulación de las penas. En este contexto, la rebaja penológica, tanto en los límites mínimos como en los máximos, se ha convertido en un tema de debate social y jurídico. Es por ello, que la combinación de esta reforma con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable ha tenido un impacto significativo en el sistema judicial. Las condenas impuestas bajo la legislación anterior han sido objeto de revisión, lo que ha generado gran controversia y análisis crítico.

Antes de profundizar en las razones existentes detrás de las revisiones de sentencias y las consiguientes rebajas de penas, es fundamental examinar cómo han evolucionado las penas en sí. ¿Qué modificaciones han tenido lugar? ¿Cuáles son los principios constitucionales importantes? ¿Cómo se ha de realizar la revisión? Todas estas preguntas, serán resueltas en el siguiente epígrafe.

²³ POLAINO NAVARRETE, M., «Prólogo», en Bello, *Ley penal en el tiempo. fundamentos, alcances y límites*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp.20.

1. Evolución en las penas en delitos sexuales: Un análisis Post-Reforma.

Como he dicho anteriormente, para conocer las razones existentes tras las modificaciones penales, es esencial evaluar en qué medida, han alterado el panorama legal. Como bien sabemos, han sido las modificaciones del Código Penal en lo referido a los delitos contra la libertad sexual, las que han sido objeto de mayor polémica en su aplicación e interpretación y en particular, la modificación referida a la desaparición del abuso sexual, integrándose con el tipo básico de agresión sexual. Este tipo penal castiga todos aquellos actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento; convirtiéndose este en el elemento central del tipo penal. El delito de violación se mantiene y finalmente, aparece un tercer tipo penal; agresión sexual o violación agravada cuando se haya cometido por dos o más personas, se utilice violencia extrema o degradante o la víctima se encuentre en situación de especial vulnerabilidad.

No obstante, la promulgación de esta LO 10/2022, no solo modifica los tipos penales, sino que también se modifican las penas que castigarán el delito. Las horquillas de castigo han experimentado ajustes tanto en sus límites máximos como en los mínimos. Veamos como han cambiado las penas específicas; antes de la reforma de la LO 10/2022, el delito de abuso sexual era penado de 1 a 3 años de prisión, y como he mencionado, actualmente no existe ese delito. La agresión sexual, previa reforma legislativa, era penada con 1 a 5 años de prisión, pasando ahora a ser castigada con 1 a 4 años. El artículo 179 CP que castiga la violación, era penado de 6 a 12 años de prisión, siendo tras la reforma legislativa de 4 a 12 años. Las circunstancias agravantes tanto para el artículo 178 CP como para el 179 CP también se ha visto modificadas. Para el artículo 178 CP que castiga la agresión sexual, se imponían penas de 5 a 10 años de prisión, reduciéndose la horquilla penológica tras la reforma de 2 a 8 años de prisión. Para el artículo 179 CP que castiga la violación, las penas oscilarán entre 7 y 15 años de prisión, siendo las anteriores de 12 a 15 años²⁴.

2. Rebaja penológica y retroactividad. Perspectivas sobre las sentencias revisadas.

Para comprender por qué se están produciendo revisiones de sentencias firmes y definitivas, así como reducciones de penas ya impuestas, es esencial examinar los principios constitucionales que sustentan este fenómeno. En este contexto, son dos los principios que cobran relevancia; el principio de irretroactividad amparado en el artículo

²⁴ Igareda González, N., «Las controversias sobre la Ley del “Si es si” sobre violencia sexual», *Política Criminal*, Vol. 18 N36, 2023. Pp 581.

9.3 de la Constitución española y como excepción a este; el principio de retroactividad de la ley penal más favorable recogido en el artículo 2.2 del Código Penal.

En primer lugar, la Constitución española, proclama el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica en su artículo 9.3. No obstante, también lo podemos encontrar regulado en el artículo 25.1 CE y finalmente en el artículo 2.3 del Código Civil, estableciendo la no retroactividad de las leyes, salvo disposición en contrario.

La irretroactividad de las normas supone el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes, lo que significa que las normas solo se aplicarán a los hechos sucedidos después de su entrada en vigor. Como bien sabemos, las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el tiempo; las normas surgen en un determinado momento de acuerdo con las necesidades sociales y temporales y, se extinguen o desaparecen en otro momento temporal. En muchos casos, la pérdida de validez de una norma no impedirá que los actos realizados a su amparo puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas. Hans Kelsen, en su obra «Teoría General del Derecho y del Estado», afirma que “se puede discutir el valor moral y político de las leyes retroactivas, pero no dudar acerca de su posibilidad”²⁵.

La mayoría de los autores, entienden que la disposición contenida en el artículo 9.3 CE, va dirigida al legislador en contraposición con lo que sucede en el artículo 2.3 CC. La doctrina sostiene mayoritariamente que la norma del Código Civil reviste un alcance exclusivamente interpretativo, dirigiéndose principalmente al juez y no al legislador. En caso de duda debe optarse por no aplicar la ley retroactivamente y en el supuesto en que proceda aplicar la retroactividad, el juez debe actuar con prudencia y de manera restrictiva.

En cambio, tal y como viene definida en el capítulo I del libro «La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas» de Jose María Suárez Collía, «la retroactividad es, en una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva a supuestos de hechos, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que, por tanto, tuvieron su origen bajo el imperio de

²⁵ Suárez Collía, J. M., «La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas», 1^a ed, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp.15

la norma derogada»²⁶. Es por ello, que se puede decir que la retroactividad de una norma jurídica consiste en la posibilidad de que su aplicación afecte a un tiempo anterior o ya transcurrido, previo a su vigencia formal.

