



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas

**La reforma de los delitos sexuales:
génesis, análisis doctrinal y solución
jurisprudencial de la polémica.**

Presentado por:

Marina Caballero Diez

Tutelado por:

Alejandro Luis de Pablo Serrano

Valladolid, 4 de junio de 2024

RESUMEN

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha significado un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en nuestro país. La reforma acaecida por la entrada en vigor de esta ley no ha dejado indiferente a nadie, lo que permite encontrarnos tanto posiciones defensoras como críticas de la nueva regulación. Esencialmente, la nueva ley ha producido dos modificaciones fundamentales frente a la legislación anterior: la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual en uno solo con el nombre del último y una nueva definición o representación del consentimiento dentro del marco de los delitos contra la libertad sexual. Asimismo, las mayores críticas recibidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se deben esencialmente a los problemas de retroactividad que generó, al provocar la rebaja de muchas condenas y salida de la cárcel de numerosas personas condenadas por delitos contra la libertad sexual.

Palabras clave: libertad sexual, agresión sexual, abuso sexual, consentimiento, modificación legislativa.

ABSTRACT

The Organic Law 10/2022, of September 6, on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom, has meant a before and after in the regulation of sexual crimes in our country. The reform that occurred with the entry into force of this law has not left anyone indifferent, which allows us to find both defenders and critics of the new regulation. Essentially, the new law has produced two fundamental modifications compared to previous legislation: the unification of the crimes of sexual abuse and assault into one with the name of the latter and a new definition or representation of consent within the framework of the crimes against sexual freedom. Likewise, the greatest criticism received by the OL 10/2022, of September 6, is essentially due to the retroactivity problems it generated, by causing the reduction of many sentences and the release from prison of numerous people convicted of crimes against sexual freedom.

Key words: sexual freedom, sexual assault, sexual abuse, consent, legislative modification.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. ANÁLISIS DEL CAMBIO LEGISLATIVO MOTIVADO POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022	3
2.1. Situación previa a la reforma	4
2.1.1. Delitos sexuales con menores antes de la reforma.....	6
2.2. Situación actual tras la reforma	7
2.2.1. Análisis de la exposición motivos de la LO 10/2022	8
2.2.2. Las “nuevas” agresiones.....	11
2.2.3. Delitos sexuales con menores después de la reforma	13
3. EVOLUCIÓN HASTA LA APROBACIÓN DE LA LO 10/2022 Y SU POSTERIOR REFORMA.....	15
4. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA REFORMA DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE.....	20
5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	25
5.1. STS 344/2019, de 4 de julio. Caso “La Manada”. Diferenciación entre abuso y agresión sexual, y disminución de la pena fruto de la Ley 10/2022	26
5.2. STS 854/2023, de 22 de noviembre. Delito de violación y la revisión de su condena tras la LO 10/2022.	33
5.3. SAP de Barcelona, de 22 de febrero, rec. 27/2023. Roj: 14/2024. Caso “Dani Alves”, delito de violación y definición de consentimiento.....	36
5.4. STS 536/2023, de 3 de julio. Delito de agresión sexual con doble penetración y uso de armas, y la negativa de rebaja de la pena.	43
5.5. STS 704/2023, de 28 de septiembre. Delito de agresión sexual continuado a un menor de dieciséis años y la negativa de rebaja de la pena.....	45
6. CONCLUSIONES.....	46
7. BIBLIOGRAFÍA.....	50

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han cobrado un enorme protagonismo en la sociedad española, haciendo que cada vez sean más los casos denunciados y más agresores y violadores castigados por ello. La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019 del Ministerio de Igualdad manifiesta que un 13,7% de las mujeres mayores de 16 años residentes en España han sufrido violencia sexual de algún tipo a lo largo de su vida¹, debiendo considerar también a aquellas víctimas que no han confesado serlo, por no atreverse o no haber podido hacerlo.

Gracias al protagonismo mediático que fueron cobrando los delitos sexuales en nuestro país, en 2020 comenzó a tramitarse una reforma legislativa para tratar de garantizar una prevención real y efectiva de las violencias sexuales y asegurar los derechos de las víctimas, dando lugar a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual². Esta ley ha supuesto un muy importante cambio en nuestra legislación en cuanto a la violencia sexual contra mujeres y niños se refiere, por un lado, gracias a las medidas de prevención, educación, sensibilización, erradicación e investigación que ha creado e implementado como mecanismos para tratar de reducir al máximo las agresiones contra la libertad e indemnidad sexual; y, por otro lado, por la modificación de los primeros Capítulos del Título VIII del Código Penal.

La LO 10/2022, de 6 de septiembre y la consecuente reforma que ha producido han venido motivadas, entre otras circunstancias, por el mediático caso de “La Manada” (que analizaremos más a fondo más adelante), un grupo de cinco hombres que, en las fiestas de San Fermín de 2016, cometieron un delito sexual en grupo contra una mujer. En 2018, la Audiencia Provincial de Navarra emitió la Sentencia del caso (SAP 38/2018, de 20 de marzo) condenándolos por abuso sexual continuado, al considerar que no había mediado violencia o intimidación y, por tanto, descartando la agresión sexual (tal como estaba tipificada en el Código Penal español anterior). Fruto de esta sentencia, empezaron a surgir numerosas voces críticas en torno al fallo de la misma, dando lugar a múltiples manifestaciones por toda España en desacuerdo con la condena. Tras varios recursos, el Tribunal Supremo en su

¹ Ministerio de Igualdad, Gobierno de España. Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, 2019. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Principales_Resultados_Macroencuesta2019.pdf

² BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

Sentencia 344/2019, de 4 de julio, corrigió la interpretación de la Audiencia Provincial de Navarra, condenando a los culpables como autores de un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP. A finales del año 2022, la posición del Tribunal Supremo se ha materializado gracias a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, pasando del “no es no” al famoso “solo sí es sí”³ (que es, de hecho, como coloquialmente se conoce a la Ley).

Asimismo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, cuenta con el respaldo de abundante normativa internacional, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia), el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) de 2011. Este último trata de lograr una mayor igualdad entre hombres y mujeres⁴, a fin de prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Los delitos sexuales están tipificados en nuestro Código Penal⁵ en su Título VIII (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”).

A lo largo de este trabajo analizaremos, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, los principales efectos, consecuencias y problemas que ha provocado la reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, así como estudiaremos algunas sentencias del Tribunal Supremo en relación con los delitos sexuales que nos permitirán comprender mejor las novedades de la nueva legislación.

2. ANÁLISIS DEL CAMBIO LEGISLATIVO MOTIVADO POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022

³ ALVAREZ ARRANZ, Marcos. *La Ley del solo sí es sí: La reforma de los delitos contra la libertad sexual*. [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid]. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/61089>, 2023, p. 2.

⁴ ALCALÉ SÁNCHEZ, María. “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”. *Revista Sistema Penal crítico*, 2, 2021, p. 163.

⁵ BOE núm. 218, del 24 de noviembre de 1995.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual⁶, ha supuesto una enorme modificación en nuestro sistema jurídico. Antes de la reforma, los diferentes delitos sexuales distinguían entre abuso sexual, agresión sexual y violación – de manera muy genérica, ya que existen muchas especialidades dentro de los mismos. Con la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se ha producido una sustancial modificación en los primeros Capítulos del Título VIII del Código Penal: ahora, los abusos sexuales “desaparecen”, integrándose en las agresiones sexuales; se reforma el delito de violación; aparecen nuevas circunstancias agravantes; se modifican otros delitos contenidos en el Título VIII, como son el delito de difusión de imágenes íntimas y las coacciones a través de redes sociales; se tipifica el acoso callejero, etc. Además, la propia LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha traído consigo otras diversas transformaciones en nuestro sistema jurídico, con nuevas y adecuadas penas distintas de las privativas de libertad.

No obstante, antes de analizar los diferentes delitos tipificados en nuestro ordenamiento jurídico y su modificación posterior a la reforma, conviene preguntarse: ¿qué son la libertad e indemnidad sexual que trata de proteger el Título VIII del Código Penal? La libertad sexual es aquella parte de la libertad vinculada con el desarrollo de la sexualidad y la disposición del propio cuerpo⁷ y, por su parte, la indemnidad sexual se refiere al derecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección a no sufrir injerencia alguna en el desarrollo de su sexualidad⁸. En palabras de Muñoz Conde, cuando habla de proteger la indemnidad sexual, realmente se está intentando preservar la libertad sexual futura de los menores – entendiéndola como la manera de garantizar su adecuada evolución – y, en el caso de las personas con discapacidad, evitar que sean utilizados como meros objetos sexuales para terceras personas⁹.

2.1. Situación previa a la reforma

Antes de la reforma, el abuso sexual, regulado en el anterior artículo 181.1 CP, englobaba aquellas que conductas de quien “sin violencia o intimidación, y sin consentimiento, realizare

⁶ BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 215.

⁸ VIDAL RODRÍGUEZ, Gerson. *Libertad sexual e indemnidad sexual en el Derecho penal: ¿qué son y en qué se diferencian?* 2023. <https://www.gersonvidal.com/blog/libertad-indemnidad-sexual-diferencias/>.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 216.

actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”. Este delito tenía una pena prisión de uno a tres años, y se imponía la misma pena en caso de que el consentimiento se hubiese obtenido prevaliéndose de una situación de superioridad que pudiese haber coartado la libertad de la víctima (conocido como abuso sexual con prevalimiento). En caso de que, además de un abuso sexual, hubiese habido un “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías” se consideraba como abuso sexual con acceso carnal, con una pena de prisión de cuatro a diez años. Dentro de estas conductas se incluían todas aquellas que se ejecutasen contra “personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare o mediante el uso de fármacos, drogas, etc.”.

Por otro lado, la agresión sexual (regulada en el artículo 178 CP, antes y después de la modificación legislativa) abarcaba todas las conductas del que “atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”. Este tipo penal tenía una pena de uno a cinco años de prisión. Si además de un atentado contra la libertad sexual de alguien, con violencia e intimidación, hubiese habido “acceso carnal” (en los mismos términos que los explicados para el abuso) se consideraba como violación por el artículo 179 CP, con una pena de prisión de seis a doce años.

Estas conductas podrían llegar a suponer penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones sexuales y de doce a quince años para los delitos de violación si hubiese mediado alguno de los agravantes recogidos en el anterior artículo 180.1 CP: que la violencia o intimidación tuvieran un especial carácter degradante o vejatorio, cometer los hechos por la acción conjunta de varias personas, que la víctima fuese especialmente vulnerable (por su edad, enfermedad o discapacidad), prevalecerse de situaciones de superioridad o parentesco, o hacer uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en el artículo 149 y 150 CP.

Como puede apreciarse, estas conductas coinciden en cuanto a que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, bien sea de mujeres, hombres o niños, y la conducta prohibida sería cualquier atentado contra ella. Si bien, podemos apreciar determinadas diferencias entre ellas.

En primer lugar, la principal distinción entre un delito de abuso sexual y uno de agresión sexual es la utilización, en este último caso, de violencia o intimidación. En este sentido, se entiende que la violencia consiste en el empleo de fuerza física suficiente para constreñir la voluntad de la víctima, como un medio comisivo para llevar a cabo el delito en sí mismo; y la intimidación, por otro lado, es una amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, en caso

de que la víctima se oponga a determinada acción sexual¹⁰. Es importante destacar que esta violencia e intimidación que pueden ser empleadas para la comisión de la agresión sexual tienen que ser eficaces para el caso en concreto ante el que nos encontremos, pudiendo consistir la violencia en una mera sujeción de las muñecas de la víctima o incluso llegar a causarle lesiones graves; o, en el caso de la intimidación, puede englobar desde la amenaza de rebelar un secreto íntimo a la de matar a su familia en caso de que oponga resistencia. No se trata, por tanto, de que el agresor sea quien determine cuando la violencia o intimidación pueden ser suficientes para constreñir la voluntad de la víctima, sino que habrá que considerar las circunstancias de la víctima y del encuentro en general.

En todos los tipos delictivos descritos es esencial la falta o ausencia de consentimiento y, como veremos más adelante, es otro de los aspectos o conceptos que se ha visto modificado tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

2.1.1. Delitos sexuales con menores antes de la reforma

Desde la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, existe en nuestro ordenamiento una protección penal reforzada de los menores de trece años en caso de ser víctimas de delitos de abuso o agresión sexual y, tras la reforma de 2015, la edad de la víctima se elevó hasta los dieciséis años¹¹.

Por tanto, frente a la regulación que acabamos de analizar, existe una diferenciación de las penas y algunas conductas cuando se trata de actos cometidos contra personas menores de dieciséis años, regulado en los anteriores arts. 183 y siguientes del CP. Decía el artículo 183 CP que “todos los actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años” se castigarían con penas de prisión de dos a seis años. Si estos hechos se realizaban con “violencia o intimidación” o cuando se “compeliere a un menor a participar en actos de naturaleza sexual”, serían una agresión sexual a un menor, con una pena de prisión de cinco a diez años. Si además hubiese acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (violación), se le impondría una pena de ocho a doce años en caso de que fuese un acto con carácter sexual sin violencia o

¹⁰ Esteban Abogados Penalistas. “La violencia e intimidación en el delito de abusos sexuales”. 2016. <https://www.abogado-penalista.es/la-violencia-e-intimidacion-delito-abusos-sexuales/#:~:text=La%20intimidaci%20consiste%20en%20la,discreci%20sobre%20los%20hechos%20realizados>.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 238.

intimidación, y una pena de doce a quince años de prisión en caso de que sí que hubiese violencia, intimidación o cuando le obligasen a participar en actos sexuales.

Todas estas penas podían imponerse en su mitad superior en presencia de alguna circunstancia agravante; el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, por la actuación conjunta de dos o más personas, si la violencia o intimidación tuvieran un carácter especialmente vejatorio o degradante, prevaliéndose de una situación de superioridad o parentesco, habiendo puesto en peligro la vida o salud de la víctima, si se hubiese cometido el acto contra la libertad sexual en el seno de una organización o grupo criminal o prevaliéndose de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Como vemos, la lista de circunstancias agravantes es superior en caso de que el atentado contra la libertad sexual se cometa con un menor de dieciséis años.

En el caso de los menores, además, existían otras actuaciones tipificadas como abusos o agresiones sexuales en los artículos 183 bis y ter CP, como “determinar al menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacer presenciar al menos actos de esa naturaleza, aunque el autor no participe en ellos”; “contactar con un menor a través de internet, el teléfono o tecnologías de la información y comunicación para concertar un encuentro con el fin de cometer cualquiera de las actuaciones descritas en otros apartados”; “contactar con un menor a través de internet, el teléfono o tecnologías de la información y comunicación para embaucarle para que le facilite material pornográfico”.

A pesar de esta protección reforzada para los menores de edad, el artículo 183 quarter CP establecía que el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluye la responsabilidad penal por los delitos que acabamos de analizar, siempre y cuando el “autor” fuese una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

2.2. Situación actual tras la reforma

Las modificaciones que veremos a continuación, como ya hemos mencionado, son una consecuencia directa de las obligaciones contenidas en el Convenio de Estambul, concretamente en su artículo 36. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en una Sentencia de 2003 (STEDH, de 4 de diciembre, caso MC. contra Bulgaria) ya venía afirmando que, pese a que la definición de los delitos sexuales dada en la mayor parte de los estados europeos contenía una referencia al empleo de violencia o intimidación, el Tribunal

entendía que era la falta de consentimiento, y no el uso de la fuerza o intimidación, quien determinaba la presencia o no de los delitos sexuales¹².

