

LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ» Y SU PROBLEMÁTICA APLICACIÓN RETROACTIVA¹

Beatriz García Sánchez

Universidad Rey Juan Carlos

Title: The new conception of sexual freedom in the law of «only yes is yes» and its problematic retroactive application

Resumen: La Ley 10/2022 viene a reformar de nuevo los delitos sexuales tanto cometidos contra adultos como los cometidos contra menores de 16 años, fusionando las dos figuras delictivas existentes en la legislación vigente hasta el 7 de octubre de 2022, agresiones sexuales (caracterizadas por la existencia de violencia e intimidación) y los abusos sexuales (definidos negativamente sin la existencia de dichas circunstancias), en una sola figura denominada ahora agresiones sexuales, caracterizada por la ausencia del consentimiento. De tal manera, que la nueva regulación pone el acento en este elemento: la ausencia de consentimiento y no en la presencia de otros actos para la caracterización y delimitación de los delitos sexuales. Nueva concepción que tiene su origen en las reivindicaciones sociales acontecidas a partir de 2019 a propósito de numerosos casos que causaron alarma social, consistentes en violaciones múltiples contra mujeres que se encontraban en determinadas circunstancias que imposibilitaban la manifestación de un consentimiento expreso en el acceso a dichas relaciones sexuales. Nueva regulación que ya ha sido aplicada por nuestros órganos jurisdiccionales, y en algunos casos, de forma retroactiva por considerarla más favorable, volviendo a causar alarma social determinadas rebajas de pena. De ahí, que por parte del PSOE se

¹ Este trabajo ha sido financiado por la Universidad Rey Juan Carlos en el ámbito del Proyecto de Investigación desarrollado por el Grupo de Investigación en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la URJC, INTER-CIVITAS.

llevara a cabo una Proposición de Ley de reforma con el fin de aumentar las penas que se habían visto mermadas por la Ley del solo sí es sí, finalmente aprobada por la LO 4/2023, de 27 de abril.

Palabras claves: delitos contra la libertad sexual; consentimiento en las agresiones sexuales; retroactividad de la ley penal.

Abstract: *Law 10/2022 comes to reform again the sexual offenses both committed against adults and those committed against minors under 16 years of age, merging the two criminal figures existing in the legislation in force until October 7, 2022, sexual assaults (characterized by the existence of violence and intimidation) and sexual abuse (negatively defined without the existence of such circumstances), in a single figure now called sexual assaults, characterized by the absence of consent. Thus, the new regulation emphasizes this element: the absence of consent and not the presence of other acts for the characterization and delimitation of sexual crimes. New conception that has its origin in the social claims occurred as of 2019 regarding numerous cases that caused social alarm, consisting of multiple rapes against women who were in certain circumstances that made impossible the manifestation of express consent in the access to such sexual relations. New regulation that has already been applied by our jurisdictional bodies, and in some cases, retroactively as they consider it more favorable, causing social alarm again with certain sentence reductions. For this reason, the PSOE has proposed a reform bill with the aim of increasing the penalties that had been reduced by the 2022 Law.*

Keywords: *crimes against sexual freedom; consent in sexual assaults; retroactivity of the criminal law.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Contexto. – 2.1. Antecedentes de la Ley Integral 10/2022. – 2.2. Regulación esquemática de los delitos sexuales según la nueva Ley 10/2022. – 3. Consentimiento. – 4. Nueva concepción de los delitos sexuales. – 4.1. Agresiones sexuales a mayores de 16 años. a) Tipo básico y agravados. b) Circunstancias agravantes del 180. – 4.2. Agresiones sexuales a menores de 16 años. – 5. Nuevos marcos penales para la nueva figura delictiva: ¿aplicación retroactiva de la ley 10/2022? – 6. Conclusiones. – 7. Bibliografía.

1. Introducción

En España ha habido una continua reforma de los delitos contra la libertad sexual desde que se proclamó la Constitución española de 1978 y el advenimiento de la democracia a nuestro país². Ello debido sobre todo

² Cfr. ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona,

a la evolución también de la sociedad y al reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas y, más concretamente, a las mujeres, donde poco a poco se van identificando unos derechos inalienables que les había sido negado desde antaño por la sociedad del patriarcado; aún, lamentablemente existente en nuestro país³.

En efecto, poco a poco vamos consiguiendo que se asocie los delitos contra la libertad sexual a la violencia de género, teniendo en cuenta el número de víctimas mujeres de estos delitos, frente al de las víctimas hombres⁴. Ello conduce a asociar los delitos contra la libertad sexual con una forma de entender la sexualidad en los hombres y en las mujeres y de los roles que tradicionalmente se han asignado a unos y a otras⁵. Esta consideración todavía no está muy asentada y asumida por la sociedad ni por parte de la doctrina⁶, pero parece que ha calado en el actual poder

Aranzadi, 2022, pp. 39-46, sobre la protección de la libertad sexual/presunta honestidad de la mujer desde el Código penal de 1822 español.

³ Lamentablemente los datos que nos reportan las distintas fuentes (como el Gobierno de España, <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Violencia/DelitosLibertadSexual.htm>), nos indican que un tanto por ciento muy elevado de víctimas de los delitos sexuales son mujeres y no hombres (aún en la actualidad), y al respecto cabe preguntarse por qué la mayoría de los agresores sexuales son hombres; la explicación parece obvia hoy en día, la existencia de una violencia de género en la sociedad de nuestros días, aunque hay colectivos que la niegan. Los datos sobre víctimas mujeres de agresiones sexuales que cabe reproducir, a título de ejemplo, y que reporta el Gobierno son: en 2021 el 86,19%; en 2020 el 84,68%; en 2019 el 85,30%; en 2018 el 85,84%; en 2017 el 84,32%; en 2016 el 82,89%; en 2015 el 84,14%; en 2014 el 83,89%; en 2013 el 84,01%; en 2012 el 86,16%; en 2011 el 86,62%; en 2010 el 85,40%. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales acontecidos no hace mucho tiempo, muestran también esa concepción del patriarcado al considerar la existencia del consentimiento en víctimas mujeres que no expresaron (porque no podían) su negativa expresa al acto, vid. Voto Particular a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018, (en la causa 426/16, en el caso de La Manada).

⁴ Vid. el estudio de ANDRÉS PUEYO, THUY NGUYEN VO MGS, RAYÓ BAUZÀ, REDONDO ILLESCAS, «Análisis empírico integrado y estimación cuantitativa de los comportamientos sexuales violentos (no consentidos) en España. Violencia sexual en España: una síntesis estimativa», Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV) Universidad de Barcelona, noviembre, 2020, en ministeriodelInterior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Analisis-empirico-integrado-y-estimacion-cuantitativa-de-los-comportamientos-sexuales-violentos-no-consentidos-en-Espana_126210120.pdf

⁵ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexual*, Madrid, Reus, 2019, pp. 19 y ss., quien asocia, acertadamente en mi opinión, la violencia sexual sobre las mujeres a la discriminación y situación de desigualdad que tienen respecto a los hombres, es decir, como violencia de género.

⁶ En contra de entender los delitos sexuales desde esta perspectiva de género o de forma identitaria, DÍEZ RIPOLLÉS, «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 21, 2019, pp. 1-29, quien se muestra crítico con la actual regulación (al analizar las propuestas realizadas por los grupos de izquierdas en 2018), afirmando que la nueva regulación supone un «nuevo paso en la configuración de un derecho penal identitario el cual antepone la protección de colectivos a la de individuos. A tales efectos, no respetan debidamente relevantes principios penales, simplifican o pasan por alto determinados fenómenos sociales,

legislativo al llevar a cabo una aprobación de una Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, a través de la cual no solo se lleva a cabo una modificación del Código Penal, sino que, y sobre todo, se estipulan una carga de medidas muy importantes para la protección de la víctima de estos delitos (sobre todo mujeres y menores), que esperemos surtan efecto y se les doten de los medios económicos necesarios para ello.

Esta nueva Ley de septiembre de 2022 (LO 10/22, de 6 de septiembre, BOE n.º 215, de 7 de septiembre), suponía la culminación de una serie de reformas penales de estos delitos que se han sucedido a lo largo del tiempo desde 1999 y que se adecúan a las normas internacionales existentes al respecto (Convenio de Estambul de 2011)⁷ y con las normativas en dicha materia de nuestro entorno europeo. El objetivo de este trabajo es centrar la atención solo en dos grandes (por trascendentes) cambios que introduce esta novedosa legislación: en primer lugar, el referido a la nueva concepción de estos delitos y el relativo al consentimiento, para, desde una perspectiva jurídico penal y, más concretamente, desde las funciones del Derecho penal, valorar si estas reformas eran necesarias y pueden resultar más eficaces en la protección del bien jurídico, como es la libertad sexual de las víctimas (mayoritariamente mujeres y menores). En segundo lugar, junto a esas modificaciones mencionadas, se hará alusión también a la problemática aplicación retroactiva de la nueva Ley en materia penal, que ha causado mucha alarma social en la sociedad, al implicar, en algunos casos, las rebajas de las penas de los condenados por delitos sexuales. Ello es debido a los nuevos marcos penológicos más amplios estipulados por la única figura ahora existente de agresiones sexuales, abarcando los dos antiguos delitos que delimitaban las conductas delictivas, esto es, los abusos sexuales y las agresiones sexuales; ampliándose, por tanto, el arbitrio judicial, quizás de manera peligrosa⁸.

banalizadas depuradas concepciones dogmáticas y, finalmente, se identifican con la política criminal tradicional en estos últimos años, la de exasperación de las penas». Dicho autor, sí reconoce la desigualdad de género en la esfera de las relaciones sexuales entre hombres y mujeres, pero aboga por la adopción de otro tipo de medidas sociales, para erradicarla, p. 29. Posturas diferentes tanto en el ámbito académico como en el político en cuanto a la regulación penal de los delitos sexuales, lo que irremediablemente conlleva que las posturas defendidas en el primero de los ámbitos coincidan con una determinada postura ideológica.

⁷ No obstante, en opinión de Díez Ripollés, ob. cit., pp. 6-7, nuestro ordenamiento no contradecía tal Convenio con la anterior regulación, salvo la correcta no equiparación de las penetraciones orales con el resto de penetraciones; además, a su juicio, las sucesivas reformas penales de estos delitos no han respondido a hacer frente a las nuevas realidades criminales, sino que han contribuido a aumentar los sesgos moralizantes con la protección de un colectivo, al ir adoptando la perspectiva de género, en detrimento de las libertades individuales.

⁸ LASCURAIN, «Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?», |28 de marzo, 2020, en *Almacén D Derecho*, <https://almacendederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>, visitado el 21 de febrero 2023, quien detecta ese gran arbitrio judicial en detrimento de la igualdad y seguridad jurídica.

Alarma social que ha llevado al PSOE, en contra de su aliado del Gobierno de coalición, PODEMOS, a tramitar una Proposición de Ley de reforma de la Ley 10/2022, con el acuerdo del PP, finalmente aprobada en abril de 2023, cuyo objetivo es recuperar las penas establecidas para las distintas figuras delictivas de la regulación anterior a septiembre de 2022⁹.

Sin embargo, creo que es necesario destacar y resaltar que dicha normativa, la Ley del solo sí es sí, se centra en la protección de la víctima, articulando numerosas medidas de protección, siendo la reforma penal una pequeña parte de dicha regulación.

2. Contexto

2.1. Antecedentes de la Ley Integral 10/2022

Fueron casos acontecidos a partir de 2019 en España los que dieron lugar a un movimiento social y jurídico de reivindicación de una reforma penal sobre los delitos sexuales. Tales sucesos fueron el de «La Manada de Pamplona» (STS de 04 de julio de 2019)¹⁰, acontecido en julio de 2016, «La Manada de Valencia» (STS de 14 de mayo de 2020) y el llamado caso de «La Manada de Arandina» (STSJ-Castilla y León de 18 de marzo de 2020)¹¹, resuelto en casación recientemente por el TS en Sentencia de 29 de noviembre de 2022. A nivel internacional también se habían producido movimientos sociales como el «*Me too*», tras acontecidos mediáticos de abusos por parte de famosos sobre determinadas personas, famosas en la mayoría de los casos, que decidieron destapar larga historia de abusos en distintos ámbitos, y más concretamente, en los artísticos. Estos movimientos sociales han contribuido de manera decisiva a visualizar la realidad de los abusos/agresiones hacia las mujeres y a tomar conciencia de la necesidad de persecución y de adopción de medidas de protección; lo que, a su vez, ha posibilitado el aumento de las denuncias.

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, ya continuó el proceso de reforma de los delitos sexuales (seguidos por la LO 5/2010 y la LO 1/2015), modifi-

⁹ BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Núm. 318-6, de 20 de abril de 2023 y LO 4/2023, de 27 de abril, de modificación del CP (BOE n. 101 de 28 de abril de 2023).

¹⁰ CUERDA ARNAU, «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado», en VV. AA (coords.) *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, 2018, pp. 103-132.

¹¹ Un estudio profundo de todos los casos en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ESQUINAS VALVERDE, (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

cando los arts. 180, 183, 183 quater, 188, 189, 189 bis, 189 ter y 192 CP, y en la que, entre otras medidas relevantes, se lleva a cabo la prolongación de la prescripción de los delitos contra los menores, como consecuencia de la sensibilización producida por la visualización de los abusos a menores llevadas a cabo en el seno de la Iglesia Católica. Sin embargo, la culminación de esta reforma viene con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que modifica los arts. 178, 179, 180, 183, 183 bis, 183 ter, 183 quater, 184, 189 ter, 190, 191, 192, 194 bis y 197 CP, suponiendo un cambio de concepción en cuanto a lo que afecta a los delitos sexuales, denominándose la norma coloquialmente como la del «no es no» o la del «solo sí es sí». Cambio de concepción que a mi juicio se mantiene en la mencionada reforma de dicha ley impulsada por el PSOE y apoyada por el PP de 2023.

2.2. Regulación esquemática de los delitos sexuales según la nueva Ley 10/2022

Como se apuntaba, dos grandes cambios en materia penal se insertan en esta nueva regulación: en primer lugar, el que afecta a la configuración de los delitos, desapareciendo la distinción entre los denominados abusos sexuales y agresiones sexuales, reconduciendo dichas conductas a un solo tipo, el de agresiones sexuales, en el que se amplía el marco penal incluyendo los anteriores marcos penales, para las dos figuras antes existentes e introduciéndose algún cambio en los límites mínimos y máximos, como se analizará; y en segundo lugar, la regulación del consentimiento, o, mejor dicho, de la falta de consentimiento, atendiendo en este sentido el legislador a determinadas constataciones en la aplicación de la ley por parte de algunos jueces en lo relativo a considerar la existencia o no de dicho consentimiento en los delitos sexuales, que dieron lugar a numerosas reivindicaciones sociales: resumiéndose en el eslogan «*todo lo que no sea sí, es no*». El esquema de la nueva regulación sería:

- Agresiones sexuales a adultos (arts. 178, 179 y 180).
- Agresiones sexuales y otros delitos relativos a menores de 16 años (arts. 181, 182 —exhibicionismo ante menores de 16— y 183 -grooming y sexting-).
- El acoso sexual (art. 184).
- Delitos de exhibicionismo y provocación sexual, 185, 186.
- Delitos relativos a la prostitución y explotación y corrupción de menores, 187-189 bis.

De esta forma, desaparecen los abusos sexuales, caracterizados en la antigua regulación por subsumir los actos de naturaleza sexual (consistentes en acceso carnal, introducción de objetos y otros actos que no

consistan en dichas conductas sexuales), sin que mediara violencia ni intimidación, dejando los actos en los que mediara estas dos últimas modalidades de conducta para las agresiones sexuales¹². En la nueva regulación todos los actos de naturaleza sexual sin consentimiento se denominan agresiones sexuales, incluidas ahora en el Capítulo I, del Título VIII, artículos 178, 179, 180 cuando se trate de mayores o igual de 16 años; y en el Capítulo II, artículos 181 a 183 bis, cuando de menores de 16 años se tratare (se suprime, por tanto, el Capítulo II bis relativo a la protección de la indemnidad sexual de los menores, ubicado ahora en el Capítulo II). En la reforma de 2023 de los delitos sexuales se configuran los delitos sexuales cometidos con violencia, intimidación o sobre víctima cuya voluntad esté anulada como subtipos agravados.

También es modificada la rúbrica del Título, ahora de los «Delitos contra la libertad sexual» desapareciendo la referencia a la indemnidad sexual. A su vez, se incluye expresamente la sumisión química como forma de cometer el delito sexual, recogida en el anterior 181.2 de abusos, y la circunstancia agravante específica de género en este ámbito delictivo.

Al respecto, creo muy relevante reproducir las argumentaciones que el legislador de 2022 utiliza en la Exposición de Motivos (EM) al intentar explicar y justificar la reforma conceptual de los delitos sexuales que a continuación se van a intentar perfilar.

