



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA LEY
ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE
SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA
INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.

Origen, contenido y problemática.

Autor: Miguel Ángel Ramiro Ortega

5º E-3 C

Derecho Penal

Tutora: María del Carmen Rodríguez Gómez

Madrid

Abril 2023

RESUMEN

Los acontecimientos sobre agresiones sexuales que han tenido lugar en nuestro país en los últimos años (especialmente el caso de “La Manada”) han dado lugar a un intenso debate jurídico y social sobre la regulación de los delitos contra la libertad sexual en nuestro Código Penal. Este debate ha desembocado en la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, objeto de estudio en este trabajo. Analizaremos el origen de esta Ley, así como los aspectos jurídico-penales de la misma, haciendo hincapié en la eliminación de la distinción entre la agresión y el abuso sexual y la inclusión del inciso sobre el consentimiento expreso, analizándose las posturas contrapuestas que se originan respecto a estas modificaciones del Código Penal. Todo ello a fin de dilucidar si esta Ley Orgánica tiene sentido en origen, si es razonable desde un punto de vista jurídico y qué medidas se podían haber tomado para evitar ciertos problemas asociados a esta reforma, dentro los cuales nos referiremos, entre otros, a la rebaja de penas.

PALABRAS CLAVE

Ley Orgánica 10/2022, consentimiento expreso, libertad sexual, agresión sexual, rebaja de penas, “solo sí es sí”, reproche penal.

ABSTRACT

The events concerning sexual assaults that have taken place in our country in recent years (especially the case of "La Manada") have given rise to an intense legal and social debate on the regulation of crimes against sexual freedom in our criminal legal system. This debate has led to the approval of Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, the object of study in this paper. We will analyze the origin of this Law as well as the penal aspects of this Law, emphasizing the elimination of the distinction between aggression and sexual abuse and the inclusion of the indent on express consent, analyzing the opposing positions that originate with respect to these modifications of the Penal Code. All this in order to elucidate whether this Organic Law makes sense in origin, whether it is reasonable from a legal point of view and what measures could have been taken to avoid certain problems associated with this reform, among which we will refer, among others, to the reduction of penalties.

KEYWORDS

Organic Law 10/2022, express consent, sexual freedom, sexual aggression, reduction of penalties, "only yes means yes", criminal sanction.

ÍNDICE

0. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN	7
2. ORIGEN DE LA LEY.....	9
2.1. Jurisprudencia.....	9
2.1.1. Caso “La Manada”	10
2.1.2. Otras sentencias de interés	12
2.2. Convenios internacionales	15
2.3. Derecho comparado	16
3. ASPECTOS PREVIOS A LA APROBACIÓN DE LA LEY	19
4. ANÁLISIS GENERAL DE LA LEY	22
5. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA LEY	24
5.1. Eliminación de la distinción entre la agresión y el abuso sexual	24
5.1.1. Descripción de esta eliminación	24
5.1.2. Problemática respecto de esta modificación	29
5.1.3. Problemática sobre la rebaja de penas	32
a. Argumentos empleados para no rebajar las penas	32
b. Argumentos empleados para rebajar las penas.....	35
c. ¿Qué medidas se podían haber adoptado para evitar la rebaja de penas?.....	36
5.2. Precisión sobre el consentimiento	40
5.2.1. Descripción de esta precisión sobre el consentimiento.....	40
5.2.2. Problemática respecto de esta precisión	41
6. CONCLUSIONES	44
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
7.1. Legislación.....	46

7.2. Jurisprudencia	48
7.3. Obras doctrinales	51

0. LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
arts.	artículos
<i>cfr.</i>	<i>cónfer</i> (“compárese con”)
coord.	coordinador
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DT	Disposición transitoria
FJ	Fundamento Jurídico
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (“en el mismo lugar”)
<i>id.</i>	<i>ídem</i>
LO	Ley Orgánica
n.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatus</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
ref.	referencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (véase)
vol.	volumen

1. INTRODUCCIÓN

Justificación del tema

La Ley Orgánica 10/2022 ha supuesto una profunda reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales, introduciéndose dos grandes novedades respecto a la anterior redacción del Código Penal: la eliminación de la diferenciación entre agresión y abuso sexual y la inclusión de una precisión sobre cuándo se entiende que hay consentimiento, expresado mediante una fórmula en sentido positivo (“solo sí es sí”)¹.

Esta reforma del Código Penal ha traído consigo un intenso debate no sólo desde el plano doctrinal, sino también desde el plano social. En efecto, es innegable el fuerte componente social de esta Ley Orgánica, en tanto que las movilizaciones sociales tras los últimos casos de agresiones sexuales en grupo, en concreto tras el caso de “La Manada”, han tenido un fuerte impacto en el legislador y en esta modificación del Código Penal².

Este debate (tanto doctrinal como social) se ha visto intensificado tras las primeras sentencias en que se ha rebajado la pena a delincuentes sexuales al amparo de esta Ley Orgánica, las cuales se hicieron públicas a mediados de noviembre³. Desde entonces, tanto los telediarios como los periódicos se han visto abarrotados de noticias relativas a esta rebaja de penas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022.

Por tanto, la elección de este tema viene justificada por la actualidad del mismo y el interés del autor de este trabajo de conocer la postura doctrinal y jurisprudencial respecto de esta Ley, la cual ha estado en el centro de la polémica desde mucho antes de su entrada en vigor, pues esta reforma del Código Penal ha sido objeto de debate desde que el Gobierno anunció su intención de llevarla a cabo.

¹ OLALDE GARCÍA, A., “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del 'solo sí es sí’”. *Diario La Ley*, n. 10180, 2022 [disponible en [laleydigital](#), ref. 10850/2022, Doctrina].

² PARDO MIRANDA, M. “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, n. 11, 2023, p. 2.

³ MARRACO, M. en “Primeras rebajas de condena por la ley del 'solo sí es sí’: un excarcelado al reducirse cinco años la pena por abusos a menores”. *El País*, 15 de noviembre de 2022, analiza las primeras sentencias en las que, efectivamente, se reduce la pena a responsables de delitos contra la libertad sexual.

Objetivos

La presente investigación trata de hacer un análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica 10/2022, centrándose en los dos cambios más relevantes que ha introducido esta Ley en el Código Penal: la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual y la inclusión de un inciso sobre el consentimiento en su ámbito positivo.

Para ello, se hará un análisis penal de esta Ley desde su origen, estudiando la jurisprudencia, los convenios internacionales y el Derecho comparado que han dado lugar a esta normativa. También, se analizará de forma precisa el contenido de la reforma, estudiando las posturas de quienes son partidarios de la misma y de quienes, por el contrario, la tildan de innecesaria y cuestionable desde un punto de vista jurídico-penal. Así, se hará hincapié en la problemática de la rebaja de las penas, dado el intenso debate doctrinal y jurídico que se ha producido como consecuencia de esta reforma del Código Penal.

En virtud de las conclusiones que resulten de dicho análisis, se dará respuesta a las cuestiones principales de este trabajo: ¿esta reforma es razonable en virtud de la jurisprudencia, los convenios internacionales y el Derecho comparado que dan lugar a la misma? Y, tras el análisis de los aspectos positivos y negativos que se alegan acerca de esta reforma, ¿tiene sentido desde un punto de vista jurídico? Y, respecto de esos aspectos negativos, ¿qué medida era la más adecuada para haber evitado los mismos?

Metodología y estructura del trabajo

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo se basa en la dogmática jurídica. Concretamente, se ha analizado la legislación nacional e internacional en materia de delitos contra la libertad sexual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y obras doctrinales que versan sobre esta modificación del Código Penal.

El cuerpo del trabajo se estructura de la siguiente manera:

- I. Análisis del origen de esta Ley Orgánica, mediante el estudio de la jurisprudencia que ha dado pie a esta reforma del Código Penal (haciendo especial referencia al caso de “La Manada”), los convenios internacionales ratificados por España y legislaciones similares que podemos encontrar en Derecho comparado.

- II. Referencia a aspectos relevantes y novedosos de la Ley fuera del ámbito penal, como la prevención y detección de las violencias sexuales o las medidas introducidas en el ámbito laboral.
- III. Análisis de la eliminación de la distinción entre el abuso y la agresión sexual, de las posturas doctrinales contrapuestas que se originan en torno a esta cuestión y de la relevancia práctica que implica esta equiparación, haciendo especial referencia a la problemática relativa a la rebaja de las penas.
- IV. Estudio de la inclusión del inciso sobre el consentimiento expreso en su ámbito positivo introducido en el art. 178 CP y de los pronunciamientos de la doctrina jurídica respecto de esa precisión.
- V. Exposición de las conclusiones alcanzadas por el autor de este trabajo y respuesta a las cuestiones objeto de análisis.

2. ORIGEN DE LA LEY

2.1. Jurisprudencia

El detonante de esta amplia reforma que hoy analizamos fue, sin duda, el conocido caso de “La Manada”⁴, como veremos en el epígrafe siguiente. Los hechos enjuiciados en este caso por la Audiencia Provincial de Navarra que dieron lugar a la sentencia de 20 de marzo de 2018⁵, ocuparon horas y horas de televisión, radio, portadas en periódicos de importancia nacional y manifestaciones en las calles de diferentes ciudades de España, abriéndose un debate social y jurídico sobre la violencia sexual que desembocó en la reforma del Código Penal⁶.

Tras esta primera resolución sobre el caso, y su enorme repercusión social, la entonces Ministra de Igualdad y vicepresidenta del Gobierno, Doña Carmen Calvo, informó que el

⁴ DE LAMO, I., “Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Filanderas*, n.3, 2022, p. 70.

⁵ SAP de Navarra (Sec. 2ª) 38/2018, de 20 de marzo de 2018.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., “‘Solo sí es sí’; por Enrique Gimbernat, catedrático de Derecho penal de la UCM”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2020 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972; última consulta el 23 de enero de 2023).

Gobierno iba a promover una reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de forma que el consentimiento expreso de la víctima pasase a convertirse en el elemento clave de los delitos sexuales⁷.

Para algunos autores, la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual se ha elaborado pensando única y exclusivamente en el caso de “La Manada”. Por ello, para este sector de juristas, esta reforma es de difícil explicación desde un punto de vista de técnica legislativa⁸. Sin embargo, antes de este mediático caso, ya encontramos distintas resoluciones judiciales que ponían de manifiesto la dificultad de discernir entre abuso y agresión sexual en casos límite, ya que, en dichos supuestos, existía una línea muy fina entre aquellas situaciones de contextos intimidatorios causados por una situación ventajosa de autoridad del autor frente a la víctima que darían lugar a un abuso sexual y aquellas otras situaciones de intimidaciones ambientales que darían lugar a una agresión sexual⁹.

2.1.1. Caso “La Manada”

Los hechos probados en la sentencia de la AP de Navarra transcurrieron durante la madrugada del 7 de julio de 2016 en Pamplona. Tras haberse conocido los acusados y la denunciante en una plaza, esta dijo que se iba al coche a descansar, ofreciéndose los acusados a acompañarla. En el camino, uno de los acusados accedió a un portal y otros dos de ellos apremiaron en el portal tirando de la víctima, quien entró al portal “*de modo súbito y repentino, sin violencia*”. Debido a la situación en la que se encontraba, en un lugar recóndito y angosto, rodeada de 5 hombres, mucho mayores y más fuertes que ella, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. Esta “*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*”¹⁰. Aprovechando

⁷ FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “‘Solo sí es sí’, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, p.21.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: ‘Solo sí es sí’; por Enrique Gimbernat, catedrático de Derecho penal de la UCM”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2020 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972; última consulta el 22 de enero de 2023).

⁹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como ‘caso La Manada’”. *Diario La Ley*, n. 9500, 2019 [disponible en [laleydigital](http://laleydigital.com), ref. 12188/2019, Doctrina].