De este contexto, surge un conflicto entre dos leyes; la antigua y la nueva, y habrá de determinarse cuál de entre ellas deberá aplicarse y en qué grado, dando lugar a lo que la doctrina denomina derecho transitorio. Las conocidas disposiciones transitorias, tienen por objeto regular el tránsito de una u otra norma, limitándose a ordenar cual, de ellas, debe aplicarse.

La retroactividad puede manifestarse con diversos grados de intensidad (máximo, medio y mínimo) y, nuestro sistema contempla la retroactividad de grado medio porque alcanza a las sentencias que ya son firmes, siempre que no estén íntegramente ejecutadas. Esta referencia, establecida en el artículo 2.2 CP no impide que el legislador pueda limitar el alcance de esta. Así lo hizo la LO 10/1995 de 23 de noviembre, incorporando expresamente una disposición para hacer depender la revisión de la sentencia al estado en el que se encontrara el proceso judicial. Esta disposición transitoria, tiene aplicación preferente respecto a lo dispuesto en el art. 2.2 CP, en cuanto que limita expresamente el alcance de la retroactividad favorable; no permite la revisión de las sentencias dictadas cuando la duración de la pena impuesta, fuera también imponible conforme a la legislación anterior. 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. Sin embargo, la LO 10/2022 no la ha contemplado y de ahí deriva el problema. La consecuencia que ha ocasionado no introducir ninguna disposición que indique a los operadores jurídicos cómo deben aplicar la retroactividad de la ley penal más favorable, ha producido múltiples reducciones de condena y excarcelaciones de delincuentes sexuales²⁷.

En este contexto, es importante destacar la existencia de la Circular 3/2015, de 22 de junio, emitida para abordar el régimen transitorio tras la reforma operada por la LO 1/2015. Esta reforma introdujo cambios significativos en el Código Penal y esta circular, proporciona directrices sobre cómo aplicar las nuevas disposiciones. En este contexto, la

²⁶ Ibidem., pp.11

²⁷ 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, (pp 23.) <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-24.pdf>

circular establece ciertas pautas en relación con la irretroactividad de las leyes; los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley, se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. «No obstante, lo anterior, se aplicará esta ley una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor»²⁸. Así, la presente circular, concluye añadiendo que cuando la pena sea susceptible de ser impuesta con la nueva regulación, no procederá la revisión de la sentencia, salvo que en esta también se prevea la posibilidad de imponer una pena alternativa.

La disposición transitoria 5º del Código penal, como ya he mencionado, establece límites al principio de retroactividad de la ley penal más favorable para el reo. Según esta disposición, tanto jueces como tribunales deben revisar las sentencias firmes 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. Sin embargo, en las penas privativas de libertad, no se considera más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho junto con sus circunstancias también sea imponible según el nuevo código. La excepción se presenta cuando el nuevo código prevé una pena alternativa no privativa de libertad; en tal caso, la sentencia debe revisarse.

A modo de resumen, es importante tener en cuenta que en el centro del debate se encuentra la cuestión de si es procedente aplicar la disposición transitoria prevista para el Código Penal, o en su lugar, no aplicarla. Algunos jueces, han abogado por su aplicación para determinar la ley favorable con relación a la nueva regulación de los delitos sexuales y, sin embargo, otros, señalan que no se puede aplicar, ya que si el legislador no ha previsto esa disposición es porque no ha querido aplicar dicha regla específica prevista para el código de 1995 ²⁹.

3. Revisión de sentencias definitivas y firmes: implicaciones legales y sociales.

La revisión de sentencias y procedimientos en trámite, a raíz de la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, se fundamenta como ya hemos dicho, en el principio de retroactividad de la ley penal más favorable proclamado en el artículo

²⁸ Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, pp 2 https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2015-00003.pdf

²⁹ García Sánchez B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva», en *Revista en derecho penal y criminología*, 3º Época, nº 30, julio de 2023, (pp.113-163), pp.142.

2.2 del Código penal. De forma paralela, el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, refuerza este principio al señalar que nadie podrá ser condenado ni recibir una pena más grave que la aplicable en el momento de cometer la infracción.

Ante la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, se hace imprescindible establecer cuáles serán las directrices que han de seguir los órganos del poder judicial para asegurar la coherencia y unidad de actuación. La Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, viene a precisar en qué casos procede la revisión de sentencias firmes y en cuales, la de sentencias definitivas. Los fiscales, para determinar qué ley es más beneficiosa, deben considerar la totalidad de las normas aplicables teniendo en cuenta tanto la regulación anterior del Código penal, como la regulación actual³⁰. Tras esto, se aplicará la versión que, en su conjunto, sea más favorable al reo, sin seleccionar preceptos aislados que favorezcan al responsable del delito y descartando aquellos que le perjudiquen, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 131/1986 de 29 de octubre.) Es por ello, que la comparación entre la normativa previa y posterior a la reforma debe realizarse mediante un análisis integral que tome en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, siempre que estas sean objetivamente adecuadas para influir en la determinación de la pena. Esto incluye, por ejemplo, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la apreciación de la continuidad delictiva y las formas imperfectas de ejecución. Es necesario saber que, para determinar la norma favorable en su totalidad no es admisible ni asumible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y vigentes de forma simultánea.

Una vez establecidas las directrices comunes de actuación del Ministerio Fiscal para coordinar la revisión de sentencias, es fundamental examinar con detenimiento qué tipos de sentencias serán objeto de revisión y cómo se llevará a cabo este proceso dentro de cada categoría. El artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula tanto las resoluciones definitivas como las resoluciones firmes. Por un lado, una resolución firme es aquella decisión tomada por un tribunal que ya no puede serapelada, lo que significa

³⁰ Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado, 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, pp 50537.

que ya se ha agotado en el proceso judicial y no hay más recursos legales disponibles para impugnar la decisión. Por otro lado, son resoluciones definitivas aquellas que ponen fin a la primera instancia y las que deciden qué recursos son interpuestos frente a ellas.