2.2.1. Análisis de la exposición motivos de la LO 10/2022

Frente a lo que en ocasiones se ha afirmado, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, no buscaba únicamente eliminar los abusos sexuales para convertir todas las actuaciones en contra de la libertad sexual de las personas en agresiones, o ni siquiera únicamente realizar cambios en el Código Penal. La propia Ley, en su preámbulo, manifiesta su intención impulsar la prevención de violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas¹³. De esta manera, se centra, entre otras cuestiones, en dar respuesta a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital o través de medios tecnológicos, a las conductas con impacto en la vida sexual (mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso, trata...).

La ley reconoce que, en los últimos años, han ocurrido grandes avances gracias a las movilizaciones promovidas por el movimiento feminista, logrando que las violencia sexuales tengan una mayor visibilidad, si bien, actualmente, el abordaje integral de las violencias sexuales contra mujeres, niñas y niños, sigue constituyendo un “desafío pendiente” que se pretende solucionar mediante esta Ley¹⁴.

Respecto al ámbito de aplicación objetivo de la Ley, su artículo tercero establece que son “las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”¹⁵.

Son numerosos los objetivos que la LO 10/2022, de 6 de septiembre, persigue: a) la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y erradicación de todas las violencias sexuales; b) la adopción de medidas de protección integral y de prevención encaminadas a mejorar la investigación, la recolección; c) la garantía de los derechos de las víctimas exigibles ante las administraciones públicas asegurando una atención inmediata y un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos; d) la adopción y puesta en práctica de

¹² Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, consideraciones previas, precisiones conceptuales disposiciones finales*, 2 de febrero, 2021, p. 63.

¹³ Preámbulo LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

¹⁴ Preámbulo LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

¹⁵ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, artículo tercero.

políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes que garanticen la sensibilización, prevención, detección y sanción de las violencias sexuales; e) la investigación, recopilación y la producción de datos sobre todas las formas de violencia sexual de forma sistemática y desagregada; f) el fortalecimiento las medidas de sensibilización ciudadana y de prevención, promoviendo políticas eficaces de sensibilización y formación en los ámbitos educativo, laboral, digital, publicitario y mediático; g) el aseguramiento el principio de transversalidad de las medidas, de manera que se tengan en cuenta las necesidades y demandas de las víctimas para su aplicación.

El definitiva, el objetivo que persigue la ley es la eliminación de la violencia sexual que sufren las mujeres y los niños, y para ello, plantea incorporar numerosas medidas de prevención, educación, colaboración, sensibilización, erradicación, investigación, etc. que permitan atajar estos deplorables actos. Además, para ello también introduce cambios en cuerpos legislativos de nuestro país, como son la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Código Penal, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Responsabilidad Penal de Menores. Pese a ello, el efecto más conocido y controversial de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha sido la modificación de los tipos penales recogidos en los primeros Capítulos del Título VIII del Código Penal, pero conviene recalcar que no es la única finalidad que persigue esta Ley.

Dentro de todas las modificaciones y novedades mencionadas, la desaparición del delito de abuso sexual es lo más significativo – al unificarlo con las agresiones sexuales -. Con ello, se perseguía esencialmente dos objetivos: dar más importancia al papel del consentimiento (o destacarlo) y el desplazamiento de los medios comisivos que diferenciaban a los abusos de las agresiones¹⁶.

Respecto al papel del consentimiento, ya era un elemento esencial en este tipo de actos delictivos antes de la reforma (al ser una causa de atipicidad). La definición del consentimiento, por ello, se ha visto modificada con la nueva redacción del artículo 178 CP, que establece que: “se entenderá que existe consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, atendidas las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de una persona”.

De esta forma, se busca que la persona manifieste su voluntad libremente y se presumirá que no existirá ese consentimiento en casos de violencia, intimidación, abuso de posición dominante, cuando la persona se halle privada del sentido, etc. Realmente, esta nueva

¹⁶ ALCALÉ SANCHEZ, María. “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, 5, 2021, p. 474.

redacción no supone una gran diferencia frente a las interpretaciones que venían haciendo nuestros tribunales con carácter general sobre el consentimiento¹⁷, sin embargo, esta nueva valoración parece llevar consigo la exigencia de que quienes mantengan relaciones sexuales deben comportarse de manera que se demuestre, de manera externa e inequívoca, que están de acuerdo en mantener dichas relaciones sexuales, pues en caso de ser un consentimiento tácito (que no supongan esa manifestación externa) podría llegar a suponerse que los hechos sean constitutivos de delito¹⁸.

Por otro lado, respecto a la unificación de agresiones y abusos sexuales, la principal diferencia entre ellas antes de la Ley residía en la presencia o no de violencia o intimidación. Actualmente, y al poner el foco en el consentimiento, ya no son los medios comisivos utilizados en el acto sexual los que denotan si estamos ante un abuso o agresión, sino que desde el momento en que no haya consentimiento, ya será considerado como conducta típica (y en caso de haberlo, será atípico). Es decir, se pasa de una diferenciación entre dos tipos delictivos a una diferenciación entre conducta típica o atípica, basándonos únicamente en la presencia de consentimiento o no. De esta manera, el sistema actual se configura bajo un nuevo paradigma: ahora el delito de agresión sexual no es un delito de medios determinados (si bien, tras la reforma de la reforma, se distinguen agresiones con violencia o intimidación o agresiones sin ellas), sino que integra un ataque a la libre voluntad de la víctima¹⁹.

Hay quienes han considerado que esta equiparación de los tipos penales podría resultar injusta, puesto que conductas desiguales podrían conllevar el mismo trato posterior dado que, como destaca Alcalé Sánchez, podremos encontrarnos con comportamientos que anteriormente eran constitutivos de abuso sexual y que resultarían penados excesivamente o, al contrario, que conductas constitutivas de agresión sexual quedasen desprotegidas²⁰. En la misma línea, defiende Gimbernat Ordeig que se pasaría a tratar penológicamente igual supuestos de hecho que son desiguales²¹.

¹⁷ ALCALÉ SANCHEZ, María. “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, 5, 2021, p. 475.

¹⁸ ESTEVE MALLENT, Lara. “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual”. *El criminalista digital. Papeles de Criminología*, 9, 2021, p. 52.

¹⁹ COMAS D’ARGEMIR, Dolors. “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”. *Jueces y Jueces para la Democracia Boletín Penal*, 12, 2021, p. 22.

²⁰ ALCALÉ SANCHEZ, María. “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, 5, 2021, p. 481.

²¹ GIMBERNAT, Enrique. *La retroactividad favorable de la ley del “solo sí es sí”*. 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236474

Sin embargo, Ramón Ribas, no comparte esta postura, por dos motivos²²: en primer lugar, defiende que cuando el Código Penal prevé en un tipo delictivo una agravación por el empleo de violencia o intimidación, esta añade un atentado adicional a lo propio del tipo básico. En otras palabras, tras la reforma, siempre que nos encontremos ante un delito sexual hay un atentado contra la libertad sexual, pero el empleo de violencia o intimidación no transforma el hecho (como pasaba anteriormente para diferenciar entre agresión y abuso sexual), sino que “suma” un atentado más grave contra la libertad sexual ya agredida²³. De esta forma, no es lo mismo una situación donde sí se emplee violencia o intimidación y otra que no. Por otro lado, defiende Ramón Ribas que todos los delitos prevén una agravación cuando se utiliza la violencia o intimidación como medio comisivo y, además, cuando sí se prevé, se equipara la violencia o intimidación con el abuso de una situación de superioridad, engaño, de necesidad o de vulnerabilidad²⁴.

2.2.2. Las “nuevas” agresiones

Tras la reforma de la ley, la principal novedad a la que asistimos en materia de regulación es que el abuso sexual desaparece y se unifica en con las agresiones sexuales un único tipo delictivo con el nombre de éste.

Actualmente, conforme al artículo 178.1 CP, se considera agresión sexual toda conducta que suponga un atentado contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, prescindiendo de la anterior diferenciación entre agresión o abuso sexual dependiendo de si había mediado violencia, intimidación o análogas y se castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años. En otras palabras, los medios comisivos para la realización del hecho delictivo dejan de ser significativos a la hora de catalogar la conducta como agresión o abuso sexual. En cualquier caso, siguen considerándose también como agresión aquellas actuaciones donde sí que aparezcan esas circunstancias.

El artículo 178.2 CP, por su parte, establece conductas que en todo caso serán consideradas como agresión sexual y donde se presume la ausencia de consentimiento, que será en los

²² RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*, pp. 371.

²³ RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*, pp. 372.

²⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*, pp. 373.

actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, o sobre personas privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y cuando la víctima tenga anulada su voluntad. La novedad principal respecto a la legislación anterior en este apartado se basa en algunas modalidades que antes no eran contempladas, como el abuso de la situación de superioridad. Esta modalidad, pretende eliminar las dudas sobre si la intimidación empleada en el acto sexual era de entidad suficiente para que la conducta se catalogara como agresión o abuso sexual con arreglo a la anterior legislación, de forma que, ahora, cualquier aprovechamiento de una situación de superioridad respecto de la víctima, sin importar los motivos, suponga un quebrantamiento de la libertad de esa persona²⁵.

Además, se introduce en el apartado tercero del mismo artículo una especificación: si la agresión se comete con violencia, intimidación o sobre personas que tengan anulada su voluntad por cualquier causa, la pena será superior (de uno a cinco años de prisión). Precisamente esta fue la cuestión principal que suscitó el debate y constituyó el objeto de la reforma avalada fundamentalmente por el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Popular; tras esta “contrarreforma”, se ofrece un marco penal distinto a las agresiones sexuales que se cometen con violencia o intimidación.

Por otro lado, el nuevo artículo 179 CP sigue definiendo la violación del mismo modo: agresión sexual consistente en acceso carnal, pero con la pena de cuatro a doce años de prisión. Se conserva la especificación del artículo 178.3 del nuevo CP y se añade en el artículo 179.2 que si la agresión “se comete empleando violencia o intimidación o la víctima tuviera anulada su voluntad por cualquier causa”, entonces la pena sería de seis a doce años.

Otra novedad que vemos en los nuevos artículos del Código está recogida en su artículo 180, cuando se definen las circunstancias agravantes. En particular, se introducen dos nuevos supuestos: cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por una relación análoga de afectividad, aunque no haya convivencia y cuando para la comisión de los hechos se anule la voluntad de la víctima usando fármacos, drogas, etc. Si se aprecia alguna de las circunstancias agravantes recogidas en dicho precepto, la pena de prisión será de dos a ocho años para las agresiones sexuales sin violencia o intimidación, de cinco a diez años para las agresiones con violencia o intimidación, de siete a quince años para las

²⁵ BALBUENA PÉREZ, David Eleuterio. “El nuevo delito de agresión sexual”, *La reforma de los delitos sexuales*, de Gemma Martínez Galindo (Dir.), Miguel Bustos Rubio, (Coord.), Alfredo Abadías Selma (Coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2024, p. 137.

violaciones sin violencia o intimidación y de doce a quince años para las violaciones con violencia o intimidación.

2.2.3. Delitos sexuales con menores después de la reforma

Con la reforma, los delitos sexuales cometidos contra menores de dieciséis años han pasado a estar regulados en el artículo 181 CP, introduciendo también numerosas modificaciones. Actualmente cualquier acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años conlleva una pena de prisión de dos a seis años, salvo que medie violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad o cuando la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier motivo, en cuyo caso la pena será de cinco a diez años.

En el caso de la violación contra menores de edad, no encontramos ninguna novedad: tanto la definición como las penas siguen siendo iguales, aunque debemos destacar que ahora la pena superior (de doce a quince años) se impondrá en las circunstancias descritas por el nuevo precepto (abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad o cuando la víctima tenga anulada su voluntad...).

Donde sí encontramos novedades es en el caso de las circunstancias agravantes, en tanto aparecen dos nuevas conductas: cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor y cuando se anule la voluntad de la víctima con fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química que produzca el mismo efecto.

Además, encontramos en el nuevo artículo 183 bis CP la misma regulación de exculpación del anterior artículo 183 quarter CP, para el caso de que el “autor” fuese una persona próxima en edad o grado de desarrollo al menor que consienta a realizar actos de índole sexual.

Por último, el resto de conductas tipificadas en este Capítulo siguen estando descritas de igual manera que antes de la reforma de la LO 10/2022.

TABLA 1: COMPARATIVA DE LA SITUACIÓN TRAS LA LO 10/2022

	Antes de la reforma	Después de la reforma
Abuso sexual	De 1 a 3 años	-
Agresión sexual	De 1 a 5 años	De 1 a 4 años
Agresión sexual agravada	De 5 a 10 años	De 2 a 8 años De 7 a 15 años (con violencia, intimidación o voluntad anulada)
Abuso sexual con acceso carnal	De 4 a 10 años	-
Violación (agresión sexual con acceso carnal)	De 6 a 12 años	De 4 a 12 años
Violación agravada	De 12 a 15 años	De 7 a 15 años De 12 a 15 años (con violencia, intimidación o voluntad anulada)
Abuso sexual a un menor	De 2 a 6 años	-
Agresión sexual a un menor	De 5 a 10 años	De 2 a 6 años (cualquier acto) De 5 a 10 años (violencia, intimidación, vulnerabilidad...)
Violación a un menor	De 8 a 12 años De 12 a 15 años (con violencia, intimidación, vulnerabilidad...)	De 8 a 12 años De 12 a 15 años (con violencia, intimidación, vulnerabilidad...)

Circunstancias agravantes	Mitad superior	Mitad superior
--------------------------------------	----------------	----------------

Fuente: Elaboración propia.

Como puede verse, todo este cambio legislativo no solo ha supuesto una modificación en cuanto a la definición y tipificación de los delitos, sino que ha traído consigo importantes novedades en cuanto a las penas de cada uno de los delitos.

3. EVOLUCIÓN HASTA LA APROBACIÓN DE LA LO 10/2022 Y SU POSTERIOR REFORMA

Habiendo visto las modificaciones que se han producido en el Código Penal fruto de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conviene echar la vista atrás para conocer el camino legislativo que nos ha llevado a esta reforma; marcado por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, seguido del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre y la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que viene a reformar a la anterior.

En marzo de 2020, poco antes del confinamiento por la pandemia de COVID-19, el Consejo de Ministros aprobó un primer borrador del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que proponía dos novedades interesantes: a) una nueva definición de consentimiento (estableciendo que “se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”) que más tarde sería modificada por las críticas que recibió al estar formulado en sentido negativo; y b) la unificación de los delitos de abuso sexual y agresión sexual en uno solo, con el nombre de este último. Además, se tipificó el acoso callejero en el artículo 173 CP.

Es importante matizar que, en el Anteproyecto, a pesar de la agrupación del delito de abuso y agresión sexual en uno solo, su formulación no era exactamente la misma que da el Código

Penal actualmente. En ese momento, se estableció que sería responsable de un delito de agresión sexual quien realizase cualquier acto contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, y que se consideraría agresión sexual en todo caso los realizados empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima o contra personas que se hallen privadas de sentido o cuando la víctima tenga anulada su voluntad²⁶, castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años.

Meses más tardes, en el mismo año, se publicó un segundo borrador del Anteproyecto de Ley, modificando principalmente el ámbito de aplicación subjetivo de la ley (según el artículo 3 del Anteproyecto de ley, será de aplicación a las mujeres, niñas y niños víctimas de violencias sexuales en España) y, además, introducía la llamada “tercería locativa”, que pretendía castigar a los propietarios de locales o establecimientos que obtenían beneficios con el ejercicio ilegal de la prostitución²⁷.