De este modo, se señala que la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual tiene como objetivo la protección contra las violencias sexuales que «constituyen una grave violación de los derechos humanos y vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de las personas y, en el caso del feminicidio, también el derecho a la vida», y «afectan fundamentalmente a mujeres, niños y niñas», según se desprende de las estadísticas. Por ello, continúa la EM señalando que es necesario abordar el problema desde una perspectiva de género, que ponga de manifiesto que la violencia se-

¹² Como señala ACALE SÁNCHEZ, el problema que existía en la práctica era la delimitación entre ambas figuras, pues no debemos olvidar que la violencia o intimidación son maneras de prevalimiento propias de los abusos, y la jurisprudencia daba por probados o no dichas circunstancias atendiendo al comportamiento de la víctima o a la prueba de su concurrencia, de tal manera que, si no se probaba la existencia de violencia o intimidación estaríamos ante los abusos, o si ni siquiera se pudiera probar la falta de consentimiento a la atipicidad de la conducta (aunque ya no se exigía, con carácter general, como antaño la resistencia de la víctima para probar la falta de consentimiento), ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», ob. cit., p. 58, 63. En favor de tal delimitación entre abusos y agresiones sexuales se pronunciaron varios autores, entre ellos, GIL GIL, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «A propósito de 'La Manada': Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales» en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Ejemplar dedicado a las Huellas de «La Manada»), n.º 77, Octubre, 2018, pp. 13-14, aunque se manifiestan en contra de las penas tan duras y del populismo punitivo que guía a nuestros legisladores penales, también en esta materia.

xual es una forma de violencia de género, que se ejerce sobre las mujeres, como expresión de dominación y como forma de discriminación, tal y como así lo determina el Convenio de Estambul, ratificado por España en 2014, yendo más allá que la antigua LO 1/2004, que reducía la violencia de género a la cometida en el ámbito de las relaciones afectivas.

En dicha EM se define la violencia sexual como la que se refiere a «los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado» y comprende todos los delitos contra la libertad sexual, incluyendo los supuestos de violencias sexuales en el ámbito digital, la difusión de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida o la extorsión sexual. También se incluyen dentro del concepto la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso sexual, la trata con fines de explotación sexual, el aborto forzado y el feminicidio.

Como se apuntaba desde el principio, la nueva Ley integral, como su propio nombre indica, intenta dar una protección completa a la víctima de los delitos sexuales desde todos los ámbitos (de la prevención, asistencia y reparación a las víctimas), no solo el penal. Este es el gran logro de la Ley 10/2022, veremos con el tiempo si eso es cierto en la realidad, pues necesita de un presupuesto económico que esperemos que sea previsto. De esta forma, como resume el legislador en la EM, la Ley 10/2022 contiene: medidas de mejora de la investigación y la producción de datos sobre las formas de violencia sexual (Título I)¹³; actuaciones para la prevención y la detección de las violencias sexuales como base fundamental para su erradicación (Título II)¹⁴; medidas de formación necesarias para garantizar la especialización de profesionales con responsabilidad directa en la prevención y detección de la violencia sexual, en los distintos ámbitos, como docente, educativo, sanitario, sociosanitario y de servicios sociales, de jueces fiscales, letrados y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Título III): regulación para garantizar el derecho a la asistencia integral especializada y accesible (Título IV)¹⁵; regulación de la actuación

¹³ Ello, «con el fin de estudiar sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia y los índices de condena, así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica».

¹⁴ «Así, el Capítulo I dispone medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo, sanitario y sociosanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, de la Administración Pública y castrense, así como en lugares residenciales y de privación de libertad; en tanto el Capítulo II prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en tres ámbitos fundamentales: el educativo, el sanitario y el sociosanitario, con el fin de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas, como la mutilación genital femenina, la detección de casos de aborto y esterilizaciones forzosos».

¹⁵ «El Capítulo I define el alcance y garantía de este derecho, que comprenderá, al menos, la información y orientación a las víctimas, la atención médica y psicológica, tanto inmediata y de crisis como de recuperación a largo plazo, la atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, el asesoramiento jurídico previo y a la

de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con la previsión de una obligada actuación policial especializada (Título V); se establecen las normas que garantizan el acceso y la obtención de justicia (Título VI); se consagra el derecho a la reparación como un derecho fundamental en el marco de obligaciones de derechos humanos (Título VII)¹⁶; se regulan medidas fundamentales para garantizar la aplicación efectiva de la ley (Título VIII)¹⁷. Por último, se introducen cinco disposiciones adicionales¹⁸; una disposición transitoria única y veinticinco disposiciones finales.

Entre estas últimas disposiciones finales cabe decir que la modificación penal de los delitos sexuales se encuentra en la disposición final cuarta que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, eliminando, como ya se ha apuntado la distinción entre

asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, el seguimiento de sus reclamaciones de derechos, los servicios de traducción e interpretación y la asistencia especializada en el caso de mujeres con discapacidad, las niñas y los niños. El Capítulo II del Título IV prevé medidas para garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral y de empleo público que concilien los requerimientos de la relación laboral o del empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencias sexuales. Estas ayudas serán compatibles con las establecidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; con las previstas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y con las establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. También serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones establecidas por sentencia judicial».

¹⁶ «Derecho que comprende la indemnización por daños y perjuicios materiales y morales que corresponda a las víctimas de violencias sexuales de acuerdo con las normas penales sobre responsabilidad civil derivada de delito, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social y las garantías de no repetición, así como acciones de reparación simbólica. Asimismo, en aras de garantizar una completa recuperación y de establecer garantías de no repetición, se establece que las administraciones podrán garantizar ayudas complementarias destinadas a las víctimas que, por especificidad o gravedad de las secuelas derivadas de la violencia, no encuentren una respuesta adecuada o suficiente en la red de recursos de atención o recuperación. Para financiar dichas ayudas, se podrán emplear los bienes, efectos y ganancias decomisados por los jueces y tribunales a los condenados por los delitos previstos en el artículo 127 bis del Código Penal».

¹⁷ «Establece la obligación de desarrollarla a través de una Estrategia estatal y de evaluar su eficacia e impacto, para lo cual se pondrán en marcha mecanismos de recogida de datos. También prevé un sistema integral de respuesta institucional en el que la Administración General del Estado, en particular, el Ministerio de Igualdad, a través de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, impulsará la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de las violencias contempladas en la presente ley orgánica».

¹⁸ «Referidas a la aprobación de la Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas; a la financiación del coste que de las medidas introducidas por esta ley orgánica se deriva para la Seguridad Social mediante transferencia de los Presupuestos Generales del Estado; a la evaluación de la aplicación de la ley orgánica; al sistema de financiación de las políticas públicas en materia de violencia contra las mujeres en el marco del Pacto de Estado contra la Violencia de Género; y a la evaluación y monitoreo de la actividad de las instituciones en materia de violencia contra las mujeres».

agresión y abuso sexual, cumpliendo España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada «sumisión química» o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima, anteriormente recogida en los anteriores abusos sexuales. Recientemente se ha constatado que el 21% de los delitos sexuales se cometen a través del suministro de fármacos¹⁹. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia agravante específica de género en estos delitos. Por último, se reforman también otros preceptos penales relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, la suspensión de la ejecución de penas en los delitos de violencia contra la mujer, el perjuicio social y los delitos de acoso, incluido el acoso callejero.

Como conclusión, se puede observar, tras un análisis resumido de todo el contenido de la ley, que la reforma penal es una de las tantas cuestiones reguladas en dicha Ley, importante sí, pero creo que las medidas de protección a la víctima deben resaltarse como lo más característico de dicha ley y no la rebaja de las penas; que, por otro lado, no nos debe escandalizar la suavización de las penas en algunos supuestos, pues son acordes con las mantenidas en el derecho comparado y con los principios de derecho penal en un Estado democrático: mínima intervención, proporcionalidad, humanidad de las penas, prevención..., además, teniendo en cuenta que se siguen manteniendo penas muy graves y que siguen solapándose, en determinados casos, con las penas máximas del homicidio doloso, esto es, penas de hasta 15 años de prisión, a las que habría que sumar los años de libertad vigilada que se impongan en correspondientes sentencias condenatorias. No obstante, la reforma impulsada por el PSOE y aprobada finalmente de la Ley 10/2022 en 2023, tiene como objetivo volver a los anteriores marcos penales, configurando la violencia o intimidación y la realización de los actos sobre víctima que tiene anulada la voluntad como subtipos agravados de los tipos básicos de agresiones sexuales.

3. El consentimiento

La novedad más notoria y quizás relevante de esta reforma, a pesar de que no es lo que más ha trascendido a la sociedad en comparación

¹⁹ Cfr. El estudio de ANDRÉS PUEYO, THUY NGUYEN VO MGS, RAYÓ BAUZÀ, REDONDO ILLESCAS, «Análisis empírico integrado y estimación cuantitativa de los comportamientos sexuales violentos (no consentidos) en España. Violencia sexual en España: una síntesis estimativa», Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV) Universidad de Barcelona, noviembre, 2020, en [ministeriodelinterior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Analisis-empirico-integrado-y-estimacion-cuantitativa-de-los-comportamientos-sexuales-violentos-no-consentidos-en-Espana_126210120.pdf](https://www.ministeriodelinterior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Analisis-empirico-integrado-y-estimacion-cuantitativa-de-los-comportamientos-sexuales-violentos-no-consentidos-en-Espana_126210120.pdf)

con las rebajas de las penas, es la relativa al consentimiento (previsión que se mantiene en la reforma de 2023 de los delitos sexuales). De tal manera que el consentimiento se configura en la base piramidal en la delimitación de los delitos sexuales en la novedosa regulación, a diferencia de la anterior en la que los medios comisivos (la violencia e intimidación) eran los definitorios de las distintas figuras²⁰. No obstante, en una y en otra constituye un elemento fundamental para delimitar la tipicidad de estos, ya que estamos ante bienes jurídicos disponibles por su titular cuando este sea un adulto (persona de 16 o más años). Pero la forma de valorar su existencia o no se configura ahora en la base de la definición de dichos delitos sexuales, para así poner el acento en el verdadero bien jurídico que se protege en estos delitos, la libertad sexual²¹. Esto supone acercar nuestra legislación a lo estipulado en el Convenio de Estambul y a las legislaciones al respecto de los países de nuestro entorno y, a su vez, a centrar el bien jurídico en la libertad sexual más que en la antigua regulación, en la que la valoración de otros bienes jurídicos como la integridad física o libertad de obrar, seguridad...²², quitaban protagonismo a

²⁰ Vid. las consecuencias negativas que apunta FARALDO CABANA, «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Valencia, Bosch, 2019, pp. 277 y ss., sobre la distinción en los delitos sexuales entre agresiones y abusos atendiendo a la violencia e intimidación: «Por un lado, ha reforzado en la doctrina y la jurisprudencia dos ideas ya presentes en el entendimiento tradicional del delito de violación: en primer lugar, que es necesario que la víctima se resista activamente; y, en segundo lugar, que la intimidación, para merecer su equiparación a efectos punitivos a la violencia, ha de ser suficientemente grave, hasta el punto de que se genere en la víctima un estado de temor tal que se vea obligada a soportar la realización del acto sexual que pretende el agresor como mal menor. Frente a ello, de lege lata hay que recordar que la resistencia de la víctima nunca ha sido elemento del delito (...). A ello se suma que las dificultades apreciadas en la jurisprudencia a la hora de delimitar la intimidación propia de la agresión sexual de la intimidación de menor entidad propia del abuso sexual abonan la necesidad de prescindir de esa distinción». En similar sentido y a favor de la reforma de los delitos sexuales se pronunció GARCÍA RIVAS, «La academia contra la reforma de los delitos sexuales», en *eldiario.es*, 10 de junio de 2022, quien concretamente apunta, como han manifestado algunas víctimas de estos delitos, que la «violencia existe desde el momento en que se invade su intimidad sexual sin su consentimiento». En contra de dicha postura (es decir, de exigir un consentimiento explícito en la regulación) y a favor de la derogada distinción, GIL GIL, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 14-16.

²¹ Vid. una postura crítica al bien jurídico protegido libertad sexual delimitado en la EM desde una perspectiva de género, DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 5-7, al afirmar que «Por lo demás, la especial significación lesiva y humillante, así como obstaculizadora de cualquier proyecto vital personal, que atribuye la Proposición a las prácticas sexuales no consentidas otorga a la sexualidad una cualidad preeminente frente a otros presupuestos de la autorrealización personal igual de importantes, lo que facilita la penetración de enfoques moralistas en su consideración».

²² Esto, a juicio de ACALE SÁNCHEZ, podía ser positivo a la hora de la determinación de la pena en aquellos casos en los que concurren delitos contra la integridad física y psíquica y moral en los que se materialice la violencia para llevar a cabo los delitos sexuales; no obstante, según una asentada jurisprudencia determinada violencia e intimidación, sobre todo la violencia psíquica, quedaban absorbidos por los delitos sexuales (STS 14-5-2020,

lo verdaderamente importante en este ámbito que es la falta de consentimiento de la víctima y su disponibilidad sobre la libertad sexual²³.

De esta forma, el artículo 178.1, expresa literalmente 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»; y en el párrafo segundo continua aclarando «A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad»²⁴.

Caso La Manada de Valencia, en la que no se apreció delito autónomo de lesiones físicas leves), pese a que parte de la doctrina abogábamos por acudir al concurso de delitos, por ejemplo, medial, ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., p. 74.

²³ Es recomendable la lectura del artículo de RAMÓN RIBAS, FERALDO CABANA, «Solo sí es sí», Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020), pp. 24-34, donde se analiza, fundamenta y justifica al detalle la eliminación en la regulación de los delitos sexuales de la distinción de tipos en virtud de la existencia de violencia o intimidación, cuestión que por razones de espacio no he analizado con detalle. De manera resumida, dichos autores abogan por la eliminación de la violencia o intimidación como delimitadores de los tipos contra la libertad sexual para centrar la configuración delictiva en el verdadero bien jurídico que se lesiona, el de la libertad de obrar en el ámbito sexual, la libertad sexual, que se ve lesionada tanto si a la víctima la penetran a punta de navaja como cuando lo hacen aprovechando que estaba borracha o drogada; a su vez, argumentan que la violencia o intimidación no siempre se tiene en cuenta como factores de agravación, tal es el caso del homicidio o delitos contra la libertad ambulatoria; en otros, se equipara su presencia a la del engaño, amenaza, u otros medios, tal es el caso de los artículos 284, 362 quinquies, 470...; incluso en los robos con violencia o intimidación, estas circunstancias se equiparan, en determinados supuestos a la concurrencia de fuerzas en las cosas; y, por otro lado, cabe destacar que constituyen infracciones más graves las estafas sobre cosas de primera necesidad aprovechándose de la credibilidad empresarial (prisión de 4 a 8 años) que los robos con violencia o intimidación. En el mismo sentido, de centrar el eje punitivo en las agresiones sexuales en la falta de consentimiento de la víctima para atender al verdadero bien jurídico que se protege (la libertad sexual), CARBONELL MATEU, «¿Y 3? Sobre el consentimiento, violencia e intimidación», Infolibre, 8 de febrero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/consentimiento-violencia-e-intimidacion_129_1422041.html (consultado el 1 de marzo de 2023); «La contrarreforma no es una solución», Infolibre, 31 de enero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/contrarreforma-no-solucion_129_1415260.html (consultado el 1 de marzo de 2023).

²⁴ Según el Convenio de Estambul de 2011, artículo 5, apunta que el consentimiento para ser válido debe ser voluntario y libre, requisitos que deben interpretarse «en el contexto de las circunstancias circundantes», lo que conlleva a un amplio margen de actuación por parte de los jueces a la hora de interpretar esos requerimientos del consentimiento. Igual definición del consentimiento se contiene en la Ley de reforma de 2023 de los delitos sexuales; la única modificación que se realiza del 178.2 es suprimir la primera frase «A los efectos del apartado anterior...».

Por tanto, podemos entender la falta de consentimiento tanto si la víctima grita (SAP Navarra 8/2018, de 20 de marzo) como si guarda silencio, pues este puede también ser producto de ese temor ante un mal mayor, lo que se conoce como inmovilidad tónica o *freezing*, estado de inhibición involuntario temporal como respuesta a la situación de intenso miedo (STS 344/2019, de 5 de julio). De esta manera, se hacen insostenibles las alegaciones por parte de la defensa de los agresores del error sobre si la víctima no consentía, pues como apunta Acale Sánchez «son rancias, porque recuerdan a la *vis gratia puellis* pero además reflejan una sexualidad muy pobre, que no es capaz de notar el disfrute sexual de la persona con la que se mantienen relaciones sexuales. Presentan, por lo demás, una imagen de una sexualidad onanista en pareja, que busca solo el disfrute personal»²⁵.

En efecto, los casos mediáticos mencionados en el epígrafe anterior y que fueron decisivos para impulsar un movimiento social cuyo lema era «solo sí es sí», se caracterizaron por la actuación grupal de los autores con actos de naturaleza sexual contra mujeres que por las circunstancias en que se encontraban (rodeadas de varios hombres, en estado de embriaguez, o bajo una intoxicación por suministro de fármacos -sumisión química-, sin posibilidad de pedir auxilio, con nocturnidad, en definitiva, lo que se ha denominado intimidación ambiental²⁶) no podían manifestar un NO rotundo o expreso a dichos actos sexuales. Y de ahí vinieron las distintas interpretaciones sobre la existencia o no de dicho consentimiento, y, por ende, del conocimiento por parte del autor de la existencia del mismo, que dieron lugar a diferentes resoluciones judiciales, contradictorias, que llegaron a calificar unos mismos hechos de agresiones sexuales, de abusos sexuales, e incluso, algún juez defendió la atipicidad de la conducta por la existencia de consentimiento.

Muy clarificador resulta la delimitación de la falta de consentimiento que realizan los autores Ramón Ribas y Faraldo Cabana, al valorar dichas previsiones mencionadas en la nueva regulación, pero contenidas en idénticos términos en el Anteproyecto de ley orgánica de la garantía de la libertad sexual de 3 de marzo de 2020. Al respecto, y contestando las críticas recibidas a dicho anteproyecto que ridiculizaban al feminismo al señalar que con dicha regulación se debería exigir un contrato sexual o una App para que quedara constancia el consentimiento en las relaciones sexuales, determinan, con acierto, claridad y sentido común aplastante cuándo se debe entender que existe un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales y, por tanto, la atipicidad de las conductas. Y

²⁵ ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», ob. cit., p. 80.

²⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de La Manada», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña*, con motivo de su 70 aniversario, Madrid, Reus, 2020, pp. 1761 y ss.

en este sentido, establecen que debe entenderse que hay consentimiento cuando una persona «manifiesta de algún modo reconocible por actos exteriores su anuencia», en tales casos, el hecho es lícito; por el contrario, todo lo demás es ilícito, de tal forma que no es «preciso un sí con palabras, son suficientes cualesquiera actos exteriores que revelen, de forma concluyente e inequívoca, la voluntad expresa de la persona de participar en el acto», esto es, el consentimiento «debe ser válido, libre, espontáneo, consciente, expreso», entendiéndose por expreso, claridad, que no haya dudas sobre si una persona o no consiente en el acto sexual²⁷. En conclusión, la ausencia de consentimiento es el «verdadero contenido de injusto de todo atentado de naturaleza sexual, la lesión de la libertad sexual»²⁸.

Por la trascendencia de dichas resoluciones y para entender mejor la necesaria reforma llevada a cabo por la Ley 10/2022, cabe analizar, las primeras resoluciones judiciales causantes de la alarma social y que se refieren al conocido caso de La Manada de Pamplona. En dicho supuesto²⁹ se volvió a poner de manifiesto, ahora de manera más notoria, la deficiencia en la regulación de estos delitos, o mejor dicho y en mi opinión, la deficiente interpretación jurisprudencial que se llevó a cabo (y se estaba llevando a cabo por algunos órganos jurisdiccionales desde hace mucho tiempo) en cuanto a la existencia o no de consentimiento y a los conceptos de violencia e intimidación a efectos de apreciar el delito más grave

²⁷ RAMÓN RIBAS, FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 22, 33-37, según tal delimitación de la existencia de consentimiento, no se dará tal cuando se penetre oralmente a una joven borracha y semiinconsciente, penetrarla vaginalmente con un dedo cuando esté en una playa nudista medio dormida; habrá consentimiento en el caso del marido que penetra vaginalmente a la mujer recién despierta adoptando la mujer una actitud meramente pasiva de dejar hacer; pues aquí se desprende de los hechos que manifiesta su consentimiento para el acto, aunque no lo desee, pues el precepto exige para la tipicidad falta de consentimiento y no falta de deseo. Apuntan dichos autores, que esto no debería ser así por imperativo legal, sino que «nadie debería mantener dichas relaciones con otra persona (u otras personas) si alberga dudas sobre si esta las consiente». No obstante, el imperativo legal, creo que es necesario, teniendo en cuenta algunos pronunciamientos judiciales. Cfr. la delimitación de la existencia de consentimiento realizada por GUIASOLA LERMA, «Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento», en *Revista Penal*, n.º 45, 2020, pp. 65, 69 y ss., quien también critica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso de La Manada de Pamplona, al negar la existencia de intimidación y calificar de abusos sexuales, pese a que en la descripción de los hechos probados se afirmase que la víctima estaba atemorizada.

²⁸ RAMÓN RIBAS, FARALDO CABANA, ob. cit., p. 40.

²⁹ En dicho caso se llevaron a cabo, por un grupo formado de 5 hombres, actos sexuales contra una chica en la noche de los Sanfermines de 2016 y respecto al cual se han dictado hasta 11 resoluciones judiciales, estableciéndose hasta cinco condenas en la que todos o algunos de los integrantes del grupo han sido castigados por conductas que van desde las agresiones sexuales agravadas, abusos sexuales, hurto de gafas de sol, hasta la atipicidad de las conductas, cuestionándose otros tipos, como los delitos contra la intimidad, por haber grabado vídeos o tomado fotos de los actos cometidos y difundirlos a través de varios grupos de WhatsApp. Sobre tal caso, vid. FARALDO CABANA, ACALE SÁNCHEZ, (director), *La Manada, Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, Tirant lo Blanch.

de agresiones sexuales, en detrimento de los abusos sexuales. En este sentido, como la ley no expresaba nada al respecto, algunos jueces interpretaron que, en estos supuestos de intimidación «ambiental», denominada así por algunos, o mejor de intimidación no expresamente realizada de forma verbal (límite entre la intimidación de la agresión y el prevalimiento del abuso), no podría considerarse suficiente para la calificación de agresión sexual o, en su caso, de violación, por lo que fue reconducido a los abusos sexuales³⁰, cuando no a la impunidad por entender que la víctima no se había opuesto a dichos actos de naturaleza sexual y consentía en ellos por el silencio manifestado³¹. Finalmente, el TS, por Sentencia

³⁰ Así se determinó en la SAP de Navarra, de 20 de marzo de 2018, en la que se condena por delito continuado de abusos sexuales y delito leve de hurto al determinar que en los siguientes hechos no había ni violencia ni intimidación necesaria para las agresiones sexuales: «De este modo fue dirigida por los procesados al habitáculo que se acaba de describir, donde los acusados le rodearon. Al encontrarse en esta situación, en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querida por estos, 'la denunciante' se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. 'La denunciante', sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. (...) La víctima no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación (...) los intervinientes generaron una atmósfera coactiva, en la que la presencia de cada uno de ellos contribuyó causalmente para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron. En concreto y al menos 'la denunciante' fue penetrada bucalmente por todos los procesados; vaginalmente por Alfonso Jesús Cabezuelo y José Ángel Prenda, éste último en dos ocasiones, al igual que Jesús Escudero Domínguez quien la penetró una tercera vez por vía anal, llegando a eyacular los dos últimos y sin que ninguno utilizara preservativo. Durante el desarrollo de los hechos Antonio Manuel Guerrero, grabó con su teléfono móvil seis vídeos (...)». Sentencia confirmada por la STJ Navarra, de 30 de noviembre de 2018 con relación a los abusos sexuales (ya que consideró que no es suficiente con que la víctima sienta miedo, sino que es necesario que objetivamente, además, la situación creada sea por sí intimidante y en los hechos probados no se observa ninguna actitud intimidante en los acusados, ya que solo se apunta a que la víctima adoptó una actitud de sometimiento y pasividad), pero parcialmente anulada en lo que se refiere a la absolución de los delitos contra la intimidad, y a la que se formula, a su vez, un Voto Particular (a la STJ mencionada) en el sentido de defender los delitos de agresiones sexuales y no de abusos sexuales. Planteamiento de la AP y del TSJ de Navarra ampliamente criticado por la doctrina, cfr. ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., p. 70, pues como bien apunta dicha autora, la situación intimidatoria no hay que buscarla en cada uno de los sujetos, sino que es creada por la actuación conjunta de los cinco a la hora de buscar la situación objetiva de indefensión de la víctima.

³¹ En tal sentido se pronunció el Voto Particular emitido a la SAP de Navarra, de 20 de marzo de 2018, absolviendo a todos por los delitos sexuales y condenando a uno solo por el hurto del móvil. La fundamentación jurídica era que la víctima, la chica, consintió dichos actos sexuales no expresando su voluntad en contra, basándose sobre todo en la

de 4 de julio de 2019, puso fin a dichos pronunciamientos, calificando los hechos de agresiones sexuales agravadas, afirmando, sin lugar a dudas, existencia de intimidación derivada de los hechos probados y recogidos en la Sentencia de la Audiencia Provincial: castigando, por tanto, a los sujetos con una pena de un delito continuado del 180.1.º y 2.º (de 13 años y 6 meses a 15 años), más el 74 (14 años y 3 meses a 15 años) de 15 años, tiempo cercano al límite mínimo, teniendo en cuenta que por la aplicación del 74 se puede llegar hasta una pena de 18 años. Para ello, procede el órgano jurisdiccional mencionado a realizar una extensa fundamentación jurídica sobre el concepto de intimidación para finalmente afirmarla en este supuesto. Sentencia que confirma que la reforma penal no era tan necesaria, como a priori parecía, para atender las demandas sociales, si se llevaba a cabo una interpretación correcta de esa intimidación del 179 antiguo del CP³² y de la falta de consentimiento en la víctima.

En efecto, la distinción entre intimidación (propia de las agresiones sexuales derogadas) y el prevalimiento (que daría lugar a los abusos sexuales derogados) era transcendental desde el punto de vista penológico y también conceptual, pero muy sutil en la práctica, pudiéndose considerar el prevalimiento como una forma menos grave de intimidación³³. De esta forma, ha sido una constante de los últimos años el tratamiento por la jurisprudencia, y muy concretamente por el TS, de tal diferenciación, pues las consecuencias a las que llevaba la existencia de uno u otro elemento eran notables en cuanto a la pena a imponer³⁴.

actitud de la chica en los preliminares de los delitos sexuales. Resulta increíble que tras la lectura de los hechos y de las circunstancias en las que se produjeron, pueda alguien afirmar que la chica consintió todas esas penetraciones: solo una cultura basada en el patriarcado podría llevar a cabo tal afirmación.

³² En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., p. 70.

³³ Al respecto RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 31-32, apuntan que dichos conceptos, intimidación necesaria para las agresiones y prevalimiento propio del abuso sexual «se han llenado de contenido sobre la base de una interpretación acerca de cuál es el comportamiento que debe tener una víctima creíble de violación que solo cabe calificar como sexista. (...) la diferencia entre abuso y agresión sexual se ha utilizado para distinguir entre víctimas que no merecen tanta protección, porque ellas mismas se han puesto en peligro al subir voluntariamente a un piso con varios hombres (caso Arandina) o al emborracharse con ellos (caso de la manada de Manresa), y víctimas que sí la merecen, porque han resistido heroicamente, con riesgo e incluso pérdida de su vida (caso Nagore Laffage) ...».

³⁴ MONGE FERNÁNDEZ, «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 279. Cabe reproducir algunas de las sentencias recientes que tratan tal diferenciación, tal es el caso de la STS 188/2019, de 9 de abril, al señalar que «En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su

En definitiva, y como ha apuntado alguna experta en la materia, la existencia de intimidación en la víctima depende de factores concomitantes que puedan neutralizar o amplificar el atentado contra la libertad sexual: de tal manera que, si en el momento de la amenaza por parte del autor aparecen varias personas que acuden en auxilio de la víctima protegiéndola, no existiría intimidación y, por tanto, no estaríamos ni siquiera ante una tentativa de agresión sexual; y viceversa, puede que dada las circunstancias del lugar, por ejemplo, descampado en las que no hay posibilidad de pedir auxilio y la posibilidad de escape sea mínimo, al autor no le haga falta ni verbalizar la amenaza para intimidar a la víctima y que esta se someta sin, por supuesto, poder entender que consienta³⁵. Por tanto, son consideraciones subjetivas de la víctima y objetivas las

libre voluntad autodeterminada». También una definición similar del prevalimiento lo encontramos en la STS 166/2019, de 18 de marzo, al afirmar que «El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima». O la STS 344/2019, del Caso de La Manada de Pamplona, de 4 de julio, que desarrolla al respecto y fundamenta la delimitación entre ambas figuras al apuntar expresamente: «colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal (...). En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta, bien lo sea de carácter intimidatorio (...) la Sentencia n.º 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, hace expresa referencia a la llamada «intimidación ambiental», en donde se recoge que: «Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. (...) También ha señalado la doctrina de esta Sala, (sentencias 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado». En los mismos términos se pronuncia la Sentencia 480/2016, de 2 jun., Rec. 10975/2015.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., pp. 65-66, quien aboga por una lectura de género a la hora de valorar la existencia de intimidación, teniendo en cuenta las estadísticas sobre los sujetos activos y pasivos de estos delitos, de tal manera, «que existe una intimidación patriarcal previa al ámbito penal que envalentona a muchos hombres y que también cohíbe, íntima, a muchas mujeres y que obviamente no puede ser valorada a los efectos de la tipicidad del delito de agresiones sexuales, pero criminológicamente explica todo esta modalidad de violencia».

que ha de tenerse en cuenta para la apreciación de la intimidación y de la existencia o no de consentimiento.

Para finalizar esta problemática delimitación que constituye una de las causas de la reforma penal de los delitos sexuales de 2022, cabe transcribir la STS del Caso de La Manada de Pamplona, fundamentando la existencia de una clara intimidación en el caso concreto y, por tanto, la subsunción de los hechos en el delito agresiones sexuales agravados (recordad que el Voto Particular a la SAP de Navarra optó por la atipicidad de la conducta partiendo de los mismos hechos probados):

«La Jurisprudencia de esta Sala, como hemos visto, para sentar las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, exige que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual. Requisitos que concurren en el presente caso, ya que, aun prescindiendo de la pluralidad de intervinientes, la situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores, como ha dicho esta Sala en múltiples ocasiones. Ante esa intimidación, la denunciante se sintió impresionada, sin capacidad de reacción, sintió miedo, experimentando una sensación de angustia y «un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor, y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera. En consecuencia, la intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, lo que según el relato de hechos probados los procesados conocían, y además aprovecharon la situación de la denunciante metida en el citado cubículo al que la habían conducido para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con ánimo libidinoso y actuando de común acuerdo. Sin que el relato de hechos describa situación alguna previa de prevalimiento, por lo que en definitiva el mismo es inexistente. Por lo tanto, acreditada la intimidación, su eficacia en la ocasión concreta para paralizar la voluntad de resistencia de la víctima y anular su libertad, así como la adecuada relación causal, los hechos deben ser calificados como delito de violación de los art. 178 y 179 del Código Penal»³⁶.

³⁶ Sigue apuntando la Sentencia «Además, no podemos dejar de hacer mención al hecho de que la sentencia, inexplicablemente, no recoge en el relato fáctico determinados

Es muy preocupante que de los hechos descritos anteriormente se deduzca, ya no solo que la chica consentía dichas relaciones, sino que los varones que agredieron sexualmente a la víctima creyeran que esta consentía. Si esto ha sido así, hay que «revisar» la clase de educación (de todo tipo, pero especialmente la sexual) que damos a nuestr@s hij@s o que nosotr@s mismos hemos recibido.

De otra parte, y volviendo al consentimiento como elemento central de la nueva regulación en detrimento de la violencia e intimidación sobre los que giraba la antigua norma, la realidad ha demostrado, no obstante, que los casos en los que falta el consentimiento porque este no se puede emitir, como por ejemplo por sumisión química, que daban lugar a unos abusos sexuales, pueden ser más graves que determinados actos sexuales utilizando una violencia, tal como sujetar a la víctima. Por tanto, esa distinción entre agresiones sexuales (violencia e intimidación) como conducta más grave y abusos sexuales como conducta menos grave, no era en determinados casos acertada ni proporcional. De ahí, que la actual regulación poniendo el acento en la falta de consentimiento, considerando, por tanto, el bien jurídico protegido, la libertad sexual, para delimitar la tipicidad y la gravedad de las conductas sea más acertada, en mi opinión, que la antigua regulación³⁷, e incluso, y pese a lo que se ha intentado

extremos, aunque sí los da por probados en el análisis de la prueba que lleva a cabo en la fundamentación de la misma, lo que tiene una obvia eficacia fáctica. En concreto, hace referencia el Tribunal, en primer lugar, a que la víctima se encontraba bebida y que «en el momento de los hechos, tenía un nivel de influenciamiento por el alcohol, que alteraba su conocimiento, el raciocinio, la capacidad de comprensión de la realidad y provocaba desinhibición y disminuía su capacidad de autocontrol», nivel de alcohol en sangre que según los peritos sería en el momento de los hechos entre 1,3225 y 1,2235 g/l –superior al que se refleja en los hechos probados, ya que la prueba le fue realizada seis horas después de ocurrir los hechos-. Y, en segundo lugar, afirma el Tribunal al menos en cinco ocasiones, que ha quedado probado mediante el visionado de los vídeos grabados por los acusados, que en un determinado momento de los hechos la «denunciante estaba agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados y gritando» (pág. 59, 72, 73 y 74 de la sentencia de la Audiencia Provincial), en concreto en los vídeos 6 y 7; y eso que, según la Sala, los mismos solo recogen una visión parcial, sesgada y fragmentada del modo en que se desarrollaron los hechos en el interior del habitáculo, tomadas las imágenes por los acusados, e interrumpidas «abruptamente» y «con carácter definitivo» cuando la denunciante se encontraba en la situación descrita «agazapada», «acorralada contra la pared» y «gritando», en los que se escucha un choque de «metal contra cristal», y se oye una voz masculina que dice «illo esto no tiene guasa», y tres gemidos de dolor emitidos por la «denunciante», momento a partir del cual se cortan los vídeos «ante el cariz que estaban tomando los hechos».

³⁷ En el sentido del texto, FARALDO CABANA, «Hacia una reforma...», cit., p. 278, partidaria de centrar en la falta de consentimiento la delimitación de los delitos sexuales y no en la distinción entre violencia e intimidación, pues como bien lo explica «¿Por qué premiar al delincuente astuto y previsor que consigue burundanga frente al que amenaza con usar violencia física? ¿Por qué imponer menos pena al que se aprovecha de que su víctima está en coma o queda psicológicamente bloqueada por el miedo, incapaz de resistirse ni de huir, frente, de nuevo, al que la amenaza con usar violencia contra ella cuando manifiesta su oposición? Por no hablar de los delitos sexuales cometidos

trasladar a la sociedad sobre la benignidad de la nueva norma, se puede llegar a imponer penas más graves en la actualidad que antes de la Ley 10/2022: ello dependerá de la interpretación que realicen los jueces sobre la gravedad de los comportamientos y del uso que hagan del excesivo, a mi juicio, arbitrio judicial. De ahí, que hubiera podido ser una buena alternativa a la actual regulación una reforma de dichos preceptos en el sentido apuntado por Carbonell Mateu: aumentar la pena de 2 a 5 años de las agresiones sexuales actuales básicas, e imponer la mitad superior en los casos de que concurren las circunstancias del párrafo segundo del 178. 2³⁸. No obstante, la reforma de 2023, ya mencionada e impulsada por el PSOE, aumenta las penas y configura subtipos agravados para los delitos sexuales en los que se emplea violencia o intimidación o se realice sobre víctima cuya voluntad esté anulada, para volver a los marcos penológicos anteriores a la Ley 10/2022.