Como ya he mencionado anteriormente, tanto en la revisión de resoluciones firmes como definitivas, para valorar qué ley resulta más favorable a la hora de aplicar, los fiscales deben tomar en consideración la totalidad de normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal. La elección se hará de manera global, en bloque y en su totalidad, sin que sea admisible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y vigentes de forma simultánea.

En primer lugar, voy a explicar cómo se realiza la revisión de sentencias firmes. Bien es cierto que la revisión de sentencias firmes presenta particularidades significativas en comparación con la revisión de sentencias definitivas³¹. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio de retroactividad de las normas penales se encuentra implícito en el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Además, la retroactividad de las disposiciones penales favorables también se aplica en nuestro ordenamiento jurídico a las sentencias firmes, siempre que estas no hayan sido totalmente ejecutadas (artículo 2.2 CP). Aplicar retroactivamente la nueva norma va a afectar tanto a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor y pendientes de enjuiciamiento como a los que ya han sido sentenciados. Sin embargo, no afecta a las condenas que ya han sido ejecutadas, a pesar de que en el futuro la aplicación retroactiva de la nueva norma pueda considerarse a efectos de reincidencia.

Es relevante mencionar que tanto el principio de seguridad jurídica como el de intangibilidad de las resoluciones firmes deben guiar la interpretación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. En este contexto, el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes se manifiesta en dos vertientes; como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, asegurando que las resoluciones judiciales definitivas no sean alteradas o modificadas al margen de los cauces legales establecidos y por otro lado, como derecho garantizado por el artículo 24.1 de la CE, que

³¹ Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado, 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, pp. 5053.

comprende la ejecución de los fallos judiciales, presuponiendo el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

A modo de conclusión, y como veremos a continuación, en comparación con las sentencias definitivas o asuntos en tramitación, la revisión de sentencias firmes presenta matices singulares debido a la fricción entre los principios de retroactividad de la norma penal más favorable y los de seguridad jurídica e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

En cuanto a la aplicación práctica, se ha debatido si el hecho de que la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio que incorporen esa regla de forma expresa, altera la posibilidad de aplicar dicho criterio. A estos efectos, la circular sostiene que no altera la posibilidad de aplicación. Por tanto, el criterio contenido en la Disposición Transitoria Quinta del CP es susceptible de aplicación a las revisiones instadas en virtud de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, por constituir en criterio interpretativo plenamente consolidado.³²

Es relevante señalar que no todas las sentencias pueden ser revisadas. En este sentido, no se revisarán las sentencias en las que el cumplimiento de la pena esté suspendido, aunque si podría hacerlo si se revoca la suspensión antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida, al igual que en los casos en que el penado se encuentre en periodo de libertad condicional. Para concluir con la revisión de sentencias firmes y a modo de resumen, es importante destacar aquellos aspectos que resultan más importantes: con los que tenemos que quedarnos:

- Cada procedimiento se va a analizar individualmente, para evitar impedimentos que dificulten valorar las concretas circunstancias de cada caso. Como regla general, no podrán ser objeto de revisión aquellas sentencias de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia sea también susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal. A modo excepcional, cuando la aplicación estricta de la regla provoque resultados que sean desproporcionados, si cabría promover la revisión de sentencias firmes.

³² Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado, 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, pp 50540.

- Se admitirá revisar sentencias firmes cuando, por resultar imperativa la aplicación de la pena superior o inferior en grado o la imposición de la pena en su mitad superior o inferior, la concreta pena a la que el reo fue condenado no fuera imponible con arreglo a la nueva regulación.
- Con carácter general siempre que concurran los presupuestos señalados en la circular 1/2023, no existen razones que imposibiliten la revisión de sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas.
- Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes, podrá interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra una sentencia condenatoria.

Una vez conocemos cómo y cuándo se revisarán las sentencias firmes, es necesario saber cuándo lo harán las sentencias definitivas. En el contexto jurídico actual, cuando una sentencia condenatoria no haya alcanzado firmeza, se abre la posibilidad de que tanto las partes como el órgano judicial invoquen y apliquen los preceptos de la nueva ley, siempre y cuando estos resulten más beneficiosos para el reo. Esta aplicación no tiene más limitación que la derivada de la necesaria vinculación a los hechos probados en sentencia. Por otro lado, la regla general establece que se debe aplicar la normativa vigente en el momento en que se cometieron los hechos. No obstante, si la regulación surgida de una reforma resulta más favorable para el responsable del delito, esta podrá ser aplicada.

En este sentido, las y los fiscales deben seguir ciertas pautas. En primer lugar, si la sentencia condenatoria no es firme, se permite que las partes y el órgano judicial apliquen los preceptos más beneficiosos de la nueva ley, respetando siempre la vinculación con los hechos probados. Además, en los procedimientos por hechos aún no enjuiciados, pero cometidos antes de la reforma, se ejercerá la discrecionalidad permitida por ambas legislaciones, considerando todas las circunstancias que puedan influir en la determinación y ejecución de la pena. La elección de la norma penal más favorable se realizará analizando cada caso individualmente. En segundo lugar, como norma general y siempre que se cumplan los requisitos especificados en esta circular, no hay impedimentos para revisar las sentencias condenatorias. Esto se hará aplicando las nuevas modalidades atenuadas, especialmente en casos de menor gravedad, como lo indican los artículos 178.3 y 181.2 del Código Penal. Sin embargo, se descarta la posibilidad de revisar las condenas sexuales impuestas según el ya derogado artículo 181.1, con el fin de sustituir la pena de prisión por una multa.