¹⁰ SAP de Navarra 38/2018, *op. cit.*; Hechos Probados A y B.

conscientemente esta situación, todos los procesados penetraron bucalmente a la denunciante, dos de ellos vaginalmente y, otro de ellos, analmente.

En vista de estos hechos, la AP de Navarra consideró que no concurría la intimidación (ni la violencia) exigida para poder apreciarse la agresión sexual del antiguo art. 178 CP y condenó a los acusados por abuso sexual, en el subtipo agravado del entonces vigente art. 181.4 CP. Para tomar esta decisión, la AP consideró que la situación en la que se vio envuelta la denunciante le hizo adoptar una actitud sumisa y de sometimiento, “*que determinó que no prestara su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de abuso de superioridad, configurada voluntariamente por los procesados, de la que se prevalieron*”¹¹.

Notificada la sentencia, ambas partes interpusieron recurso de apelación, pidiendo la representación de los procesados la absolución de los mismos y, la otra parte, que se condenase a los encausados no por un delito de abuso sexual, sino por un delito de agresión sexual¹². En su resolución, el TSJ de Navarra confirma la sentencia de la AP de Navarra en lo relativo a la inexistencia de violencia o intimidación y, por tanto, en la apreciación de un abuso sexual y no de una agresión sexual. No obstante, la resolución hace referencia a la finísima línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento y a la dificultad de distinguir entre ambos conceptos en supuestos límite como el analizado. Tan sutil es la diferencia entre estos conceptos que dos de los magistrados formulan un voto particular, discrepando de la decisión de la mayoría de la Sala, pues consideran que los encausados debían haber sido condenados por un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP, por apreciar que estos habían utilizado intimidación¹³.

Finalmente, notificada la sentencia del TSJ de Navarra a las partes, ambas prepararon recurso de casación frente a dicha sentencia¹⁴. En su resolución, el TS considera que los hechos deben calificarse como agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, por estar acreditada la intimidación. El TS considera que la edad de la víctima (que solo tenía 18 años en el momento de los hechos), el lugar apartado en el que se produjeron los hechos y el hecho de haber sido rodeada por los encausados, le causaron “*un estado de*

¹¹ *Ibid.*; FJ Cuarto.

¹² STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 8/2018, de 30 de noviembre de 2018; Antecedente de Hecho Tercero.

¹³ *Ibid.*; Voto particular.

¹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sec. 1ª) 344/2019, de 4 de julio de 2019; Antecedente de Hecho Tercero.

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, (...), 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 conducirán a sufrir males mayores”¹⁵.

Esta sentencia del TS de 4 de julio de 2019 marca un antes y un después respecto de la intimidación en los delitos de naturaleza sexual. El TS, en esta sentencia, modifica su doctrina en lo relativo a lo que se entiende por intimidación, ya que califica como agresión sexual una situación que, hasta la fecha, se tenía como un abuso sexual, lo que dio pie a un cambio del Código Penal para adaptarse no solo a lo demandado por la sociedad, sino también a la nueva interpretación jurisprudencial.¹⁶

Por tanto, aunque como veremos a continuación, existen otras resoluciones que conducían a este cambio legislativo, no hay duda de que el caso de “La Manada” y su repercusión llevó al legislador a plantearse la revisión del Código Penal para adaptarlo al nuevo contexto social ¹⁷.

2.1.2. Otras sentencias de interés

Como ya hemos dicho anteriormente, los tribunales de nuestro país ya habían puesto de manifiesto, a través de sus resoluciones, que, en determinados supuestos de enorme complejidad, era muy difícil diferenciar el prevalimiento propio de los abusos sexuales y la intimidación propia de las agresiones sexuales¹⁸.

En esta línea, podemos citar, en primer lugar, la STS de 15 de diciembre de 2015, en la que se condena al acusado como autor de un delito continuado de agresión sexual. En este caso, se trataba del tío paterno de una niña que, durante el periodo comprendido entre el verano de 2006 y el verano de 2010, tuvo que ser acogida por sus tíos por circunstancias

¹⁵ *Ibid.*; FJ Quinto.

¹⁶ PINA BARRAJÓN, M.N., “Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.º 344/2019 del caso de 'La Manada', comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo”. *Diario La Ley*, n. 9497, 2019 [disponible en [laleydigital](#), ref. 10571/2019, Doctrina].

¹⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F., “El consentimiento y su importancia en los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales”. *Diario La Ley*, n. 10147, 2022 [disponible en [laleydigital](#), ref. 8062/2022, Doctrina].

¹⁸ CARUSO FONTÁN, V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*, n. 9594, 2020 [disponible en [laleydigital](#), ref. 2222/2020, Doctrina]

familiares, de lo cual se aprovechó el condenado para agredirla sexualmente en diversas ocasiones¹⁹. La propia sentencia hace referencia a la dificultad de discernir, en estos casos, entre el abuso sexual con prevalimiento y la agresión sexual con intimidación: “*la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo de abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada*”²⁰.

Además, esta dificultad para distinguir entre el abuso con prevalimiento y la agresión con intimidación aumenta con la introducción del concepto de “intimidación ambiental”²¹, al que hace referencia la STS del caso “La Manada”²². A este concepto se hace expresa referencia en la STS 1291/2005, en la que se considera que la presencia de varias personas puede provocar en la víctima una situación de intimidación ambiental, por lo que se declara a los autores responsables del delito de agresión sexual²³.

Sin embargo, encontramos otras sentencias que, en otros “casos límite” como los descritos con anterioridad, condenan a la parte denunciada como responsable criminal del delito de abuso sexual. Entre estas, destaca la STS de 26 de abril de 2010²⁴, que también versa sobre un supuesto entre la agresión sexual con intimidación y el abuso sexual con prevalimiento. En este caso, se acaba condenando al autor por un delito de abuso sexual, pues no aprecia el TS intimidación, a lo que, además, añade lo siguiente: “*en cualquier caso, subsistiría una muy fundada duda que, como es sabido, debe resolverse a favor del reo*”²⁵. De la misma forma resuelve la STS de 23 de febrero de 2016²⁶, que condena al acusado como autor responsable de abusos sexuales, puesto que este se ha colocado en

¹⁹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 769/2015, de 15 de diciembre de 2015; Antecedente Primero.

²⁰ *Ibid.*; FJ Octavo. La misma redacción literal se emplea en otras sentencias del TS, como STS (Sala Segunda, de lo Penal) 953/2016, de 15 de diciembre de 2016; FJ Séptimo o la STS (Sala Segunda, de lo Penal) 667/2008, de 5 de noviembre de 2008; FJ Noveno.

²¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *op. cit.*

²² STS 344/2019, *op. cit.*; FJ Quinto.

²³ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005; FJ Segundo.

²⁴ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 368/2010, de 26 de abril de 2010. Los hechos probados relatan que el procesado abordó al menor de 7 años pasándole el brazo sobre los hombros, lo introdujo en uno de los aseos reservados del baño del restaurante, poniendo el cerrojo de la puerta del servicio para, a continuación, bajarle los pantalones al niño, manosearle los testículos y practicarle una felación al menor.

²⁵ *Ibid.*; FJ Cuarto.

²⁶ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 132/2016, de 23 de febrero de 2016. Los hechos probados son los siguientes: El procesado se desvió hacia un punto deshabitado y empezó a tocar los senos de la víctima. Ella manifestó claramente que no quería practicar relaciones sexuales con él. Ante esto, el acusado, “*de forma autoritaria y dominante manifestó que había venido a follar y follaría, que en caso contrario la dejaría allí en el camino ‘tirada’*”. La víctima, asustada por encontrarse en un lugar despoblado y por estar empezando a anochecer, accedió a practicarle una felación y a ser penetrada vaginalmente.

una situación de superioridad “*a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión*”²⁷.

En virtud de todas estas resoluciones, podemos concluir que, en la práctica, resulta especialmente complicado distinguir entre la agresión sexual con intimidación y el abuso sexual con prevalimiento, dado que la línea que separa ambas modalidades no solo no resulta clara, sino que se solapa, ya que precisamente se ha entendido el prevalimiento como una “*intimidación de segundo grado*”²⁸, lo que conduce a que los tribunales de nuestro país se hayan pronunciado, en ocasiones, de forma dispar en torno a esta materia²⁹.

Por otro lado, aunque analizaremos más adelante lo relativo al consentimiento positivo y a las implicaciones prácticas del mismo, cabe destacar que esta cuestión del consentimiento no es una cuestión novedosa para muchos juristas, ya que se trata de un criterio que ha sido requerido con anterioridad por ciertas sentencias del TS³⁰. Entre esas resoluciones, podemos destacar la STS 145/2020 de 14 de mayo, que establece que la decisión de la mujer sobre el mantenimiento de relaciones sexuales pertenece a su patrimonio y que, por tanto, nadie puede “*atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin*”³¹. De esta forma, podemos ver como con anterioridad a la aprobación de esta Ley Orgánica, el TS ya se refería a la necesidad de que exista consentimiento expreso para las relaciones sexuales.

De forma similar a la resolución anterior, la STS 147/2020 de 14 de mayo establece que no es necesario que medie una negativa física a la relación sexual por parte de la víctima,

²⁷ *Ibid.*; FJ Segundo.

²⁸ El término “*intimidación de segundo grado*” se emplea en sentencias en las que se condena al denunciado por abuso sexual, como en la SAP de Valencia (Sec. 4ª) 552/2020 de 29 de diciembre de 2020; FJ Quinto o la SAP de Valencia (Sec. 2ª) 762/2004 de 23 de diciembre de 2004; FJ Sexto.

²⁹ ESCANILLA OLIVER, M., “*No es abuso, es violación; 'No es no, lo contrario es violación': Demandas sociales recogidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: ¿resulta necesaria una reforma en materia de delitos contra la libertad sexual?*”. *Diario La Ley*, n. 9845, 2021 [disponible en *laleydigital*, ref. 4975/2021, Doctrina].

³⁰ FRAGA GÓMEZ, O., LAFONT NICUESA, L., LÓPEZ MARCHENA, M.A., SALVADOR GARCÍA, M. y SUÁREZ GARCÍA, V., “*Diálogos para el futuro judicial LV. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*” en PEREA GONZÁLEZ, A. (coord.), *Diario La Ley*, n. 10194, 2022 [disponible en *laleydigital*, ref. 11337/2022, Doctrina].

³¹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 145/2020, de 14 de mayo de 2020; FJ Segundo.

sino que la negativa “*puede ser gestual, e incluso el silencio provocado por el temor de la agresión física puede ser tenido en cuenta como expresión de una negativa*”³².

2.2. Convenios internacionales

El nacimiento de la Ley Orgánica 10/2022 no viene solo de la mano de los casos analizados anteriormente, ni de su repercusión en la opinión pública, sino que hay que añadir a estas circunstancias otras de carácter internacional como la firma por parte del Estado español del Convenio de Estambul³³.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022 menciona los tratados y convenios internacionales que han influido en la elaboración de la citada LO, destacando, entre otros, el Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia) y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote)³⁴.

Especial atención hemos de prestar al Convenio de Estambul (ratificado por España en 2014), pues el mismo establece, en su art. 36.2, que “*el consentimiento ha de prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”³⁵.

En virtud de este artículo algunos autores consideran justificada la reforma del Código Penal en esta materia y que el foco principal pase a ser el consentimiento expreso, sin importar los medios comisivos utilizados³⁶, equiparándose los delitos de abuso y agresión

³² STS (Sala Segunda, de lo Penal) 147/2020, de 14 de mayo de 2020; FJ Segundo.

³³ Cfr. ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 1, n. 68, 2020, pp. 524-525 y 545.

³⁴ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE de 7 de septiembre de 2022); Preámbulo II.

³⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de junio de 2014); artículo 36.2.