Cabe resaltar otro supuesto en el que parece que se produce también el giro jurisprudencial que esperemos se consagre en nuestros tribunales en cuanto a la no apreciación de consentimiento en los delitos sexuales. Me refiero concretamente a la reciente STS de 29 de noviembre de 2022, en el caso de La Manada de Arandina (un caso en el que TS resuelve en casación; no es un caso de revisión de condena, pero ya se pronuncia sobre la aplicación retroactiva de la Ley 10/2022 por primera vez) sobre la agresión sexual grupal de tres exjugadores de aquel equipo de fútbol de Aranda de Duero (Burgos) contra una chica de 15 años, a quienes les ha impuesto 9 años de prisión por agresión sexual (al estimar ahora la existencia de intimidación, en contraste con lo estimado por el TSJ de Castilla y León), y al considerar que no les son aplicables las atenuantes cualificadas de proximidad de edad y madurez, aplicadas por el TSJ de Castilla y León (víctima 15 años y agresores 24, 22, 19), al entender que

contra menores, en los que se observa que las agresiones sexuales son poco aplicadas, ya que la violencia o intimidación ejercidas contra un niño o niña de corta edad no suelen alcanzar la entidad necesaria para que el ataque sexual sea calificado como agresión sexual»; RAMÓN RIBAS, FARALDO CABANA, ob. cit., pp. 33-37, quienes apuntan que la fórmula de lo que se entiende por consentimiento es una obviedad, pero conviene subrayarlo, «pues en la práctica existe un muy extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. SOLO SÍ ES SÍ, por supuesto: pero no es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial...». En contra de esa delimitación de estos delitos centrada en la falta de consentimiento, prevista también en las Propuestas de reformas penales de 2018 (en el sentido finalmente adoptado por la Ley 10/2022), ÁLVAREZ GARCÍA, «La libertad sexual en peligro», Diario La Ley, N.º 10007, Sección Tribuna, 10 de febrero de 2022, Wolters Kluwer, p. 5.

³⁸ CARBONELL MATEU, «¿Y 3? Sobre el consentimiento, violencia e intimidación», Infolibre, 8 de febrero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/consentimiento-violencia-e-intimidacion_129_1422041.html (consultado el 1 de marzo de 2023); «La contrarreforma no es una solución», 31 de enero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/contrarreforma-no-solucion_129_1415260.html (consultado el 1 de marzo de 2023),

no hay tal consentimiento³⁹ (y ello por la lejanía en la madurez entre víctimas y agresores y, además, por la disminución de facultades provocada por la intoxicación etílica de la víctima, lo que incrementa el reproche de la acción y con ello aleja la procedencia de aplicar una atenuación de la pena, pues desconecta el supuesto con los elementos del tipo penal que le sirve de referencia). De nuevo, tenemos el problema de la existencia o no de consentimiento en los delitos sexuales, del cual depende las calificaciones penales y la atipicidad de las conductas. Cabe resaltar, como han puesto algunos políticos de manifiesto, que es paradójico que tal sentencia, la del TS que ha subido las penas a 9 años de prisión, ha causado alarma social porque se ha impuesto una pena menor (según la ley vigente en el momento de cometerse los hechos) que la que le hubiere correspondido según la Ley 10/2022 (10 años de prisión); cuando por otro lado, según la antigua ley se impuso por la Audiencia Provincial de Burgos la pena de 38 años de prisión⁴⁰. Por tanto, parece que el problema

³⁹ Vid. sobre la aplicación de la atenuante analógica de proximidad de edad y madurez en los delitos sexuales contra menores al 183 quáter la STS 401/2022, de 22 de abril: «Por exigencias estructurales derivadas de nuestro modelo constitucional, basado en la idea de la división del poder y del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes típicas. En relación con tal posibilidad conectada a la exoneración prevista en el art. 183 quáter, la reciente STS 672/2022; de 1 de julio, asume tal posibilidad en sintonía con el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 06 de junio, que señala: ‘Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento’. La propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse a ‘abuso’ (excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados, como ya se dijo), indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación».

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que había condenado por violación y cooperación a 38 años de prisión a los tres exjugadores del Arandina Club de Fútbol: violación múltiple a una chica de 15 años con intimidación ambiental [se refiere a que la sola presencia de los agresores, sin necesidad de que porten armas, genera una situación de miedo en la víctima. Los tres actuaron por sorpresa, con la luz apagada, valiéndose de una complejión física muy superior a la de la menor] y colaboración necesaria de los tres miembros, por ello condenó a los tres a penas de cárcel que ascendían a los 38 años para cada uno (14 por el delito de agresión sexual y 24 por haber cooperado en las violaciones perpetradas por sus compañeros). Sentencia recurrida ante Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, quien rebajó de los 38 años a los que habían sido condenados los agresores a tres y cuatros años para dos de ellos y absolvió al tercero (y ello en virtud de la misma regulación); al no apreciar la existencia de violencia ni intimidación en el proceder de los acusados cambió la calificación de los hechos de violación se pasó a abuso sexual y, además, aplicó dos atenuantes que redujeron drásticamente las penas: cercanía de edad y proximidad en el grado de madurez con la víctima. El foco se puso en la falta de credibilidad de la víctima, «no quedando acreditada la intimidación», dice la sentencia.

no está en la nueva o vieja legislación, sino en la interpretación que de ella realicen los jueces.

No obstante, sentado lo anterior, creo que la reforma penal es positiva desde un punto de vista conceptual⁴¹ y fundamental para la protección de la libertad sexual de todos y, especialmente de las mujeres y menores, aunque desde el punto de vista jurídico-penal o penológico no haya sido sustancial. En efecto, creemos que pese a la alarma social que ha causado la revisión de sentencias a condenados por delitos sexuales, ello ha sido consecuencia de una leve disminución de penas en unos pocos supuestos, como se analizará con posterioridad. De esta manera, creo que las penas se deben seguir modulando conforme a la gravedad de las conductas (más graves las que median violencia o intimidación, con carácter general, supuestos de sumisión química en la mayoría de los casos, aunque no necesariamente en todos, y menos en el resto de casos en los que haya menor gravedad atendiendo a distintas circunstancias); no obstante, y como ya se ha mencionado, se ha aumentado el arbitrio judicial al ampliarse los marcos penales, concediéndose más margen de maniobra a los jueces a la hora de la determinación exacta de la pena, lo que puede ser adecuado desde el principio de proporcionalidad de las penas o, peligroso, en función de cómo actúen los jueces. La reforma de 2023 viene a acotar este arbitrio judicial configurando subtipos agravados en atención a los medios empleados o a la situación de la víctima.

4. Nueva concepción de los delitos sexuales

4.1. Agresiones sexuales a mayores de 16 (o de 16)

a) Tipos básicos y agravados

Por tanto, faltando el consentimiento de la víctima por cualquier causa estaremos ante una agresión sexual, distinguiéndose la gravedad del acto de naturaleza sexual que se realice para modular la pena: de tal manera que, si estamos ante el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primera vías estaremos ante la violación -tipo agravado-, con pena de 4 a 12 años (artículo 179); pero si se tratara de otros actos de naturaleza sexual

⁴¹ En este sentido, ESQUINAS VALVERDE, «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (artículo 181 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 215, al apuntar que la fusión de figuras en una sola, la de la agresión sexual, es exclusivamente un cambio de nomenclatura, de etiquetas ya que, espera además, los criterios jurisprudenciales para modular la pena van a seguir las directrices que han utilizado hasta ahora, según las circunstancias concurrentes en el caso.

tendríamos que subsumir los hechos en el tipo básico de agresión sexual, castigado con una pena de 1 a 4 años (artículo 178). Igual distinción, en atención a los actos sexuales realizados que se llevaran a cabo, también en la antigua redacción, pero en ella se hacía tanto para las agresiones sexuales (que eran los actos sexuales realizados con violencia o intimidación) como para los abusos sexuales (actos de naturaleza sexuales sin la existencia de esas dos acciones). La reforma de los delitos sexuales impulsada en 2023 viene a establecer un aumento de penas para el caso de que las agresiones sexuales se cometan con violencia o intimidación o sobre víctima que tenga anulada su voluntad: en tales casos, para las agresiones sexuales del 178.1, la pena es de prisión de 1 a 5 años; para la violación del 179 la pena es de 6 a 12 años. Agravándose también el tipo del 180 en el que se recogen las circunstancias agravantes si estamos ante estos subtipos agravados.

De esta forma, la novedad atiende a parte de las reivindicaciones sociales manifestadas desde el caso «La Manada» de Pamplona, acontecido en 2016, en el sentido de calificar violación a toda acción sexual contra la voluntad de la víctima, es decir, en la que falta el consentimiento, aún sin la concurrencia de violencia e intimidación; aunque sigue exigiendo para su calificación el acceso carnal o penetración de objetos o miembros.

A dichas penas se les aplicará el 180, prisión de 2 a 8 años para las agresiones del tipo básico (o de 5 a 10 según la reforma de 2023 cuando estemos ante la violencia, intimidación o víctima anulada su voluntad), y prisión de 7 a 15 años, para las de la violación del 179 (o de 12 a 15 años según la reforma de 2023 para los casos de violencia, intimidación o sobre víctima anulada su voluntad), cuando concurren: actuación conjunta de dos o más personas; violencia extrema o actos particularmente degradantes; víctima especialmente vulnerable; víctima esposa o mujer con relación de afectividad; prevalencia de una situación de convivencia o de parentesco o de superioridad; uso de armas u otros medios especialmente peligrosos; el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrando sustancias; prevalimiento de la condición de funcionario público.

Estas circunstancias no se aplicarán en el caso de que se hayan tenido en cuenta para la consideración de falta de consentimiento y, por tanto, para la calificación de los tipos del 178 y 179.

Esta legislación es de alabar, como ya se ha apuntado, ya que pone el acento en la falta de consentimiento por parte de la víctima y, por tanto, el énfasis en el verdadero bien jurídico protegido o por lo menos el nuclear en los delitos sexuales, esto es, la libertad sexual. O mejor expresado y como se ha apuntado por Esquinas Valverde «El objetivo que pretende conseguir (...) de fusión de los tipos (...) es transmitir a la sociedad de una manera más clara (...) el mensaje de que todas las formas de imposición a otra persona de una conducta sexual no querida son coactivas

y agresivas, y por lo tanto graves»⁴². Creo que esto se puede seguir sosteniendo pese a la introducción de subtipos agravados cuando concurra violencia, intimidación o sobre víctima que tenga anulada su voluntad.

Como todos somos conscientes en estos momentos dicha regulación, la de 2022, ha recibido críticas durísimas en distintos sentidos: por implicar una presunción de culpabilidad para los sujetos activos⁴³, por fomentar las denuncias falsas por parte de las presuntas víctimas; por contener una rebaja de las penas; por considerar la atipicidad de determinados comportamientos como el estupro... Por lo que respecta a la primera cuestión, el respeto de la presunción de inocencia de los acusados, estamos con quienes han determinado que, en efecto, esta quedará intacta con esta regulación, pues que se exija la falta de consentimiento no quiere decir que no se tenga que probar, como en el resto de los delitos cuyo bien jurídico es disponible por su titular, esa falta de consentimiento para acusar, en primer lugar, y, en segundo lugar, la defensa deberá presentar pruebas en contra de tal cargo⁴⁴. Como acertadamente contesta Acale Sánchez con relación a la segunda cuestión, en los delitos sexuales el mayor problema es la falta de denuncias de las víctimas de estos (se estipula que solo un 8% de las víctimas de delitos sexuales denuncian) y no las falsas, que corren el mismo riesgo de ser cometidas que en cualquier otro delito⁴⁵. Respecto a la rebaja de las penas lo trataré en el último epígrafe.

⁴² ESQUINAS VALVERDE, «El delito de abusos sexuales...», cit., pp. 211-212, 218, a pesar de que se manifiesta en contra de la unificación de los tipos de agresiones y abusos sexuales, abogando por su distinción en aras a graduar la gravedad de los comportamientos y a no conceder al Derecho penal la labor de instruir o educar a la población, cuestiones que corresponden a otros agentes sociales...». En contra de esta labor del Derecho penal de instruir o comunicar, encargado de modificar valores sociales a través de la amenaza de la pena, DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 7, pues apunta que ello lo banaliza y lo deslegitima. Creo que el Derecho penal puede, además de sus funciones propias, e incluso debe, también realizar esta labor de instruir poniendo de manifiesto la gravedad de las conductas y conminando con penas conductas, bajo denominaciones que entienda la población para conseguir esa labor de prevención general y especial.

⁴³ Parece ser esta la opinión adoptada al respecto por DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 10-11, al valorar las Propuestas de reforma de los delitos sexuales presentados en 2018, que ya fusionaban (como en la actual regulación) en una sola figura el abuso y agresión anterior, al afirmar que «Se trata de aligerar las dificultades probatorias a la hora de obtener una condena por estos hechos y, en consecuencia, de velar por que las presuntas víctimas, generalmente mujeres, no se vean inmersas durante la averiguación de los hechos en situaciones que cuestionen de manera desconsiderada su cualidad de víctima», suponiendo ello renunciar a un derecho penal ponderado y garantista.

⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., pp. 82, siguiendo en este punto a DE HOYOS, SANCHO, «Tomarse en serio la presunción de inocencia. Reflexiones al hilo de las manifestaciones inculpatorias realizadas por una autoridad pública (1)», *Diario La Ley*, núm. 9850, mayo 2021, Wolters Kluwer. En contra de tal postura, LASCURAÍN, ob. cit., para quien esa delimitación de la falta de consentimiento en los actuales delitos sexuales conlleva a una desproporcionalidad en la configuración de la tipicidad y/o a la vulneración de la presunción de inocencia.

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de agresión...», cit., pp. 80-81, quien sigue apuntando que utilizar el argumento de la facilitación a las denuncias falsas en tal regulación supone

b) Circunstancias agravantes del 180

En la nueva regulación de los delitos sexuales y en lo que se refiere a las circunstancias agravantes se llevan a cabo dos modificaciones principalmente: en primer lugar, se amplía el elenco de circunstancias; y, en segundo lugar, se disminuye el límite máximo a 8 años de la antigua agresión sexual sin acceso carnal (que se fijaba en los 10 años). En la reforma de 2023, se vuelve a aumentar a 10 años para los casos de violencia, intimidación o sobre víctima que tenga anulada su voluntad (prisión de 5 a 10 años) y se establece otro marco penal, de 12 a 15 años, para los casos en los que concurren dichas circunstancias y estemos ante delitos sexuales consistentes en acceso carnal o introducción de objetos o miembros por vía anal o vaginal. Por lo demás, la última reforma mantiene la regulación del 2022 con inclusión de una regla para el concurso de leyes en el último párrafo del 180.

La primera circunstancia, la de violencia extrema o actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio ahora recogida como segunda circunstancia, sufre una modificación en el sentido que había determinado la jurisprudencia, al requerir ahora expresamente, para apreciar la agravante, especial gravedad, humillación o vejación superior a la que es propia de una agresión sexual. También se ha modificado la prevista en el 180.1. 6.^a, anteriormente recogida en el derogado 180.1. 5.^o, para solucionar el problema concursal en el uso de armas, remitiéndose al 194 bis, concurso real.

Se mantienen de igual forma la agravante de actuación conjunta, sin resolver los problemas de autoría y participación que la misma planteaba⁴⁶, por la calificación de los intervinientes múltiples como autores en los hechos propios y como cooperadores necesarios en los hechos de los demás; la de la especial vulnerabilidad de la víctima (introducida recientemente por la Ley 8/2021); la de la condición del autor, 180.1.5, también incluida por la última ley mencionada⁴⁷; y, finalmente, el tipo hiperagravado de concurrir dos o más circunstancias.

«reproducir los patrones machistas de comportamiento que señalan a las mujeres como mentirosas compulsivas».

⁴⁶ Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 298-302, cuyo fundamento reside en la mayor indefensión de la víctima, y en la que no se requiere que todos ellos actúen en calidad de autores; ahora bien, según una sentada jurisprudencia (STS de 10 de marzo de 2010 y STSJ Comunidad Valenciana, 23 de julio de 2019), la agravación se aplicará al autor y no a los partícipes para no incurrir en el *ne bis in idem*, jurisprudencia criticada por la autora mencionada, pues va en contra del tenor literal del precepto. Desde una perspectiva crítica a la agravante de actuación conjunta por ser aplicada a todos los supuestos de delitos contra la libertad sexual, vid. Díez Ripollés, ob. cit., p.18.

⁴⁷ Respecto de esta circunstancia hay que tener especial cuidado con el respeto del *ne bis in idem*, pues el prevalimiento y la relación de superioridad, pueden ser circunstancias que hayamos tenido en cuenta para concluir que no había consentimiento, por tanto, en esos casos no podremos aplicar la agravante.

Se introduce nuevas agravantes, como la de víctima esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación de afectividad (circunstancia objetiva), 180.1. 4.⁴⁸; la de empleo de sustancias por parte del autor para anular la voluntad de la víctima, 180.1. 7.⁴⁹; y cuando el culpable se haya prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, 180. 3⁵⁰.