No obstante, el Ministerio Fiscal, no es el único órgano que tiene que establecer unas directrices de actuación. Los Magistrados que componen la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras numerosos debates, se reunieron en pleno para deliberar sobre cómo iban a dirigir la forma de aplicación de la LO 10/2022. Por medio de la sentencia de 29 de junio de 2022, descartaron la posibilidad de aplicar las disposiciones transitorias de otras leyes relativas a la retroactividad. De manera unánime, manifestaron que esta ley no contiene una disposición transitoria que pueda limitar o modular los casos de posibles revisiones de condenas. Dicho esto, el tribunal considera que se debe proceder a la revisión de la pena e imponer el marco mínimo de la misma, debido a que esta ley orgánica, no comporta la simple modificación conceptual empleada en los delitos de libertad sexual, sino que constituye un cambio de paradigma; una ruptura.

Es por ello, que el tribunal concluye, que el nuevo modelo establece que el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual; considerando que la rebaja del mínimo de penas obliga a la revisión de todos los supuestos en que se condenó a la pena mínima posible con la norma anterior prescindiendo de los hechos descritos por los tipos correspondientes. Como hemos visto ya, la fiscalía se ha posicionado con relación a la oposición a la rebaja siempre que la pena impuesta en sentencia sea posible de acuerdo con la nueva normativa. La diferencia de criterio no ha recaído en el reconocimiento del derecho a la aplicación retroactiva de la ley más favorable, sino en los criterios que deban utilizarse para determinar que norma es la más favorable.³³

Sin embargo, la teoría puede parecer simple en comparación con las dificultades que surgen al llevarla a la práctica. Resulta complicado aplicar la regla de la retroactividad, ya que la nueva regulación fusiona en un tipo penal, dos delitos distintos y, además, respecto de determinados supuestos, no hay correspondencia de tipos penales. Lo correcto, vendría a ser analizar caso por caso y ver qué pena puede ser aplicada conforme a la nueva regulación de los hechos ya calificados con la anterior regulación y, comprobar si es posible interponer la misma pena que se impuso conforme a la nueva regulación³⁴.

³³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B, «La reforma y contrarreforma...», *cit.*, pp.30

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-24.pdf>

³⁴ GARCÍA SÁNCHEZ B., «La nueva concepción de la libertad sexual...» *cit.*, pp149.

Desde una perspectiva crítica, cabe analizar cómo se están llevando a cabo en la práctica, las revisiones de condenas en virtud del principio de retroactividad favorable de la ley penal.

La autora Beatriz García Sánchez, en «La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo si es si» y su problemática aplicación retroactiva», ha resumido los distintos pronunciamientos que han recaído al respecto de las revisiones de sentencias. Las condenas revisadas a la baja constituyen según los últimos datos del CGPJ, menos de un tercio de las condenas totales revisadas y se pueden distinguir diversas posturas: en primer lugar, se encuentran aquellas resoluciones que no han sido modificadas por entender que, al seguir el criterio de la retroactividad contenida en el Código Penal, no cabía la aplicación retroactiva de la nueva regulación, al poderse incluir la pena anteriormente impuesta en el marco penal nuevo. En segundo lugar, se encuentran aquellas resoluciones, en las que expresamente se afirma que la nueva LO 10/2022, es «notoriamente más grave» que la anterior, ya que en la nueva los hechos serían subsumibles, en el caso en cuestión, en los nuevos artículos 178 y 180, castigados con penas de 2 a 8 años, y en la antigua por el 178 derogado, prisión de 1 a 5 años. Y, en tercer lugar, residen ese tercio de las resoluciones revisadas que modifican las anteriores condenas rebajando la pena impuesta por la sentencia de instancia en virtud de la retroactividad favorable de la nueva LO 10/2022³⁵.

Para concluir este epígrafe, he de decir que muchas revisiones de sentencias han sido caracterizadas por la deficiente subsunción de los hechos en los nuevos tipos penales. Es evidente la necesidad de revisar las condenas por la aplicación de la retroactividad favorable de la ley penal para aquellos casos en los que el reo pudiera beneficiarse. No obstante, no podemos pasar por alto la importancia de una subsunción correcta de los tipos en una y otra legislación. En ocasiones, da la sensación de que los órganos jurisdiccionales están revisando las penas de personas condenadas bajo las antiguas calificaciones de abusos y agresiones sexuales, de forma que los hechos, son encuadrados en tipos penales menos graves. Como consecuencia, se están imponiendo penas cercanas a los límites mínimos de los nuevos marcos penales, sin tener en cuenta la gravedad de las conductas. Esto provoca, que los actos previamente considerados como agresiones sexuales graves, se estén sancionado con penas que, bajo la antigua regulación,

³⁵ Ibidem., pp151.

correspondían a los delitos de abusos sexuales, que son menos graves. Por todo lo dicho, es necesario recalcar la importancia que reviste subsumir los hechos de manera correcta en los actuales tipos penales para comparar las penas con los tipos aplicados en la sentencia y comprobar si la pena impuesta se encuentra dentro de los nuevos marcos penales: en caso afirmativo, no habrá que rebajar la pena, pero sin embargo, en caso el caso de que la pena impuesta en la sentencia según la derogada legislación superase los límites posibles de la actual regulación, se procederá a una rebaja de la misma.³⁶

4. Visión de la sociedad ante la reducción de penas.

Como he dicho anteriormente, la revisión de sentencias y con ella, la posible reducción de penas de algunos condenados por delitos sexuales ha suscitado controversia jurídica originando posicionamientos a favor de aplicar la disposición transitoria quinta del CP o, por otro lado, la aplicación del 2.2 CP. No ha sido únicamente en este sector en el que se ha producido controversia o descontento, ya que es un asunto que ha transcendido a la sociedad y ha sido el foco de opinión para mucha gente.