A finales de febrero de 2021, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) emitió un informe preceptivo no vinculante sobre la ley en trámite. Este informe resulta interesante porque el CGPJ ya anunciaba alguno de los problemas que podían derivar de la reforma, estableciendo, por ejemplo, que “*la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas donde se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente*”²⁸ y que, como veremos más adelante, es uno de los mayores problemas que ha provocado la reforma; o que “*puede incurrirse en una prohibición de exceso (übermassverbot) al castigarse con severidad conductas que presentan un menor grado de lesividad*”²⁹, en relación con la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual. Asimismo, criticaban la definición del consentimiento que daba el artículo 177.1 CP en el anteproyecto considerándola innecesaria, ya que, si bien nuestro Código Penal no contenía antes de la reforma una definición general del consentimiento, la problemática con éste no viene de su definición sino de su prueba, y éstos problemas procesales de acreditación o no del consentimiento no pueden solucionarse por la vía de la tipicidad³⁰.

No obstante, el CGPJ no fue el único en emitir un informe sobre el Anteproyecto de la ley; sino que tanto el Consejo Fiscal como el Consejo de Estado también emitieron un informe

²⁶ Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, disposición final cuarta, p. 34.

²⁷ LÓPEZ TRUJILLO, Noemi. *Cronología de la ley del “solo sí es sí”: hitos clave de la primera norma que dividió el voto de la coalición*. 2023. *Neutral.es*. En línea: <https://www.neutral.es/cronologia-ley-solo-si-es-si/20230428/>

²⁸ Consejo General del Poder Judicial (España). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual*, 25 de febrero, 2021, p. 89.

²⁹ Consejo General del Poder Judicial (España). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual, conclusión sexagésimo cuarta*, 25 de febrero, 2021, p. 155.

³⁰ Consejo General del Poder Judicial (España). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual, conclusión sexagésimo sexta*, 25 de febrero, 2021, p. 136.

consultivo no vinculante. En el informe del Consejo Fiscal podemos apreciar numerosas críticas y explicaciones al nuevo texto legal en diversos apartados de la ley destacando, por ejemplo, que la definición en negativo del consentimiento podría incrementar la dificultad a la hora de determinar su presencia o no³¹. En cuanto a las modificaciones penológicas, podemos encontrar algunas advertencias referidas al aumento de los límites máximos y su posible afección al principio de proporcionalidad (*“la reforma supone la eliminación de la posible pena de multa de los delitos regulados entre los artículos 178 a 182 CP, extremo que afecta a la regulación de los actuales delitos de abusos sexuales que ven incrementada la pena asignada, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad”*³² en relación con el nuevo artículo 178 CP; *“esto supone un incremento considerable de las penas correspondientes a estos delitos de abusos sexuales, al resultar de aplicación nuevas agravantes al tiempo que incrementan las penas, lo que podría afectar al principio de proporcionalidad”*³³ en relación con el nuevo artículo 180 CP).

El Consejo de Estado en Pleno, a 10 de junio de 2021, emitió también un dictamen en relación con el Anteproyecto de la ley donde encontramos la explicación u opinión del Consejo respecto al articulado de la ley. En concreto, destacaban también que una definición positiva del consentimiento podría resultar más conveniente a fin de evitar los problemas interpretativos que la definición en negativo pudiera crear³⁴ y que *“el Anteproyecto lleva a cabo una revisión del correspondiente cuadro penológico, con reducción de los límites máximos de algunas de las penas previstas para los delitos de este título (...), sin perjuicio de que (...) algunas conductas puedan pasar a sancionarse con una pena superior”*³⁵.

Como puede apreciarse el CGPJ, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado coincidían en la problemática sobre la definición del consentimiento del Anteproyecto y las implicaciones que podían suponer las modificaciones de los límites máximos de las penas. Sin embargo, ninguno advirtió lo que posteriormente sería el mayor problema de la reforma: rebajar los límites mínimos iba a provocar una rebaja de las penas de los delincuentes en prisión. Era evidente que la modificación de los límites máximos provocaría revisiones de condena dado

³¹ Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, consideraciones previas, precisiones conceptuales disposiciones finales*, 2 de febrero, 2021, p. 65.

³² Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, consideraciones previas, precisiones conceptuales disposiciones finales*, 2 de febrero, 2021, p. 66.

³³ Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, consideraciones previas, precisiones conceptuales disposiciones finales*, 2 de febrero, 2021, p. 69.

³⁴ Consejo de Estado (España). *Dictamen 393/2021 (IGUALDAD), sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Garantía Integral de la Libertad Sexual, cuarta, observaciones particulares sobre la exposición de motivos y al articulado del Anteproyecto, disposición final cuarta*, 10 de junio 2021.

³⁵ Consejo de Estado (España). *Dictamen 393/2021 (IGUALDAD), sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Garantía Integral de la Libertad Sexual, cuarta, observaciones particulares sobre la exposición de motivos y al articulado del Anteproyecto, disposición final cuarta*, 10 de junio 2021.

que, por ejemplo, si alguien está condenado a cinco años de prisión y después de la reforma el máximo pasa a ser cuatro, por aplicación del principio de legalidad la pena máxima no puede superar esos cuatro años, pero nadie reparó en las implicaciones de la rebaja de los límites mínimos de las penas: si una persona ha sido condenada a seis años de prisión y el mínimo legalmente previsto para esa pena baja hasta los cuatro años de prisión, ¿debe reducirse la condena siguiendo el nuevo arco penológico? Como veremos, esto ha sido la clave en la problemática de la reforma, y resulta sorprendente que ningún órgano de nuestro país se lo plantease antes de la entrada en vigor.

Como consecuencia de estos informes se produjeron dos modificaciones sustanciales en el Anteproyecto de la Ley: 1) Se dio una nueva definición del consentimiento, esta vez en sentido positivo, estableciendo que “solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”³⁶, y 2) se modificaron las penas privativas de libertad en su límite máximo por la advertencia del Consejo de la reducción de estos límites

³⁷.

Finalmente, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual fue aprobado el 21 de julio de 2021, publicándose en el Boletín Oficial del Estado el 26 de julio y pasando a ser el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual ante el Congreso de los Diputados. En palabras de Acale Sánchez, este Proyecto era una ambiciosa iniciativa para la “prevención, sensibilización, detección y formación en materia de libertad sexual”³⁸.

En mayo de 2022 el Proyecto de ley fue aprobado por el Congreso, con una única modificación, frente al Anteproyecto presentado ante el Consejo de Ministros: la eliminación de la tercería locativa gracias a las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu³⁹, entre otros, sin producirse ninguna modificación respecto al arco penológico de los delitos contra la libertad sexual. La Ley fue aprobada finalmente el 25 de agosto de 2022, aunque no será hasta el 7 de octubre, del mismo año, cuando entró en vigor.

³⁶ Artículo 178.1 del Código Penal.

³⁷ LÓPEZ TRUJILLO, Noemi. *Cronología de la ley del “solo sí es sí”: hitos clave de la primera norma que dividió el voto de la coalición*. 2023. *Neutral.es*. En línea: <https://www.neutral.es/cronologia-ley-solo-si-es-si/20230428/>

³⁸ ALCALÉ SANCHEZ, María. “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadES*, 5, 2021, p. 470.

³⁹ Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, pp. 28 y 196.

Precisamente con la entrada en vigor de la ley se empezaron a ver las primeras consecuencias de la misma y las primeras rebajas de penas que, en su día, generaron un enorme revuelo social y mediático. Todo ello provocó que el Partido Popular solicitase una reforma legislativa a fin de evitar estas consecuencias, sin fruto alguno.

Llegados ya a 2023, tras varias negociaciones entre el Partido Socialista Obrero Español y Unidas Podemos, el primero planteó una reforma de la ley de libertad sexual, en la que contaría con el apoyo del Partido Popular y la oposición de Unidas Podemos. En esta propuesta de reforma se mantuvo la definición del consentimiento del Anteproyecto y la unificación entre los delitos de agresión y abuso sexual, pero introduciendo una importante novedad: un nuevo tipo agravado dentro del delito de agresión sexual que reintroduce la violencia e intimidación dentro del tipo básico (que establece que si la agresión se comete empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada su voluntad, la pena será de uno a cinco años de prisión), aspecto que no aparecía en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, tras la unificación de los dos delitos. Esta reforma entró en vigor el 29 de abril de 2023, con la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores ⁴⁰.

De esta forma apareció la diferenciación, por un lado, el delito de agresión sexual y, por otro lado, el delito de agresión sexual con violencia o intimidación, que aparece regulado en el artículo 178.3 CP, y donde se impone una pena más elevadas en sus límites máximos y mínimos; de uno a cinco años de prisión (frente a la pena de uno a cuatro años de prisión que recoge el artículo 178.1 CP). En paralelo, introdujo un apartado segundo al artículo 179 CP donde se castigaba con penas de prisión de seis a doce años a quien realizase una violación (agresión sexual con acceso carnal) empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada su voluntad por cualquier causa.

Este nuevo tipo se introdujo como intento de evitar las revisiones de condenas y rebajas de las penas que se estaban produciendo pero, como veremos más adelante, realmente no ha sido del todo eficaz.

⁴⁰ BOE, núm. 101, de 28 de abril de 2023.

4. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA REFORMA DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

Con la entrada en vigor de la LO 10/2022, el 7 de octubre de 2022, se producen enormes cambios en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En primer lugar, la ley pretende una mejor protección para las víctimas de delitos contra la libertad sexual, poniendo al consentimiento como elemento central de cualquier encuentro sexual. Además, establece que, para considerar la existencia de consentimiento, debe haber una manifestación libre y voluntaria de la persona, lo que supone que la ausencia de un sí explícito supondría la ausencia de consentimiento. De ahí se deriva, por tanto, la importancia de que cualquier persona que participe en cualquier acto sexual tiene la responsabilidad de asegurar que su pareja no ha negado ese consentimiento. Es esencial comprender que, aunque la conceptualización del consentimiento haya cambiado, en nada afecta a la presunción de inocencia recogida en el artículo 25 CE (dado que “ninguna definición del consentimiento pueden afectar al derecho al debido proceso ni a la obligación de la parte acusadora de probar su acusación”⁴¹); la persona que acuse a otra persona de haber cometido un delito contra su libertad sexual deberá probar que manifestó claramente su voluntad de no mantener relaciones sexuales – pudiendo haberse hecho a través de actos, gestos, silencios o actitudes –, y que el acusado prosiguió con el acto sexual aun conociendo que la otra persona no estaba consintiendo⁴². Autores como Lascuráin Sánchez han apuntado, en contra de esta nueva definición del consentimiento, que al definirse el mismo de manera “restrictiva” podría suponer que una relación sexual consentida se reputase como agresión sexual⁴³.

En segundo lugar, la Ley ha provocado la desaparición de la diferenciación entre los delitos de agresión sexual y los delitos de abuso sexual. Esta unificación de los tipos penales vino acompañada de una disminución de las horquillas de penas previstas para este tipo de delitos. Y esta unificación en un único tipo penal, unida a la modificación del arco penológico de las agresiones sexuales, ha sido sin lugar a dudas el efecto más controversial de la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Toda vez que esta alteración de los primeros Capítulos del Título VIII

⁴¹ CANCIO MELIÁ. “Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales”. *El País*, 2022.

⁴² RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*, pp. 389-390.

⁴³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Por qué se han reformado los delitos sexuales? *El país*, 2023.

del Código Penal ha provocado numerosas revisiones y rebajas de condena para múltiples agresores sexuales en nuestro país.

Para entender el porqué de todas esas revisiones y rebajas de condena hay que acudir al artículo 9.3 de la Constitución Española, que consagra “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”⁴⁴. La irretroactividad de las leyes supone la prohibición de aplicar los efectos de una norma o acto jurídico a situaciones o hechos que surgieron antes de su entrada en vigor ⁴⁵. En este sentido, y como defiende Barber Burusco, si uno de los objetivos que persigue el derecho penal es influir en la conducta de posibles delincuentes imponiendo sanciones a determinadas conductas, esto no podría lograrse si no se determina en la ley, antes de producirse el hecho, la acción prohibida.⁴⁶ Sin embargo, el artículo 2.2 CP establece que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena” ⁴⁷. Es decir, las leyes penales con efectos más favorables para el reo pueden tener efecto retroactivo. Esta idea es unánimemente aceptada. Explica Córdoba Roda que es injusta la continuidad de la aplicación de una ley que el propio legislador ha sustituido por otra que, en este caso, resulta ser más beneficiosa ⁴⁸, y, en el mismo sentido Cancio Meliá que es injusto aplicar leyes anteriores cuando hoy pasan a introducir una nueva versión del delito del que se trate (en este caso, de los delitos sexuales)⁴⁹.

Tras la reforma, el delito de abuso sexual ha quedado absorbido por la agresión sexual, por lo que un delito que tipificaba una conducta de mayor gravedad incorpora uno de menor gravedad ⁵⁰. En ocasiones se ha cuestionado si esta unificación de conductas bajo el mismo rango de penas es desproporcionada, pero debe tenerse en cuenta que una agresión sexual con violencia o intimidación no tiene por qué ser, necesariamente, más grave que una agresión con abuso de una posición de poder, y ésta no tiene por qué implicar el uso de violencia o intimidación⁵¹. Sin embargo, la disminución en las penas para los delitos contra la libertad sexual, tanto en sus límites mínimos como máximos, junto con la retroactividad

⁴⁴ Constitución Española, artículo 9.3.

⁴⁵ GARCÍA, Daniel. “Irretroactividad en Derecho explicado con ejemplos”. Sin fecha. <https://derechovirtual.org/irretroactividad-en-derecho-explicado-con-ejemplos/>

⁴⁶ BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión. Monografías de Derecho Penal*. Madrid, 2014, pp. 8-10.

⁴⁷ Código Penal español, artículo 2.2.

⁴⁸ CORDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 19.

⁴⁹ CANCIO MELIÁ. “La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales”. *El País*, 2022.

⁵⁰ Cronista. “Polémica por la Ley solo sí es sí: cuál es el problema de la cuestionada norma”. 2023. <https://www.cronista.com/espana/actualidad-es/polemica-por-la-ley-solo-si-es-si-cual-es-el-problema-de-la-cuestionada-ley/>

⁵¹ CANCIO MELIÁ. “Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales”. *El País*, 2022.

de la ley penal más favorable, ha producido la revisión de las condenas impuestas para los agresores sexuales conforme a la ley anterior⁵².

Con anterioridad a la reforma, las penas previstas para los delitos sexuales estaban graduadas según la gravedad de la conducta; los actos sexuales no consentidos donde se utilizaba violencia o intimidación se consideraba agresión sexual y, cuando no mediaba esta violencia o intimidación se consideraba abuso sexual. A esta diferenciación en las penas dependiendo de la gravedad de la conducta se le conoce como proporcionalidad de las penas⁵³. La nueva Ley, al eliminar la distinción entre estos dos hechos delictivos y si el autor actuó con violencia o intimidación no, hace que se castigue con la misma pena un mismo acto contra la libertad sexual independientemente de los medios empleados para ello. Esto principalmente supone, como hemos visto, una rebaja importante de las penas para los delitos más graves, así como una ligera subida de los más leves.

Con ello, el principal problema que generó la entrada en vigor de esta Ley, a causa del mandato de retroactividad de la ley penal más favorable, se encuentra en las sentencias donde se impuso el límite mínimo previsto en la anterior legislación para las agresiones sexuales, y cuando no había agravantes que pudieran justificar una condena mayor⁵⁴. Esto es, porque al modificarse el marco de las penas para dichas conductas, a los tribunales se les abría la posibilidad de imponer el nuevo límite mínimo en base al principio de retroactividad más favorable. Sin embargo, para poder plantear la revisión de las condenas antes tenemos que encontrarnos en uno de los siguientes: 1) Que sean hechos sentenciados y ejecutados; 2) Que sean sentencias condenatorias firmes a penas de prisión; 3) Que se trate de una sentencia pendiente de firmeza porque está en proceso de recurso; y 4) Que sean hechos pendientes de enjuiciar cometidos antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre⁵⁵.