Finalmente, desaparece de la nueva regulación el abuso fraudulento, aquel abuso sexual realizado sobre mayor de 16 años y menor de 18 mediante engaño, recogido en el derogado ya 182 y que conllevaba numerosos problemas interpretativos, como su delimitación con el abuso llevado a cabo por abuso de superioridad o por prevalimiento, lo que ha llevado a alguna autora a alabar dicha supresión⁵¹. Según la actual regulación serán reconducidos a las agresiones sexuales del 178 y 179, en los respectivos casos, como por ejemplo por la existencia de prevalimiento (engaño a mayor de 16 años sobre los actos sexuales en cuestión, como una falsa exploración médica o sobre la identidad del sujeto, pero no los engaños sobre el motivo de la relación -falsa promesa de matrimonio-), o incluso a la atipicidad, en otros casos en los que no podamos apreciar la falta de consentimiento.

4.2. *Agresiones sexuales a menores de 16 años*⁵²

Estas conductas constituyen el otro foco de atención por la reciente entrada en vigor de Ley 10/2022 de protección integral de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, por la rebaja que se ha producido de

⁴⁸ Cfr. Al respecto la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 20, quien apunta que dicha agravación debería ser aplicable solo en los casos en los que el «intercambio sexual se realice en un claro contexto de dominación de un miembro de la pareja, por lo general el hombre, sobre el otro, generalmente la mujer», es decir, cuando se realice en el contexto de dominación de género, y no como establecen tanto las propuestas como la ley vigente, en todos los casos.

⁴⁹ Para algunos autores resulta superflua, pues se puede reconducir a la agravantes de especial vulnerabilidad de la víctima prevista en ese mismo artículo, así como a las de violencia de género, agravante genérica del artículo 22, cfr. MORALES HERNÁNDEZ, «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidas en el artículo 180 del Código penal», en Elena MARÍN de ESPINOSA CEBALLOS y Patricia ESQUINAS VALVERDE (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 136-137.

⁵⁰ A juicio de ESQUINAS VALVERDE, ob. cit., pp. 216-217, la primera y tercera agravantes novedosas citadas parecen adecuadas, sin embargo, la segunda no, debido a la previsión de la misma en el 178.2 como circunstancia en la que falta el consentimiento.

⁵¹ Cfr. Al respecto, CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigente del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN de ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 228 y ss.

⁵² Un desarrollo profundo de tales infracciones penales, cfr. MONGE FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 253-330.

penas en alguno de sus tipos, o mejor dicho y como se va a explicar, por la errónea aplicación, a mi juicio, de esta nueva norma penal por los jueces que han revisado, en algunos casos, que no en todos, las condenas por delitos sexuales contra menores.

Los delitos sexuales contra menores han sido el centro de atención de los legisladores que en los últimos años han procedido a la modificación del Código penal, debido a la cruenta realidad que vivimos en todo el mundo, pero concretamente en nuestro país. En efecto, las cifras que se manejan sobre víctimas menores de los delitos sexuales son muy alarmantes; por ejemplo, se puede citar aquellas que reflejan el Informe de *Save the Children-España*, noviembre 2021, en el que se estima que entre un 10 y un 20% de la población ha sufrido alguna vez abusos sexuales y el casi 79% eran niñas y adolescentes; y a ello hay que sumar, los nuevos riesgos que se producen, sobre todo para con los menores, por el uso de las nuevas tecnologías (TIC). De ahí, que ya desde hace más de una década el legislador penal quiera dar respuesta a estos nuevos fenómenos delictivos, procediendo a tipificar conductas dañinas producidas en estos ámbitos, como el artículo 183 de la nueva regulación que viene a concretar el 183 ter derogado (cibergrooming); además de la tipificación de aquellos actos de naturaleza sexual en los que no media contacto físico⁵³.

De esta forma, podemos resumir las novedades de la nueva regulación en los delitos sexuales contra menores de 16 años como sigue. En primer lugar, se suprime la referencia al bien jurídico protegido en estos delitos, antes estipulado en la rúbrica «la indemnidad sexual», muy asumido ya por la doctrina y jurisprudencia⁵⁴. Ahora no se hace referencia a la misma, sino que se entiende que también respecto de los menores se protege su libertad sexual, aunque para ellos y en la mayoría de los casos, el bien jurídico no sea disponible como para los adultos. De esta forma, se zanja una polémica en torno al bien jurídico protegido para los menores, estableciendo en la Exposición de Motivos de la Ley de Protección integral de la libertad sexual la definición del bien jurídico protegido para todos «la libertad sexual como un derecho humano y bien jurídico especialmente relevante, que consiste en el derecho a ejercer la autodeterminación sexual actual o potencial. Es decir, la libertad de decidir sobre el ejercicio de la propia sexualidad, tanto en su esfera positiva como negativa, sin otro límite que el respeto a los derechos de terceros. Este derecho a la libertad sexual implica garantizar un derecho a la seguridad personal al elegir las experiencias sexuales de las que se quiere gozar, sin injerencias

⁵³ CUGAT MAURI, ob. cit., p. 338.

⁵⁴ Duramente criticada tal omisión por ESQUINAS VALVERDE, ob. cit., p. 216. A favor de la supresión a la referencia de la indemnidad, DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., pp. 13-14, aunque en contra de la delimitación de la edad a los 16 años, pues considera excesivo dicho límite sin tener en cuenta, además, el desarrollo y aprendizaje sexuales en términos biológicos y en términos sociales.

coactivas, discriminatorias o violentas de terceros, así como salvaguardar el libre desarrollo de la formación de la propia sexualidad». De ello se puede interpretar que los menores también tienen libertad sexual, pero potencial, indisponible hasta la mayoría de edad, salvo determinados casos del 183 quáter que reconoce la capacidad de consentir a los menores.

En segundo lugar, y al igual que se procede respecto a los mayores de edad, el legislador califica todos los actos de agresiones sexuales (englobando las anteriores agresiones y abusos contra menores), pero en estas el legislador de 2022 distingue entre los supuestos en los que media consentimiento del menor, que da lugar a un tipo más leve (recogido en el artículo 181.1, castigado con prisión de dos a seis años) no previsto en la anterior legislación (de ahí se afirme que la nueva regulación no guarda simetría con la anterior)⁵⁵, de aquellos supuestos en los que no media consentimiento del menor (incluyendo en todo caso los supuestos del 178), castigando estos últimos casos con una pena de cinco a diez años. En estas agresiones sexuales contra menores también se distingue entre actos de carácter sexual sin acceso carnal o introducción de objetos o miembros, castigados con una pena de 2 a 6 años cuando medie consentimiento del menor (aunque este no es válido sí supone una rebaja de pena al autor respecto a las otras modalidades)⁵⁶, y un tipo agravado castigado con pena de 5 a 10 años cuando no medie consentimiento por cualquier causa (violencia, intimidación, privación de sentido, anulación de la voluntad, abuso de superioridad o de vulnerabilidad...); de aquellas agresiones consistentes en acceso carnal o introducción de objetos castigadas con penas que van desde los 6 a 12 años en los casos en los que media consentimiento y de 10 a 15 años en los que no media consentimiento. En la reforma de 2023 se suben estas penas elevando los límites mínimos: en el primer caso de 8 a 12 años y en el supuesto de no mediar consentimiento de 12 a 15 años. Hay que constatar que ahora no se configuran los subtipos agravados por concurrir violencia o intimidación o víctima anulada su voluntad, como ocurre respecto a los adultos.

A estos efectos, es importante destacar la referencia expresa que realiza el legislador de 2022 cuando aclara que «a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor» (artículo 181.1, párrafo

⁵⁵ Según la jurisprudencia, que condenaba por los tipos de abusos sexuales contra menores de 16 años en los que mediaba consentimiento, era de aplicación la atenuante analógica muy cualificada de la exoneración del 183 quáter, cuando no se daban todos los requisitos de la exoneración, pero había similitud de madurez en el plano sexual y proximidad en la edad, con lo que las penas se reducían en un grado o dos grados, y se imponían penas más leves que el actual 181.1.

⁵⁶ Al respecto hay que tener en cuenta la previsión del 183 bis, que establece la exención de la pena o de la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica y medie el consentimiento del menor.

segundo), con lo que también se incluiría en estos delitos de agresiones sexuales a menores, los actos llevados a cabo a través de las redes sociales, sin requerir contacto físico entre autor y víctima, dándose por cerrada esta polémica que planteaba la regulación derogada (actos contenidos en los artículos 183 bis y 183 ter derogados). Ello, sin perjuicio de la tipificación expresa en el actual 182, que castiga la conducta de hacer presenciar al menor actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos; y en el actual artículo 183 (antiguo 183 ter que contiene las conductas de *on line child grooming* y *sexting*⁵⁷), que se refieren al castigo de actos preparatorios (proponer concertar un encuentro, contactar y embaucar al menor para que facilite material pornográfico) de agresiones sexuales a menores cometidos por las redes sociales (internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información).

En el artículo 181, al igual que en las agresiones para los mayores de 16 años, se insertan una serie de agravaciones que conllevan imponer la pena en la mitad superior: actuación conjunta de dos o más personas; violencia extrema o actos particularmente degradantes; víctima especialmente vulnerable; víctima sea o haya sido pareja del autor (esposa o mujer con relación de afectividad se decía en la agravante del 180); prevalencia de una situación de convivencia o de parentesco o de superioridad; uso de armas u otros medios especialmente peligrosos; el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrando sustancias; o se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de estas actividades (agravación no prevista para los mayores); prevalimiento de la condición de funcionario público.

Finalmente, y para terminar con la nueva tipificación de las agresiones sexuales de los menores, hay que destacar que en el 183 bis, antiguo 183 quáter, se prevé una exención de responsabilidad para los menores que mantengan relaciones sexuales con personas con una similar edad o madurez y que medie el consentimiento del menor para ello. Ello se introduce por la Ley 1/2015 al aumentarse a 16 años la edad válida para consentir en este ámbito.

5. Nuevos marcos penales para la nueva figura delictiva: ¿aplicación retroactiva de la Ley 10/2022?

Cabe analizar las nuevas penas que se imponían en los delitos sexuales en la Ley de 2022 y compararlas con las contenidas en la derogada

⁵⁷ GUIASOLA LERMA, «Los delitos de online *child grooming* y *sexting* (art. 183 ter. 1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 355 y ss.

regulación, para intentar calmar la injustificada, en mi opinión, alarma social que está causando la nueva Ley 10/2022 de protección integral a las víctimas de delitos sexuales, o mejor dicho, la alarma social que ha causado la aplicación por los jueces de dicha norma, revisando sentencias condenatorias recaídas bajo la legislación derogada, bajando las penas y fundamentándolo en la retroactividad de la nueva ley penal, por ser más favorable para el reo, al producirse una rebaja en la misma de algunos marcos penales mínimos de los delitos sexuales⁵⁸. El problema deviene porque en la nueva Ley no había una Disposición Transitoria que regulase la aplicación de la retroactividad favorable de la ley, como sí lo hacía la Ley Orgánica 10/1995 en su Disposición Transitoria Quinta, determinando la ley más favorable («... la disposición más favorable considerada taxativamente 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...»). En este sentido, algunos jueces, no obstante, han abogado por su aplicación para determinar la ley favorable con relación a la nueva regulación de los delitos sexuales⁵⁹; otros, como se verá, señalan que no se puede aplicar, porque si el legislador no ha previsto tal disposición es porque no ha querido aplicar dicha regla específica prevista para el Código de 1995⁶⁰.

⁵⁸ Al respecto cabe citar a CARBONELL MATEU, «¿Y 3? Sobre el consentimiento, violencia e intimidación», Infolibre, 8 de febrero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/consentimiento-violencia-e-intimidacion_129_1422041.html (consultado el 1 de marzo de 2023); «La contrareforma no es una solución», 31 de enero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/contrareforma-no-solucion_129_1415260.html (consultado el 1 de marzo de 2023), quien, desde una perspectiva crítica a esa alarma social que ha causado un «feroz populismo punitivo», abogaba por una reforma a la regulación de la Ley 10/2022, aumentando ligeramente las penas, pero manteniendo la delimitación de las agresiones sexuales que realiza la mencionada norma, porque solo así se comprende la verdadera naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger, esto es, la libertad sexual. Finalmente, se ha llevado a cabo por iniciativa del PSOE y apoyo del PP la reforma de los delitos sexuales en 2023, como ya se ha mencionado.

⁵⁹ Igual previsión que la del Código Penal de 1995 en cuanto a la aplicación retroactiva, e incluso más detallada, la contenida en la reforma de los delitos sexuales de 2023.

⁶⁰ En este sentido, Auto Audiencia Provincial de Santander de 22 de noviembre de 2022 (Roj. AAP S 602/2022) que señala expresamente «El principal obstáculo a la interpretación que aquí se sostiene viene constituido por la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal y la forma de revisión de las penas contenida en la misma. A ello deben efectuarse algunas objeciones. La Disposición Transitoria es (...) una norma que regula los supuestos en que continúa aplicándose la legislación que estaba vigente antes de la aprobación de un texto legal nuevo, o modula la aplicación total e inmediata de este desde el día de su entrada en vigor. La lectura de la Disposición Adicional Quinta del Código Penal confirma ese carácter casuístico, específico para cada Ley, pues lo que dispone son las posibles revisiones de condena que se iban a producir en 1995 por la entrada en vigor de dicha norma. No se considera que esos criterios sean aplicables a una Ley aprobada veintisiete años después de aquella. El hecho de que otras Leyes Orgánicas que, previamente, han modificado el Código Penal hayan contenido una Disposición Transitoria semejante abunda en la misma respuesta: si la LO 10/2022 no contiene esta Disposición Transitoria,

En efecto, como es bien conocido por todos, ya se ha aplicado la ley 10/2022 de forma retroactiva por considerarla más beneficiosa que la anterior regulación en determinados supuestos. De esta forma, han sido las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas y el mismo Tribunal Supremo los que se han pronunciado hasta la fecha al respecto⁶¹.

He intentado confeccionar una tabla comparativa para poder visualizar la realidad de dicha reducción de penas, aunque es difícil, en algunos casos, realizar una correspondencia de tipos por la asimetría de la nueva regulación frente a la derogada. He incluido también una tabla donde se reflejan las penas impuestas en la última reforma de los delitos sexuales de 2023. En la siguiente tabla se observa más gráficamente la similitud de penas apuntada y la diferenciación en las mismas resaltadas⁶²:

es porque la misma no es aplicable al caso. Así pues, la Disposición Transitoria rige el régimen de aplicación de cada Ley en particular. No se comparte que pueda acudir a una Ley distinta para integrar Disposiciones Transitorias no previstas en ella. En quinto lugar, cabe citar que el Tribunal Supremo también se ha apartado en ocasiones del criterio de la rígida aplicabilidad de la Disposición Transitoria reseñada. Particularmente, ha permitido excepcionar su exigibilidad cuando 'por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la pena (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad' (STS 346/2016, de 21 de abril). En concreto, en la previsión de la misma que se hacía en la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010 (Disposición Transitoria Segunda y que se expresaba en términos similares a la Transitoria Quinta del Código Penal)».

⁶¹ En efecto, el TS, por primera vez se pronunció con relación a un caso específico como se mencionará posteriormente, en concreto, en el «Caso Arandina», el 30 de noviembre de 2022 (Roj: 4489/2022). Por su parte, las Audiencias Provinciales y los TSJ se han pronunciado en más ocasiones sobre la retroactividad. Por ejemplo, la AP de Navarra ha descartado la rebaja solicitada por el abogado de los condenados, el pasado mes de noviembre (2022), el cual en aplicación de la mencionada ley, pidió se redujese de 15 años a 13 años y 9 meses la sanción impuesta a Ángel Boza quien, al igual que los otros cuatro integrantes del grupo de amigos denunciado en los Sanfermines de 2016, fue condenado por la violación grupal a una joven madrileña (<https://www.eldebate.com/espana/20230206/audiencia-navarra-rechaza-rebajar-condenas-manada-nueva-ley-solo-si-91465.html>). En el Auto de la AP de Navarra de febrero de 2023 se señala que la pena de 15 años de cárcel «resulta igualmente susceptible de imposición con arreglo a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual». La Audiencia hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, que determinó que por el delito continuado de violación procedía imponer a cada uno de los cinco acusados la pena de 15 años de prisión (de entre una pena de 14 años, tres meses y un día a 18 años).

⁶² No obstante, alguna autora ha apuntado que en la nueva regulación se reducen las penas para los agresores sexuales (al permitir al juez imponer las ahora previstas para los antiguos abusadores) y se endurecen, en su opinión, injustamente para los abusadores según la derogada legislación (al permitir al juez imponer penas superiores previstas para todos los anteriores agresores), cfr. ESQUINAS VALVERDE, ob. cit., p. 217. Ello es cierto, serán los jueces los que deben modular las penas según el criterio de proporcionalidad.