En este contexto, surge la pregunta: ¿era posible evitar estas reducciones de penas? Alejandro Manzorro Reyes, en su análisis sobre la perspectiva de género y el derecho penal, sugiere que esta problemática se podría haber prevenido con la inclusión de una cláusula de derecho transitorio. Esta cláusula habría regulado las situaciones preexistentes en el momento del cambio legislativo, abarcando tanto los casos no juzgados bajo la ley anterior como aquellos ya sentenciados y en proceso de cumplimiento de condena³⁷. A pesar de la cantidad de sentencias sujetas a revisión, no se debe ignorar el sentimiento de desprotección que esto provoca en las víctimas y en la sociedad en su conjunto. Es difícil imaginar cómo se sentirán las mujeres que han sufrido violencia sexual, y han atravesado procesos judiciales dolorosos, solo para ver ahora cómo las condenas de sus agresores se ven reducidas debido a la reforma de una ley. Este tipo de situaciones provocan un clima de desconfianza tanto en las administraciones como en la justicia.

El imprudente descuido de incluir una disposición transitoria en la LO/2022 sobre revisión de sentencias firmes, politizó la ley penal e incluso a las víctimas. La casi automática revisión de sentencias y condenas ha pasado por alto si realmente la LO

³⁶ Ibidem., pp. 157 y 160.

³⁷ MANZORRO REYES, A., «Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí.”», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, nº4, 2024, pp. 146-147. <https://doi.org/10.46661/respublica.9364>

10/2022 supone un caso de ley penal posterior más favorable ya que, no habrá lugar a ninguna revisión de condena si no estamos ante una ley penal posterior que sea más favorable.

Para determinar si estamos ante una correcta aplicación de la excepción de retroactividad debemos considerar cuál es el fundamento de este principio y si con la nueva ley, no se ha producido una sucesión temporal de tipos penales idénticos, sino la creación de un tipo penal más amplio que el anterior. Para aplicar retroactivamente una ley penal posterior, es necesario que se considere producido un cambio de valoración jurídico-penal de la conducta en el sentido de que el legislador, considerando las penas anteriores excesivas, quiera tratar de forma más benéfica las mismas conductas. De este modo, para comprobar si es procedente aplicar retroactivamente esta ley, el foco debería haber estado situado en si esta ley orgánica ha producido un cambio en la valoración jurídica de las agresiones sexuales, de forma que lo que antes era considerado con cierto nivel de gravedad, ahora se considera menos grave. A pesar de todo lo dicho, hay un argumento a favor de aplicar retroactivamente la reforma legislativa, y es la rebaja de la pena mínima pasando de 6 años a 4 años³⁸.

El órgano de gobierno de los jueces, al actualizar su cómputo oficial de revisiones, rebajas y excarcelaciones realizadas a raíz de la LO 10/2022 ha informado con diversos datos de la situación actual. Son 978 rebajas de pena y 104 excarcelaciones. Consta que el Tribunal Supremo ha aplicado 15 reducciones de condena, frente a la Audiencia Nacional dictando una. Las audiencias provinciales por su parte han acordado 880 modificaciones a la baja y los Tribunales Superior de Justicia, han afirmado 82 rebajas. Así el 40,5% de las revisiones del supremo, han aplicado una reducción de condena, siendo un 14,3% el porcentaje de rebajas en la audiencia nacional.³⁹

Añadiendo un ejemplo práctico a modo de conclusión; un hombre condenado a 10 años por una agresión sexual con agravante puede solicitar una rebaja de dos años de pena, al reducirse la horquilla de dos a ocho años. Su pena ha quedado fuera del umbral por lo que el juez, tendrá que aceptar su petición.⁴⁰

³⁸ VARONA GÓMEZ D., «Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual», *Revista para el análisis del derecho*, N°2, 2023, pp. 9

³⁹ LEFEBVRE, Condenas revisadas en aplicación de la ley del solo sí es sí. El derecho.com.

<https://elderecho.com/condenas-revisadas-en-aplicacion-ley-solo-si-es-si> (Última consulta:30-4-2024)

⁴⁰ MANZORRO REYES, A., «Perspectiva de género y derecho penal...», *cit.*, pp.147-148.

<https://doi.org/10.46661/respublica.9364>

En el próximo apartado, trataré de sintetizar alguno de los temas abordados en este trabajo a través del análisis de una sentencia que ha sido revisada y modificada como resultado de la ley orgánica 10/2022 de 6 de septiembre.

V. ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA. REFLEJO DE UN CASO REAL DE REDUCCIÓN DE PENAS.

En primer lugar, antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia que he seleccionado, es relevante explicar por qué he elegido precisamente esta. Como he mencionado previamente, no todas las sentencias revisadas, son objeto de rebaja penológica. Sin embargo, la sentencia que abordaré en este epígrafe ha experimentado una revisión y una reducción de la condena. Para estructurar este apartado, comenzaré explicando los hechos y la condena impuesta al acusado y, posteriormente, profundizaré en las razones específicas que condujeron a la revisión y a la rebaja penológica en este caso concreto. El objetivo de este apartado es reflejar en un caso real, los aspectos que han llevado al juez a aplicar la reforma operada por la LO 10/2022 y a la consiguiente reducción de la pena. La sentencia objeto de análisis, es la STS 4848/2022.

Para saber qué cuestiones aborda la sentencia, es importante conocer los hechos y los delitos imputados al acusado. El caso ve involucradas a dos personas; por un lado, el acusado; tío paterno de la víctima, y, por otro lado, la víctima; menor de ocho años de edad en la fecha de los hechos. El acusado, era el encargado de recoger a la menor a la salida de colegio y posteriormente, llevarla al lugar de trabajo de la madre. Beneficiándose de este contexto, aprovechaba para hacer tocamientos a la menor en sus partes íntimas en contra de su voluntad, llegando a introducir el dedo en la vagina de la menor, a pesar de las negativas verbalizadas. El acusado, ante las negativas de la menor respondía que “o soportaba eso, o su madre iría a la prisión o pasarían cosas malas”. Esta cadena de sucesos fue prolongada en el tiempo aproximadamente un año, entre los meses de enero de 2018 y de febrero de 2019.