Como consecuencia, múltiples agresores sexuales por toda España han solicitado la revisión de su condena. Es difícil concretar el número exacto de revisiones y rebajas de condena acaecidos por toda España, aunque se estima que (hasta mayo de 2023) hubo más de 2300

⁵² CALVO, Sara. “El principio de la retroactividad de las disposiciones más favorables y la revisión de las penas tras la promulgación de la Ley del solo sí es sí”. 2023. En línea: <https://www.sgrr.es/derecho-civil/ley-del-solo-si-es-si/>

⁵³ DE PABLO, José María. “Una visión crítica de la ley de “solo sí es sí” y su posterior reforma. <https://www.josemariagonzalezabogados.es/vision-critica-ley-solo-si-es-si/>

⁵⁴ YESTE BAUTISTA, Antonio, JIMÉNEZ RUIZ, Maravillas. “La reforma de la Ley “solo sí es sí” y su contrarreforma. 2023. En línea: <https://blog.sepin.es/reforma-ley-solo-si-es-si-contrarreforma>

⁵⁵ HERNÁNDEZ RUEDA, M.^a. Dolores. “La reforma de los delitos contra la libertad sexual y su aplicación en la práctica”, *La reforma de los delitos sexuales* de Gemma Martínez Galindo (Dir.), Miguel Bustos Rubio, (Coord.), Alfredo Abadías Selma (Coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2024, pp. 174-175.

revisiones de condena, de las cuales 1079 implicaron la rebaja de la pena y 108 la excarcelación de los culpables.

Sin embargo, y aun considerando evidente que las revisiones de condena no dejan de significar situaciones de desprotección a las mujeres, afirmar que estas revisiones y rebajas de las penas son “*un problema gravísimo*” parece indicar que lo único relevante a la hora de hablar de la violencia sexual es la gravedad de las penas, cuando no es así⁵⁶.

No obstante, las opiniones de los tribunales y la doctrina respecto a si deberían producirse las revisiones de las penas, y sus consecuentes rebajas, no han dejado de ser desiguales y, de ahí, la diversidad de casos donde hay quienes han visto sus penas rebajas y quienes no han sido beneficiados por esta nueva legislación.

Díaz Torrejón diferenciaba tres circunstancias a la hora de realizar las revisiones de condena; en primer lugar, en los casos donde la LO 10/2022, de 6 de septiembre, había rebajado el límite superior de la pena, defiende que debían de ser revisados por el efecto retroactivo de las leyes penales más favorables; en segundo lugar, en aquellos casos donde la pena impuesta en la sentencia se encontrase dentro del arco de la pena anterior (es decir, que no se haya modificado la pena prevista para ese delito), no debería revisarse la condena (como en la STS 2818/2023⁵⁷); y, por último, diferenciaba una tercera posibilidad donde, con la nueva Ley, el límite máximo de la pena no haya disminuido pero sí el límite mínimo, donde pueden darse los casos más polémicos y difíciles⁵⁸. Esta última posibilidad es la que ha provocado la mayor parte de revisiones y rebajas de condena en España, ya que es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de violación (cuya pena antes de la reforma era de seis a doce años de prisión y, después de la misma, es de cuatro a doce años).

La Fiscalía General del Estado, en su decreto de 21 de noviembre de 2022, defendía no reducir las penas mínimas, en aplicación de la Disposición Transitoria quinta del Código Penal⁵⁹, donde se explicaba que la revisión solo procederá cuando la pena efectivamente impuesta exceda, en abstracto, de la que correspondería imponer en aplicación de los

⁵⁶ CANCIO MELIÁ. “La ley del solo sí es sí: un debate irreal”. *El País*, 2023.

⁵⁷ STS 2818/2023, de 20 de junio.

⁵⁸ DÍAZ TORREJÓN, Pedro. “La revisión de las penas del “solo sí es sí””. 2022. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1227939

⁵⁹ Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código.

preceptos de la nueva legislación penal ⁶⁰. Además, establecían que, como regla general, no procede la revisión de condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia pueda imponerse también con arreglo a la nueva legislación ⁶¹. Esta opción coincidía con la interpretación que daban algunas Audiencias Provinciales españolas, como las de Navarra, La Rioja o Las Palmas, pero otras como las de Madrid, Málaga o Granada la descartaban ⁶². Con ello, se dictó 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, que se remite al Decreto del 21 de noviembre sobre las dudas que pudiesen plantearse en relación a la revisión de sentencias firmes ⁶³. Sin embargo, dicho Decreto es únicamente de obligado cumplimiento para los representantes del Ministerio Fiscal, no para los Jueces y Tribunales españoles ⁶⁴.

Dada la conflictividad jurídica que estaba resultando de estas revisiones por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y la disparidad de opiniones doctrinales, el Tribunal Supremo convocó, a principios de junio de 2023, el Pleno Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios sobre la retroactividad o no de dicho texto legislativo. El Alto Tribunal se pronuncia en contra de las limitaciones que, en aplicación de la Disposición Transitoria quinta del Código Penal, impone la Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado a la retroactividad favorable de la LO 10/2022. El Tribunal Supremo defiende que la Disposición Transitoria quinta del Código Penal, al suponer una limitación al principio de retroactividad de las normas favorables, solo puede aplicarse cuando así lo determine expresamente el legislador; aspecto que, en la LO 10/2022, no se ha dado – en la STS 473/2023 se estableció que, en la LO 10/2022, el legislador había dejado operar sin matización alguna el artículo 2.2 CP -.

Además, rechaza también el Tribunal Supremo la tesis de la Fiscalía General del Estado porque aplicar esa limitación de la Disposición Transitoria quinta del Código Penal a la regla general de revisión de sentencias firmes recogida en el artículo 2.2 del Código Penal, sin que exista una previsión transitoria y específica en la nueva disposición normativa supondría

⁶⁰ Ministerio Fiscal (España). *El Fiscal General del Estado dicta un decreto para unificar criterios de actuación tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022*, 21 noviembre, 2022. <https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-general-del-estado-dicta-un-decreto-para-unificar-criterios-de-actuacion-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-organica-10-2022>

⁶¹ Decreto del Ministerio Fiscal, de 21 de noviembre de 2022. Tercero, III.

⁶² CALVO, S. *El principio de la retroactividad de las disposiciones más favorables y la revisión de las penas tras la promulgación de la Ley del solo sí es sí*. 8 marzo 2023. <https://www.sgr.es/derecho-civil/ley-del-solo-si-es-si/>

⁶³ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

⁶⁴ GALLEGU, G. *La revisión de las sentencias al amparo de la LO 10/2022*. 5 enero 2023. <https://elderecho.com/revision-sentencias-ley-organica-10-2022>

introducir una interpretación extensiva *in malam partem* que no tiene cabida en el Derecho penal (STS 2823/2023)⁶⁵. Ello no obstante, el Tribunal Supremo insiste en la importancia de analizar caso por caso, y no de manera global, ya que la reducción de las penas no reviste un carácter automático.

En esencia, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la Disposición Transitoria quinta del Código Penal al considerarla una ley de transición entre el Código Penal de 1978 y 1995, a la vez que afirma que la retroactividad predomina sobre las disposiciones transitorias, lo que conlleva que, si en la sentencia se aplicaron las penas mínimas, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, deberían siempre rebajarse las condenas.

Como puede apreciarse, realmente existen casos donde, fruto de la reforma introducida por la Ley 10/2022, deben revisarse las condenas, otros donde no, y otros donde la respuesta no es tan evidente y habrá que atender a las circunstancias del caso. No obstante, es imprudente negar que, aunque no fuese el objetivo pretendido con la nueva legislación, el principal efecto que ha tenido esta reforma ha sido la rebaja de las penas de los condenados por delitos de abuso sexual, agresión sexual o violación.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como se ha visto, la reforma fruto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha ocasionado numerosos conflictos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, conviene hacer una revisión de la jurisprudencia que nos ha dejado esta nueva legislación. En concreto, analizaremos cinco sentencias significativas, por la importancia (incluso mediática del caso) o por su decisión ilustrativa de la dirección jurisprudencial que ha ido consolidándose:

- 1) La STS 344/2019, de 4 de julio, relativa al caso de “la Manada” para analizar más a fondo el caso tan importante que, entre otras circunstancias, propició la reforma legislativa que estamos analizando así como para estudiar la reciente rebaja de la pena a uno de los culpables;
- 2) la STS 845/2023, de 22 de noviembre, donde analizaremos uno casos donde se produjo una rebaja de la pena privativa de libertad por una violación y sus motivos;
- 3) a continuación,

⁶⁵ GIMBERNAT, Enrique. *La retroactividad favorable de la ley del “solo sí es sí”*. 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236474

estudiaremos la SAP 14/2024, de 22 de febrero, relativa al también mediático caso del futbolista Dani Alves, que ofrece una novedosa y pedagógica explicación sobre el consentimiento en base a la LO 10/2022; y finalmente, examinaremos la 4) STS 536/2023, de 3 de julio y 5) STS 704/2023, de 28 de septiembre, como ejemplificativas de casos donde no se ha concedido la rebaja de la pena solicitada por el condenado.

5.1. STS 344/2019, de 4 de julio. Caso “La Manada”. Diferenciación entre abuso y agresión sexual, y disminución de la pena fruto de la Ley 10/2022

En primer lugar, es pertinente hacer una referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019, de 4 de julio, referente al caso de “La Manada”, que, como se ha indicado, fue una de las razones que motivaron la reforma. “La Manada” era un grupo de cinco hombres que en las fiestas de San Fermín en 2016 fueron acusados de la realización de varios delitos contra la libertad sexual, de forma conjunta, contra una joven de dieciocho años.

Son hechos probados que estos cinco hombres realizaron diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso, actuando de común acuerdo sobre la denunciante; entre ellos, fue penetrada bucalmente por todos los procesados, penetrada vaginalmente por dos de ellos y por vía anal por otro de los hombres⁶⁶, al introducir a la joven en un habitáculo dentro de un portal tirando de ella, haciéndola callar y rodeándola entre todos, ante lo cual la denunciante adoptó una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera⁶⁷. Además, la grabaron durante todos los hechos.

Inicialmente, fueron condenados por un delito de agresión sexual continuado de los artículos 178, 179, 180, 192 y 74 CP por el Juzgado de Instrucción número 4 de Pamplona, pero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo, les condenó como autores (en virtud del artículo 28 CP) de un delito de abuso sexual continuado del artículo 181.4 CP, en el subtipo agravado del número cuatro, con una pena de prisión de nueve años e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de privación de libertad; y absolviéndolos, a su vez, del delito de agresión sexual continuado por el que habían sido condenados anteriormente. A su vez, se les impuso la prohibición de

⁶⁶ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Antecedente de hecho primero, p. 5.

⁶⁷ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Antecedente de hecho primero, p. 5.

acercamiento a la denunciante o de establecer comunicación alguna con ella durante quince años y cinco años de libertad vigilada al concluir la pena privativa de libertad ⁶⁸.

La Audiencia Provincial de Navarra estimó, en la SAP 38/2018 que los acusados habían cometido un delito de abuso sexual, en el subtipo agravado del artículo 183.4 CP, al descartar el empleo de violencia o intimidación que integra el concepto de agresión, y considerar que se daban elementos objetivos y subjetivos del abuso sexual con prevalimiento⁶⁹. El prevalimiento, en palabras del Tribunal Supremo, exige el aprovechamiento de cualquier situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto a la víctima para abusar sexualmente de ella, sin que ésta haya prestado su consentimiento libremente, sino que dicho consentimiento (que sí está prestado) se ve viciado o presionado por dicha situación (STS 132/2016, de 23 de febrero). La Audiencia Provincial de Navarra considera, por tanto, que no existió violencia o intimidación (necesaria para hablar de agresión sexual) por parte de los acusados a la hora de abusar sexualmente de la víctima, sino que crearon una situación de preeminencia sobre la denunciante que generó una posición privilegiada frente a ella.

No consideraron la existencia de violencia, por un lado, porque, según la Audiencia Provincial de Navarra, se requiere que sea idónea para doblegar la voluntad de la víctima⁷⁰, y, de esta manera, consideran que las acusaciones no lograron probar la utilización de medios físicos para doblegar la voluntad de la víctima suficientes para obligarle a realizar actos de naturaleza sexual; y, para más inri, señalan que las lesiones presentadas por la víctima después de la agresión no revelaban la existencia de violencia, sino que solo eran indicativas de la penetración por vía vaginal. Por otro lado, descartaron también la presencia de intimidación, definida como el constreñimiento psicológico consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en la acción sexual, al no considerar que pudiera entenderse presente en atención a las circunstancias descritas.

El 30 de noviembre de 2018, el Ministerio Fiscal, la Comunidad Foral de Navarra (acusación popular), el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona y los acusados interpusieron recurso de apelación (n.º 7/18) ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra en la causa n.º 426/16. La Sala confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra.

⁶⁸ SAP 38/2018, de 20 de marzo. Fallo, pp. 127-133.

⁶⁹ SAP 38/2018, de 20 de marzo. Fundamento jurídico cuarto, pp. 100-101.

⁷⁰ SAP 38/2018, de 20 de marzo. Fundamento de derecho cuarto, p. 95.

Frente a esta resolución, el Ministerio Fiscal, la víctima denunciante, la Comunidad Foral de Navarra (acusación popular), el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona (acusación popular) y los cinco condenados, interpusieron recurso de casación (n.º 396/2019). El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona fueron estimados (lo veremos a continuación) y el de la víctima y la Comunidad Foral de Navarra parcialmente estimados, mientras que el recurso de casación interpuesto por los condenados fue desestimado. En el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal se planeaba, en primer lugar, la infracción del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por inaplicación indebida de los artículos 178, 179 y 74 CP. El Ministerio Fiscal defendió que existía un error en subsunción jurídica de los hechos probados, ya que consideraban que los hechos reproducidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial eran constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP⁷¹, al afirmar que existe una actitud intimidatoria por parte de los cinco acusados que permitió que realizaran los actos sexuales descritos en la resolución de la Audiencia Provincial.

Frente a esto, el TS hace una contraposición entre el delito de abuso sexual y agresión sexual en el Fundamento Jurídico quinto, apartado tercero. Basándose en la STS 216/2019, de 4 de abril, explican que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa del empleo de violencia o intimidación⁷². Es decir, el delito de abuso sexual supone que la víctima o era incapaz de negarse a realizar cualquier acto de índole sexual o se encontraba en una situación donde se coartaba su libertad⁷³. Por otro lado, explican que en el delito de agresión sexual tampoco se consiente libremente pero, aquí, el autor emplea violencia o intimidación, sin necesidad de que la resistencia interpuesta por la víctima sea especialmente intensa. Con cita de la STS 953/2016, de 15 de diciembre, la intimidación empleada por los autores del delito no tiene que ser invencible o irresistible, bastando con ser suficiente para paralizar o erradicar la voluntad de resistencia de la víctima, tanto por el vencimiento material como por el convencimiento de la inutilidad de oponer resistencia.

Con ello, el Tribunal Supremo determina que de los hechos probados expuestos en la sentencia recurrida existe un error de subsunción jurídica por la Audiencia Provincial: no existió consentimiento por parte de la víctima, creándose una intimidación que deriva en una

⁷¹ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Fundamento de derecho quinto, primero, p. 56.

⁷² STS 216/2019, de 4 de abril.