³⁶ ALTUZARRA ALONSO, I., *op. cit.*, p. 524.

sexual y exigiéndose el consentimiento expreso desde su vertiente positiva (“solo sí es sí”)³⁷.

Sin embargo, otros consideran que el Convenio de Estambul no exige la equiparación de ambos delitos, sino que únicamente requiere a los Estados participantes la inclusión de las relaciones sexuales no consentidas en su cuerpo jurídico penal³⁸. Por ello, consideran estos juristas que España ya cumplía con esta previsión sobradamente, sin necesidad de que se equiparasen las modalidades descritas anteriormente³⁹.

El Preámbulo de la LO se inclina por la primera opción, entendiendo que la eliminación de la distinción entre el abuso sexual y la agresión sexual responde a la necesidad del Estado español de adaptar su legislación a lo firmado en el Convenio de Estambul, así como el consentimiento en su modelo positivo se basa en lo establecido en el citado Convenio⁴⁰.

2.3. Derecho comparado

El Preámbulo de la LO 10/2022 no hace ninguna referencia al Derecho comparado, a las legislaciones de otros Estados que hayan establecido previsiones similares a las de esta Ley Orgánica⁴¹.

Entendemos que hubiese sido acertado el hacer alguna referencia, sobre todo si tenemos en cuenta, como veremos a continuación, que otras legislaciones ponen el foco en el consentimiento y no distinguen en función de si ha mediado intimidación o violencia a la hora de tipificar los delitos contra la libertad sexual regulados en el respectivo ordenamiento jurídico.

Dentro de la UE, encontramos el ejemplo belga, el cual, en el art. 417/11 de su Código Penal (modificado recientemente en esta materia⁴²), establece que se entenderá por violación cualquier acto que consista en una penetración sexual de cualquier naturaleza y

³⁷ FRAGA GÓMEZ, O., LAFONT NICUESA, L., LÓPEZ MARCHENA, M.A., SALVADOR GARCÍA, M. y SUÁREZ GARCÍA, V., *op. cit.*

³⁸ CARUSO FONTÁN, V., *op. cit.*

³⁹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, n. 10143, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 8482/2022, Doctrina].

⁴⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F., *op. cit.*

⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*

⁴² *Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, 21 mars 2022.*

llevada a cabo por el medio que sea, cometida sobre una persona o con la ayuda de una persona que no ha dado su consentimiento⁴³. De esta forma, el requisito fundamental establecido por la legislación belga para que se aprecien estos delitos es que la víctima no preste consentimiento, no siendo relevante el medio comisivo.

También bajo la premisa del consentimiento expreso se configuran los delitos sexuales en Suecia, en donde no se tienen en cuenta los medios comisivos a la hora de tipificar el delito de violación, sino que el uso de la violencia o intimidación se encuadra dentro de un subtipo agravado encuadrado en el citado delito de violación⁴⁴. Además, de forma similar a la nueva redacción del art. 178.1 CP, el Código Penal sueco, tras la reforma que entró en vigor en 2018, establece cuándo se entiende que hay consentimiento. Concretamente, establece que para determinar que la participación en la relación sexual es voluntaria, se habrá de atender a que la voluntariedad sea expresada mediante palabras o acciones o de alguna otra forma, estableciendo así el requisito del consentimiento positivo (“solo sí es sí”)⁴⁵.

El Reino Unido no tipifica de manera distinta los delitos sexuales que se produzcan con violencia o intimidación y los que no. El Parlamento del Reino Unido aprobó la “Ley sobre delitos sexuales” (*Sexual Offences Act*⁴⁶) en 2003. Esta Ley contempla dos tipos que podrían asemejarse a la “agresión sexual” regulada en el Código Penal español: *rape* y *assault by penetration*, sin que ninguna de estas dos modalidades exija el uso de violencia o intimidación por parte del agresor como uno de los requisitos para que se aprecie el tipo delictivo correspondiente⁴⁷.

Otro Estado que recientemente ha incluido un inciso relativo al consentimiento expreso dentro del tipo de violación ha sido Islandia. En 2018, se incluyó en el art. 194 de su CP lo siguiente: “*se entiende que hay consentimiento si este ha sido libremente expresado*”,

⁴³ *Code pénal*, 8 juin 1867; article 417/11.

⁴⁴ VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *Diario La Ley*, n. 9263, 2018 [disponible en [laleydigital](#), ref. 8447/2018, Doctrina].

⁴⁵ WEGERSTAD, L., “Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden”. *German Law Journal*, vol. 22, n. 5, 2021, pp. 736-740.

⁴⁶ *Sexual Offences Act*, 2003; Part 1: Sexual Offences.

⁴⁷ GRAB, K.A., “Ejercicio pretraductológico de derecho comparado para la traducción jurídica: agresiones sexuales, abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de 16 años en España frente a delitos de índole sexual similares en México, Inglaterra y Estados Unidos”. Trabajo de Fin de Master. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2020, pp. 52-53 (disponible en <http://hdl.handle.net/10017/47774>; última consulta el 13 de febrero de 2023).

enmarcándose dicha definición en el ámbito positivo del consentimiento⁴⁸. Además, de forma similar al nuevo art. 178.2 CP, el país nórdico precisa las circunstancias en las que se entiende que no hay consentimiento, siendo estas aquellas en las que se obtiene el consentimiento a través de la “*violencia, intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima*”, entendiendo que la violencia “*es equivalente a la anulación de la persona mediante el encierro, la medicación o el uso de medios similares*”⁴⁹.

También merece especial mención Canadá, cuyo caso ha sido ciertamente enfatizado por los partidarios de esta Ley Orgánica. Desde 1992, el Código Penal canadiense establece, en su art. 273.2, una serie de circunstancias en las que se entiende que no habrá consentimiento, de forma que no será posible la defensa del acusado en base a su creencia de que la víctima está consintiendo en los casos en que la víctima estuviese intoxicada o cuando el acusado no haya tomado las medidas razonables para asegurarse de que la víctima estaba consintiendo⁵⁰. Esta protección del consentimiento expreso se acentúa aún más en 2018, cuando se introduce que tampoco se podrá entender que la víctima está consintiendo si no hay ninguna evidencia de que el consentimiento haya sido manifestado afirmativamente mediante palabras o activamente expresado mediante su conducta⁵¹.

En esa misma línea se regulan los delitos contra la libertad sexual en el Estado de California, donde desde 2014, se define el consentimiento como “*el acuerdo afirmativo consciente y voluntario de participar en actividades sexuales*”, así como se establece que será responsabilidad de cada uno de los involucrados en la relación sexual asegurarse de que la otra persona está prestando su consentimiento afirmativo durante toda la relación sexual⁵². De forma similar a la regulación canadiense, se establece que no operará como excusa válida la creencia del demandado de que la víctima estaba consintiendo afirmativamente cuando esta última se halle dormida o inconsciente, bajo la influencia de

⁴⁸ PERAMATO MARTÍN, T., “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad. Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, 2020, p. 8.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ RANDALL, M., “The treatment of consent in Canadian sexual assault law”, 2021 (disponible en *Thequalityeffect.org*: <http://www.thequalityeffect.org/pdfs/ConsentPaperCanadaMR.pdf>; fecha de última consulta: 10 de febrero de 2023).

⁵¹ *vid.* “*An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act, SC 2018, c. 29*”, art. 273.2.c).

⁵² PERAMATO MARTÍN, T., “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual. Propuestas normativas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, 2022, pp. 213-214.

drogas, alcohol o medicamentos o cuando no pudo comunicarse debido a una condición mental o física⁵³.

Por último, es importante señalar el ejemplo del distrito australiano de Nueva Gales del Sur por sus similitudes con el caso de España. Las propuestas de reforma de las Leyes penales australianas para establecer un consentimiento sexual afirmativo comenzaron con el caso Lazarus (así como las propuestas de reforma del CP español comenzaron tras la primera sentencia del caso “La Manada”)⁵⁴. En este caso, Luke Lazarus fue condenado en primera instancia por un delito de violación sobre Saxon Mullins, una chica que entonces tenía 18 años⁵⁵. Sin embargo, el Tribunal de Apelación Penal del Distrito de Nueva Gales del Sur terminó absolviendo a Lazarus del delito de violación, pues consideró que el acusado tenía un pensamiento genuino y honesto de que Mullins estaba consintiendo la relación sexual, incluso aunque “en su propia mente” ella no estuviera consintiendo⁵⁶. Este caso fue muy polémico en Australia y, a raíz del mismo, se propuso una reforma que establecía que ambos intervinientes en la relación sexual debían decir o hacer algo para comunicar el consentimiento. De esta forma, no valdría como justificación ante los tribunales el hecho de que el acusado tuviese motivos razonables para creer que la víctima estaba prestando su consentimiento⁵⁷. Finalmente, el gobierno de Nueva Gales del Sur aprobó las Leyes sobre el consentimiento afirmativo en noviembre de 2021⁵⁸.

3. ASPECTOS PREVIOS A LA APROBACIÓN DE LA LEY

Como ya hemos indicado anteriormente, tras la agitación social y jurídica que trajo consigo el caso de “La Manada”⁵⁹, el Gobierno anunció su intención de reformar el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Concretamente, la entonces Vicepresidenta del Gobierno, Doña Carmen Calvo, comunicó que se pretendía poner el

⁵³ *Id.*

⁵⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Contrarréplica a una réplica...”, *op. cit.*

⁵⁵ MITCHEL, G., “Court of Criminal Appeal upholds Luke Lazarus rape acquittal”. *The Sydney Morning Herald*, 27 de noviembre de 2017.

⁵⁶ SMITH, A., “On a tide of community anger, the time has come for sexual consent laws”. *The Sydney Morning Herald*, 4 de marzo de 2021.

⁵⁷ MCDONOUGH, K., “A question of consent”. *Law Society Journal*, 1 de febrero de 2022.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ OLALDE GARCÍA, A., *op. cit.*

consentimiento en su ámbito positivo en el centro de las relaciones sexuales, argumentando que “*si una mujer no dice sí expresamente, todo lo demás es no*”⁶⁰.

Poco después, el 20 de julio de 2018, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados un texto bajo el nombre de “Proposición de Ley de garantía integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias machistas”, que fue el punto de partida de la reforma de los delitos sexuales⁶¹.

En diciembre de 2018, el Partido Popular presentó en el Congreso la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos contra la libertad sexual⁶².

El Ministerio de Justicia promovió, ese mismo año, el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos. Tras estas propuestas, en el año 2019, el Grupo Parlamentario Ciudadanos impulsó una Propuesta no de Ley para reformar el Título VIII del Código Penal, el referente a los delitos contra la libertad sexual⁶³. Estas propuestas ponían de manifiesto que el debate social y jurídico sobre la reforma de los delitos sexuales había trascendido también a las Cámaras.

Posteriormente, el 3 de marzo de 2020, el Ministerio de Igualdad presentó ante el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual⁶⁴, siendo este el que, finalmente, tras cambios de diversa índole, daría lugar a la Ley objeto de estudio de este trabajo. Este Anteproyecto se basaba en la “Proposición de Ley de garantía integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales”

⁶⁰ GIL GIL A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de 'La Manada': Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (Ejemplar dedicado a las Huellas de “La Manada”*, n. 77, 2018, p. 12.

⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”. *Revista Sistema Penal crítico*, n. 2, 2021, p. 158.

⁶² Según recoge LAMET, J. en “El PP plantea un cambio legal para que casos como el de La Manada sean 'violación' y no 'abuso’”, *El País*, 11 de diciembre de 2018, esta proposición de Ley planteaba que, junto a la violencia e intimidación, se incluyesen como supuestos que dan lugar a agresión sexual aquellos en que exista “*la conducta deliberada directa de anular la voluntad de la víctima*”, lo que incluiría los casos de actuación conjunta o sumisión química.