	Agresiones sexuales 2022 (sin consentimiento). Abarca los anteriores abusos y agresiones	Abusos sexuales antes de la reforma de 2022 (con prevalimiento, sin violencia e intimidación)	Agresiones Sexuales antes de la reforma de 2022 (violencia e intimidación)	Agresiones sexuales 2023 (sin consentimiento)
Sin acceso carnal	Prisión de 1 a 4 años. Previéndose un tipo atenuado que puede dar lugar a la bajada de pena de 1 a 2 años y 6 meses o Multa atendiendo a la menor entidad del hecho y las circunstancias del culpable	Prisión de 1 a 3 años	Prisión de 1 a 5 años	Prisión de 1 a 4 años Prisión de 1 a 5 años Con Violencia, Intimidación o Anulación de la Voluntad
Con acceso carnal	Prisión de 4 a 12 años	Prisión de 4 a 10 años	Prisión de 6 a 12 años	Prisión de 4 a 12 años Prisión de 6 a 12 años con Violencia, Intimidación o Anulación de la Voluntad
Agravantes 180	Sin acceso carnal Prisión de 2 a 8 años Con acceso carnal Prisión de 7 a 15 años	Sin acceso carnal Prisión de 2 años y 1 día a 3 años Con acceso carnal Prisión de 7 años y 1 día a 10 años	Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años Con acceso carnal Prisión de 12 a 15 años	Sin acceso carnal... Prisión 2 a 8 años Prisión 5 a 10 años con V, I, AV Con acceso carnal Prisión de 7 a 15 años Prisión de 12 a 15 años con V, I, AV

<p>Con Consentimiento 181.1</p>	<p>Agresiones sexuales 2022 a menores de 16 años</p>	<p>Abusos sexuales antes de la reforma de 2022 a menores (con prevalimiento, sin violencia e intimidación)</p>	<p>Agresiones Sexuales antes de la reforma de 2022 a menores (violencia e intimidación)</p>	<p>Agresiones sexuales a menores 2023</p>
	<p>Sin acceso carnal... Prisión de 2 a 6 años</p> <p>Con acceso carnal... Prisión de 6 a 12 años</p>	<p>En la anterior regulación no se preveía un tipo en el que el consentimiento diese lugar a un tipo atenuado. Los jueces aplicaban la atenuante analógica muy cualificada de la exoneración del 183 quáter, pena inferior en uno o dos grados</p>	<p>Antes no cabía la agresión sexual con consentimiento, puesto que exigía violencia e intimidación. En la nueva regulación se reconducen a las agresiones sin consentimiento</p>	<p>Sin acceso carnal Prisión de 2 a 6 años</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 8 a 12 años</p>

<p>Sin consentimiento. 181.2. En todo caso no lo habrá cuando:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Violencia o Intimidación -abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad -personas privadas de sentido -se abuse de una situación mental -víctima anulada su voluntad 	<p>Sin acceso carnal... Prisión de 5 a 10 años. Previsión de un tipo atenuado (excepto cuando media violen. o intim. y las agrav.) que puede suponer la rebaja de la pena de 2 años y 6 meses a 5 años atendiendo a la menor entidad del hecho y circunstancias del autor</p>	<p>Sin acceso carnal Prisión de 2 a 6 años</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 8 a 12 años</p>	<p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años</p> <p>Con acceso carnal De 12 a 15 años</p>	<p>Agresiones sexuales a menores 2023</p> <p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años (misma pena si concurre o no V, I, AV) Tipo atenuado (no V,I, AV o circuns agrava. 181.5) Pena inferior en grado, prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 12 a 15 años (misma pena si concurre o no V, I, AV)</p>
<p>Agresiones sexuales 2022 a menores de 16 años</p>	<p>Sin acceso carnal... Prisión de 5 a 10 años. Previsión de un tipo atenuado (excepto cuando media violen. o intim. y las agrav.) que puede suponer la rebaja de la pena de 2 años y 6 meses a 5 años atendiendo a la menor entidad del hecho y circunstancias del autor</p>	<p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años</p> <p>Con acceso carnal De 12 a 15 años</p>	<p>Agresiones Sexuales antes de la reforma de 2022 a menores (violencia e intimidación)</p> <p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años</p> <p>Con acceso carnal De 12 a 15 años</p>	<p>Agresiones sexuales a menores 2023</p> <p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años (misma pena si concurre o no V, I, AV) Tipo atenuado (no V,I, AV o circuns agrava. 181.5) Pena inferior en grado, prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 12 a 15 años (misma pena si concurre o no V, I, AV)</p>
<p>Abusos sexuales antes de la reforma de 2022 a menores (con prevalimiento, sin violencia e intimidación)</p>	<p>Sin acceso carnal... Prisión de 5 a 10 años. Previsión de un tipo atenuado (excepto cuando media violen. o intim. y las agrav.) que puede suponer la rebaja de la pena de 2 años y 6 meses a 5 años atendiendo a la menor entidad del hecho y circunstancias del autor</p>	<p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años</p> <p>Con acceso carnal De 12 a 15 años</p>	<p>Agresiones sexuales a menores 2023</p> <p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años (misma pena si concurre o no V, I, AV) Tipo atenuado (no V,I, AV o circuns agrava. 181.5) Pena inferior en grado, prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 12 a 15 años (misma pena si concurre o no V, I, AV)</p>	<p>Agresiones sexuales a menores 2023</p> <p>Sin acceso carnal Prisión de 5 a 10 años (misma pena si concurre o no V, I, AV) Tipo atenuado (no V,I, AV o circuns agrava. 181.5) Pena inferior en grado, prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.</p> <p>Con acceso carnal Prisión de 12 a 15 años (misma pena si concurre o no V, I, AV)</p>

No he reproducido las correspondencias entre las agravantes de las agresiones a menores de 16 años y los tipos específicos del 182 y 183, porque las penas no han variado con respecto a la anterior regulación a 2022.

Por tanto, en cuanto a los delitos sexuales contra mayores de edad, esto es de 16 años y mayores de esta edad, las penas se pueden revisar (principio de retroactividad favorable de la ley penal): si los hechos habían constituido (según antigua regulación) agresiones sexuales sin acceso carnal o penetración (es decir, con violencia e intimidación) y se impuso una pena superior a 4 años (antes de la reforma tal tipo era castigado con pena de 1 a 5 años, antiguo 178 y ahora de 1 a 4 años de prisión, actual 178.1); también se puede valorar la aplicación del tipo atenuado (ahora con pena de 1 años y 2 años y 6 meses -dentro de los límites del anterior marco- o multa de 18 a 24 meses, pena que sí resultaría más benéfica que en la anterior regulación), siempre que estemos ante actos sexuales sin acceso carnal o penetración y que no concurren las circunstancias del tipo agravado del 180, atendiendo a la menor entidad del hecho y culpabilidad del sujeto (artículo 178.3 de la nueva redacción), por lo que creo que no se podría aplicar, con carácter general, a las condenas por las antiguas agresiones sexuales (salvo las cometidas con una violencia leve, como por ejemplo, la consistente en un empujón), ya que el tipo estaría pensado para las conductas más leves (algunos antiguos abusos sexuales); por último, cuando estemos ante la aplicación de circunstancias agravantes en las antiguas agresiones sexuales sin acceso carnal o penetración y se hubiera impuesto una pena superior a 8 años (ya que el límite máximo en la antigua regulación era 10 años y en la actual el límite máximo son 8 años). No considero que se pueda rebajar la pena en los casos de las antiguas agresiones sexuales con violencia e intimidación y acceso carnal o penetración (castigadas con un límite mínimo de 6 años y máximo de 12 en la antigua regulación), por el hecho de que el actual amplíe por debajo el límite mínimo de las actuales agresiones sexuales (ahora de 4 a 12 años), ya que este nuevo marco penal comprendería también los antiguos abusos sexuales y no sería proporcional, aplicar penas inferiores a las antiguas agresiones. Tampoco considero posible, aunque alguna resolución judicial sí que lo ha llevado a cabo, la reducción de pena de las antiguas agresiones sexuales del tipo agravado del 180, castigadas anteriormente con una pena de 12 a 15 años y en el actual 180 con una pena de 7 a 15 años, y ello teniendo en cuenta que este marco penal se ha ampliado por contener ahora los antiguos abusos sexuales. Los abusos sexuales contra adultos no serán objeto de revisión porque se mantienen en los mismos marcos penales que en la actualidad.

Respecto a la comparación de penas de las agresiones sexuales contra menores de edad, debemos advertir que las antiguas agresiones sexuales contra menores solo pueden ser reconducidas a las actuales agresiones sexuales sin consentimiento, es decir, artículo 181. 2. Como se verá, alguna sentencia las ha subsumido en el actual 181. 1, es decir, agresiones

sexuales actuales con consentimiento y esto a mi entender no es posible. Las anteriores agresiones sexuales se caracterizaban por la presencia de violencia e intimidación, por tanto, en estos casos, no había consentimiento posible. En consecuencia, vemos que solo en un caso se ha producido una rebaja del límite mínimo y solo, en principio, cabría en ese caso rebajar la pena por el principio de retroactividad. Serían los supuestos de las antiguas agresiones sexuales a menores con acceso carnal o penetración castigadas anteriormente con prisión de 12 a 15 años y ahora en el tipo del 181. 2 con prisión de 10 a 15 años. Y esto es porque el nuevo marco penal más amplio que el anterior comprendería los antiguos abusos sexuales con acceso carnal, por lo que en virtud del principio de proporcionalidad no debería revisarse la pena de los agresores sexuales de menores con acceso carnal o penetración, ya que en la mayoría de los casos constituyen los delitos sexuales más graves. Respecto de las antiguas agresiones sexuales sin acceso carnal o penetración agravadas (recogidas en el derogado artículo 180. 1), la pena era la misma que en el actual 181.2, prisión de 5 a 10 años; y ello, además, hay que decir, que no hay posibilidad de aplicar el tipo atenuado previsto en la actualidad para las agresiones sexuales sin consentimiento y sin acceso carnal o penetración (prisión de 2 años y 6 meses a 5 años) porque el tipo exceptúa de su aplicación los casos de violencia e intimidación y de la concurrencia de las agravantes.

En los casos de los antiguos abusos sexuales a menores con acceso carnal o penetración (castigados con anterioridad con una pena de 8 a 12 años), se tendrían que subsumir en las actuales agresiones sexuales sin consentimiento con acceso carnal o penetración, castigadas con la pena de 10 a 15 años (penas más duras que en la anterior -porque se castigan en ellas ahora las antiguas agresiones sexuales con acceso carnal o penetración-); por lo tanto, no cabría la aplicación retroactiva de la ley penal. Estos supuestos no se podrían reconducir, en mi opinión, a las actuales agresiones sexuales con consentimiento castigadas con menos pena (de 6 a 12 años), como ha procedido algún tribunal, pues este tipo es nuevo y no tiene simetría en la antigua regulación; lo que a lo sumo se podría equipar con las condenas por abusos sexuales en los que se aplicaba la atenuante analógica o muy cualificada de la exoneración por cercanía de edad o similar madurez en el plano sexual (penas que suponían bajar en uno o dos grados la pena de los abusos, pudiendo llegar a un marco penal de entre 1 a 2 años de prisión). Respecto de los antiguos abusos sexuales a menores sin acceso carnal o penetración (castigados con penas de prisión de 2 a 6 años), en la nueva regulación se correspondería con las agresiones sexuales castigadas con prisión de 5 a 10 años (pena mucho más grave, ya que comprendería también las agresiones sexuales antiguas sin acceso carnal), con posibilidad de aplicar el nuevo tipo atenuado castigado con prisión de 2 años y 6 meses a 5 años, precisamente pensados para estos casos (para los antiguos abusos sexuales sin acceso carnal o penetración), y en tales casos sí que efectivamente habría una

rebaja del límite máximo de 6 años en la antigua regulación a 5 años en la nueva, con una posibilidad de revisar y aplicar retroactivamente la nueva ley en casos de condenas superiores a 5 años (pero una subida del límite mínimo de 2 años a 2 años y 6 meses): solo si se interpreta que en dicho supuesto sería aplicable el tipo atenuado (solo cuando no haya consentimiento). También se destipifica la conducta de estupro, las relaciones sexuales con mayores de 16 y menores de 18 mediante engaño.

No obstante, se constata que es difícil aplicar sin más y con carácter general la regla de la retroactividad, pues la nueva regulación fusiona en un tipo penal dos delitos distintos y, además, respecto de determinados supuestos no hay simetría (correspondencia de tipos) y, como indica Cancio Meliá, lo correcto sería ver caso por caso, ver qué pena pudiera corresponder conforme a la nueva regulación los hechos ya calificados con la anterior y comprobar si es posible imponer la misma pena que se impuso conforme a la nueva regulación; en tal caso, no sería revisable «La pena mínima de un delito de violación con violencia e intimidación conforme a la antigua regulación no puede ser la pena mínima de un nuevo delito que conoce de modalidades que son menos graves»⁶³.

Partiendo de estos planteamientos, cabe analizar, desde una perspectiva crítica, cómo los distintos órganos jurisdiccionales están revisando las condenas en virtud del principio de retroactividad favorable de la Ley 10/2022, que impone nuevos marcos penales, y en algunos casos, como no podía ser de otra manera, implica tener que revisar algunas sentencias condenatorias al poderse imponer penas más benignas, como he intentado determinar en los párrafos anteriores. Pero esto no debe causar alarma social ni escandalizar a la sociedad, ya que estamos en un Estado democrático donde las funciones de prevención de las penas y humanización de las mismas deben prevalecer y, por tanto, no es criticable que se suavicen, en algunos casos, penas que resultaban muy graves⁶⁴ hasta el punto de solaparse con la de los homicidios dolosos; penas, que por otra parte, siguen siendo posibles conforme a la nueva regulación porque los marcos penales máximos siguen alcanzando los 15 años de prisión. El legislador de 2022 es consciente de esta gravedad de las penas, de ahí

⁶³ *El País*, 17 de noviembre de 2022.

⁶⁴ En este sentido también lo ha manifestado Díez RIPOLLÉS, ob. cit., p. 8, abogando por la rebaja de las penas en estos delitos «dado el proceso de desmesurado endurecimiento de la respuesta punitiva que, desde cotas ya altas en 1995, se ha ido registrando en los últimos lustros». Incluso llega a concluir, al realizar las valoraciones de las Propuestas de Leyes de reforma presentadas en 2018, que «la más importante novedad de las dos iniciativas legislativas estudiadas es la importante elevación del nivel de punición de los delitos sexuales que llevan a cabo», p. 26; intentando suavizarse con la previsión de tipos atenuados, pero como acertadamente apunta dicho autor, en este punto, «estos tipos atenuados, dada su formulación especialmente vaga, el variado y gran número de conductas a las que van referidos y el efecto reductor de la punición tan potente que son susceptibles de producir, suponen un serio atentado a la seguridad jurídica. Además, implica otorgar a los jueces una gran discrecionalidad en estos delitos...», pp. 13, 27.

que se hayan rebajado algunos límites mínimos como se ha apuntado y se haya previsto un tipo atenuado (178.3) para paliar la gravedad de las condenas. No obstante, la alarma social que ha causado esta suavización de penas en la Ley 10/2022 y su aplicación retroactiva por los jueces ha conllevado a que parte del Gobierno de coalición haya impulsado la reforma de dicha Ley para endurecer las penas y traer a la violencia e intimidación nuevamente como agravantes, a las que se suma también la de realizar el acto sexual sobre víctima que tenga anulada su voluntad. De ahí, que como se muestra en los gráficos anteriores (última columna), la que he denominado reforma de 2023 haya endurecido los marcos penales, para evitar la rebaja de las penas a los agresores sexuales. Sin embargo, la aprobación de dicha Ley tendrá efectos para los delitos que se cometan bajo su vigencia, ya que la aplicación retroactiva de la Ley 10/2022 se va a tener que seguir aplicando, en aquellos casos en los que sea más favorable realmente, para los supuestos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la del 2023.

De esta forma, según los datos aportados por el Consejo General del Poder Judicial, a fecha de 31 de marzo, han sido casi 1000 presos los que han visto sus penas reducidas, un 32% de las codenas revisadas por delitos sexuales, lo que quiere decir que hay un 68% que no han visto disminuidas las mismas⁶⁵ (sin embargo, en ese recuento no se incluyen las sentencias en las que no se ha aplicado la nueva ley por considerarla más desfavorable, aplicándose la antigua que era la vigente en el momento de los hechos). Ello debido a, cómo nos han vendido, la supuesta benignidad de la norma penal de 2022 en la que se produce una rebaja de penas, calificándose de un fracaso la Ley 10/2022, de manera «catastrófica» (cuando la mayoría de la doctrina penal criticaba la dureza y desproporcionalidad de las penas de la antigua regulación). De ahí, que creo necesario «echar un vistazo» a algunas de las Sentencias que han procedido a rebajar las penas, unas con acierto y otras, en mi opinión, de forma inadecuada o incorrecta.

En estos momentos, marzo de 2023, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el TS sobre la aplicación retroactiva de la ley 10/2022, pero a propósito de recursos de casación interpuestos ante dicho Tribunal (ha anunciado que se pronunciará el 8 y 9 de junio de 2023 sobre la aplicación de la retroactividad de la ley con carácter general) y está procedimiento de forma similar a como lo han hecho los tribunales de instancia. El primer caso en el que se pronunció fue mediante STS de 30 de noviembre de 2022 (Roj. A4489/2022), conocido como el de «La Manada de Arandina», en el que ha determinado que hay que analizar caso por caso la posible aplicación retroactiva de la Ley 10/2022, con el fin de comprobar si esta resultara más favorable que la anterior; exigiendo su

⁶⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-978-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>.

aplicación en bloque si fuera más favorable y no parcialmente. En este caso concreto, el TS procede a bajar la pena impuesta de 10 años de prisión por la Audiencia Provincial de Burgos según la anterior legislación (183.1.3 4b, de 10 años y 1 día a 12 años, agresión sexual con penetración a menores) a 9 años, debido a que la subsunción de los hechos en la nueva regulación en el artículo 181.1. 3 y 4 a) nos llevaría a imponer una pena dentro del marco penal de 9 a 12 años. En mi opinión el TS no realiza una correcta subsunción de los hechos en la nueva legislación, ya que no estaríamos ante un 181.1, agresión sexual contra menores con consentimiento, sino ante el 181.2, agresión sexual sin consentimiento a menores. Por tanto, no hay rebaja de penas si subsumimos los hechos en el último tipo apuntado⁶⁶.