⁷³ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Fundamento de derecho quinto, apartado tercero, p. 62.

coerción indudable sobre la voluntad de la víctima⁷⁴, dada la existencia de factores suficientes que crean ese entorno intimidatorio: el ataque sexual a una joven de 18 años, en un lugar pequeño y oscuro, sin salida, con cinco hombres más “grandes” que ella... Todo ello ocasiona una situación de intimidación capaz de alcanzar el objetivo de los acusados: paralizar la voluntad de la víctima, y, además, en ausencia total del consentimiento por parte de la víctima. En consecuencia, consideraron que los hechos debían ser calificados como delito de violación de los arts. 178 y 179 CP.

Otro de los motivos planteados en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio fiscal era la aplicación de las agravaciones previstas en el artículo 180.1 1ª y 2ª CP; el primer precepto agrava la pena cuando la violencia o intimidación reviste un “carácter particularmente degradante o vejatorio”, siendo el fundamento de tal agravación la afectación no solo a la libertad sexual de la víctima, sino también a su dignidad como persona. Justificaban esta petición en base a las condiciones en que los cinco condenados trataron a la víctima (penetrándola bucal, vaginal y analmente), así como las condiciones de desamparo en que la dejaron después (sola y desnuda en una habitación oscura de un portal)⁷⁵; por otro lado, el artículo 180.1 2ª CP prevé una pena superior en casos de actuación conjunta de dos o más personas, tanto por la gravedad que supone un acuerdo entre los agresores como por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima (aspecto que se recoge en los hechos probados). Asimismo, plantearon otro motivo relacionado con el hurto del teléfono móvil de la víctima, si bien eso no nos concierne para el tema que estamos tratando actualmente.

En este caso, el Tribunal Supremo aclara en el Fundamento Jurídico sexto, apartado primero, que el carácter “particularmente degradante o vejatorio” contemplado en el artículo 180.1. 1º debe entenderse como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, más allá de la propia agresión sexual. En este sentido, la STS 675/2009 explica que toda agresión sexual, que lleva implícita el uso de violencia o intimidación, conlleva necesariamente un cierto grado de brutalidad, vejación, menosprecio y humillación para la víctima. Por ello, para considerar la agravación del artículo 180.1.1ª, dicha brutalidad o humillación debe ser superior al que llevan aparejado normalmente este tipo de hechos delictivos. Ello no obstante, explica el Tribunal Supremo también que, en otras ocasiones, han apreciado este carácter particularmente vejatorio o degradante no solo respecto del acto aislado, sino también respecto a la situación de sometimiento de la víctima creada. En el caso

⁷⁴ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Fundamento de derecho quinto, apartado séptimo, p. 79.

⁷⁵ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Fundamento de derecho sexto, apartado segundo, p. 89.

que nos ocupa, el Tribunal Supremo consideró que se daba ese carácter vejatorio o degradante, precisamente, por la manera en que los acusados trataron a la víctima; manteniéndola desnuda toda la noche, siendo penetrada alternativamente por todos los acusados, riéndose de ella cuando pedía que parasen, obligándola a beber cerveza y fumar hachís...; todo ello, manifiesto de que la víctima fue utilizada como objeto de placer durante toda una noche.

En estos términos, se pronuncia la STS 159/2007: “la descripción fáctica permite apreciar que la víctima fue sometida durante toda la agresión a una situación donde la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual, sino que la excedieron mediante una serie de penetraciones violentas, que los autores simultaneaban sucesivamente, colocándola bajo una violencia innecesaria que no puede ser calificada sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria”⁷⁶.

Además, y como último argumento relativo al carácter degradante y vejatorio por parte de los acusados, el Tribunal Supremo aclara que existen diversos elementos fácticos en la sentencia de la Audiencia Provincial que permiten constatar tanto la intimidación como este trato humillante al que fue sometido la víctima, entre los que destacan las múltiples penetraciones realizadas sobre la denunciante y varias fotos con actitud “jactanciosa” que los acusados se sacaron entre sí.

Frente a las peticiones del Ministerio Fiscal en relación con el artículo 180.1.2^a y la agravación de la conducta en caso de actuación conjunta de dos o más personas, el Alto Tribunal simplemente aclara que no es un hecho discutido que los cinco acusados participaron en los diversos actos de carácter sexual realizados sobre la joven⁷⁷. Sin embargo, aclaran que esta agravación se refiere a la colaboración eficaz de dos o más personas para obtener un fin antijurídico, puesto que la presencia de copartícipes supone una mayor superioridad e impunidad, y un aumento de la intimidación que sufre la víctima⁷⁸, es decir, que en este caso sería necesario que la pluralidad de sujetos actúe conjuntamente para agredir sexualmente a la víctima; puesto que, en caso de no haberse podido cometer el delito por parte de un único agresor, no podría haberse aplicado la agravación.

Visto el recurso de casación 369/2019, interpuesto por las partes ya mencionadas, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 344/2019 (Segunda Sentencia), determinó que los hechos

⁷⁶ STS 159/2007, de 27 de febrero.

⁷⁷ STS 344/2019, de 4 de julio. Casación. Fundamento de derecho sexto, apartado quinto, p. 94.

⁷⁸ STS 1142/2009, de 24 de noviembre.

declarados probados debían ser calificados y penados como un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del artículo 180.1. 1ª y 2ª, imponiendo a cada acusado la pena de quince años de prisión (una pena que se encuentra muy próxima al mínimo legal y que, según el TS, resultaba proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y gravedad de los hechos), en aplicación del artículo 180.1 y 2 y 74 del CP (que regula la figura del delito continuado)⁷⁹. La pena de prisión de quince años responde a la gravedad de los hechos y a la actitud de los acusados. Además, se les impuso la medida de seguridad de libertad vigilada durante un periodo de ocho años, en aplicación del artículo 192.1 CP y una ampliación de la responsabilidad civil a cien mil euros, frente a los cincuenta mil euros anteriores.

Como podemos apreciar, en esta sentencia el Tribunal Supremo hace varias aclaraciones en relación con el papel del consentimiento, de apreciación la presencia o no de violencia o la intimidación, del carácter especialmente degradante o vejatorio de las actuaciones, y de los delitos realizados por actuación conjunta de dos o más personas.

Sin embargo, y sin ánimo de menospreciar el papel del Tribunal, como ya hemos mencionado anteriormente, la importancia real de esta Sentencia no viene tanto de la jurisprudencia que de ella emana, sino del papel mediático que desempeñó. El caso de “la Manada” ha sido uno de los casos de ataques contra la libertad sexual más mediáticos en la historia reciente de nuestro país y ha provocado un enorme cambio en la concienciación social en lo que a los delitos sexuales se refiere. Este caso fue especialmente controversial y “famoso” principalmente por dos motivos: uno de ellos fue el fallo de la Audiencia Provincial de Navarra calificando los hechos como abuso sexual en lugar de agresión sexual; el otro fue un voto particular de la sentencia de la Audiencia, donde se absuelve a los acusados de todos los delitos sexuales que se les imputaba. El Magistrado que redactó ese voto particular menospreció la actitud de la víctima catalogándola como libertina, que acepta sexo en grupo con desconocidos y posteriormente los denuncia solo por su actitud “poco caballerosa”⁸⁰, y justificó la actuación de los cinco hombres, defendiéndolos por la enorme presión mediática que habían sufrido por unos hechos que se daban por probados solos⁸¹.

⁷⁹ STS 344/2019, de 4 de julio. Segunda Sentencia. Fundamento de derecho segundo, p. 129.

⁸⁰ FARALDO CABANA, Patricia. “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”. *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch Editor, 2019, p. 272.

⁸¹ ALCALÉ SÁNCHEZ, María. “Ser o no ser (de la Manada): esta es la cuestión”. En: *Nueva Tribuna*. 2018. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/ser-ser-manada-es-cuestion/20180428210127151339.html>

Finalmente, hay que destacar que, fruto de la LO 10/2022, uno de los agresores de esta “Manada” ha visto minorada su pena, rebajándola de quince a catorce años de prisión, por un auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 11 de septiembre del 2023. El Tribunal, partiendo de la STS 483/2023, de 8 de junio, manifiesta que “La disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una norma de derecho transitorio y, por tanto, de carácter temporal, (...), esto es, (aplicable) a las revisiones de condena que se podían producir a raíz de la entrada en vigor del Código Penal aprobado mediante la citada ley orgánica”, y, como ya hemos visto, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, no contiene ninguna disposición transitoria que regule cómo debe procederse en los casos de revisión de condenas⁸². Por ello, pasa a analizar la procedencia de la revisión de la pena en este caso en concreto.

En particular, parten de la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se consideran menos gravosas, o más favorables, las penas que, aunque mantengan el límite superior de la horquilla que sea aplicable, reducen el límite inferior⁸³ (en este sentido, la STS 45/2023, de 1 de febrero, sostiene que es menos grave una pena de seis a doce años de prisión, que una pena de ocho a doce). En el caso en que nos encontramos, los culpables fueron condenados a quince años de prisión por un delito de violación de los artículos 178 y 179 CP (en virtud de los cuales, el arco penológico iba de catorce años, tres meses y un día hasta los dieciocho años), si bien el arco penológico de este delito se ha visto modificado por la Ley 10/2022, y, actualmente, la pena aplicable sería de siete a quince años de prisión, en su mitad superior por las circunstancias agravantes del artículo 180.1.1ª y 2ª, así como el artículo 74 CP, en virtud del cual podría llegarse incluso a la mitad inferior de la pena superior en grado. Es decir, la horquilla tras la reforma sería desde los trece años y un día hasta los dieciocho años⁸⁴.

Vemos, por tanto, que el máximo de las penas continúa invariable, mientras que el mínimo ha disminuido en un año y tres meses y resulta, actualmente, más favorable para el reo que la anterior. Además, el Tribunal Superior de Justicia destaca que la pena de quince años se encontraba muy próxima al mínimo legal antes de la reforma (en nueve meses), mientras que, en caso de quedar inalterada después de la misma, se vería más alejado de ese mínimo (en dos años), no cumpliendo con el parámetro que el Tribunal Supremo fijó en la Sentencia 344/2019 como “próximo al mínimo legal”⁸⁵.

⁸² TSJ Navarra Civil y Penal AU, 11 de septiembre de 2023. Fundamento jurídico tercero, p. 3.

⁸³ TSJ Navarra Civil y Penal AU, 11 de septiembre de 2023. Fundamento jurídico cuarto, p. 4.

⁸⁴ TSJ Navarra Civil y Penal AU, 11 de septiembre de 2023. Fundamento jurídico cuarto, p. 4.

⁸⁵ TSJ Navarra Civil y Penal AU, 11 de septiembre de 2023. Fundamento jurídico quinto, p.5.

Por todos estos motivos, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra considera que la reforma por la Ley 10/2022, al haber disminuido la pena mínima que corresponde para el delito cometido por el culpable⁸⁶, resulta de manera indudable más favorable para el recurrente, y, por tanto, se acuerda la rebaja de la pena hasta los catorce años de prisión.

5.2. STS 854/2023, de 22 de noviembre. Delito de violación y la revisión de su condena tras la LO 10/2022.

La STS 854/2023, de 22 de noviembre, analiza el caso de un hombre que fue condenado por la Audiencia Provincial de Madrid en octubre del año 2011 como autor de dos delitos de violación del artículo 179 CP – uno de ellos como cooperador necesario – a la pena de seis años de prisión por cada uno de ellos⁸⁷, resultando en una pena de doce años de prisión en total.

Los hechos se remontan al día 21 de julio de 2009, cuando el acusado y un amigo suyo, que también fue condenado, se abalanzaron sobre la víctima en un bar que se encontraba cerrado y, mientras la sujetaban fuertemente de los hombros, uno le introdujo su miembro por vía bucal y otro por vía vaginal⁸⁸. La Sentencia de la Audiencia Provincial, en la que fueron condenados, analiza la credibilidad de la víctima puesto que se el acusado y su amigo tenían otra versión de los hechos frente a la de ella, pero consideró la Audiencia que la declaración de la víctima había sido “*franca, creíble, firme, persistente y sin ningún tipo de animaversidad o interés que haga dudar sobre la veracidad de las manifestaciones*”, por lo que consideraron que la dicha declaración tuvo, por sí misma, poder para desvirtuar el principio de inocencia de los acusados⁸⁹. No obstante, la Audiencia le justificó la condena por los dos delitos de violación del artículo 179 CP en base a que, cuando dos sujetos con fuerza o intimidación cometen una agresión sexual sobre la misma persona, quien lo ayude será cooperador necesario de los actos de violencia o intimidación, siendo por tanto autores los dos, en conceptos distintos, de los dos delitos de violación (vid. STS 1291/2005, de 8 de noviembre y 1169/2004, de 18 de octubre)⁹⁰.

⁸⁶ TSJ Navarra Civil y Penal AU, 11 de septiembre de 2023. Fundamento jurídico séptimo, p. 6.

⁸⁷ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Antecedente de hecho segundo, p. 2.

⁸⁸ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Antecedente de hecho primero, p. 2.

⁸⁹ SAP Madrid 115/2011, de 17 de octubre. Fundamento de derecho primero, p. 2.

⁹⁰ SAP Madrid 115/2011, de 17 de octubre. Fundamento de derecho segundo, p. 4.

Con motivo de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, el Tribunal solicitó de oficio la revisión de la sentencia para proceder a la reducción de la pena si correspondiese⁹¹, pero a 30 de enero de 2023 la Audiencia Provincial de Madrid dictó un auto estableciendo que no había lugar a dicha revisión⁹².

Frente a dicha resolución, el acusado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por la indebida aplicación de los artículos 178 y 179 conforme a la nueva redacción dada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en relación con el artículo 2.2 CP⁹³. En dicho recurso, el acusado manifiesta que sí procede la rebaja de su condena porque la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha reducido el mínimo del marco penológico de seis a cuatro años de prisión y a él le fue impuesta la pena en su mínimo legal sin más explicaciones del por qué⁹⁴. Es decir, antes de la reforma la horquilla penológica para los delitos de violación era de seis a doce años de prisión, siendo ahora de cuatro a doce años y, por ello, el tramo mínimo debería ser de cuatro años por cada uno de los delitos⁹⁵.

El Tribunal Supremo explica que la Audiencia Provincial, en su decisión de no revisar la condena, había justificado que en el nuevo marco legal creado por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, encontramos en una sola figura (el delito de agresión sexual) lo que con anterioridad eran dos delitos diferentes (agresión y abuso sexual) en atención a si había mediado violencia o intimidación o no⁹⁶. Desde su punto de vista, al imponer por cada delito de violación cometido la pena privativa de libertad de seis años, el total resultaba de doce años de prisión, la pena resultaba adecuada en atención a la gravedad de la agresión sexual cometida inmovilizando fuertemente a la víctima entre los dos hombres⁹⁷. Además, negaron la revisión de la condena porque la pena resultante en su conjunto era de doce años de prisión, mientras que si se apreciaba el nuevo mínimo legal (de cuatro años), la pena privativa de libertad resultante sería de ocho años – un tercio inferior –, manteniéndose la gravedad de los hechos y para los cuales, con la nueva legislación, no correspondería imponer el mínimo legal (porque la nueva legislación castiga tanto los actos en contra de la libertad sexual cometidos con violencia e intimidación como otras conductas menos graves, y el mínimo

⁹¹ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Antecedente de hecho cuarto, p. 2.

⁹² STS 854/2023, de 22 de noviembre. Antecedente de hecho quinto, p. 2.

⁹³ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho segundo, p. 3.

⁹⁴ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho segundo, p. 3.

⁹⁵ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho segundo, p. 3.

⁹⁶ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 3.

⁹⁷ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 3.

legal estaría reservado para aquellas conductas realizadas bien sin violencia o intimidación, o de menor entidad)⁹⁸.