⁶³ DE LAMO, I., *op. cit.*, p. 71.

⁶⁴ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (disponible en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>; fecha de última consulta: 7 de febrero de 2023).

presentada por el Grupo Parlamentario Unidas Podemos y en el “Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos” elaborado por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, aunque ciertamente posee una mayor influencia del primero de estos textos⁶⁵.

El Anteproyecto de LO de garantía integral de libertad sexual fue sometido al trámite de consulta pública, de forma que el plazo para realizar alegaciones se inició el 9 de marzo de 2020, estando previsto que dicho plazo se prolongara hasta el 27 de marzo del mismo año. Sin embargo, el estado de alarma causado por la crisis del coronavirus provocó la paralización del proceso de participación pública ⁶⁶. No obstante, la actividad parlamentaria no cesó y se siguió avanzando en el desarrollo del articulado del Anteproyecto⁶⁷.

Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual se pronunciaron el Consejo de Estado⁶⁸, que emitió informe a favor del texto, y el Consejo Fiscal, que propuso ligeros cambios sobre el articulado. Mucho más crítico con la normativa fue el informe del Consejo General del Poder Judicial, que se mostró reticente a la equiparación de los delitos de agresión y abuso y al hecho de que se definiese lo que entiende por consentimiento⁶⁹, lo cual analizaremos posteriormente.

En virtud de los informes mencionados anteriormente, los ministerios encargados de la elaboración de la Ley Orgánica realizaron algunos cambios en el texto del Anteproyecto. Tras la incorporación de dichos cambios, el Consejo de Ministros aprobó el 6 de julio de 2021 la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual⁷⁰ a propuesta de los ministerios de Igualdad y Justicia, quedando a la

⁶⁵ RAMÍREZ ORTIZ, J.L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, p. 492.

⁶⁶ EUROPA PRESS., “Paralizada la consulta pública de la Ley de Libertad Sexual por la crisis del COVID-19”. *Lefebvre*, 25 de marzo de 2020.

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 158.

⁶⁸ OLALDE GARCÍA, A., *op. cit.*

⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, p. 467.

⁷⁰ Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio de 2021).

espera de aprobación parlamentaria⁷¹. Dicho Proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de julio de 2021.

El Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado en el Congreso el 26 de mayo de 2022 y fue enviado al Senado para su aprobación, la cual se produjo el 19 de julio del mismo año, pero con la particularidad de que se aprobó una enmienda intranscendente en el Senado, lo que retrasó la entrada en vigor de la Ley, pues esta debía volver al Congreso para que la aprobase definitivamente⁷².

Finalmente, en su sesión del 25 de agosto de 2022, el Congreso aprobó el texto de la Ley, con 205 votos a favor, 141 en contra y 3 abstenciones⁷³. Esta Ley Orgánica fue publicada en el BOE el 7 de septiembre de 2022 como Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre⁷⁴, de garantía integral de la libertad sexual, entrando en vigor el 7 de octubre de 2022.

4. ANÁLISIS GENERAL DE LA LEY

Aunque en los epígrafes siguientes nos centraremos en los aspectos penales de esta reforma, lo cierto es que esta Ley incorpora muchas otras disposiciones como las relativas a las medidas de prevención y detección de las violencias sexuales o las medidas introducidas en el ámbito laboral⁷⁵. Entre las causas que motivaron la inclusión de estos preceptos, encontramos el informe elaborado por el Grupo de Expertos creado para el cumplimiento del Convenio de Estambul (GREVIO), en el que se “animaba encarecidamente” a las autoridades españolas a que tomaran medidas de prevención, detección y protección de quienes sufren “*violencia sexual, acoso, acoso sexual*,”

⁷¹ GORJÓN BARRANCO, M.C., “Dudas que plantea el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual respecto de la agencia de las mujeres y el valor del consentimiento”. *Revista Sistema Penal crítico*, 2021, p. 140.

⁷² GONZÁLEZ CHINCHILLA, M., “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre: el 'nuevo' consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal”. *Diario La Ley*, n. 10.154, 2022 [disponible en [laleydigital](#), ref. 8669/2022, Doctrina].

⁷³ VALDÉS, I. “La ley del 'solo sí es sí' sale adelante: el Congreso respalda con amplia mayoría la legislación sobre libertad sexual”. *El País*, 25 de agosto de 2022.

⁷⁴ SALAZAR BENÍTEZ, O., “La postpandemia como escenario de revisión del pacto constitucional en clave de paridad”. *IgualdadES*, n. 7., 2022, p. 353.

⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como 'Ley del sí es sí’)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, n. 33, 2022, p. 15.

matrimonio forzoso, mutilación genital femenina y aborto forzoso y esterilización forzosa”⁷⁶. A estos preceptos nos remitiremos de forma breve en las líneas siguientes.

Esta Ley, en su Título II, establece una serie de medidas en materia de prevención y sensibilización en el ámbito educativo, sanitario, publicitario, laboral, económico, policial y judicial⁷⁷. A título ilustrativo, entre las medidas adoptadas en el ámbito publicitario encontramos la ilicitud de las campañas publicitarias que empleen estereotipos de género o que fomenten o normalicen las violencias sexuales, siendo ilícita también la publicidad que promueva la prostitución⁷⁸.

Asimismo, se establecen una serie de medidas de detección de los delitos sexuales en los mismos ámbitos que la prevención. Esto cobra especial relevancia en el ámbito sanitario, ya que es fundamental que se dé traslado a la autoridad de la detección de estos delitos, sobre todo para el caso de las víctimas menores, que difícilmente pueden denunciar en tanto que los agresores suelen ser personas de su círculo familiar⁷⁹.

Contiene una extensa regulación relativa a la asistencia a quienes hayan sido víctimas de violencias sexuales. Entre las medidas destinadas a asegurar esta asistencia integral, encontramos la creación de centros de crisis 24 horas, en los que se brindará atención psicológica, jurídica y social, tanto telefónica como presencial durante las 24 horas del día, para víctimas y familiares en situaciones de crisis⁸⁰.

En el ámbito laboral, establece una serie de medidas en favor de las víctimas de violencias sexuales. De esta forma, en los términos previstos por el Estatuto de los Trabajadores, se les reconoce, entre otras medidas, la reducción de su tiempo de trabajo o la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo⁸¹. También, se incorpora dentro de las cláusulas de nulidad de los arts. 53.4 y 55.5 ET, el despido de “*las trabajadoras víctimas*

⁷⁶ GRUPO DE EXPERTAS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (GREVIO), “Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica”, 2020.

⁷⁷ DEL PRADO ESCODA MERINO, M., “El Anteproyecto de Ley sobre garantía de la libertad sexual. Una Ley necesaria, que necesita mejorar”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.13, 2021, p. 38.

⁷⁸ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*; Art. 11.

⁷⁹ MAGRO SERVET, V., “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 10133, 2022 [disponible en [laleydigital](https://www.laleydigital.com), ref. 1881/2022, Doctrina].

⁸⁰ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*; Art. 35.

⁸¹ SÁEZ LARA, C., “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social*, n. 16, p. 29. Recoge lo establecido en el art. 38 de la LO 10/2022.

*de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral*⁸². Además, se establecen una serie de obligaciones para las empresas, como crear procedimientos de prevención de estas conductas, así como canales de denuncia para quienes hayan sido víctimas de violencias sexuales⁸³.

Por último, hemos de mencionar aquellos aspectos penales de la reforma que, aunque no analizaremos en detalle en los epígrafes siguientes, también han sido incluidos en la LO 10/2022. Entre estos, encontramos la ampliación del art. 173.4 CP, de forma que se tipifica el acoso callejero, estableciéndose que se penará *“a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad”*⁸⁴. También, se establece que se impondrán las prohibiciones y deberes del art. 83 CP⁸⁵ a quienes cometan delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos⁸⁶.

5. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA LEY

5.1. Eliminación de la distinción entre la agresión y el abuso sexual

5.1.1. Descripción de esta eliminación

Históricamente, los medios comisivos empleados a la hora de cometer el delito contra la libertad sexual han tenido un papel relevante en cuanto a la tipificación de los mismos,

⁸² *Ibid.*, pp. 29-30. Recoge lo establecido en la Disposición adicional decimocuarta de la LO 10/2022, que modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁸³ MARTÍN TOVAR, P., “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el ámbito laboral”. *Diario La Ley*, n. 10155, 2022 [disponible en [laleydigital](#), ref. 8668/2022, Doctrina].

⁸⁴ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*; Disposición final cuarta, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸⁵ El art. 83 CP establece que *“el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados”*, como, por ejemplo, *“la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio”*.

⁸⁶ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*; Disposición final cuarta, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

por lo que esta problemática se remonta a las primeras legislaciones penales españolas. El CP de 1848 hacía referencia a la violencia o intimidación dentro de su Título X: delitos contra la honestidad. Este CP establecía que cometerá violación quien yazca con una mujer en los supuestos siguientes: cuando medie la utilización de fuerza o intimidación, cuando la mujer se encontrase privada de razón o de sentido y cuando fuera menor de doce años cumplidos⁸⁷. Dentro del citado Título se regulaba el delito de abuso deshonesto, que podía cometerse sobre personas de uno u otro sexo. Tras este, se tipificaba el delito de estupro, un delito sexual que consistía en el mantenimiento de relaciones sexuales con doncellas o con personas que necesitaran de especial protección por su edad o por la posición de superioridad del autor, así como también se incluían en este delito las relaciones sexuales obtenidas mediante engaño y el incesto⁸⁸. Esta diferenciación entre violación, abusos deshonestos y estupro se mantuvo en los distintos códigos penales publicados en los siglos XIX y XX (CP 1870, CP 1928, CP 1932 CP 1944 y CP – Texto Refundido 1973)⁸⁹, con ligeros cambios⁹⁰.

Estos delitos, de algún modo, distinguían entre aquellas relaciones sexuales que se mantenían con total ausencia del consentimiento de la víctima (las que configuraban el delito de violación) y aquellas otras acciones sexuales que se llevaban a cabo con el consentimiento viciado de la víctima (las constitutivas del delito de estupro). Sin embargo, esta distinción no se materializó de forma clara hasta el Código Penal de 1995, en el que se tipificaron dos delitos distintos: el de agresión sexual, que se refería a la práctica sexual obtenida mediante violencia o intimidación y el de abuso sexual, que consistía en el acceso a las relaciones sexuales mediante el engaño o el prevalimiento, sin que mediara fuerza ni intimidación⁹¹. De esta forma, dentro del delito de agresión sexual quedó configurado el antiguo delito de violación en su modalidad cometida mediante violencia o intimidación, mientras que el antiguo delito de estupro quedó incluido dentro del nuevo delito de abusos sexuales. Por último, los supuestos recogidos en el antiguo

⁸⁷ ROJO GALLEGU – BURÍN, M., “De los delitos contra la honestidad los delitos contra la libertad sexual”. *VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review/ Revista Internacional de Cultura Visual*, vol. 9, n. 5, 2022, p. 10.

⁸⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*

⁸⁹ PÉREZ DEL VALLE, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”. *Diario La Ley*, n. 10045, 2022 [disponible en [laleydigital](http://laleydigital.com), ref. 2855/2022, Doctrina].

⁹⁰ A título ilustrativo, podemos destacar el introducido por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que cambió la denominación del título referido a los citados delitos a “De los delitos contra la libertad sexual” (frente a la denominación anterior: “De los delitos contra la honestidad”)

⁹¹ LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”. *Jueces para la democracia*, n. 27, 1996, pp. 50-51.

delito de violación en los que la víctima no pueda prestar consentimiento por estar privada de sentido o cuando el menor tenga menos de 12 años⁹², quedaron comprendidos, en el CP de 1995, dentro del abuso sexual⁹³.