Resumiendo los distintos pronunciamientos que han recaído al respecto y teniendo en cuenta que, pese al recuento diario en los medios de comunicación, las condenas revisadas a la baja constituyen, según los últimos datos del CGPJ, menos de 1/3 de las condenas totales revisadas, podemos distinguir las siguientes posturas: en primer lugar, aquellas resoluciones que, siguiendo el criterio de la retroactividad contenida en el CP de 1995, han entendido que no cabía la aplicación retroactiva de la nueva regulación, al poderse incluir la pena anteriormente impuesta en el marco penal nuevo (STSJ de Murcia, Roj. MU 2065/2022, de 9 de noviembre de 2022, en la que se alude a la Disposición Transitoria Primera de la LO 10/1995); en segundo lugar, la de aquellas resoluciones, las pocas, en las que expresamente se afirma que la nueva Ley 10/2022 es «notoriamente más grave» que la anterior, ya que en la nueva los hechos serían subsumibles, en el caso en cuestión, en los nuevos artículos 178 y 180, castigados con penas de 2 a 8 años, y en la antigua por el 178 derogado, prisión de 1 a 5 años (Roj. STSJ MU 2064/2022, de 14 de noviembre de 2022, resolviendo recurso de apelación de la Sentencia de 6 de junio de 2022 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, que condenó por tentativa de asesinato, pero absuelve por las agresiones sexuales del 178), por lo que aplica la vigente en el momento de los hechos, es decir, la anterior regulación a 2022, y castiga a una pena de prisión de 3 años (partiendo del marco de 1 a 5 años, aplicando la agravante de parentesco resultaría un marco penal de 3 años y 1 día a 5

⁶⁶ En resumen, y hasta el 8 de marzo de 2023, el TS se ha pronunciado en unas 9 sentencias, entre las cuales, en cuatro de ellas no ha habido rebaja de pena (STS 4684/2022, de 15 de diciembre en uno de los delitos por los que se condenó; STS 189/2023, de 19 de enero de 2023; STS 182/2023, de 26 de enero; STS 399/2023, de 8 de febrero), procediendo en las demás a aplicar la Ley 10/2022 de forma retroactiva por considerarla favorable (STS 343/2023, de 8 de febrero; STS 346/2023, de 7 de febrero; STS 4848/2022, de 21 de diciembre; STS 4677/2022, de 21 de diciembre; STS 4686/2022, de 15 de diciembre, respecto a los cuatro delitos de abusos sexuales a menores; STS 4489/2022, de 30 de noviembre).

años)⁶⁷. De estos casos no se ha hablado en los medios de comunicación ni en ningún otro foro, que a mí me conste.

En tercer lugar, ese tercio de las resoluciones revisadas (según datos a 31 de marzo) que modifican las anteriores condenas rebajando la pena impuesta por la sentencia de instancia en virtud de la retroactividad favorable de la nueva Ley 10/2022. No obstante, creo que, en muchas de ellas, como ya se ha apuntado en líneas precedentes, hay un error en dicha aplicación retroactiva consistente en la deficiente subsunción de los hechos en los nuevos tipos penales.

En efecto, desde la perspectiva que aquí se defiende es necesario revisar las condenas para aplicar, como no podía ser de otra forma, la retroactividad favorable de la ley penal, que conforme a la nueva Ley 10/2022 pudiera ser posible en los casos puntuales en los que pueda favorecer al reo. Para ello es importante la subsunción correcta de los tipos en una y en otra legislación, no fácil en todas las ocasiones por la falta de simetría en determinados casos, pero necesaria para ver si resulta más beneficiosa la nueva norma.

Partiendo de esta precisión, se ha comprobado que, en muchos pronunciamientos, tanto de las Audiencias Provinciales como de los Tribunales Superiores de Justicia, a mi entender, no se ha realizado bien esa tarea de subsunción y correspondencia entre los tipos derogados y los tipos actuales. Como ejemplo cabe analizar algunos Autos y Sentencias, comenzando, por los dictados por la Audiencia Provincial de Madrid. Así el AAP de Madrid, de 4 de noviembre de 2022 (Roj. AAP M 1274/2022), en el que se revisa la Sentencia n.º 128/2016, de 19 de febrero de 2016 (JUR/2016/96001)⁶⁸; o el Auto de 15 de noviembre de 2022, también de

⁶⁷ Sentencia que resuelve un recurso de apelación de la Sentencia de 6 de junio de 2022, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, que condenó por tentativa de asesinato, pero absolvió por las agresiones sexuales del 178. Finalmente, el TSJ de Murcia condena por agresiones sexuales.

⁶⁸ Dicha Sentencia de 2016 había condenado a un abuelo por un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal con prevalimiento por el abuso de superioridad, dado el parentesco entre autor y víctima, menor de 13 años, subsumiendo los hechos en el derogado hoy artículo 183.1.3, 4 d), y en el 74, que llevaba a imponer una pena dentro del marco penal de entre 11 años a 12 años (por la continuidad delictiva al tipo agravado de la letra d), prisión de 10 a 12 años), y que finalmente se impuso la de prisión de 11 años, el límite mínimo, entre otras. La revisión de la pena por la aplicación retroactiva de la Ley 10/2022, por el Auto de la Audiencia Provincial, de 4 de noviembre que revisa dicha Sentencia, y que según mi parecer es erróneo (ya que creo que los hechos serían subsumibles en el 181.2 y no en el 181.1), lleva a dicho órgano jurisdiccional a imponer una pena de prisión de 10 años y 6 meses, pues considera que en la actual ley vigente los hechos serían subsumibles en el artículo 181.1 (agresiones sexuales con consentimiento contra menores de edad castigado con pena de 2 a 6 años), y en el 181. 3 y 4 e), prisión de 9 a 12 años y a su vez en su mitad superior por la continuidad delictiva, esto es, prisión de 10 años y 6 meses a 12 años y como en la sentencia de instancia se impuso el límite mínimo de la pena, ahora también, por ello rebaja la pena a esos 10 años y 6 meses de prisión. El

la Audiencia de Madrid (ROJ AAP M 1273/2022)⁶⁹; o el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 2022 (ROJ. AAP M 1271/2022)⁷⁰. Y en el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial

error estaría en la subsunción de los hechos en la legislación vigente en la actualidad. Si subsumimos los hechos en el 181.2, agresiones sexuales sin consentimiento debido a que es lo que impondría su tenor literal, pues obliga a su aplicación cuando estemos ante las circunstancias del 178 (como es el caso por la existencia de prevalimiento/superioridad), llevaría a una pena del 181.3.4 e) de entre 12 años y 6 meses a 15 años, y aplicando la continuidad delictiva a una pena de entre 13 años y 9 meses a 15 años, una pena mucho más grave que la que finalmente se impuso en la Sentencia de instancia de la AP de 2016, de 11 años, por tanto no habría que haber revisado la pena impuesta por la sentencia de instancia.

⁶⁹ Auto que también rebaja la pena al autor condenado por el anterior 183.1 y 3 (de 8 a 12 años, abusos sexuales con acceso carnal a menores), y 74 de la anterior regulación a 10 años de prisión (dentro del marco posible de 10 años y un día a 12 años por la continuidad delictiva), señalando que en la actual regulación los hechos son subsumibles en el artículo 181. 1 y 3, 74 (agresiones sexuales con consentimiento agravadas), incurriendo de nuevo en el error de aplicar el n.º 1 en lugar del n.º 2 del 181 (cuando la Sentencia revisada de instancia condenatoria de 12 de junio de 2017, expresamente recoge que la penetró vaginalmente a una chica de 15 años a pesar de la expresa negativa de ésta). Asimismo, aun partiendo de la aplicación del 181.1, 3 y 74 nos daría un marco penal de 9 años a 12 años, con lo que la pena de 10 años impuesta a ese sujeto caería de lleno dentro de los límites actuales posibles, con lo que no se puede decir que hay que aplicarla porque beneficia al reo. No obstante, rebaja la pena a 9 años y 1 día de prisión, nuevo límite mínimo más bajo según la nueva regulación y bajo el argumento que la sentencia de instancia impuso en su momento el límite mínimo del marco penal resultante de la anterior regulación.

⁷⁰ En dicho Auto se vuelve a revisar la pena impuesta ahora por la Sentencia pronunciada por ella misma el día 21 de octubre de 2011, condenatoria a un sujeto por haber agredido sexualmente a su hija desde los 10 a los 14 años de forma continuada, con intimidación y acceso carnal. En este caso los hechos tuvieron lugar durante 2010, momento en el que entra en vigor la Ley 5/2010, y según la cual la mayoría de edad se establecía a los 13 años para dar su consentimiento válido en el ámbito sexual, por ello la condena en dicha sentencia se basa en los artículos 179, 180, 3.ª y 4.º del Código vigente en el momento de los hechos anteriores a la Ley 5/2010, por tanto, se impone la pena para las agresiones sexuales sin distinción de edad prevista para todos, adultos y menores, considerando la edad como una agravante, que ascendía la pena a prisión de 12 a 15 años, y aplicando la continuidad delictiva sería una pena de 13 años y 6 meses a 15 años, imponiéndose finalmente la pena exacta de 14 años (en este caso no se impone el límite mínimo). Pues bien, de nuevo la Audiencia provincial de Madrid aplica, a mi juicio, incorrectamente la Ley de 2022 retroactivamente, pues los hechos en la actualidad serían subsumibles, no en los artículos 179 y 180, 3 y 5 y 180.2 como señala, sino en el artículo 181. 2. (agresiones sexuales contra menores sin consentimiento, ya que hay una resistencia de la hija a las relaciones sexuales), 181. 4. e) (abuso de superioridad o parentesco) y, por tanto, llevaría a una pena de 12 años y 6 meses a 15 años más el 74, 13 años y 9 meses a 15 años, cuanto menos y no de 13 a 15 como señala el Auto de la Audiencia Provincial aplicando los tipos de los delitos sexuales a mayores de edad. De todos modos, la pena que se le impuso al sujeto en 2011 fue de 14 años en 2011, pena que estaría dentro de los marcos penales posibles en la actualidad y, por tanto, no cabría bajar la pena por la retroactividad penal. Sin embargo, como apuntamos la Audiencia rebaja la pena de 14 años a 13 años, el límite mínimo de la resultante por aplicación de los artículos 180.2 y 74, sin fundamentar el por qué ahora impone el límite mínimo.

de Badajoz (Roj. AAP BA 38/2022), de 30 de noviembre de 2022, al revisar la sentencia de 27 de junio de 2019⁷¹.

En todos estos casos se trataba de unos abusos sexuales (excepto en uno que se trataba de las antiguas agresiones sexuales) contra menores de edad por prevalimiento con acceso carnal y/o penetración y con la concurrencia de circunstancias agravantes y que según la antigua regulación eran subsumibles en el tipo derogado del 183. 1, 3. 4 d), castigados con penas de entre 11 años a 12 años (por la continuidad delictiva del tipo agravado de la letra d), prisión de 10 a 12 años, respecto de los abusos) y que finalmente se impuso la de prisión de 11 años, 10 años, 14 años (para las agresiones) y 11 años, respectivamente. Pues bien, la Audiencia Provincial de Madrid (y también otras como la mencionada de Badajoz⁷²) respecto de los abusos entiende que según la nueva regulación los hechos serían subsumibles en el nuevo artículo 181.1 (prisión de 2 a 6 años), esto es, agresiones sexuales con consentimiento, obviando que los hechos descritos en las distintas sentencias de instancia serían subsumibles en el 181.2, agresiones sexuales sin consentimiento (prisión de 5 a 10 años), al darse las circunstancias del 178 nuevo y no poder aplicar el número 1 del 181 nuevo (así lo señala expresamente este último artículo): en concreto, estaríamos ante la circunstancia de prevalimiento o superioridad por parentesco. Si partimos, por tanto, de la subsunción correcta de los tipos, habría que partir del marco penal del 181.2 y aplicar el marco penal de 10 a 15 años por la concurrencia de las circunstancias del apartado 2 del 181, en su mitad superior si concurren las circunstancias agravantes, como es el caso del 181.4, por tanto, un marco penal de 12 años y 6 meses a 15 años, más la continuidad delictiva nos llevaría a una pena de 13 años y 9 meses a 15 años de prisión, penas muchos más graves que las impuestas en las sentencias de instancia conforme a la derogada tipificación penal.

⁷¹ Revisa la sentencia de 27 de junio de 2019, por el que se condena a un sujeto por el delito de abuso sexual con introducción de dedos previsto en el derogado 183.1.3 y 4d) con relación al 74 (de 8 a 12 años, más el 74, de 10 a 12 años) a una pena de 11 años, la mitad del marco penal posible y se procede a la revisión porque dice que los hechos son subsumibles ahora en el 181. 1. 3 y 4 e), -marco penal de 6 a 12 años, 9 a 12- imponiendo finalmente la pena de 10 años, 6 meses y 1 día de prisión (olvidando que no recogen las mismas conductas el 183.1 anterior y el 181. 1 actual, y, por tanto, lo correcto es determinar si media o no consentimiento para aplicar el 181.2, precepto más apropiado si estamos ante el número 4 e) del 181.

⁷² En este sentido también se ha pronunciado el TS en STS de 15 de diciembre de 2022 (Roj. 4686/2022), en el que procede a rebajar la pena a un sujeto condenado anteriormente a cuatro delitos de abusos sexuales a menores por el artículo 183.1 de la regulación anterior a la Ley 10/2022 (a 2 años por cada uno de los delitos) a 1 año por cada uno de esos cuatro delitos, debido a la aplicación (incorrecta a mi juicio) de la nueva ley y su artículo 181.1, más la atenuante del párrafo tercero. Y ello porque la nueva norma permite una pena de 1 a 2 años.

Sin embargo, en el AAP VA 165/2022, de 23 de noviembre, si se aplica el 181.2 nuevo y 3. como equivalente a las agresiones sexuales a menores con penetración del derogado artículo 183. 1. 2 y 3; no obstante, se revisa la condena y se baja porque antes la pena impuesta fue la mínima del marco penal, 12 años (de 12 a 15 años por el 183.1, 2 y 3 derogado) y ahora la resultante conforme a la nueva regulación es la prevista en el 181.3 de 10 a 15 años (más baja porque ahora integran los anteriores abusos), por tanto, siguiendo el principio de proporcionalidad, y el criterio de la sentencia de instancia de imponer el límite mínimo se baja la pena a 10 años. Yo creo que el principio de proporcionalidad nos tendría que conducir a no rebajar la pena, pues equiparamos, bajándola, las anteriores agresiones sexuales con los antiguos abusos sexuales, sin valorar circunstancias que hacen modular la pena dentro de los marcos penales.

Otra aplicación errónea, en mi opinión, de la retroactividad favorable de la nueva Ley llevada a cabo por los tribunales, es la contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de 8 de noviembre de 2022 (Roj. STSJ CLM 2860/2022), que conoce de un recurso de apelación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real N.º 22/2022, de 20 de junio (Roj. SAP CR 956/2022), que había condenado a un sujeto por el delito del derogado artículo 179 (de 6 a 12 años) a 9 años de prisión (la mitad de la pena teniendo en cuenta las múltiples penetraciones y lesiones producidas), argumentando que debido a las múltiples penetraciones y lesiones que se produjeron en la víctima cabía imponer el límite mínimo de la mitad superior (menoscabo físico consistente en hematoma en tercio medio de cara interna del muslo derecho de 2-3 centímetros de diámetro; 3 hematomas en cara interna de brazo izquierdo de 1 centímetro, dos en el externos distal del brazo y un tercero en el codo; hematoma en tercio medio del brazo derecho de la cara anterior de 2-3 centímetros de diámetro y pequeñas erosiones en región infraumbilical, precisando para su sanidad de asistencia facultativa con 15 días de perjuicio). Hay que destacar que en la antigua regulación cierta violencia e intimidación quedaban absorbidas por el tipo del 179. Pero en la nueva regulación de 2022 la pena del 179 no implica necesariamente el empleo de violencia, por tanto, a este nuevo marco penal de 4 años a 12 años, que ahora correspondería por dichas agresiones (a partir de incluir las conductas antiguas de abusos sexuales, de ahí que el límite mínimo haya bajado de 6 a 4 años), habría que concursar las lesiones, pues de otra forma quedarían impunes. Y ello porque en los nuevos tipos no podemos señalar que la violencia o intimidación queden absorbidas, porque no forman parte del tipo. Por tanto, habría que concursar a dicha pena de agresiones sexuales el delito de lesiones que concurra en cada caso, y en concreto, en concurso medial. Pues bien, la sentencia que resuelve en apelación aplica ya la nueva Ley, el nuevo marco penal del 179 y lo hace como la de instancia, en la mitad del marco, en virtud de la proporcionalidad de la pena e impone una prisión de 8 años. Pero cabe

preguntarse ¿qué ocurre con las lesiones ocasionadas? ¿ahora no están previstas en el tipo? ¿quedan impunes?⁷³.

Por su parte, también la Audiencia Provincial de Segovia en su Auto (Roj. AAP SEg 1/2022), de 7 de noviembre de 2022, revisando la Sentencia de 28 de diciembre de 2012, condenatoria a un delito de agresión sexual a adultos con penetración y uso de armas a la pena de 12 años (dentro de la pena de 12 a 15 años que imponía el 180.1 vigente en el momento de cometerse los hechos), procede a rebajar la pena, a 9 años de prisión, argumentando que en el nuevo marco penal de 7 a 15 años, se procede a rebajar la pena respecto al anterior (sin constatar que es porque ahora abarca el de abusos sexuales)⁷⁴ y por ello hay que aplicarla retroactivamente la nueva ley, tomando también en cuenta una circunstancia atenuante de enfermedad mental del acusado, aunque dicha circunstancia no fue aplicada en la sentencia de instancia y no podría ser valorada en apelación. Nada se dice que dicha horquilla ahora del 180 abarcaría los antiguos abusos sexuales (prisión de 7 a 11 años) y las antiguas agresiones sexuales (prisión de 11 a 15 años) y, por tanto, al ser una agresión sexual agravada del 180 la pena para ser proporcional tendría que ser de 11 a 15 años, dejando la de 7 a 11 para algunos de los supuestos más leves de los antiguos abusos sexuales.