Frente a la decisión de la Audiencia, el Tribunal Supremo se remite a dos de sus sentencias para explicar la procedencia o no de la rebaja de la pena: la STS 437/2023, de 8 de junio, y la STS 523/2023, de 29 de junio.

En primer lugar, a la STS 437/2023, de 8 de junio, donde exponían que el nuevo tipo como consecuencia de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, rebaja las penas pero amplía las conductas castigadas al introducir otras menos graves y haciendo que elementos, que denotan mayor gravedad, dejen de ser inherentes al tipo (la violencia e intimidación, en concreto). De esta forma, actualmente se puede ponderar la presencia de esos factores a la hora de realizar la individualización de la pena, conforme al artículo 66 CP por implicar que el hecho es más grave⁹⁹.

Por otro lado, la STS 523/2023, de 29 de junio, explica que cuando las conductas tipificadas en los artículos 178 y 179 CP se cometieran empleando violencia o intimidación no necesariamente debe imponerse una pena superior a la mínima legalmente establecida, porque entienden que el empleo de esos medios comisivos no convierte un mismo ataque contra la libertad sexual en más grave¹⁰⁰. Lo realmente relevante es la presencia o no del consentimiento (o del consentimiento viciado) en las actuaciones de carácter sexual que tengan lugar, cualquiera que sea el medio por el que se logren¹⁰¹. En otras palabras, en el modelo resultante de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, aunque la conducta fuese violenta no tiene por qué ser necesariamente más grave (aunque sí lo será en atención a intensidad de dicha violencia) y, por tanto, la ausencia de esa violencia no implicaría tener que imponer la pena mínima¹⁰².

Por todo ello, el Tribunal Supremo considera que sí resulta procedente una revisión de la condena. Las penas previstas para el tipo básico del delito de violación del art. 179 CP eran, antes de la reforma, de seis a doce años de prisión y, actualmente, es de cuatro a doce años de prisión; siendo el límite máximo de la pena igual, pero resultando inferior el límite mínimo¹⁰³.

⁹⁸ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 4.

⁹⁹ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 4.

¹⁰⁰ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 4.

¹⁰¹ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 5.

¹⁰² STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho tercero, p. 5.

¹⁰³ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho cuarto, p. 5.

La Audiencia Provincial, respecto a la individualización de la pena, estableció que al no apreciarse circunstancias atenuantes ni agravantes y en atención a la gravedad del hecho, debía imponerse la pena legalmente prevista en su mitad inferior (de seis años de prisión) y que, en consecuencia, la pena de doce años de prisión que corresponde por los dos delitos de violación resulta de entidad suficiente y acorde a la gravedad de los hechos¹⁰⁴. Frente a este argumento, el Tribunal Supremo destaca que la Audiencia no encontró motivos para rebasar el mínimo legal penológico y que no pudo plantearse la posibilidad de imponer una pena menor por no estar previsto en la regulación anterior¹⁰⁵.

En resumen, la descripción de la conducta coincide en todos sus elementos en la legislación anterior y la actual (agresión sexual con acceso carnal empleando violencia, contemplado en los artículos 178 y 179 CP), pero las penas previstas por la legislación actual son inferiores. Al no expresar la sentencia de instancia ningún otro elemento que pudiera justificar una pena superior y habiendo considerado todas las circunstancias concurrentes, considera el Tribunal Supremo que continuar imponiendo una pena de seis años de prisión, ya no siendo ésta su extensión mínima, constituiría una infracción del principio de proporcionalidad. Por ello, rebajan la pena de prisión de seis años por cada delito de violación a cuatro años por cada delito de violación, resultando en una pena total de ocho años de prisión¹⁰⁶.

Ello no obstante, también matiza el Tribunal que es necesario aplicar la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en su conjunto¹⁰⁷ y no sólo en lo que a la reducción de la pena se refiere por lo cual, aunque se le rebajó la pena de prisión, se le impuso también la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio donde tuviera contacto regular con menores de edad durante cinco años más de la duración de la pena privativa de libertad y la medida de libertad vigilada durante cinco años tras la finalización de su estancia en prisión¹⁰⁸.

5.3. SAP de Barcelona, de 22 de febrero, rec. 27/2023. Roj: 14/2024. Caso “Dani Alves”, delito de violación y definición de consentimiento

¹⁰⁴ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho cuarto, p. 6.

¹⁰⁵ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho cuarto, p. 6.

¹⁰⁶ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Segunda sentencia. Fallo, p. 8.

¹⁰⁷ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Fundamento de derecho quinto, p. 6.

¹⁰⁸ STS 854/2023, de 22 de noviembre. Segunda sentencia. Fallo, p. 8.

En tercer lugar, pasaremos a analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 14/2024, de 22 de febrero, referente al caso de Dani Alves, y que se trata del último caso de violencia sexual enormemente mediático que ha vivido nuestro país.

Los hechos se remontan al 31 de diciembre de 2022, en una conocida discoteca en Barcelona, donde el futbolista se encontraba en uno de los reservados junto a un amigo suyo. Invitaron a la víctima y dos amigas suyas a subir a dicho reservado, y, un poco después, la víctima y el acusado entraron a una habitación privada (“suite”) del reservado. Una vez dentro de esta suite, el acusado intentó penetrar vaginalmente a la víctima, haciendo uso de su fuerza, tirándola al suelo y golpeándola en la rodilla¹⁰⁹, mientras la víctima pedía que la dejase marchar. El procesado, finalmente, usando su fuerza física, venciendo la oposición de la víctima, logró penetrarla vaginalmente y hasta eyacular dentro de ella¹¹⁰.

Esta sentencia resulta especialmente interesante por dos motivos; en primer lugar, por el valor probatorio que la Audiencia da a la declaración de la víctima ya que, como veremos más adelante, presentó varias inconsistencias; y, en segundo lugar, por la importancia en relación al “nuevo” papel del consentimiento fruto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

La Audiencia Provincial de Barcelona aclara en su fundamento jurídico segundo (valoración de la prueba) que en los delitos contra la libertad sexual la prueba suele asentarse fundamentalmente sobre la declaración de la víctima, pudiendo corroborarse mediante lesiones, pruebas biológicas u otro tipo de pruebas, si bien no son necesarias éstas para la comisión de un delito de agresión sexual¹¹¹. Es interesante hacer una referencia a la STS 636/2018, de 12 de diciembre, a la que también alude la Audiencia Provincial, donde se establece que, para que la declaración de la víctima sirva como única prueba deben valorarse tres parámetros: la valoración de la credibilidad subjetiva del testimonio, de la credibilidad objetiva y un análisis de la persistencia en la incriminación.

En primer lugar, la credibilidad subjetiva se refiere a la aptitud física de una persona para percibir lo que relata, en el sentido de que esa persona no tenga motivos ilegítimos que puedan debilitar la credibilidad de su versión¹¹². En este sentido, la Audiencia Provincial

¹⁰⁹ SAP de Barcelona, de 22 de febrero, rec. 27/2023. Hechos probados, p. 4.

¹¹⁰ SAP de Barcelona, de 22 de febrero, rec. 27/2023.. Hechos probados, p. 4.

¹¹¹ SAP de Barcelona, de 22 de febrero, rec. 27/2023. Fundamento jurídico segundo, p.10.

¹¹² Instituto de Derecho Iberoamericano. *El Tribunal Supremo repasa los parámetros para la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente*. 2023. En línea: <https://idibe.org/derecho-procesal/tribunal-supremo-repasa-los-parametros-la-valoracion-del-testimonio-la-victima-prueba-cargo-suficiente/#:~:text=La%20credibilidad%20subjetiva%20se%20refleja,la%20credibilidad%20de%20su%20ver-si3n>.

descarta la existencia de motivos espurios en la denunciante¹¹³, al no conocerlo de manera personal y no tener ningún tipo de rechazo hacia su persona antes de los hechos. Además, por la forma en que se denunciaron los hechos y la resistencia de la víctima en un primer momento a denunciar implican que la denunciante no demostraba un interés en perjudicar al acusado.

En segundo lugar, la credibilidad objetiva se basa en la coherencia de la declaración con datos objetivos externos que corroboren esa versión¹¹⁴. Para analizar esta credibilidad objetiva, la Audiencia Provincial de Barcelona distingue tres momentos: los hechos acaecidos antes de entrar a la suite privada, lo ocurrido dentro de ésta y lo sucedido con posterioridad¹¹⁵.

En cuanto a lo ocurrido con anterioridad a los hechos, la víctima declaró que ya en el reservado se sentía incómoda por algunas actitudes del acusado (poner su mano en sus partes íntimas, insistirla en irse a otro lugar, actitudes prepotentes...), versión corroborada por sus dos amigas pero negada por el compañero del acusado – quien alegaba que existía una química sexual visible entre los dos -. Otro testigo, camarero de la discoteca, declaró que la actitud que él apreció era “como la de cualquier persona, amigable”. Las cámaras de videovigilancia enseñan como denunciado y denunciante estuvieron bailando un rato, y como el acusado le tocaba los glúteos en varias ocasiones.

Por todo ello, la Audiencia Provincial considera que no concuerdan las versiones de la víctima y sus amigas con las demás, al no poder apreciar esa sensación de incomodidad¹¹⁶, y concluye que la víctima entró voluntariamente en la suite privada – en contraposición a la versión de la víctima que defendía que entró para hablar con el acusado por “miedo” fruto de esa incómoda situación en la que decía encontrarse -. Además, como consecuencia de esta incoherencia en la declaración, la Audiencia Provincial hace dos aclaraciones frente a la credibilidad de la víctima:

En primer lugar, dan una explicación muy detallada sobre las implicaciones de la actitud de la víctima frente a la posterior agresión sexual, aclarando que “ni que la denunciante haya bailado de manera insinuante, ni que haya acercado sus nalgas al acusado, o que incluso haya podido abrazarse al acusado, puede hacernos suponer que prestaba su consentimiento a todo lo que posteriormente pudiera ocurrir. Estas actitudes o incluso la existencia de insinuaciones no suponen dar carta blanca

¹¹³ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico tercero, p. 11.

¹¹⁴ Instituto de Derecho Iberoamericano. *El Tribunal Supremo repasa los parámetros para la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente*. 2023. Ob. Cit.

¹¹⁵ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico cuarto, p. 14.

¹¹⁶ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico cuarto, p. 16.

*a cualquier abuso o agresión que se produzca con posterioridad; el consentimiento en las relaciones sexuales debe prestarse siempre antes e incluso durante la práctica del sexo, de tal manera que una persona puede acceder a mantener relaciones hasta cierto punto y no mostrar el consentimiento a seguir, o a no llevar a cabo determinadas conductas sexuales o hacerlo de acuerdo a unas condiciones y no otras. Es más, el consentimiento debe ser prestado para cada una de las variedades de relaciones sexuales dentro de un encuentro sexual, puesto que alguien puede estar dispuesto a realizar tocamientos sin que ello suponga que accede a la penetración, o sexo oral pero no vaginal, o sexo vaginal pero no anal, o sexo únicamente con preservativo y no sin este. Ni siquiera el hecho de que se hubieran realizado tocamientos, implicaría haber prestado el consentimiento para todo lo demás”*¹¹⁷.

Sin duda, se trata de una muy buena explicación acerca de la novedosa interpretación o papel del consentimiento fruto de la LO 10/2022, determinando que es indiferente lo que la víctima pueda hacer con anterioridad, o incluso durante el acto sexual, dado que en el momento en que falle el consentimiento la conducta se vuelve típica.

En segundo lugar, la Audiencia considera que la credibilidad de la víctima se ve afectada por esta falta de concordancia en las versiones de los hechos, si bien consideran que ello no es suficiente como para que la acusación de la víctima sea falsa, porque consideran que la denunciante no tiene motivos para acusar falsamente a quien no conoce y por la reacción de la víctima tras los hechos¹¹⁸ – acreditada por otros testigos y cámaras de videovigilancia -. De esta forma, la Audiencia Provincial defiende que las inconsistencias en la declaración pueden ser debidos a un intento de la víctima de “no asumir que ella misma se ha colocado en una situación de riesgo, de no aceptar que habiendo actuado de diferente manera pudiera haber evitado los hechos”¹¹⁹.

Sobre lo ocurrido en la suite, no existe forma de contrastar la realidad de lo ocurrido allí dentro; únicamente puede contraponerse la versión del acusado con la de la víctima. El acusado defiende que la víctima prestó su consentimiento para mantener relaciones sexuales con penetración, mientras que la víctima, como ya sabemos, niega haber prestado ese consentimiento. Sin embargo, la Audiencia considera que existen suficientes pruebas que corroboran la versión de la denunciante en cuanto la falta de consentimiento para la penetración vaginal¹²⁰; una herida en la rodilla de la víctima que la Audiencia considera como consecuencia de la violencia empleada por el acusado; el comportamiento de la víctima tras

¹¹⁷ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico cuarto, p. 16.

¹¹⁸ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico cuarto, p. 16.

¹¹⁹ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico cuarto, p. 16.

¹²⁰ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico quinto, p. 17.

los hechos, desmoronándose incluso antes de poder salir de la discoteca y con una actitud bastante alterada – lógica y coherente después de una agresión sexual -; el comportamiento del acusado tras los hechos, corroborado por una grabación de una de las cámaras de videovigilancia que demuestra que pasó de largo cerca de la denunciante cuando se encontraba en ese estado de tristeza y alteración, sin interesarse por ella, y demostrando que el acusado sabía que había actuado mal; y, por último, las secuelas psicológicas en la víctima fruto de los hechos, acreditadas por psicólogos y médicos forenses.

Por último, la persistencia de la incriminación se refiere a la evidencia de que los hechos vividos son únicos, de modo que su descripción en sucesivas declaraciones se mantenga en el tiempo y no sufra alteraciones sustanciales¹²¹. La Audiencia Provincial también considera que se cumple esta persistencia de la incriminación en la declaración de la víctima, al no haberse producido modificaciones sustanciales ni contradicciones importantes¹²². No obstante, sí que se dan determinadas inconsistencias en el relatos de los hechos y que la Audiencia aclara: por ejemplo, la denunciante niega haber besado al acusado, así como habérselo dicho a la Policía y sus amigas, sin embargo, dos Policías creen que la víctima les dijo que sí. Sin embargo, y como bien explica la Audiencia, que acusado y denunciante se hayan besado con anterioridad a los hechos no invalida el resto de la declaración, ni impide que el resto de los hechos puedan ser constitutivos de delito¹²³. Por otro lado, uno de los trabajadores de la discoteca alegó que la víctima sabía dónde se estaba metiendo y lo que iba a pasar, pero luego se arrepintió.

Frente a esto, la Audiencia aclara que, aunque la víctima dijese que “sabía a lo que iba”, al ser una expresión tan amplia, no puede deducirse que fuese consciente de todo lo que iba a pasar dentro de la suite ¹²⁴, pudiendo pensar que simplemente iban a seguir bailando y hablando, aun con un contacto más íntimo o incluso sexual, pero de ninguna forma puede entenderse que “saber a lo que va” es sinónimo de prestar consentimiento para mantener relaciones sexuales de cualquier tipo.

Por la concurrencia, por tanto, de la credibilidad subjetiva, la credibilidad objetiva y la persistencia en la incriminación, la Audiencia Provincial valora de manera favorable la declaración de la víctima¹²⁵, y, aunque las inconsistencias explicadas puedan suponer una

¹²¹ Instituto de Derecho Iberoamericano. *El Tribunal Supremo repasa los parámetros para la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente*. 2023. Ob. Cit.

¹²² SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico sexto, p. 21.

¹²³ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico sexto, p. 21.

¹²⁴ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico sexto, p. 22.