Pues bien, dicha distinción entre agresión y abuso sexual desaparece con la Ley Orgánica 10/2022. Con esta última reforma del Código Penal, desaparece el antiguo Capítulo II: De los abusos sexuales (así como las disposiciones relativas al abuso sexual sobre menores de 16 años), de forma que pasa a considerarse agresión sexual cualquier relación sexual que se lleve a cabo sin el consentimiento de la otra persona y que, por tanto, vulnere la libertad sexual de la misma⁹⁴, regulándose dichas agresiones sexuales en los arts. 178 a 180⁹⁵.

La gran polémica que surge respecto de la equiparación de los delitos de abuso sexual y agresión sexual tiene que ver con las penas que se imponen en el nuevo texto del Código Penal, lo que también fue objeto de controversia durante la elaboración de la norma. A título ilustrativo, en un primer momento, el Anteproyecto de esta Ley Orgánica establecía una pena de 4 a 10 años de prisión para los responsables del delito de violación del art. 179 CP (frente a la pena de 6 a 12 años que se establecía en la anterior redacción del CP)⁹⁶.

⁹² Cabe destacar que la edad del consentimiento sexual se eleva a los 16 años mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015).

⁹³ PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*

⁹⁴ CASTRO MORENO, A. y CARBALLO GARCÍA, E., “Cuestiones más significativas de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Aranzadi digital*, n.1/2022, 2022. [versión electrónica – base de datos Aranzadi, ref. BIB 2022/3609].

⁹⁵ Art. 178: “1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

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

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

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

⁹⁶ MAGRO SERVET, V., *op.cit.*

Finalmente, debido al riesgo de que la reducción del límite máximo conllevara la revisión de las penas de los delincuentes sexuales⁹⁷, se estableció una pena de entre 4 y 12 años para el delito de violación, así como se aumentó el límite máximo de las penas de otras modalidades del delito de agresión sexual respecto a la redacción del Anteproyecto. Sin embargo, se mantuvieron los límites mínimos del Anteproyecto (por ejemplo, en el delito de violación se mantuvo el límite mínimo de 4 años frente al de 6 años que establecía la redacción anterior del CP), lo que ha generado la controversia respecto de la revisión de condenas a la baja.

De esta forma, las penas modificadas por esta LO quedan reguladas, en comparación con las establecidas en la antigua redacción del Código Penal, de la siguiente forma:

TABLA 1: COMPARATIVA DE LAS PENAS DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL CUANDO LA VÍCTIMA ES MAYOR DE 16 AÑOS⁹⁸

Acción delictiva	CP anterior a la reforma	CP actual
Actos que atenten contra la libertad sexual usando violencia o intimidación	Prisión de 1 a 5 años (art. 178)	Prisión de 1 a 4 años (art. 178.1)
Actos que atenten contra la libertad sexual usando violencia o intimidación con agravante específica	Prisión de 5 a 10 años (art. 180.1)	Prisión de 2 a 8 años (art. 180.1)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, usando violencia o intimidación	Prisión de 6 a 12 años (art. 179)	Prisión de 4 a 12 años (art. 179)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, usando violencia o intimidación, con agravante específica	Prisión de 12 a 15 años (art. 180.1)	Prisión de 7 a 15 años (art. 180.1)
Actos que atenten contra la libertad sexual realizados sin consentimiento, pero sin violencia o intimidación (antiguo delito de abuso sexual)	Prisión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses (art. 181.1)	Prisión de 1 a 4 años (art. 178.1)

⁹⁷ Sobre este riesgo advirtió, entre otros, el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual citado anteriormente.

⁹⁸ Tabla elaborada con la versión del CP anterior a la LO 10/2022 (concretamente, la modificación publicada el 29/07/2022) y la posterior a la LO 10/2022 (concretamente, la modificación publicada el 07/09/2022), siguiendo el modelo de DEXIA ABOGADOS, “Comparativa de penas aplicables a delitos contra la libertad e indemnidad sexual antes y después de la reforma del Código Penal”, 2022 (disponible en: <https://www.dexiaabogados.com/blog/penas-delitos-sexuales-reforma-codigo-penal/>; última consulta el 10 de febrero de 2023).

Actos que atenten contra la libertad sexual realizados sin consentimiento, pero sin violencia o intimidación (antiguo delito de abuso sexual) con agravante específica	Prisión de 2 a 3 años o multa de 21 a 24 meses (arts. 181.1 y 181.5)	Prisión de 2 a 8 años (art. 180.1)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, realizados sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación (antiguo delito de abuso sexual)	Prisión de 4 a 10 años (art. 181.3)	Prisión de 4 a 12 años (art. 179)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación (antiguo delito de abuso sexual), con agravante específica	Prisión de 7 a 10 años (arts. 181.3 y 181.5)	Prisión de 7 a 15 años (art. 180.1)

TABLA 2: COMPARATIVA DE LAS PENAS DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL CUANDO LA VÍCTIMA ES MENOR DE 16 AÑOS⁹⁹

Acción delictiva	CP anterior a la reforma	CP actual
Actos de naturaleza sexual con un menor de 16 años	Prisión de 2 a 6 años (art. 183.1)	Prisión de 2 a 6 años (art. 181.1)
Actos de naturaleza sexual con un menor de 16 años que impliquen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos	Prisión de 8 a 12 años (art. 183.3)	Prisión de 6 a 12 años (art. 181.3)
Actos de naturaleza sexual con un menor de 16 años que impliquen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos, con agravante específica	Prisión de 10 a 12 años (art. 183.3 y 183.4)	Prisión de 9 a 12 años (art. 181.3 y 181.4)
Actos que atenten contra la libertad sexual usando violencia o intimidación	Prisión de 5 a 10 años (art. 183.2)	Prisión de 5 a 10 años (art. 181.2)
Actos que atenten contra la libertad sexual usando violencia o intimidación con agravante específica	Prisión de 7 años y 6 meses a 10 años (art. 183.2 y 183.4)	Prisión de 7 años y 6 meses a 10 años (art. 181.2 y 181.4)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, usando violencia o intimidación	Prisión de 12 a 15 años (art. 183.3)	Prisión de 10 a 15 años (art. 181.1)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, usando violencia o intimidación, con agravante específica	Prisión de 13 años y 6 meses a 15 años (art. 183.3 y 183.4)	Prisión de 12 años y 6 meses a 15 años (art. 181.3 y 181.4)

⁹⁹ Vid. *Supra*, nota 98.

Actos que atenten contra la libertad sexual realizados sin consentimiento, pero sin violencia o intimidación (antiguo delito de abuso sexual)	Prisión de 2 a 6 años (art. 183.1)	Prisión de 5 a 10 años (art. 181.2)
Actos que atenten contra la libertad sexual realizados sin consentimiento, pero sin violencia o intimidación (antiguo delito de abuso sexual) con agravante específica	Prisión de 4 a 6 años (arts. 183.1 y 183.4)	Prisión de 7 años y 6 meses a 10 años (art. 181.1 y 181.4)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, realizados sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación (antiguo delito de abuso sexual)	Prisión de 8 a 12 años (art. 183.3)	Prisión de 10 a 15 años (art. 181.3)
Actos contra la libertad sexual que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, sin consentimiento, pero sin violencia ni intimidación (antiguo delito de abuso sexual), con agravante específica	Prisión de 10 a 12 años (arts. 183.3 y 183.4)	Prisión de 12 años y 6 meses a 15 años (art. 181.3 y 181.4)

Como se puede observar, la cuestión relativa a la equiparación de los delitos de abuso y agresión sexual va más allá de adaptar la denominación, pues la equiparación terminológica conlleva, en este caso, la equiparación valorativa en el reproche penal¹⁰⁰.

Esta equiparación genera dos grandes problemas que analizaremos en los dos epígrafes siguientes. Primero, un sector de juristas alega que esta equiparación entra en conflicto con el principio de proporcionalidad, puesto que se prevén las mismas penas para supuestos de distinta gravedad y lesividad contra la libertad sexual. Segundo, la eliminación de esta distinción ha provocado la revisión de numerosas sentencias, produciéndose en algunas de ellas una rebaja de las penas, en virtud del art. 2.2 CP¹⁰¹.

5.1.2. Problemática respecto de esta modificación

En cuanto a los aspectos positivos de esta equiparación, algunos autores, con los que estamos de acuerdo, señalan que la misma reduce (aunque no elimina por completo) las dificultades probatorias, puesto que la calificación del delito cometido ya no dependerá

¹⁰⁰ JERICÓ OJER, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad. Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, 2020, p. 21.

¹⁰¹ DE LA MATA, N.J., “Op. Ed. ¿Puede salir de prisión un agresor sexual con la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual?”. *Almacén de Derecho*, 2022 (disponible en <https://almacendederecho.org/op-ed-puede-salir-de-prision-un-agresor-sexual-con-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>; fecha de última consulta: 27 de febrero de 2023).

de los medios comisivos utilizados¹⁰². Se pretende poner fin a las dispares resoluciones sobre casos límite entre abuso sexual con prevalimiento y agresión sexual con intimidación. Además, aunque esto responde a necesidades más de carácter social que jurídico, algunos autores señalan que esta nueva tipificación se adapta a la gravedad que atribuye la sociedad a los casos que se han calificado como abusos sexuales¹⁰³.

Asimismo, los partidarios de esta reforma consideran que se justifica por la ratificación de España del Convenio de Estambul¹⁰⁴. Concretamente, el Preámbulo de la LO 10/2022 contempla que la eliminación de esta distinción entre abuso y agresión trae consigo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por España cuando ratificó el Convenio de Estambul en 2014, en tanto que alega que se debían considerar agresiones sexuales todas las relaciones obtenidas sin el consentimiento de la otra persona¹⁰⁵. Por el contrario, otro sector de juristas considera que el citado Convenio no establece en ningún momento que se tenga que eliminar esta diferencia¹⁰⁶, ya que los preceptos de dicho Convenio están destinados a fijar una serie de principios, sin que los Estados firmantes tengan que redactar los tipos delictivos de una forma concreta¹⁰⁷. Por tanto, estos juristas alegan que lo único que debían hacer los Estados que ratificaron este Convenio era incorporar dentro de su norma penal un tipo delictivo que castigase las relaciones sexuales obtenidas sin consentimiento¹⁰⁸.

En cuanto a los aspectos negativos de la eliminación de la distinción entre abuso y agresión, se han señalado los problemas que origina respecto del principio de proporcionalidad¹⁰⁹.

Parte de la doctrina considera que dicha equiparación atenta contra el principio de proporcionalidad en una doble dirección, en tanto que incluyen dentro del mismo tipo

¹⁰² JERICÓ OJER, L., *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³ RAMÍREZ ORTIZ, J.L., *op. cit.*, p. 508.

¹⁰⁴ DE LUCAS, J., “Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la LO 10/2022”. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 33, 2022, p. 361.

¹⁰⁵ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*; Preámbulo.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La libertad sexual en peligro”. *Diario La Ley*, n. 10007, 2022 [disponible en [laleydigital](#), ref. 968/2022, Doctrina].

¹⁰⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*

¹⁰⁸ CARUSO FONTÁN, V., *op. cit.*

¹⁰⁹ En cuanto al principio de proporcionalidad, LOPERA MESA, G.P., en “Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal”. *Información y Debate. Jueces para la Democracia*, n. 70, 2011, p. 23., indica que el principio de proporcionalidad se ha identificado tradicionalmente con “*la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y la del delito*”.

conductas de distinta gravedad¹¹⁰. Estos autores precisan que no puede tratarse de la misma forma el doblegamiento del consentimiento a través de la fuerza o intimidación y la obtención de una relación sexual mediante el prevalimiento o el engaño, en tanto que son situaciones distintas que se han de tipificar como tal¹¹¹.