⁷³ En el mismo sentido se procede en Sentencia del TSSJ (Roj. GAL 7003/2022), de 8 de noviembre de 2022, que resuelve en apelación el recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de mayo de 2022, que condenó por el antiguo delito de agresiones sexuales a prisión de 6 años, y que se rebaja a una pena de 4 años, por haber bajado el límite mínimo en las vigentes agresiones del 179, sin tener en cuenta que ese límite baja porque abarcaría ahora los antiguos abusos sexuales.

⁷⁴ Igualmente, en el Auto de APIB, de 7 de noviembre de 2022 (Roj. AAP IB 12/2022), revisando la Sentencia de 13 de julio de 2020 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó a un sujeto por delito de agresión sexual a pena de 3 años, sin penetración, artículos 178 y 180.1 2.º derogados, cuyo marco oscilaba entre 5 a 10 años. La mencionada Audiencia decide que la nueva Ley 2022 es más beneficiosa porque se han bajado las penas en el 178 (1 a 4 años) y en el 180.1. 2.º que sería el aplicable (de 2 a 8 años), pero se olvida nuevamente por parte de la Audiencia que ese nuevo marco penal de agresiones del 180 engloba los supuestos anteriores de agresiones y abusos. Creo que no se están imponiendo penas proporcionadas, porque están aplicando los límites mínimos, de 2 años, a una antigua agresión sexual, conductas más graves porque media violencia e intimidación. En el mismo sentido, Igualmente AAP S 601/2022, de 21 de noviembre de 2022, revisando la Sentencia de 21 de mayo de 2018 de la AP de Santander; también el AAP Ourense 70/2022, de 16 de noviembre de 2022, al bajar la pena para una antigua agresión sexual castigada por el 179 derogado (de 6 a 12 años, en grado de tentativa de 3 a 6 años) con una pena de 3 años y 6 meses, cerca del límite mínimo, a una pena según el nuevo 179 (que ahora incluye los anteriores abusos y agresiones y un límite mínimo menor de 4 a 12 años, resultando una tentativa de 2 a 4 años) de 2 años y 6 meses; Auto de la Audiencia Provincial de Santander de 22 de noviembre de 2022, que revisa la Sentencia AP S 133/2020, que condenó a dos sujetos por un delito de agresión sexual del 179, 180.1 2.º (12 a 15 años) a una pena de doce años y por otro delito del tipo básico del 179 (6 a 12 años) a una pena de 6 años, rebajando la pena a 7 años por el primer delito (nuevo marco penal del 180.1.2.º es de 7 a 15 años) y a una pena a 4 por el segundo delito (nuevo marco penal del 179 es de 4 a 12 años).

Parece, por tanto, una constante que, de momento, los órganos jurisdiccionales están revisando las penas de los condenados por las antiguas figuras delictivas de abusos sexuales y agresiones sexuales, subsumiendo los hechos en los tipos más leves e imponiendo las penas cercanas a los límites mínimos de los marcos penales, sin tener en cuenta la gravedad de las conductas, con lo que las antiguas agresiones sexuales, conductas por lo general más graves, están castigándose con las penas que corresponderían según la antigua regulación con las de los abusos sexuales. En este sentido, se desecha por parte de algunas Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia mencionados, las argumentaciones empleadas por algunas acusaciones que alegan la aplicación en la revisión de un primer tramo del nuevo 179 referida a los abusos y el segundo a las agresiones, debido a que el 179 es un nuevo tipo en el que lo importante es la falta de consentimiento y la violencia e intimidación no son elementos ahora que marquen la distinción penológica como en la anterior regulación. Sin embargo, ante ello cabe preguntarles ahora a los tribunales, ¿qué criterios van a tener en cuenta para moverse dentro de los marcos penales tan amplios de la nueva regulación? ¿o es que van a aplicar automáticamente los límites mínimos de los marcos penales como están haciendo en todas las revisiones de condena? En este sentido, cabe destacar una sentencia del TS, la de 7 de febrero de 2023 (Roj. 346/2023), en la que se hace alusión a la consideración de la violencia e intimidación en las nuevas agresiones sexuales a la hora de modular la pena en el marco penal. No obstante, procede a la rebaja de la pena de unas agresiones sexuales, del antiguo 180. 1. 5.º, castigadas con un marco penal de 12 a 15 años, y en las que la AP de Logroño castigó a una pena de 12 años al autor de las mismas, a una pena de 9 años, en virtud del 180. 1. 6.º de la nueva regulación, donde se castigan las agresiones sexuales con una pena de 7 a 15 años. Pues bien, argumenta que debido a la brutalidad de la conducta, a los medios utilizados, y al lugar donde se produjo en el que la víctima no podía pedir auxilio, no impone el mínimo legal de 7 años, sino 9 años. Cabe preguntarse, ¿qué circunstancias serán exigibles para aplicar una mayor pena de 9 años que las descritas en los hechos probados de la mencionada sentencia?

Por otro lado, sí me parece correcta la aplicación retroactiva que realiza la STSJ de Murcia (Roj. MU 2065/2022), de 9 de noviembre de 2022, al revisar la Sentencia de 7 de marzo de 2022 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, que condenó a un sujeto por un delito en grado de tentativa de agresión sexual con la agravante genérica de aprovechamiento del lugar, del derogado 179 y del 22. 2.º (pena de prisión de 6 a 12 años, por la tentativa de 3 a 6 años, y por la agravante prisión de 4 años y 6 meses a 6 años) a una pena de 4 años y 6 meses. Según la nueva regulación, la pena partiría del nuevo artículo 179 (prisión de 4 años a 12 años, por la tentativa de 2 a 4 años y por la agravante de 3 a 4 años) y en su virtud impone la pena de 3 años, el límite mínimo como la sentencia de instancia. Aquí si se justificaría, en mi opinión, la rebaja

porque la pena anteriormente impuesta de 4 años y 6 meses no estaría dentro del marco penal posible según la nueva regulación, nuevo marco penal más beneficioso ya que va de 3 a 4 años. Dicha Sentencia alude a la aplicación de la retroactividad según el 2.2 y según la Disposición Transitoria Primera de la LO 10/1995 se señala concretamente «Para la concreta individualización de la pena, entendemos que procede efectuar un juicio de reproche similar o equivalente al efectuado por el tribunal a quo en el momento de concretar la pena impuesta, de forma que la nueva pena guarde con la extensión en que la nueva normativa permite imponerla la misma proporción que la pena concreta impuesta en sentencia guardaba con la extensión en que la legislación derogada permitía su concreción. Así las cosas, trasladaremos nosotros a nuestra decisión el criterio del tribunal sentenciador en la instancia cuando optó por la mínima extensión de la pena resultante, que en el presente caso será de 3 años y 1 día (en vez de los 4 años y 6 meses de la regulación anterior)».

6. Conclusiones

Debe resaltarse, principalmente, la trascendencia de la nueva Ley 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual por dar cobertura de forma completa a todas las víctimas de los delitos sexuales, previendo todo tipo de medidas para la protección de las personas que sufren este tipo de violencia, y, sobre todo, de las mujeres y menores que son, en la mayoría de los casos, los sujetos pasivos de estos delitos. Entre estas medidas se encuentra las relativas en la lucha contra la violencia de género, pues se entiende, acertadamente desde la perspectiva que aquí se defiende, que los delitos sexuales constituyen una cuestión de violencia de género, atendiendo al número de víctimas mujeres que las estadísticas arrojan y a las causas de tales datos. Ya adoptadas estas medidas por la Ley 5/2018, la nueva normativa mencionada viene a reforzarlas nuevamente, en el sentido de incorporar, por ejemplo, la necesaria formación en este ámbito de todos los agentes jurídicos (jueces, fiscales), así como la incidencia en la educación, pieza fundamental para acabar con la sociedad del patriarcado y sensibilizar a los hombres sobre la capacidad de las mujeres para decidir libremente en el plano sexual.

De esta forma, y por lo que se refiere a la reforma penal de los delitos sexuales de 2022, se lleva a cabo un cambio conceptual de estos, demandado por la sociedad a partir de determinados casos que causaron bastante alarma social, acontecidos en España a partir de 2016. Así la nueva regulación de los delitos sexuales gira en torno a la existencia o no del consentimiento de la víctima, enmarcándose nuestro Código Penal entre los más avanzados al poner el acento en este elemento para tipificar los delitos sexuales, comenzando por afirmarse en el 178.1, 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». En segundo lugar, se produce una fusión de las antiguas figuras delictivas de agresiones y abusos sexuales en una sola, ahora denominada agresión sexual.

Cambio conceptual necesario en mi opinión, pese a que en un principio me adherí a aquella parte de la doctrina que no creía necesario la reforma de los delitos sexuales para entender que el «sí es sí» y el «no es no», teniendo en cuenta que una correcta interpretación por parte de los tribunales de la regulación anterior a la Ley 10/2022, era suficiente para atender a las demandas sociales relativas a estos delitos. Desde aquella perspectiva, los casos mediáticos acontecidos (La Manada de Pamplona o La Manada de Arandina), se podían resolver adecuada y proporcionalmente con la legislación ahora derogada. Ello lo demuestra las distintas calificaciones jurídicas por los diversos órganos judiciales que se pronunciaron al respecto partiendo de la antigua ley. Sin embargo, creo que es importante una modificación en el sentido de cambio conceptual para hacer llegar a la sociedad un mensaje muy importante acerca de la libertad sexual y su libre disposición por parte de todas. No es que desde el Derecho penal se eduque, que también, sino que viene ello a formar parte de la función de prevención general y especial inherente al Derecho penal: de esta forma, es necesario trasladar a la sociedad la necesidad de que para mantener relaciones sexuales las personas involucradas tienen que consentir de manera indubitada y que ningún consentimiento se presume, mensaje tanto para los delincuentes o potenciales delincuentes como para las víctimas (mujeres que son la mayoría), quienes deben saber lo que quieren y su libertad para decidir en cualquier momento. Por ello, creo que la reforma penal es positiva desde un punto de vista conceptual y fundamental para la protección de la libertad sexual de las víctimas, aunque que desde el punto de vista jurídico-penal o penológico no haya sido sustancial.

Y ello, pese a la alarma social que ha causado una leve disminución de penas en unos pocos supuestos y la aplicación de la retroactividad de la Ley 10/2022 por parte de algunos órganos jurisdiccionales. Se debe recalcar que las penas se deben seguir modulando conforme a la gravedad de las conductas en virtud del principio de proporcionalidad (más graves, generalmente pero no necesariamente, las que median violencia o intimidación, supuestos de sumisión química, y menos graves en el resto de casos en los que haya menor gravedad atendiendo a distintas circunstancias); sin embargo, como ya se ha mencionado, se ha aumentado el arbitrio judicial al ampliarse los marcos penales y conceder más margen de maniobra a los jueces a la hora de la determinación exacta de la pena, lo que puede ser adecuado desde el principio de proporcionalidad de las penas o, peligroso, en función de cómo actúen los jueces.

Con relación a la aplicación retroactiva de la nueva ley el problema que he detectado, hasta el momento, es una deficiente aplicación del principio, y no, precisamente, como se ha apuntado en algunos foros, en

la existencia de errores en la Ley 10/2022. En efecto, se puede estar o no de acuerdo con la regulación, pero no hay errores en la nueva normativa en cuanto a las penas se refiere. Como se ha analizado, en algunos casos, los menos, hay cierta rebaja de penas a nivel legislativo, pero esto no nos tiene que escandalizar, pues partimos de penas gravísimas, incluso desproporcionadas, y debemos tener siempre en cuenta los principios de derecho penal, principio de proporcionalidad, mínima intervención, ultima ratio... No quiero decir con esto que los delitos sexuales no merezcan graves penas, ya que son conductas que atentan contra bienes jurídicos fundamentales como es la libertad sexual; pero tenían penas ya elevadísimas hasta el punto de solaparse, cuando no superar, con las del homicidio doloso. Por ello, en la actualidad no hay que alarmarse por el hecho de que se suavicen las penas en casos puntuales y, en consecuencia, se deba aplicar el principio de retroactividad de la ley penal cuando favorece al reo. Para ello, es fundamental subsumir los hechos correctamente en los actuales tipos penales para comparar las penas con los tipos aplicados en la sentencia y comprobar si la pena impuesta se encuentra dentro de los nuevos marcos penales: en caso afirmativo, no habrá que bajar la pena, en caso contrario, esto es, si la pena impuesta en la sentencia según la derogada legislación superase los límites posibles de la actual regulación, se procederá a una rebaja de la misma. Sin embargo, no hay unanimidad a la hora de entender la ley más favorable.

En conclusión, desde la postura aquí defendida la Ley 10/2022 no contiene error en cuanto a las penas a imponer, sin embargo, la alarma social y las críticas han venido de la mano de la rebaja, en pocos casos, de las penas y de la aplicación retroactividad de la ley mencionada por ser más favorable, como no podía ser de otra manera. No obstante, esa aplicación retroactiva no ha sido correcta en la mayoría de los casos, como se ha intentado poner de manifiesto en este trabajo con el análisis de las resoluciones judiciales recaídas hasta el momento. El legislativo se ha visto empujado por esa alarma social a tener que realizar propuestas de reformas, que en los momentos en los que se escribe estas líneas ya han sido aprobadas por el Congreso de los Diputados. En efecto, en abril de 2023 dicha Cámara ha aprobado la Proposición de Ley de reforma de la Ley del solo sí es sí, impulsada por el PSOE y apoyada por el PP, consistente en agravar las penas de la Ley de 2022 y estableciendo las circunstancias de violencia, intimidación y víctima anulada su voluntad como subtipos agravados de los delitos sexuales, respondiendo al populismo punitivo demandado. No obstante, creo que no se vuelve a la regulación anterior al 2022, como han expresado algunos grupos políticos, pues el consentimiento o su falta siguen siendo el eje central de la regulación, definido en el 178. 1. Ahora bien, el volver o no depende de la interpretación jurisprudencial de los tipos, como se demostró en las distintas resoluciones judiciales recaídas en el caso de La Manada de Pamplona.

7. Bibliografía

Libros

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexual*, Madrid, Ed. Reus, 2019.
- FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (directoras), *La Manada, Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Capítulos de libros

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M., *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- CUGAT MAURI, M., «Artículo 182 CP vigente del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.
- ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (artículo 181 CP)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 211 y ss.
- FARALDO CABANA, P., RAMÓN RIBAS, E., «VIII. La Sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 247-296.
- FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en MONGE FERNÁNDEZ, A. (dir), *Mujer y De-*

- recho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Valencia, Bosh, 2019, pp. 255-283.
- GUISASOLA LERMA, C., «Los delitos de online child grooming y sexting (art. 183 ter. 1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (directoras), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «La prostitución forzada es una forma agravada de agresión sexual: propuesta para una reforma imprescindible», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña*, con motivo de su 70 aniversario, Madrid, Reus, 2020.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «Reflexiones sobre el concepto de intimidación a propósito de la sentencia de La Manada», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña*, con motivo de su 70 aniversario, Madrid, Reus, 2020, pp. 1761 y ss.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. A., «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidas en el artículo 180 del Código penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., ESQUINAS VALVERDE, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Artículos de revista

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, n. 10007, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 10 de febrero de 2022.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Tomarse en serio la presunción de inocencia. Reflexiones al hilo de las manifestaciones inculpatorias realizadas por una autoridad pública (1)», *Diario La Ley*, n. 9850, Wolters Kluwer, mayo 2021.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Alegato contra un Derecho penal sexual identitario», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 21, 2019, pp. 1-29.
- GIL GIL, A., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «A propósito de ‘La Manada’: Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Ejemplar dedicado a las Huellas de «La Manada»), n. 77, octubre, 2018, pp. 4-17.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Solo sí es sí», http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551

- GUISASOLA LERMA, C., «Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento», en *Revista Penal*, n. 45, 2020, pp. 56-74.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de las agresiones sexuales», en *Diario La Ley*, núm. 9790, Wolters Kluwer, de 12 de febrero de 2021.
- OLIVAS DÍAZ, A., «Breves apuntes feministas sobre el malestar acerca del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Boletín de la Comisión Penal. Monográfico Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 12, vol. 1, marzo 2020.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. J., «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», en *Boletín de la Comisión Penal. Monográfico Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 12, vol. 1, marzo 2021.
- RAMÓN RIBAS, E./FARALDO CABANA, P., «‘Solo sí es sí’, Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020), pp. 21-42.

Otras fuentes

- CANCIO MELIÁ, M., «La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales», *El País*, 17 de noviembre de 2022.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Y 3? Sobre el consentimiento, violencia e intimidación», Infolibre, 8 de febrero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/consentimiento-violencia-e-intimidacion_129_1422041.html (consultado el 1 de marzo de 2023); «La contrarreforma no es una solución», 31 de enero de 2023, https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/contrarreforma-no-solucion_129_1415260.html (consultado el 1 de marzo de 2023).
- GARCÍA RIVAS, N., «La academia contra la reforma de los delitos sexuales», en *eldiario.es*, 10 de junio de 2022 (consultado el 1 de marzo de 2023).
- LASCURAIN, J. A., «Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?», 28 de marzo, 2020, en *Almacén D Derecho*, <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>, visitado el 21 de febrero 2023.
- LASCURAIN, J. A., «*Delitos sexuales: ¿una reforma progresista? (II)*», abril, 2020, en *Almacén D Derecho*, <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista-ii>.