¹²⁵ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico octavo, p. 23.

menor credibilidad, consideran que existen suficientes indicios que compensen las carencias en la explicación de la víctima y que apuntan a la veracidad de los hechos relatados por ella. Estiman, por tanto, que aunque la víctima entrase voluntariamente en la suite, pudiendo haberse incluso besado o mantenido algún tipo de contacto sexual previo, existen suficientes elementos probatorios como para considerar que la penetración vaginal no fue consentida¹²⁶.

Con todo, los hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual con acceso carnal de los artículos 178 y 179 CP, en la versión formulada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que más favorece al acusado¹²⁷, al imponer un arco penológico más amplio con un límite inferior más bajo (“Será castigado (...) el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. (...) se considera en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.” Vid. Art. 178 CP; “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal (...) el responsable será castigado como reo de violación”. Vid. Art. 179 CP). La Audiencia Provincial consideró como hechos probados que el acusado agarró de manera violenta a la denunciante, la tiró al suelo y, limitando su movilidad, la penetró vaginalmente, pese a los intentos de la denunciante de que el acusado parase; lo que supone la concurrencia del empleo de violencia, acceso carnal y falta de consentimiento.

Respecto al empleo de violencia, si bien aclara la Audiencia que para considerar la existencia de una agresión sexual no es necesario que se materialicen en una lesión física¹²⁸, en el caso en que nos encontramos sí se produjeron (la herida en la rodilla), que no es sino una prueba más de ese empleo de violencia por parte del acusado; por otro lado, en cuanto a la falta de consentimiento, recalcan la importancia de que éste puede ser revocado en cualquier momento y debe estar presente en cada una de las variedades sexuales que se produzcan dentro del acto sexual en su conjunto¹²⁹, y que, en este caso, no existen indicios que demuestren la existencia de consentimiento, al menos, para la penetración vaginal.

Por último, conviene hacer referencia a un elemento que no hemos mencionado anteriormente. El acusado, con posterioridad a los hechos, ingresó la cantidad de ciento cincuenta mil euros en la cuenta del Juzgado para que fueran entregados a la víctima, y por ello su defensa solicitó la aplicación de la atenuante de reparación del daño como muy

¹²⁶ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico octavo, p. 24.

¹²⁷ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico noveno, p. 24.

¹²⁸ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico noveno, p. 25.

¹²⁹ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico noveno, p. 26.

cualificada. Realmente, al procesado se le impuso la obligación de abonar esa misma cantidad como fianza en el auto de procesamiento, si bien él solicitó que le fueran entregados a la víctima, y ello, a opinión de la Audiencia, supone una intención de reparación que debe ser contemplada como atenuante¹³⁰. Si bien el legislador trata de recompensar las conductas posteriores a la comisión de un hecho punible que pretenden compensar o disminuir el daño causado con dicho hecho punible, ello no implica la aplicación sistemática de la atenuante como muy cualificada.

Cuando se pretenden aplicar este tipo de atenuantes hay que prestar especial atención a las características del autor y el contexto a la hora de valorar efectivamente el grado en que le ha supuesto un esfuerzo para reparar el daño causado; ya que, en palabras de la Audiencia “*de no ser así, los millonarios tendrían siempre asegurada una atenuación privilegiada*”¹³¹. Ello no obstante, y en términos de la STS 1112/2007, de 27 de diciembre, la reparación de los daños morales en los delitos sexuales nunca es completa¹³².

Con todo, la Audiencia considera que se debe aplicar el atenuante de reparación del daño por el interés del acusado en que se entregasen directamente a la víctima las cantidades consignadas; incluso aunque la víctima no haya quisiera quedarse con el dinero – en este caso sí solicitó la indemnización de la misma cantidad de dinero en sus conclusiones provisionales -. No obstante, aunque la defensa pedía la aplicación de la atenuante como muy cualificada, la Audiencia Provincial considera que debe valorarse como simple¹³³ por dos motivos: por considerar que ciento cincuenta mil euros es una cantidad pequeña atendiendo a su trabajo como futbolista o el valor de su vivienda, lo que no supone demasiado esfuerzo reparador, y porque los delitos sexuales no son reparables económicamente.

Finalmente, el acusado fue condenado por un delito de violación de los artículos 178 y 179 CP – castigada con penas de prisión de cuatro a doce años de prisión, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP. En aplicación del artículo 66.1.1ª CP, cuando concurre ante una circunstancia atenuante, se debe aplicar la pena en la mitad inferior a la que fije la ley, por lo que la pena final del acusado fue de cuatro años y seis meses de prisión, así como la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, la pena de libertad vigilada durante los cinco años posteriores a la pena de prisión, la prohibición de acercarse a

¹³⁰ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico décimo primero, p. 26.

¹³¹ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico décimo primero p. 27.

¹³² STS 1112/2007, de 27 de diciembre,

¹³³ SAP 14/2024, de 22 de febrero. Fundamento jurídico décimo primero, p. 28.

la víctima en un radio de mil metros, la indemnización de ciento cincuenta mil euros en concepto de responsabilidad civil y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleos o profesiones con menores de edad.

Este caso fue enormemente mediático en su día por la figura personal de acusado, pero a tan solo un mes desde de que la Audiencia Provincial de Barcelona haya condenado al acusado por un delito de violación, ha saltado la noticia de que la Audiencia Provincial dejaba en libertad al futbolista con una fianza de un millón de euros. En tan solo cinco días el entorno del futbolista ha reunido todo el dinero y, a día 25 de marzo, se encuentra en libertad provisional a la espera de la resolución de los recursos planteados por la fiscalía y la víctima contra la sentencia.

Hay quienes han considerado que esta sentencia constituye un importante ejemplo del avance y reconocimiento de los derechos de las mujeres ¹³⁴, por el importante valor pedagógico que tiene gracias a su razonamiento sobre el consentimiento derivado de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, como hemos visto anteriormente.

5.4. STS 536/2023, de 3 de julio. Delito de agresión sexual con doble penetración y uso de armas, y la negativa de rebaja de la pena.

La STS 536/2023, de 3 de julio, se centra en los hechos acaecidos el 9 de mayo de 2009, cuando el procesado siguió a la víctima dentro de su portal con el fin de robarla colocando un cuchillo en su pecho y cuello, llegando a apoderarse de su reloj, varias pulseras y anillos, su teléfono móvil y 30 euros. Acto seguido, comenzó a realizar tocamientos a la víctima por debajo de la ropa en la zona del pecho y entrepierna, introduciéndola un dedo en la vagina y, posteriormente, la obligó a ponerse de rodillas para hacerle una felación y la penetró vaginalmente¹³⁵. El agresor fue condenado el 20 de julio del mismo año por la Audiencia Provincial de Madrid, en lo que nos interesa, por un delito de agresión sexual con doble penetración y uso de armas de los artículos 178, 179 y 180.5º CP a una pena de 13 años de

¹³⁴ ESTEVEZ, A. “Sentencia con valor pedagógico. Los argumentos de la condena al futbolista Dani Alves por violación suponen un avance en los derechos de las mujeres”. 2024. *El País*. En línea: <https://elpais.com/opinion/2024-02-24/sentencia-con-valor-pedagogico.html#>

¹³⁵ STS 536/2023, de 3 de julio. Antecedentes de hecho, primero, p. 2.

prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio del sufragio pasivo y de prohibición de residencia o estancia en el municipio de Madrid¹³⁶.

Por la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, la Audiencia Provincial solicitó de oficio la revisión de la sentencia para la reducción de la pena conforme a dicho texto legal, si bien acordó no haber lugar a la revisión de la misma¹³⁷. Frente a esto, el acusado presentó recurso de casación por no habersele aplicado retroactivamente la LO 10/2022, de 6 de septiembre, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infringirse en el auto objeto de recurso el art. 178, 179 y 180.1.5^a¹³⁸.

La defensa alegó que la negativa de la Audiencia de rebajar la pena era contraria al principio de proporcionalidad, dado que, después de la reforma, el arco penológico para el delito por el que fue castigado es de siete a quince años (frente al marco de doce y quince años que tenía anteriormente), con lo cual procedía imponerle una nueva pena que no excediera los ocho años (frente a los trece por los que fue condenado)¹³⁹.

El Tribunal Supremo, no obstante, estableció que este razonamiento era incorrecto dado que, actualmente los mismos hechos por los que fue condenado se recogen en los artículos 178, 179 y 180.6^o CP, con una pena de prisión de 7 a 15 años que debe aplicarse en su mitad superior¹⁴⁰. Esto es, porque la Audiencia Provincial, lejos de imponer una pena ajustada a su mínima extensión, le condenó a la pena de prisión de trece años teniendo en consideración la conducta especialmente reprochable del acusado, la cobardía de sus actos, el desprecio a los valores humanos que demostraron sus actos, así como la utilización de un cuchillo como medio persuasivo y con contacto físico con las partes vitales de la víctima, entre otros factores, determinando que la pena debía superar el límite mínimo de las imponibles¹⁴¹.

Por tanto, el Tribunal Supremo explica que la pena que le correspondería actualmente debería estar entre los once y los quince años (y no inferior a ocho años como pedía la defensa). De esta forma, el marco penológico posterior a la reforma sigue abarcando la pena a la que fue condenado en 2009 y, por ello, no procede la rebaja de la pena ni se produce vulneración alguna del principio de retroactividad¹⁴².

¹³⁶ STS 536/2023, de 3 de julio. Antecedentes de hecho, segundo, p. 3.

¹³⁷ STS 536/2023, de 3 de julio. Antecedentes de hecho, quinto, p. 4.

¹³⁸ STS 536/2023, de 3 de julio. Antecedentes de hecho, séptimo, p. 4.

¹³⁹ STS 536/2023, de 3 de julio. Fundamento de derecho, segundo, p. 5.

¹⁴⁰ STS 536/2023, de 3 de julio. Fundamento de derecho, cuarto, p. 7.

¹⁴¹ STS 536/2023, de 3 de julio. Fundamento de derecho, cuarto, p. 8.

¹⁴² STS 536/2023, de 3 de julio. Fundamento de derecho, cuarto, p. 8.

5.5. STS 704/2023, de 28 de septiembre. Delito de agresión sexual continuado a un menor de dieciséis años y la negativa de rebaja de la pena.

Por último, analizaremos la STS 704/2023, de 28 de septiembre, que versa sobre otro caso donde no se concedió la revisión de la condena al agresor sexual de una menor de edad. El agresor fue condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife por un delito continuado de agresión sexual a una menor de dieciséis años de los artículos 183.1 y 2 CP en relación con el artículo 74.1 y 3 CP, a la pena de prisión de siete años y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo¹⁴³, por varios actos de índole sexual que practicó sobre una menor entre 2009 y 2016 (tocamientos en nalgas y pechos, desabrocharle y quitarle el bañador metiéndole la mano por dentro del mismo, exigir que le enseñara los pechos a cambio de 20 euros, succionarle un pecho estando colocado a horcajadas sobre ella, etc.).

Al igual que en el caso anterior, por la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, la Audiencia solicitó de oficio la revisión de la sentencia para la reducción de la pena¹⁴⁴, que también fue denegada. El acusado, frente al auto de denegación de la revisión, presentó recurso de casación por infracción de ley, alegando el quebrantamiento del artículo 178.1 CP en relación a la LO 10/2022, de 6 de septiembre¹⁴⁵, al considerar que debía aplicársele el principio de retroactividad de la norma penal más favorable porque la pena a la que fue condenado era la mínima asignada al delito, y, tras la reforma, esa pena era de cuatro años, seis meses y un día de prisión¹⁴⁶.

Sin embargo, la anterior regulación del Código Penal establecía una pena de prisión de cinco a diez años para los delitos de agresión sexual con utilización de violencia de los artículos 183.1 y 2 CP y, al ser continuado, esa pena debía ser de siete años, seis meses y un día a diez años de prisión, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior (doce años y seis meses). Con la regulación posterior a la LO 10/2022, el delito por el que fue condenado se regula en el artículo 181.1 y 2 CP con la misma pena que la legislación anterior: de cinco a diez años de prisión y, al ser un delito continuado, siete años, seis meses y un día a diez años

¹⁴³ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Antecedentes de hecho, segundo, p. 2.

¹⁴⁴ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Antecedentes de hecho, primero, p. 2.

¹⁴⁵ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Antecedentes de hecho, octavo, p. 3.

¹⁴⁶ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Fundamento de derecho, segundo, p. 4.

de prisión, pudiendo llegar también a la mitad inferior de la pena superior (doce años y seis meses)¹⁴⁷.

Resulta evidente que, antes y después de la reforma, la pena impuesta para los hechos cometidos es exactamente la misma, por lo que no ha lugar la revisión de la pena. De hecho, el Tribunal Supremo considera que la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, para este caso en concreto, podría resultar incluso más perjudicial que la legislación anterior al prever nuevas penas y medidas de seguridad que no estaban reguladas con anterioridad¹⁴⁸.

6. CONCLUSIONES.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha supuesto un cambio muy importante para la legislación en contra de los delitos sexuales. Sin embargo, no puede negarse la enorme controversia que esta ley supuso. Toda reforma del Código Penal da lugar a opiniones contradictorias, pero la LO 10/2022, de 6 de septiembre, al incidir sobre uno de los bienes jurídicos con mayor repercusión e impacto de nuestra sociedad actual, estaba expuesta a generar tan controvertidas opiniones.

De esta forma, consideramos igualmente necesario saber reconocer tanto los puntos fuertes como los débiles de esta reforma. El aspecto más controversial, sin lugar a dudas, ha sido la rebaja de las condenas al modificar el arco penológico previsto para los delitos contra la libertad sexual y la consecuente salida de la cárcel de muchos agresores sexuales en España. Si bien, como hemos analizado, esta rebaja y/o salida de prisión de los agresores, a pesar de haber represado los supuestos más conocidos y mediáticos, no alcanzan la totalidad de los casos. Además, reducir una reforma legislativa tan amplia como la de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, a “los agresores están saliendo de la cárcel” es incorrecto. Sin embargo, resulta también evidente que las críticas provienen sobre todo porque la consecuencia más clara conseguida por la ley es contraria al objeto que persigue e, inevitablemente, por el color político que acompaña a la reforma.

¹⁴⁷ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Fundamento de derecho, cuarto, p. 4.

¹⁴⁸ STS 704/2023, de 28 de septiembre. Fundamento de derecho, cuarto, p. 4.

No obstante, ya vimos como este efecto retroactivo puede suceder, ya que así lo prevén los artículos 9.3 CE y 2.2 CP cuando regulan que las leyes penales más favorables para el reo podían tener efecto retroactivo. Por tanto, al modificarse el Código Penal – más en concreto las penas que recoge -, podemos encontrarnos fácilmente con situaciones “más favorables para el reo” y que hayan provocado que personas condenadas por otros delitos hayan salido masivamente de la cárcel. Hay que tener en cuenta que tanto el Consejo General del Poder Judicial en su informe preceptivo del 25 de febrero de 2021¹⁴⁹, como el Consejo Fiscal en su informe de 2 de febrero de 2021¹⁵⁰ y el Consejo de Estado en su informe de 10 de junio de 2021¹⁵¹ advirtieron sobre los evidentes efectos de las modificaciones en los límites máximos de las penas por aplicación del principio de legalidad y sobre los posibles efectos indeseables de la definición en negativo del consentimiento, pero ninguno de ellos mencionó nada sobre los límites mínimos. Pese a lo que muchos críticos de la reforma han afirmado, si de verdad ninguno los órganos consultivos advirtió esa posible consecuencia ¿realmente podría ser tan previsible? ¿Es solo culpa del legislador que los condenados por delitos sexuales hayan visto reducidas sus condenas? Realmente no encontraremos respuesta a estas cuestiones, pero resulta sorprendente que ningún órgano de las altas instancias del Estado apreciase esa posibilidad y, una vez entró en vigor la ley, todos los jueces vieses de manera tan evidente que había que rebajar las condenas. No obstante, a título posterior, resulta evidente que alguien debería haberse percatado de esa posibilidad para así, quizás, haber podido crear algún mecanismo de transición que hubiese podido evitar ese efecto tan “indeseable”, o simplemente que no se hubiesen modificado los límites mínimos de las penas y así haber evitado la mayor parte de las revisiones.