Por un lado, cabe el riesgo de que se produzca un defecto de protección, pues no será relevante para la tipificación del delito el medio comisivo utilizado, de forma que las consecuencias penales para el autor no variarán en función de la lesividad del medio de que se valga para llevar a cabo el delito. Por otro lado, cabe el riesgo de sobreprotección, pues se incluyen dentro de la agresión los supuestos más leves que antes daban lugar a un abuso.

Para tratar de evitar este exceso, se ha introducido el art. 178.3 CP, según el cual el órgano sentenciador podrá imponer una pena menos grave “*en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*”. Sin embargo, algunos juristas alegan que este inciso peca de gran imprecisión pues no se define esa “menor entidad”, ya que no se precisa si la misma hace referencia al medio comisivo, al tipo de acto sexual, al tipo subjetivo del injusto o a cualquier otra circunstancia¹¹², postura que compartimos. Además, ese problema se ve acentuado por el hecho de que sólo se prevén fórmulas para modular el reproche penal para el caso de la agresión sexual comprendida en el art. 178 y no el resto de los artículos. Por ello, sería conveniente que el legislador estableciera fórmulas que permitiesen graduar las penas en función del desvalor de la conducta y la afectación a la libertad sexual, especialmente para la agresión sexual del art. 179.¹¹³

Pese a esta imprecisión del término “menor entidad”, en nuestra opinión, la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual es acorde al principio de proporcionalidad en tanto que contempla un arco penológico bastante amplio para los delitos contra la libertad sexual, por lo que los tribunales podrán graduar las penas en virtud de la gravedad de los hechos.

¹¹⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL., “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, 2021, pp. 135-136.

¹¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., “El consentimiento, 'corazón de la norma': ignorancia o falacia”. *Almacén de Derecho*, 2023 (disponible en <https://almacendederecho.org/el-consentimiento-corazon-de-la-norma-ignorancia-o-falacia>; fecha de última consulta: 27 de febrero de 2023).

¹¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, pp. 135-136.

¹¹³ JERICÓ OJER, L., *op. cit.*, p. 22.

5.1.3. Problemática sobre la rebaja de penas

Desde la entrada en vigor la Ley Orgánica 10/2022, las noticias sobre rebajas de penas a responsables de delitos sexuales han acaparado numerosas horas de televisión y páginas de periódicos. Cabría preguntarse si estas noticias, tan ciertas como preocupantes, muestran fielmente la aplicación que se está llevando a cabo por los tribunales de la nueva reforma del Código Penal¹¹⁴. Por ello, surge la siguiente pregunta: ¿Los tribunales están revisando a la baja todas las sentencias en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022?

a. Argumentos empleados para no rebajar las penas

La eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual ha traído consigo nuevos marcos penales de acuerdo con el principio de proporcionalidad ya analizado, pues no era posible mantener las mismas penas que se contemplaban anteriormente para la agresión sexual para todos los atentados sexuales¹¹⁵.

En consecuencia, el límite mínimo de ciertos delitos contra la libertad sexual se ha visto reducido. Por ejemplo, el delito de violación estaba penado, antes de la reforma del CP, con penas de 6 a 12 años, mientras que tras esta reforma las penas contempladas para este delito son de 4 a 12 años, pues se han unificado en un mismo tipo delictivo todos los atentados contra la libertad sexual que consistan en el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal, anal o bucal, independientemente de que medie o no violencia o intimidación¹¹⁶.

¹¹⁴ MUÑOZ-ENCINAS, M.A. en “La aplicación de la ley del 'solo sí es sí', en datos: rebajas de penas y excarcelaciones, pero no masivas”, *SER*, 3 de febrero de 2023, analiza las sentencias que rebajan la pena y las que no. Pese a que el dato es preocupante, la realidad refleja que, en la mayoría de las sentencias, no se está rebajando la pena, pues de las 750 sentencias de las que se tiene constancia que se han revisado, la pena se ha mantenido en 480 casos (64% del total) y se ha rebajado en 270 casos (36%). Los últimos datos sobre las revisiones de condena han sido publicados por el CGPJ en PODER JUDICIAL, “Los tribunales han acordado 721 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022”, *Poder Judicial España*, 2 de marzo de 2023, donde se cuantifican, como se indica, las rebajas de condena en 721, de las cuales, al menos 74 han supuesto excarcelaciones. Recalca el CGPJ que no se dispone del “dato global de asuntos ya revisados, en trámite o pendientes de revisar por los órganos judiciales (...). Sin embargo, los órganos judiciales de Madrid sí han comunicado que hasta la fecha de remisión de datos -16 de febrero- ya habían tramitado el 54% de las resoluciones susceptibles de revisión de las que tenían constancia”. De 451 revisiones que ha llevado a cabo la AP de Madrid, se ha rebajado la pena en 71 casos (15,74% de las revisiones).

¹¹⁵ RAMÓN RIBAS, E., “El polémico régimen de penas de la Ley del 'solo-sí-es-sí’”. *Almacén de Derecho*, 2022 (disponible en: <https://almacenederecho.org/el-consentimiento-corazon-de-la-norma-ignorancia-o-falacia>; última consulta el 1 de marzo de 2023).

¹¹⁶ QUESADA SARMIENTO, M.J., “Revisión de las penas con la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 10237, 2023 [disponible en [laleydigital](https://www.laleydigital.com), ref. 1034/2023, Doctrina].

Por tanto, se podría pensar que en aplicación del art. 2.2 CP (que contempla la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma más favorable al reo), la persona condenada (a través de su abogado/a), podría solicitar la revisión de su condena¹¹⁷, así como, en caso de que el condenado no lo solicite, se deberá iniciar de oficio el procedimiento de revisión de su condena si se prevé que cabe la posibilidad de que la nueva redacción del Código Penal tras la LO 10/2022 sea más favorable al reo¹¹⁸.

Pues bien, ahora debemos preguntarnos qué han hecho los Tribunales en la práctica ante la posibilidad de revisión de sentencias. La respuesta no ha sido unánime. En determinados supuestos, algunos tribunales, entre ellos el Tribunal Supremo, han optado por mantener la pena que se impuso antes de la modificación y en otros la han rebajado.

Los argumentos esgrimidos por los Tribunales en los supuestos en los que no han procedido a la revisión a la baja son los siguientes:

Primero, no se modifican las penas impuestas con anterioridad en aquellos supuestos en los que la LO 10/2022 no es más favorable para los condenados. Esto se debe a que los límites mínimos que se establecían contra ciertos actos contra la libertad sexual no solo no se han visto reducidos, sino que, por el contrario, han aumentado. Tal y como recoge la STS de 30 de enero de 2022, en esos casos en los que el límite mínimo legal ha aumentado, “*carece de sentido pretender la aplicación retroactiva de la nueva ley*”¹¹⁹, en tanto que la nueva ley es menos favorable para el reo que la norma derogada.

Segundo, encontramos sentencias en que no se produce una rebaja de las penas cuando estas se hayan impuesto en su límite máximo, el cual no se ha visto reducido en ningún caso (salvo en el tipo básico de agresión sexual que ha pasado de imponer una pena de 1 a 5 años a una pena de 1 a 4 años)¹²⁰. Como recoge la STS de 8 de febrero de 2023, en estos casos, cuando el órgano jurisdiccional de instancia haya impuesto la pena en su

¹¹⁷ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Op. Ed. ¿Puede salir de prisión...”, *op. cit.*

¹¹⁸ RUIZ YAMUZA, F.G., “Ley del 'solo es sí': notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias”. *Economist & Jurist*, 2023 (disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/ley-del-solo-si-es-si-notas-practicas-sobre-la-revision-de-sentencias-condenatorias/>; última consulta el 1 de marzo de 2023).

¹¹⁹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 1019/2022, de 30 de enero de 2023; FJ Décimo. En esta sentencia, el autor fue condenado por un delito de agresión sexual a menores de 16 años en virtud de los arts. 183.3 y 4 vigentes en el momento en que se cometieron los hechos, cuando el arco penológico para esas conductas era de 10 a 12 años. Sin embargo, el TS señala que la alegación carece de fundamento en virtud de que el arco penológico contemplado para esas conductas tras la entrada en vigor de la LO 10/2022 es de 12 años y 6 meses a 15 años.

¹²⁰ QUESADA SARMIENTO, M.J., *op. cit.*

extensión máxima, la misma pena podrá ser mantenida cuando antes y después de la reforma coincida el límite máximo de la pena señalada¹²¹.

Por último, encontramos aquellas sentencias en las que, condenándose a los denunciados por tipos delictivos para los que el mínimo legal de la pena ha sido reducido, la misma pena puede ser impuesta si tras la entrada en vigor de la LO 10/2022 es proporcional a la gravedad de la conducta delictiva. Como bien recoge la STS de 19 de enero de 2023, en estos casos, el hecho de que se aplique la LO 10/2022 por ser la más favorable al reo (pues el límite mínimo es inferior) no determina que la pena tenga que ser rebajada. De esta forma, cuando el tribunal competente haya hecho “*un análisis pormenorizado de la proporcionalidad de la pena impuesta*”¹²², esta podrá ser mantenida en tanto que la misma está dentro del arco penológico contemplado para dicho delito antes y después de la reforma.

En esta línea se pronuncia la STS de 9 de febrero de 2023, que revisa la condena de 10 años de un autor del antiguo delito de abuso sexual a menores de 16 años del art. 183.1 y 183.3, delito para el que el marco penológico era de entre 8 y 12 años de prisión. Con la reforma, la conducta penalmente reprochable pasa a conllevar una pena de entre 6 y 12 años de prisión, de manera que el límite mínimo se ve reducido de 8 a 6 años. Pese a esto, el TS mantiene la pena de prisión de 10 años en tanto que “*se trata de una pena legalmente imponible y también apropiada, atendidas las circunstancias concurrentes en*

¹²¹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 63/2023, de 8 de febrero de 2023; FJ Quinto. Los antecedentes de hecho de esta sentencia recogen que la AP de Santa Cruz de Tenerife condenó al autor como responsable de un delito de agresión sexual a menores de 16 años con agravante específica de los arts. 183.3 y 4 del antiguo CP a 15 años de prisión, sentencia que fue confirmada por el TSJ de Canarias. Posteriormente, el denunciado interpuso recurso de casación, en virtud de que el arco penológico para este delito ha pasado de ser de entre 13 años y 6 meses a 15 a un arco de pena de entre 12 y 6 meses y 15 años. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia que le impone la pena de prisión en su límite máximo, 15 años.

¹²² STS (Sala Segunda, de lo Penal) 7/2023, de 19 de enero de 2023; FJ Octavo. Los antecedentes de hecho de esta sentencia recogen que la AP de Madrid declaró al denunciado culpable de un delito de agresión sexual, que, en el momento de su comisión, contemplaba un marco penológico de entre 10 y 12 años, siendo condenado a 11 años de prisión. Esta condena fue confirmada por el TSJ de Madrid. Posteriormente, el condenado interpuso recurso de casación, declarando el TS que, en este caso, resulta más beneficiosa para el reo la redacción del CP tras la LO 10/2022, pues el marco penológico que fija para la conducta del autor es de entre 9 y 12 años de prisión. Sin embargo, el TS argumenta que esa pena de 11 años es perfectamente imponible hoy tras la reforma y que cumple las exigencias de la proporcionalidad, por lo que mantiene dicha pena de 11 años de prisión. En la misma línea se pronuncia la AP de Navarra, la cual rechaza rebajar la condena a uno de los miembros de “La Manada” pues la pena impuesta en la STS 344/2019 “*resulta igualmente susceptible de imposición con arreglo a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual*”, así como “*resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho*”, como se recoge en OTAZU, A. “La Audiencia Provincial de Navarra rechaza rebajar la pena a un miembro de La Manada tras la 'ley del solo es sí'”, *El País*, 6 de febrero de 2023.

el presente supuesto y que son valoradas por el tribunal de instancia, así como a la gravedad que revelan los hechos probados”¹²³.