En base a los hechos probados, el juez decidió condenar al acusado como autor de un delito continuado de agresión sexual del artículo 183.1,2 y 3 y 74 del Código Penal, imponiendo así una pena de 13 años y 6 meses con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, de la prohibición de residir o acudir a la localidad de DIRECCION000, la prohibición de aproximación en distancia inferior a 200 metros de la menor, de su domicilio, lugar de estudio o cualquier

otro lugar que frecuente y la de prohibición de comunicación por cualquier medio con la antes citada, por un periodo de 15 años y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de cinco años a cumplir con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión y con el contenido que se fije en dicho momento. Además de todo esto, procede en concepto de responsabilidad civil, una indemnización a la víctima de 50.000 euros.

No obstante, el acusado presentó apelación, que resultó desestimada. Posteriormente instó un recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional. Los motivos que aduce el recurrente son en primer lugar, infracción de ley a tenor de lo previsto en el artículo 849.1 LECRIM al considerar que la sentencia aplica de forma errónea el artículo 183.2 y 3 CP y, por otro lado, infracción del precepto constitucional en virtud de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECRIM por vinculación del derecho a la titulación judicial efectiva, por falta de motivación, contemplado en el artículo 24.1 CE.

Los artículos relevantes en este caso son el 183.1, 2 y 3 del Código Penal, además del artículo 74. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual, varios artículos han experimentado modificaciones y el artículo 183 del Código Penal, ha sido uno de ellos. Recordemos que en la sentencia que estamos tratando, el acusado fue condenado bajo la regulación anterior. Este caso concreto presenta una particularidad, y es que la víctima es menor de edad. Es necesario conocer cómo estaban regulados estos artículos antes de la reforma legal operada por la LO 10/2022 para saber cuáles eran las horquillas penológicas. Tal y como venía estableciendo el artículo 181.1 del Código penal, aquel que realizara actos sexuales con un menor de dieciséis años, sería castigado como autor de un delito de abuso sexual, siendo castigado con una pena de 2 a 6 años.

El apartado 3 del mismo, antes de la reforma, constituía el tipo agravado del delito de abusos sexuales a menores dieciséis años. Se aplicaba este precepto cuando el ataque 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 con la pena de prisión de 8 a 12 años, en el caso del apartado 1 y con la pena de 12 a 15 años en el caso del apartado 2.⁴¹ El acusado también es condenado por el artículo 74 del

⁴¹ VIDAL, G. Delito de abusos sexuales a menores: regulación y penas.

<https://www.gersonvidal.com/blog/abusos-sexuales-menores/#:~:text=Antes%20de%20la%20reforma%2C%20aquel,de%202%20a%206%20a%C3%B1os.>
(Última fecha de consulta: 30-4-2024)

Código penal, que se dedica a establecer las reglas determinadas para la aplicación de penas y más concretamente, haciendo referencia a los delitos continuados que constituyen una de las reglas especiales de la aplicación de las penas.

Lo esencial de saber cómo era la redacción previa a la reforma operada por la LO 10/2022, no reside en el artículo en sí, sino en identificar los rangos de las penas que se imponían por cometer el delito.

En los hechos anteriormente expuestos, aparece reflejada la negativa de la víctima de permitir que el acusado realizara esos actos, lo que supone que la víctima no otorgó su consentimiento. El juez lo argumentó en el fundamento jurídico tercero, donde hace alusión a la presunción iuris et de iure⁴² (por derecho y de pleno derecho” o “de pleno y absoluto derecho”) sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción realizada con una menor de dieciséis años, por estimar que la inmadurez psíquica de los menores, les impide la libertad de decisión necesaria.

A partir del fundamento jurídico cuarto, el juez comienza a pronunciarse sobre la posible aplicación al caso de la LO 10/2022 de 6 de septiembre y para ello, debemos recordar cómo se regulaban las penas en la anterior regulación. El acusado es condenado por un delito regulado en el artículo 183.1,2 y 3, donde para el apartado uno la horquilla penológica comprendía penas de dos a seis años; el apartado 3, penas de ocho a doce años y finalmente, si era de aplicación el apartado dos, con penas de entre doce a quince años, siendo esta la máxima horquilla penológica con la que podía ser penado.

Actualmente, al modificar el artículo por la reforma, el marco punitivo lo ha sido a su vez, quedando reducido a penas de diez a quince años de prisión. De esta forma, se ha reducido el límite mínimo a dos años. No obstante, debemos considerar que estamos tratando con un delito continuado en aplicación del artículo 74 del Código penal, condenando por ello al acusado una pena de 13 años y 6 meses (la pena mínima dentro de la mitad superior). Con la regulación actual, la pena impuesta ya no es la misma. De acuerdo con el artículo 2.2 del Código Penal, que establece la retroactividad de las leyes favorables al reo, la pena aplicable ahora es de 12 años y 6 meses.

⁴² <https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/41567:iuris-et-de-iure>

Iuris et de iure: Presunción legal mediante la cual la existencia de un hecho, o acontecimiento se da por cierta y por tanto la persona que se favorece está exenta de probarla.

Además, el Ministerio Fiscal ha tomado posición en esta sentencia. En relación con lo expuesto en este trabajo, en el apartado “Revisión de sentencias definitivas y firmes: implicaciones legales y sociales” utilicé la circular 1/2023 del Ministerio Fiscal, para explicar las directrices que este órgano estableció para revisar sentencias.

Este órgano, sostiene que, para este caso concreto, la sala de casación debe realizar una ponderación, ya que resulta imposible obtener el criterio del tribunal sentenciador a efectos de concretar la pena aplicable al presente supuesto. La ponderación se llevará a cabo considerando si, en función de las circunstancias concretas del caso expresadas en la sentencia, la pena que corresponde aplicar debido a la reforma es proporcional a la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes que se concretan en el caso. El fiscal finalmente, solicita que se mantenga la misma pena por aplicación de las distinciones de los preceptos reformados tal y como se ha indicado.