Por otro lado, en la línea de las fortalezas de la LO 10/2022, debemos hacer referencia a la importante repercusión que ha tenido en nuestra sociedad, haciendo que cada vez sean más las personas que se atreven a denunciar tras ser víctimas de ataques contra su libertad sexual y que las agresiones sexuales dejen de ser tabú en nuestra sociedad. Inevitablemente, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, ha modificado toda la realidad jurídica relativa a los delitos contra la libertad sexual, pero también ha producido importantes cambios sobre la realidad social; mejores indemnizaciones, ayudas y un mayor reconocimiento de derechos para las víctimas de los delitos sexuales, un mayor tratamiento de la violencia sexual en los medios y

¹⁴⁹ Consejo General del Poder Judicial (España). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual*, 25 de febrero, 2021.

¹⁵⁰ Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2 de febrero, 2021.

¹⁵¹ Consejo de Estado (España). *Dictamen 393/2021 (IGUALDAD)*, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Garantía Integral de la Libertad Sexual, 10 de junio 2021.

escuelas, una mejor formación en materia de violencia sexual para el personal de las Administraciones públicas, en el ámbito sanitario, social, penitenciario, forense...

Además, y a pesar de que ahora sea posible la imposición de una pena inferior para un hecho punible similar, uno de los principales avances que ha supuesto esta ley ha sido la unificación de los delitos de agresión y abuso sexual, determinando que únicamente la falta de consentimiento ya supone la comisión de un hecho delictivo, y no siendo tan importante los medios comisivos a la hora de determinar si nos encontrábamos ante uno u otro. En palabras de Pitch, podemos afirmar que ahora la violencia no es quien determina la falta de consentimiento, sino que la falta de consentimiento es quien determina la relación sexual como violenta¹⁵².

Además, la nueva definición del consentimiento, aunque no fuese necesaria para muchos autores como hemos visto anteriormente, sin duda también ha marcado la diferencia en casos como el del futbolista Dani Alves. Resultaría prudente afirmar que si nos hubiésemos remontado a hace 10 años, a pesar de que los hechos hubiesen resultado idénticos y dadas las numerosas contradicciones e incongruencias del testimonio de la víctima, muy probablemente el resultado hubiese sido diferente. Asimismo, no puede entenderse un efecto negativo en tener una garantía más de protección a las víctimas, que permita demostrar de manera efectiva a los agresores que quien calla no otorga¹⁵³, que solo un consentimiento activo durante todo el encuentro sexual es sinónimo de querer mantener esas relaciones sexuales, y que enseñe a los ciudadanos que si no han prestado su consentimiento para realizar cualquier acto de índole sexual, son víctimas de un atentado contra su libertad sexual y deben denunciar.

Decíamos al principio del trabajo que un 13,7% de las mujeres mayores de 16 años residentes en España han sufrido violencia sexual de algún tipo a lo largo de su vida¹⁵⁴, y en concreto, solo el 8% de las estas mujeres lo ha denunciado alguna vez ante la Policía, Guardia Civil o el Juzgado, mientras que el porcentaje se eleva a 11,1% para las denuncias interpuestas por personas distintas de las víctimas. ¿Por qué? Porque muchas personas no se atreven a denunciar después de ser violadas, por “vergüenza” (40,3%), por “ser menor de edad cuando

¹⁵² ESTEVE MALLENT, Lara. “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual.” *El criminalista digital. Papeles de Criminología*, 9, 2021, p. 50.

¹⁵³ RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*, pp. 392.

¹⁵⁴ Ministerio de Igualdad, Gobierno de España. Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, 2019. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Principales_Resultados_Macroencuesta2019.pdf

le violaron” (40,2%), por “miedo a que no te crean” (36,5%) y por “miedo al agresor” (23,5%), entre muchos otros motivos.

El Balance de Criminalidad del cuarto trimestre de 2023, realizado por el Ministerio del Interior¹⁵⁵, ha revelado que en Castilla y León, los delitos contra la libertad sexual han aumentado un 15,1% en 2023 respecto a los datos de 2022, así como que las agresiones sexuales con penetración, en concreto, han aumentado un 29,9%. Hay quienes utilizan estos datos para defender la inutilidad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, pero, realmente debemos plantearnos si este incremento se debe a efectivamente a un aumento en las agresiones sexuales o si, por el contrario, podría deberse simplemente a un aumento en las denuncias.

La importancia de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se refleja, por tanto, no solo en la modificación de los tipos penales o en la introducción de una nueva definición del consentimiento, sino en su intento de influir y cambiar el origen de la violencia sexual con todas las medidas de prevención que se han implementado, así como todas las disposiciones en materia de educación, colaboración, sensibilización, concienciación erradicación e investigación, entre muchas otras, que han creado a la hora de la verdad, un nuevo sistema en torno a los delitos contra la libertad sexual y que nos permiten estar un paso más avanzados hacia la reducción de los ataques contra la libertad sexual.

¹⁵⁵ Ministerio del Interior, Gobierno de España. Balance de criminalidad. Cuarto trimestre 2023. <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Balance-de-Criminalidad-Cuarto-Trimestre-2023.pdf>

7. BIBLIOGRAFÍA

ALCALE SÁNCHEZ, María. “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”, *IgualdadEs*, 5, 2021.

ALCALE SÁNCHEZ, María. “Ser o no ser (de la Manada): esta es la cuestión”. En: *Nueva Tribuna*. 28 abril, 2018. En línea: <<https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/ser-ser-manada-es-cuestion/20180428210127151339.html>> [Consulta: 19 mar. 2024].

ALCALE SÁNCHEZ, María. “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”, *Revista Sistema Penal crítico*, 2, 2021.

ALVAREZ ARRANZ, Marcos. *La Ley del solo sí es sí: La reforma de los delitos contra la libertad sexual*. 2023. [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid. <<https://uvadoc.uva.es/handle/10324/61089>>].

BALBUENA PÉREZ, David Eleuterio. “El nuevo delito de agresión sexual”, *La reforma de los delitos sexuales*, de Gemma Martínez Galindo (Dir.), Miguel Bustos Rubio, (Coord.), Alfredo Abadías Selma (Coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2024.

BARBER BURUSCO, Soledad. *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión. Monografías de Derecho Penal*. Madrid, 2014. Dykinson.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO:

- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>>.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>.
- Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8697>.
- Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad

sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213#au>>.

CALVO, Sara. “El principio de la retroactividad de las disposiciones más favorables y la revisión de las penas tras la promulgación de la Ley del solo sí es sí”. 2023 <<https://www.sgrr.es/derecho-civil/ley-del-solo-si-es-si/>> [Consulta: 11 mar. 2024].

COMAS D'ARGEMIR, María Dolors. “Necesidad de una ley integral para combatir las violencias sexuales”, *Juezas y Jueces para la Democracia Boletín Penal*, 12, 2021.

CANCIO MELIÁ. “Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales”. *El País*, 7 junio, 2022.

CANCIO MELIÁ. “‘La ley del solo sí es sí’: un debate irreal”. *El País*, 13 febrero, 2023.

CANCIO MELIÁ. “La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales”. *El País*, 17 noviembre, 2022.

Consejo de Estado (España). *Dictamen 393/2021 (IGUALDAD), sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 10 de junio 2021. BOE. En línea: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393#top>>. [Consulta: 3 mayo 2024].

Consejo Fiscal (España). *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2 de febrero, 2021. En línea: <https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_24/pdfs/6.pdf> [Consulta: 3 mayo 2024].

Consejo General del Poder Judicial (España). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual*, 25 de febrero, 2021. En línea: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>> [Consulta: 3 abr. 2024].

CORDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 2011.

Cronista. “Polémica por la Ley solo sí es sí: cuál es el problema de la cuestionada norma”. 12 septiembre 2023. En: *Cronista*. En línea: <<https://www.cronista.com/espana/actualidad->

[es/polemica-por-la-ley-solo-si-es-si-cual-es-el-problema-de-la-cuestionada-ley/](https://www.fiscal.es/polemica-por-la-ley-solo-si-es-si-cual-es-el-problema-de-la-cuestionada-ley/)> [Consulta: 11 mar. 2024].

Decreto del Ministerio Fiscal, de 21 de noviembre de 2022. En línea: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/DECRETO+LO+10-2022_signed+%281%29.pdf/494977c7-5e94-33aa-be53-5e5e3955a98a?t=1669056837319> [Consulta: 11 mar. 2024].

DE PABLO, José María. “Una visión crítica de la ley de “solo sí es sí” y su posterior reforma. <<https://www.josemariagonzalezabogados.es/vision-critica-ley-solo-si-es-si/>> [Consulta: 14 mar. 2024].

DÍAZ TORREJÓN, Pedro. “La revisión de las penas del “solo sí es sí””. 22 noviembre 2022. En: *Iustel, Diario del Derecho*. <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1227939> [Consulta: 11 mar. 2024].

ECONOMIST & JURIST. Las penas tras la ley del «solo sí es sí»: cómo estaban antes y cómo están ahora. (2022, noviembre 17). En: *economistjurist.es; Economist & Jurist*. <<https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/las-penas-tras-la-ley-del-solo-si-es-si-como-estaban-antes-y-como-est-an-ahora/>> [Consulta: 5 nov. 2023].

EL MUNDO. *Más de 200 presos quedarán libres desde mañana con el nuevo Código Penal*. 22 diciembre, 2010. En línea: <<https://www.elmundo.es/elmundo/2010/12/22/espana/1293021264.html>>. [Consulta: 15 abr. 2024].

Esteban Abogados Penalistas. “La violencia e intimidación en el delito de abusos sexuales”. En: *Esteban Abogados Penalistas*. 2016. En línea: <<https://www.abogado-penalista.es/la-violencia-e-intimidacion-delito-abusos-sexuales/#:~:text=La%20intimidación%20consiste%20en%20la,discreción%20sobre%20los%20hechos%20realizados>> [Consulta: 18 mar. 2024].

ESTEVE MALLENT, Lara. “Consentimiento y dicotomía entre agresión y abuso en los delitos de naturaleza sexual.”. En: *El criminalista digital. Papeles de criminología*, 9, 17 junio 2021.

ESTEVEZ, Alberto. “Sentencia con valor pedagógico. Los argumentos de la condena al futbolista Dani Alves por violación suponen un avance en los derechos de las mujeres”. En:

El País. 24 febrero 2024. En línea: <<https://elpais.com/opinion/2024-02-24/sentencia-con-valor-pedagogico.html#>> [Consulta: 27 mar. 2024].

FARALDO CABANA, Patricia. “Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género”, *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch Editor, 2019.

GALLEGO, Gemma. “La revisión de las sentencias al amparo de la LO 10/2022” [en línea]. 2023. <<https://elderecho.com/revision-sentencias-ley-organica-10-2022>> [Consulta: 11 mar. 2024].

GARCÍA, Daniel. “Irretroactividad en Derecho explicado con ejemplos”. Sin fecha. En: *Derecho Virtual* <<https://derechovirtual.org/irretroactividad-en-derecho-explicado-con-ejemplos/>> [Consulta: 14 mar. 2024].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La retroactividad favorable de la ley del “solo sí es sí””. 28 agosto 2023. En: *Iustel, Diario del Derecho*. <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236474> [Consulta: 11 mar. 2024].

HERNÁNDEZ RUEDA, M.^a. Dolores. “La reforma de los delitos contra la libertad sexual y su aplicación en la práctica”, *La reforma de los delitos sexuales* de Gemma Martínez Galindo (Dir.), Miguel Bustos Rubio, (Coord.), Alfredo Abadías Selma (Coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2024.

Instituto de Derecho Iberoamericano. *El Tribunal Supremo repasa los parámetros para la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente*. 15 diciembre, 2023. En línea: <<https://idibe.org/derecho-procesal/tribunal-supremo-repasa-los-parametros-la-valoracion-del-testimonio-la-victima-prueba-cargo-suficiente/#:~:text=La%20credibilidad%20subjetiva%20se%20refleja,la%20credibilidad%20de%20su%20versión>>. [Consulta: 27 mar. 2024].

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “¿Por qué se han reformado los delitos sexuales? *El país*. 14 febrero, 2023.

LÓPEZ TRUJILLO, Noemi. “Cronología de la ley del “solo sí es sí”: hitos clave de la primera norma que dividió el voto de la coalición”. 28 abril, 2023. En: *Newtral.es*. En línea: <<https://www.newtral.es/cronologia-ley-solo-si-es-si/20230428/>>. [Consulta: 3 abr. 2024].

Ministerio de Igualdad (España). *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, 2019*. 2020. Ministerio de Igualdad, Gobierno de España. En línea: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Principales_Resultados_Macroencuesta2019.pdf>. [Consulta: 15 abr. 2024].

Ministerio del Interior (España). *Balance de criminalidad. Cuarto trimestre 2023*. 2024. Ministerio del Interior, Gobierno de España. En línea: <<https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Balance-de-Criminalidad-Cuarto-Trimestre-2023.pdf>>. [Consulta: 15 abr. 2024].

Ministerio Fiscal (España). *El Fiscal General del Estado dicta un decreto para unificar criterios de actuación tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022*. 21 noviembre, 2022. En línea: <<https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-general-del-estado-dicta-un-decreto-para-unificar-criterios-de-actuación-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-orgánica-10/2022>>. [Consulta: 11 mar. 2024].

RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Los aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales”. En: *Perspectiva de género en la Ley del “Solo sí es sí”*. Colex. 2023.

VIDAL RODRÍGUEZ, Gerson. *Libertad sexual e indemnidad sexual en el Derecho penal: ¿qué son y en qué se diferencian?* 30 mayo, 2023. En línea: <<https://www.gersonvidal.com/blog/libertad-indemnidad-sexual-diferencias/>>. [Consulta: 9 abr. 2024].

YESTE BAUTISTA, Antonio, JIMÉNEZ RUIZ, Maravillas. “La reforma de la Ley “solo sí es sí” y su contrarreforma. 5 septiembre 2023 En: *Editorial Jurídica SEPIN*. En línea: <<https://blog.sepin.es/reforma-ley-solo-si-es-si-contrarreforma>> [Consulta: 18 mar. 2024].

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STS 159/2007, de 27 de febrero.

STS 1112/2007, de 27 de diciembre.

STS 1142/2009, de 24 de noviembre.

SAP 115/2011, de 17 de octubre. Audiencia Provincial de Madrid

SAP 38/2018, 20 de marzo. Audiencia Provincial de Navarra.

STS 636/2018, de 12 de diciembre.

STS 216/2019, de 4 de abril.

STS 344/2019, de 4 de julio.

STS 437/2023, de 8 de junio.

STS 2818/2023, de 20 de junio.

STS 523/2023, de 29 de junio.

STS 536/2023, de 3 de julio.

Auto del TSJ Navarra, de 11 de septiembre de 2023.

STS 704/2023, de 28 de septiembre.

STS 854/2023, de 22 de noviembre.

SAP 14/2024, de 22 de febrero. Audiencia Provincial de Barcelona.

OTROS

Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. En línea:
<https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF>. [Consulta: 3 abr. 2024].

Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. En línea:
<https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-3.PDF>. [Consulta: 3 abr. 2024].