En dicha sentencia de 9 de febrero de 2023, el TS recalca que *“la revisión no se ha de realizar en términos rigurosamente abstractos, sino que, partiendo de que la pena impuesta en sentencia sea pena legalmente imponible es relevante determinar que sea además pena procedente, no solo conforme a las vigentes previsiones legales sino conforme a los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico*”¹²⁴. De esta forma, se descarta una rebaja automática de las penas impuestas bajo la redacción anterior del CP en proporción aritmética al nuevo arco penológico contemplado tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, interpretación que consideramos la más adecuada. Esa interpretación del Tribunal Supremo está en línea con el Decreto del Fiscal General del Estado sobre la posibilidad de revisión de sentencias firmes derivada de la entrada en vigor de la LO 10/2022, que contempla que *“cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso*”¹²⁵.

b. Argumentos empleados para rebajar las penas

En otros supuestos, los tribunales han optado por rebajar las penas generando, como ya pusimos de manifiesto, una gran alarma social.

El principal argumento esgrimido por estos tribunales para rebajar la pena es que si estas fueron impuestas, en su día, en el límite mínimo establecido en el CP dado que el Fiscal y el Tribunal sentenciador consideraron que no había razones para imponer una pena superior a la establecida en el mínimo legal (lo que conlleva que no sea necesario un especial esfuerzo argumentativo), la comparación normativa que ha de llevarse a cabo entre la norma anterior y la norma posterior ha de realizarse *“a partir de ese límite mínimo*

¹²³ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 82/2023, de 9 de febrero de 2023; FJ Cuarto. Los hechos probados son los siguientes: El acusado se encontró con el menor de 16 años en el baño, solicitándole pasar al box donde el menor se encontraba, a lo que este accedió. Tras esto, el acusado recibió una felación por parte del menor y le practicó después una. Luego, el acusado *“volteó al menor y le introdujo el pene en el ano, sin utilizar preservativo”*, siendo el acusado portador de un virus de transmisión sexual, *“sin que, en ningún momento le comentara al menor que parecía dicha enfermedad”*.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, “Decreto para unificar criterios de actuación tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022”, 21 de noviembre de 2022 (disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/0/DECRETO+LO+10-2022_signed+%281%29.pdf/494977c7-5e94-33aa-be53-5e5e3955a98a?t=1669056837319; última consulta el 4 de marzo de 2023).

de la pena privativa de libertad”¹²⁶. Por tanto, dado que el Tribunal sentenciador no aportó razones que justificasen un mayor reproche traducido en una condena mayor, se tendrá que imponer la pena en el límite mínimo establecido legalmente. De esta forma, si ese mínimo legal se ha reducido como consecuencia de la entrada en vigor de una norma, también habrá de reducirse la pena impuesta en estos casos¹²⁷.

Segundo, pese a que la pena impuesta anteriormente siga siendo imponible bajo la nueva legislación, el Tribunal podrá rebajar la penalidad si la reducción del límite mínimo permite ajustar la pena al nivel de gravedad de los hechos, en aplicación de la actual legislación más beneficiosa al reo, como recoge la STS de 7 de febrero de 2023¹²⁸.

Por último, estas sentencias que rebajan las penas impuestas con anterioridad señalan que la Ley Orgánica 10/2022 “*carece de disposiciones transitorias que modulen o limiten el principio general del art. 2 CP*”¹²⁹, por lo que habrá que estar a la legislación más favorable y, por tanto, para el caso en que la pena que se contempla tras la entrada en vigor de la LO 10/2022 sea inferior (al menos en su límite mínimo) a la que se contemplaba con anterioridad a la reforma, se deberá aplicar la legislación ahora vigente.

c. ¿Qué medidas se podían haber adoptado para evitar la rebaja de penas?

Ante el problema planteado por las rebajas de penas, son muchos los que nos preguntamos si esto se podría haber evitado.

¹²⁶ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 987/2022, de 21 de diciembre de 2022; FJ Tercero. Los antecedentes de hecho de esta sentencia recogen que la AP de Almería condenó al autor como responsable de un delito de abuso a menores de 16 años del art. 183.3 del antiguo CP a 12 años de prisión, sentencia que fue confirmada por el TSJ de Andalucía. Posteriormente, el denunciado interpuso recurso de casación, siendo estimado el mismo por el TS, que rebaja la pena de 12 años a 10 años de prisión, tras aplicar la LO 10/2022 pues, en este caso, esta última norma resulta más favorable al reo al oscilar el nuevo arco de la pena comprendida para este delito entre 10 y 15 años, frente al arco de entre 12 y 15 años que se establecía en la anterior redacción del CP, como se muestra en la tabla 2.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 61/2023, de 7 de febrero de 2023; Segunda Sentencia. FJ Único. Los antecedentes de hecho de esta sentencia recogen que la AP de Logroño condenó al autor como responsable de un delito de agresión sexual de los arts. 179 y 180.1.5º del antiguo CP a 12 años de prisión, sentencia confirmada por el TSJ de La Rioja. Posteriormente, el denunciado interpuso recurso de casación, siendo estimado el mismo por el TS que rebaja la pena de 12 años a 9 años de prisión, pues, al aplicar la norma más favorable al reo, en este caso, la LO 10/2022, el nuevo arco de la pena comprendida para este delito oscila entre 7 y 15 años, frente al arco de entre 12 y 15 años que se establecía en la anterior redacción del CP, como se muestra en la tabla 1.

¹²⁹ *Ibid.*; FJ Quinto.

Algunos proponen que la manera de unificar estos delitos debía haber traído consigo una graduación de las penas en virtud de la gravedad de los hechos. De esta forma, podrían haberse fusionado los delitos de agresión y abuso en un nuevo tipo de agresiones en el que, para el caso de que los actos se hubiesen llevado a cabo utilizando violencia o intimidación la pena se impondría en su mitad superior¹³⁰. Así, la pena asociada al tipo básico de agresión sexual sería de 1 a 4 años (2 años y medio a 4 años si concurriese violencia o intimidación) y, en caso de que la conducta involucrase acceso carnal o introducción de objetos, la pena sería de 4 a 12 años de prisión (8 a 12 años si concurriese violencia o intimidación). De forma similar, también se podrían haber mantenido las penas establecidas para las agresiones sexuales, previéndose la posibilidad de imponer la pena inferior en grado o en su mitad inferior para el caso de que no se hubiese empleado violencia ni intimidación¹³¹. Pese a que estas propuestas, al establecer límites mínimos iguales o superiores a los establecidos en la redacción anterior del CP, hubiesen evitado el problema de la rebaja de las penas, lo cierto es que no son compatibles con el espíritu de la norma, en tanto que la misma pretendía que el medio comisivo no fuese relevante a la hora de tipificarse el delito.

Otra posible solución podría haber sido una reforma del CP más similar a la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos contra la libertad sexual, que planteaba incluir como medios comisivos que dan lugar a la agresión sexual, “*la conducta deliberada directa de anular la voluntad de la víctima*”, lo que incluiría los casos de actuación conjunta o sumisión química¹³². Incluso, podría llegarse a plantear la inclusión del prevalimiento como medio comisivo de agresión sexual, aunque esto hubiese vaciado de contenido el delito de abuso sexual.

Con todo esto, en nuestra opinión, la solución más factible y coherente con el espíritu de la norma hubiese sido incluir una disposición transitoria. De esta forma, la manera de prevenir toda la problemática relacionada con la rebaja de penas parece que hubiese sido incluir una disposición transitoria similar a la DT 5ª del CP, que establece que “*en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la*

¹³⁰ RAMÓN RIBAS, E., *op. cit.*

¹³¹ *Id.*

¹³² LAMET, J., *op. cit.*

*duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código*¹³³.

Respecto a la ausencia de dicha disposición transitoria en la LO 10/2022, hay autores que proponen la aplicación de la DT 5ª del CP citada en el párrafo anterior, de forma que no habría que proceder a la revisión de penas en tanto que la pena anterior impuesta sea también imponible con arreglo al nuevo Código¹³⁴. Para defender su postura, se remiten a las resoluciones del TS respecto de la LO 2/2015¹³⁵, cuya entrada en vigor provocó que algunos condenados solicitasen la revisión de su condena por considerar que la nueva redacción del CP les era más favorable. Pese a que esta Ley Orgánica no incluía una disposición transitoria que regulase la interpretación del principio general del art. 2.2 CP, el TS consideró que *“nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015¹³⁶, aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos”*¹³⁷. Por ello, consideran estos autores que la DT 5ª establecida en la LO 10/1995, del Código Penal, es perfectamente aplicable en aquellos casos en que los condenados solicitan la revisión de la pena al amparo de la Ley Orgánica 10/2022.

Sin embargo, la postura de un amplio sector de juristas, la cual compartimos, se aleja de esa interpretación, en tanto que estos autores consideran que la DT 5ª del CP *“se previó para organizar el régimen de transición de la vieja normativa a la nueva normativa de entonces”*¹³⁸, por lo que no es jurídicamente posible que trasciendan a la Ley Orgánica

¹³³ Ley Orgánica 10/1995, *op. cit.*; DT 5ª.

¹³⁴ DÍAZ TORREJÓN, P., “La revisión de las penas del ‘sólo sí es sí’; por Pedro Díaz Torrejón, fiscal miembro de la ejecutiva de la Asociación de Fiscales”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2022 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1227939; última consulta el 16 de marzo de 2023).

¹³⁵ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE de 31 de marzo de 2015); Artículo único, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³⁶ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015). La DT 2ª establece lo siguiente: *“En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código”*.

¹³⁷ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 298/2017, de 27 de abril de 2017; FJ Primero.

¹³⁸ DE LA MATA, N.J., “Disposiciones transitorias y Derecho Penal”, 2022. *Almacén de Derecho* (disponible en <https://almacendederecho.org/disposiciones-transitorias-y-derecho-penal>; fecha de última consulta: 16 de marzo de 2023).

10/2022¹³⁹. Este sector de juristas alega que, aún incluso si se considerase que la misma se puede aplicar para los casos de revisión de las penas suscitados tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, esta supondría una aplicación analógica en contra del reo, lo cual está prohibido por el art. 4.1 CP¹⁴⁰. La posición del TS, hasta la fecha, parece ser acorde a esta postura, en virtud de la STS de 7 de febrero de 2023, que hace referencia a la “ausencia de disposiciones transitorias que modulen o limiten el principio general del art. 2 CP”¹⁴¹. Esto hace pensar que la inclusión de esa disposición transitoria hubiese evitado esta problemática relativa a la rebaja de penas.

Por último, cabe destacar que el problema de la rebaja de penas solo se hubiese evitado si, desde que esta Ley Orgánica entró en vigor, la misma hubiese incorporado alguna de las propuestas analizadas anteriormente. Por consiguiente, de nada sirve, respecto a la problemática relativa a la rebaja de penas, los cambios que se propongan a esta Ley o incluso la derogación de la misma, ya que la Ley actual, tal y como está redactada, se aplicaría retroactivamente siempre que sea favorable al reo (art. 2.2 CP)¹⁴². De esta forma, la modificación de esta LO o la derogación de la misma podrá tener efectos en futuras sentencias en las que se juzguen hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación o a la derogación, pero no solucionará el problema de la rebaja de las penas, en tanto que el texto que entró en vigor el 7 de octubre de 2022 se seguirá aplicando cuando sea más favorable para el reo.

En ese sentido, el 7 de marzo de 2023, se aprobó en el Congreso el inicio del trámite para reformar la LO 10/2022, a propuesta del PSOE¹⁴³, por lo que habrá que estar pendientes a cómo se sustancia dicha reforma. No obstante, como hemos comentado en el párrafo anterior, en nuestra opinión, estas modificaciones no arreglarán los efectos no deseados de esta Ley Orgánica.