Entonces, ¿Cómo fundamentamos esta revisión y reducción de la pena?

En primer lugar, haciendo referencia a lo establecido en la Circular del Ministerio Fiscal invocada anteriormente y en la propia sentencia que estoy comentando; cuando la sentencia original imponga una pena que también fuera aplicable bajo la nueva legislación, la pena permanecerá inalterada a menos que se vea influenciada por la aplicación de la pena mínima; siendo relevante tanto para la mitad inferior como para la mitad superior del rango legal. A consecuencia de esto, se requerirá una revisión y posible reducción de la pena si el mínimo establecido por la nueva ley ya sea en la mitad inferior o superior, resulta ser menor que el estipulado por la ley anterior. En otras palabras, deberá revisarse y, por consiguiente, reducirse la pena ya que el mínimo establecido en la nueva ley (siendo de diez a quince años) es menor que el establecido por la regulación anterior (siendo este de doce a quince). En segundo lugar, la rebaja de la pena viene justificada por la aplicación del artículo 2.2 del Código penal. La acomodación de la pena al nuevo texto legal tras la reforma operada por LO 10/2022, es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de la posterior ley más beneficiosa. Para completar la información proporcionada, es relevante señalar que la revisión de penas no se limita únicamente a aquellas que están en fase de ejecución, sino que también afecta a las que se encuentran en fase de dictado de sentencia, ya sea al terminar el juicio oral o en virtud de un recurso de casación o apelación. Esto es aplicable a la sentencia en cuestión.

No obstante, esto no es todo. Como he mencionado anteriormente, el Ministerio fiscal promulgó una circular en la que se dictaron medidas para unificar la actuación en la revisión de sentencias. El Ministerio Fiscal, no es el único órgano que toma relevancia en este contexto. Los magistrados y tribunales, ante la reforma operada por la LO 10/2022, tomaron la posición de descartar la aplicación de disposiciones transitorias y de considerar que rebajar el mínimo de penas, obliga a revisar todos aquellos supuestos en que se condenó a la pena mínima con la normativa anterior. Esta sentencia, refleja claramente esta forma de actuación ya que hemos visto, que el juez ha basado su actuación en la revisión y consiguiente rebaja al reducirse la pena mínima.

Como consecuencia y en valoración personal, la revisión y reducción de la pena impuesta al acusado es una consecuencia directa de aplicar la excepción de retroactividad de la ley penal más favorable al reo. Las diversas formas de actuación establecidas por los diferentes órganos del poder judicial dejan entrever la necesidad de establecer unos criterios claros y coherentes de actuación. Es fundamental que ambos trabajen en conjunto para establecer directrices que aseguren una interpretación uniforme y justa de la ley, protegiendo así tanto los derechos de las víctimas como los acusados.

Sin embargo, al aplicarse la nueva regulación, además de las penas accesorias impuestas anteriormente, se debe imponer la prevista en el art. 192.3 in fine, introducida por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la violencia. Esta pena consiste en la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en 5 años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, esto es, 17 años y 6 meses

En base a todo lo expuesto, podemos concluir que se lleva a cabo una revisión de la sentencia y, por consiguiente, una reducción de la pena impuesta, justificada por ser de aplicación al caso el artículo 2.2 del Código penal, que establece el principio de retroactividad de las normas más favorables al reo. Como resultado, la condena se ha reducido en un año, pasando de trece años y seis meses, a doce años y seis meses.

A continuación, y a modo de finalizar con mi trabajo, expondré las conclusiones que he extraído tras esta investigación.

VI. CONCLUSIONES.

Tras analizar todo lo anterior, es importante recopilar a modo de conclusión alguno de los aspectos más destacados de mi trabajo.

1. Estudiando el tema desde una perspectiva jurídico-penal, la sociedad española, no se encontraba satisfecha con el tratamiento jurídico que recibían los delitos de violencia sexual, pero, fue a raíz de la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Navarra resolviendo el caso de “La Manada”, lo que supuso el punto de inflexión necesario para que miles de personas comenzaran a manifestarse al grito de “no es no” o “¡no es abuso, es violación!”. Cómo bien sabemos, las leyes deben adaptarse a las necesidades de la sociedad, que van evolucionando con el paso del tiempo y, de este contexto surgió la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. La implementación de esta ley introdujo cambios significativos en el tratamiento penal de los delitos sexuales, y, además, ha supuesto un cambio de paradigma sustancial estableciendo como piedra angular del sistema el consentimiento y a su vez, suprimiendo la distinción entre abuso y agresión sexual. Gracias a esta reforma legislativa, entre todas las nuevas modificaciones, se han establecido medidas para combatir la revictimización en los procedimientos judiciales y las víctimas han sido dotadas de mayor protección.
2. Desde una perspectiva socio-jurídica, la promulgación de la LO 10/2022, marca un avance significativo en la protección de los derechos de las mujeres y en la lucha contra la violencia sexual. No obstante, esta ley ha sido objeto de una gran controversia social y mediática a causa de las reducciones de penas y la revisión de sentencias ocasionadas desde la entrada en vigor de esta. Mediante el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, los jueces comenzaron a revisar sentencias de agresores condenados, lo que produjo un gran revuelo en la sociedad. El debate jurídico se articuló entorno a la falta de una disposición transitoria que limitase la aplicación de este principio. A consecuencia de esto, los Fiscales establecieron unas pautas de actuación para establecer criterios uniformes de proceder a la revisión; sin embargo, los jueces decidieron aplicar estrictamente el artículo 2.2 CP.
3. La promulgación de la LO 10/2022, representa un hito significativo en la lucha por los derechos de las mujeres y en la protección contra la violencia sexual. Instaurar en nuestro país el consentimiento como punto clave de una relación sexual, supone un

gran avance y todavía más siendo que en la mayoría de los países europeos, ya era una realidad. Bien es cierto, que determinar un consentimiento expreso en la realidad, resulta más complicado, ya que la mayoría de las relaciones sexuales, no se consienten de forma expresa, diciendo “sí”, por lo que a la hora de probar si una relación ha sido consentida expresamente, puede suponer problemas. Tras analizar la forma en la que se revisan las sentencias tras la promulgación de la LO 10/2022, considero que la falta de una actuación conjunta de los órganos jurisdiccionales que componen nuestro sistema jurídico genera un clima de desconfianza social en el mismo. Es difícil saberlo con certeza, pero quizá el problema podría haber sido evitado con la inclusión de una disposición transitoria que limitara el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. El hecho de que los jueces sigan unos criterios para revisar sentencias y los fiscales otros, genera un clima de inestabilidad jurídica. A pesar de los grandes avances que supone, no quiere decir que no adolezca de problemáticas objetivas que son susceptibles de mejora. Es fundamental seguir trabajando para ajustar y perfeccionar la ley, asegurando que cumple plenamente con su propósito inicial; buscar la protección de las víctimas de violencia sexual, buscar una sociedad cada vez más igualitaria y mantener la importancia del consentimiento como base de cualquier relación sexual.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. AUTORES.

ALTUZARRA ALONSO, I., «El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual», *Oñati Socio-Legal Series*, Volumen 13, 2023, pp.318-346.

BRANDARIZ PORTELA, T., «Los mitos de la violación en el caso de ‘La Manada’. Una crítica a la división patriarcal público / privado», en *Revista de Investigaciones Feministas*, 12(2), 2021, pp. 575-585.

DE LA TORRE LASO, J., «El consentimiento de las relaciones sexuales. Un análisis de su significado y las variables implicadas», *Revista de estudios jurídicos y criminológicos*, nº8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 277-292.

<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/download/10379/11404/55899>

DE LAMO, I., «Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.», *Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, 2022, pp 67-81.

GARCÍA SÁNCHEZ, B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva», en *Revista en derecho penal y criminología*, 3º Época, nº 30, julio de 2023, pp.113-163.

IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Las controversias sobre la Ley del “Si es sí” sobre violencia sexual», en *Política Criminal*, Vol. 18 N36, 2023.

MANZORRO REYES, A., «Perspectiva de género y derecho penal: Consideraciones a propósito de la Ley del “sólo sí es sí.”», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, nº4, 2024, pp.139-158. <https://doi.org/10.46661/respublica.9364>.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B, «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2023, núm. 25-24, pp1-36. <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-24.pdf>.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Y., «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género» en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 78.4 (octubre-diciembre), 2016, pp.741-767.

PERAMATO MARTIN, T., «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. propuestas normativas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 191-224

POLAINO NAVARRETE, M., «Prólogo», en Bello, *Ley penal en el tiempo. fundamentos, alcances y límites*, Bosch Editor, Barcelona, 2020. Pp 19-22.

SUÁREZ COLLÍA, J. M., *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, 1ª ed, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp 11-26.

VARONA GÓMEZ, D., «Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual», en *Revista para el análisis del derecho*, N°2, 2023, pp. 5-11.

2. DOCUMENTACIÓN.

AmecoPress. Entrevista a María Naredo por Carlota García Sánchez. https://urldefense.com/v3/_https://www.amecopress.net/Ley-de-Libertad-Sexual-Pasamos-del-paradigma-de-sometimiento-al-paradigma-de-consentimiento_ ;!!D9dNQwwGXtA!TrZ0PXcQ7b8Asow2b_XzHzFByyCMD59ZHnRzuM3A72w1q4TfbIcZXZcUlaSr8JDGIt70hUHiBj135Q_8Sw\$ (última fecha de consulta: 2-6-2024)

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, «Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», Observatorio de Violencia. <https://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/DEFINITIVO-ESTUDIO-CASTELLANO.pdf>

ELDIARIO.ES. La sentencia de “La Manada” se cuela en el parlamento europeo. https://www.eldiario.es/sociedad/sentencia-manada-cuela-parlamento-europeo_1_1166171.html (última consulta: 31-5-2024)

GREVIO, «Primer informe de evaluación: España», Adoptado por GREVIO el 13 de octubre de 2020. Publicado el 25 de noviembre de 2020. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/Info_rmeGrevioEspana.pdf

Iuris et de iure: Presunción legal mediante la cual la existencia de un hecho, o acontecimiento se da por cierta y por tanto la persona que se favorece está exenta de probarla <https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/41567:iuris-et-de-iure>

LEFEBVRE, Condenas revisadas en aplicación de la ley del solo sí es sí. El derecho.com. <https://elderecho.com/condenas-revisadas-en-aplicacion-ley-solo-si-es-si> (Última consulta: 30-4-2024)

Ministerio de Igualdad, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. «Encuesta Europea sobre Violencia contra las Mujeres», 2022, pp 5,6,7 (última consulta: 31-5-2024)

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wpcontent/uploads/Res_ejecutivo.pdf

Organización Mundial de la Salud, Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: violencia de pareja, 2013.

https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1

UNFPA, «Módulo de Atención integral a personas que han experimentado violencia sexual», El Salvador, 2018, pp 9. <https://elsalvador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/modulo-libre-revictimizacion.pdf>

VIDAL, G. Delito de abusos sexuales a menores: regulación y penas.
<https://www.gersonvidal.com/blog/abusos-sexuales-menores/#:~:text=Antes%20de%20la%20reforma%2C%20aquel,de%202%20a%206%20a%C3%B1os.> (Última fecha de consulta: 30-4-2024)

Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la fiscalía general del Estado 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.

Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2015-00003.pdf

Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal 4848/2022 de 21 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS: 2022:4848).