¹³⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-r3, 2023, p. 11.

¹⁴⁰ DE LA MATA, N.J., “Disposiciones transitorias...”, *op. cit.*

¹⁴¹ STS 61/2023, *op.cit.*; Segunda Sentencia. FJ Único.

¹⁴² QUINTERO OLIVARES, G., “La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino”, 2022. *Almacén de Derecho* (disponible en <https://almacenederecho.org/la-retroactividad-y-los-delitos-contra-la-libertad-sexual-ronica-de-un-desatino>; fecha de última consulta: 4 de marzo de 2023).

¹⁴³ CRUZ, M. y CARVAJAL, A. “La reforma del 'sí es sí' dinamita la unidad del Gobierno: el PSOE la saca adelante con el PP”, *El Mundo*, 7 de marzo de 2023.

5.2. Precisión sobre el consentimiento

5.2.1. Descripción de esta precisión sobre el consentimiento

Por primera vez en la historia de la legislación penal española, la Ley Orgánica 10/2022 incorpora un inciso sobre cuándo se entiende que el consentimiento ha sido efectivamente otorgado. De hecho, esta especificación de lo que se entiende por consentimiento se modificó durante el proceso de elaboración y creación de esta LO. Concretamente, el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual contemplaba lo siguiente: *“Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*¹⁴⁴.

Sin embargo, el Consejo Fiscal, en su informe sobre el Anteproyecto, planteó suprimir la doble negación para una mayor claridad de la redacción y para mantener el espíritu de la Ley, de forma que propuso la siguiente redacción: *“Solo se entenderá que existe consentimiento cuando la víctima haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*¹⁴⁵.

Los ministerios encargados de la elaboración de la norma (Ministerio de Igualdad y Ministerio de Justicia) siguieron las indicaciones del Consejo Fiscal y suprimieron la doble negación¹⁴⁶. Finalmente, ese inciso quedó redactado de la siguiente manera: *“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”*¹⁴⁷.

En la redacción de este inciso se observa una clara influencia del Derecho comparado, ya que, desde un primer momento, la entonces vicepresidenta del Gobierno, Doña Carmen Calvo, hizo referencia a la reforma del Código Penal sueco. Ya en 2018, esta puso de manifiesto la intención del Gobierno de impulsar una reforma del Código Penal inspirada en el modelo sueco, en la que cualquier conducta atentatoria contra la libertad sexual sin

¹⁴⁴ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, *op. cit.*

¹⁴⁵ CONSEJO FISCAL, “Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, 2020, p. 64.

¹⁴⁶ PERAMATO MARTÍN, T. (2022), *op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁷ Ley Orgánica 10/2022, *op. cit.*, art. 178.1.

el consentimiento expreso de la víctima es considerada violación, asegurando la entonces Vicepresidenta del Gobierno que “*si una mujer no dice sí expresamente, todo lo demás es no*”¹⁴⁸. Pese a esto, resulta sorprendente, como ya dijimos, que no se haya incluido ninguna referencia al Derecho comparado en el Preámbulo de esta Ley.

La principal crítica, para algunos autores, de esta regulación del consentimiento en su ámbito positivo (“solo sí es sí”) es que genera problemas respecto a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba. Para estos juristas, la redacción literal de este inciso lleva a pensar que es el denunciado quien ha de probar que ha existido consentimiento¹⁴⁹, problemática que analizaremos en el epígrafe siguiente.

5.2.2. Problemática respecto de esta precisión

La inclusión, en el art. 178.1 CP, del inciso acerca de cuándo se entiende que hay consentimiento ha generado diversas reacciones en la doctrina. Por un lado, encontramos a quienes consideran que la inclusión de la definición de consentimiento en el delito de agresión sexual era necesaria y que, por tanto, supone un avance; por otro lado, encontramos a quienes consideran que este inciso era innecesario, ya que el mismo no resuelve ningún problema a nivel probatorio, sino que, por el contrario, pone en peligro el principio constitucional de presunción de inocencia.

Los partidarios de incluir este inciso sobre el consentimiento, cuya postura compartimos, defienden que el Convenio de Estambul establece que el consentimiento debe ser el protagonista de cualquier definición legal de los delitos contra la libertad sexual¹⁵⁰. Además, no solo consideran que esa definición de consentimiento supone adaptar nuestra legislación a dicho Convenio, sino también a otros cuerpos jurídicos penales del entorno cultural de nuestro país¹⁵¹. En esa línea, destacan que de la actual concepción de libertad sexual se deriva que sólo se estará consintiendo la relación sexual cuando ese

¹⁴⁸ ÁLVAREZ, R.J. y SANMARTÍN, O.R., “Carmen Calvo desconcierta a los juristas con su propuesta para el delito de violación”, *El Mundo*, 11 de julio de 2018.

¹⁴⁹ ÍÑIGO CORROZA, E., “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 75, n. 1, 2022, p. 198.

¹⁵⁰ FILGUEIRA PAZ, P., “Caminando hacia el SÍ”. *Boletín Comisión de Violencia de Género y de Igualdad.. Jueces y Juezas para la Democracia*, n. 11, 2020, p. 28.

¹⁵¹ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019). *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 34, 2020, p. 128.

consentimiento sea expreso y consecuencia de una voluntad consciente y libremente manifestada¹⁵².

También, hay quienes consideran que la inclusión del inciso sobre lo que se entiende por consentimiento desde su ámbito afirmativo (“solo sí es sí”) supone un avance en tanto que el Derecho debe adaptarse a la realidad social que regula y, en este caso, a la reclamación universal de que las mujeres tienen el control de su cuerpo y de su sexualidad, lo que, además, va a permitir cambiar la visión de la sociedad en su conjunto, así como la de jueces, fiscales y demás operadores¹⁵³.

Por el contrario, encontramos a quienes consideran que la inclusión de este inciso no solo es innecesaria, sino que, además, plantea una serie de problemas.

En primer lugar, consideran que esa especificación es innecesaria, en tanto que el consentimiento ya era el eje central de los delitos contra la libertad sexual en la anterior redacción del CP¹⁵⁴. Además, defienden que el problema en torno al consentimiento no es de carácter conceptual (qué se entiende por consentimiento), sino de carácter probatorio (cuándo existe o no consentimiento), de forma que la incorporación de esta definición al tipo delictivo no resuelve las eventuales dificultades procesales que se originan en torno a la prueba de la existencia de consentimiento¹⁵⁵. Tanto es así que, incluso en aquellas situaciones en las que la víctima preste un consentimiento expreso (tal y como exige la nueva redacción del tipo delictivo), habrá que hacer un análisis detallado de las circunstancias en las que la víctima consintió expresamente para que el Tribunal pueda discernir si esta prestaba el consentimiento libremente¹⁵⁶.

Segundo, este sector defiende que esta definición plantea problemas en torno al principio constitucional de presunción de inocencia y la carga de la prueba¹⁵⁷. En esta línea, algunos autores consideran que, de la interpretación estricta del precepto se desprende que es el acusado quien tendrá que demostrar que el demandante había manifestado libremente y

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ PERAMATO MARTÍN, T. (2022), *op. cit.*, p. 219.

¹⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*

¹⁵⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁶ *Cfr.* ÍÑIGO CORROZA, E., *op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁷ Respecto de la presunción de inocencia, ROIG BUSTOS, L. en “El principio acusatorio”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1987, p. 316, plantea que este principio implica que “quien aparece como acusado es, toda vía, inocente y consecuentemente nada tiene en principio que probar”, por lo que la carga de la prueba recae sobre la acusación.

de manera clara, su intención de participar en la relación sexual, lo que podría dar lugar a una *probatio diabólica* a cargo del acusado¹⁵⁸, postura que no compartimos, pues seguirá siendo la parte acusatoria quien deberá probar que no existió consentimiento.

En opinión de este sector de juristas, el problema se intensifica aún más si tenemos en cuenta que hay ocasiones en las que las relaciones sexuales son voluntarias y consentidas por las dos partes en las que el consentimiento no se transmite expresamente¹⁵⁹. Por ello, argumentan estos autores que la definición de consentimiento introducida por esta reforma no consigue abarcar todos los casos en los que las relaciones sexuales son consentidas, por lo que aconsejan que se revise dicha redacción del precepto¹⁶⁰.

Por último, este sector de juristas alega que esa definición parece no ser compatible con el principio *in dubio pro reo*¹⁶¹, en tanto que de la redacción literal del precepto se desprende que podría condenarse al acusado en caso de que exista duda de si el demandante consintió o no la relación sexual¹⁶².

Ante las críticas a este aspecto de la reforma, los partidarios de la inclusión de una definición del consentimiento en el tipo delictivo argumentan que esta precisión no altera la interpretación que se ha realizado jurisprudencialmente en torno al consentimiento, pues la constatación de la inexistencia del mismo derivará de “*la declaración de la víctima como única prueba de cargo*”¹⁶³, por lo que, tal y como argumenta la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato, ese inciso no conlleva una inversión de la carga de la prueba, pues el mismo no supone que el investigado tenga que probar que contó con el consentimiento del demandante¹⁶⁴, postura que suscribimos.

¹⁵⁸ ESTEVE MALLENT, L., “Consentimiento y dicotomía entre agresión sexual y abuso en los delitos de naturaleza sexual. Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses”. *El Criminalista Digital*, n. 9, 2021, pp. 52-53.

¹⁵⁹ VARELA CASTEJÓN, G., “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.13, 2021, p. 30

¹⁶⁰ CAMARENA GRAU, S., “Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de garantía integral de la libertad sexual”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, 2021, p. 44.

¹⁶¹ En cuanto al *principio in dubio pro reo*, TOMÁS Y VALIENTE, F. en “*In dubio pro reo*’, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”. *Revista española de derecho constitucional*, vol. 7, n. 20, 1987, p. 9., plantea que el citado principio implica que “*en la duda o falta de prueba, ‘más santa cosa es’ absolver que condenar*”, de forma que, en caso de duda, se habrá de resolver a favor del reo.

¹⁶² PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*

¹⁶³ GONZÁLEZ CHINCHILLA, M., *op. cit.*

¹⁶⁴ PERAMATO MARTÍN, T. (2022), *op. cit.*, p. 216.

6. CONCLUSIONES

Primero, respecto del origen, la Ley Orgánica 10/2022 no sólo es fruto de las demandas de la sociedad, sino que es una reforma razonable en su origen desde un punto de vista jurídico, en tanto que permite adaptar la legislación a las exigencias de la jurisprudencia y de los convenios internacionales ratificados por España, así como también acerca a nuestras leyes en materia de delitos sexuales a las de otros países a nivel europeo y supraeuropeo.

La eliminación de la distinción entre abuso y agresión se justifica por la enorme complejidad, puesta de manifiesto por los Tribunales, a la hora de distinguir en casos límite entre agresión con intimidación y abuso con prevalimiento.

Así mismo, el Convenio de Estambul ratificado por España en 2014 establece, en su art. 36.2, que el consentimiento “*debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona*”, por lo que nos parece lógico definir el consentimiento en su ámbito positivo.

Esta eliminación y el consentimiento en su ámbito positivo es el camino que están siguiendo los distintos cuerpos jurídico-penales a nivel internacional, por lo que esta reforma es acorde a los avances que se están produciendo en las legislaciones internacionales respecto de los delitos contra la libertad sexual.

Segundo, una vez analizados los aspectos positivos y negativos, llegamos a la conclusión de que esta reforma tiene sentido desde un punto de vista jurídico, en virtud de lo que se expone a continuación.

En cuanto a la equiparación entre abuso y agresión sexual, entendemos la posición del Consejo General del Poder Judicial en tanto que puede parecer contraria al principio de proporcionalidad. Sin embargo, consideramos que el arco penológico del que disponen los tribunales es lo suficientemente amplio como para modular el reproche penal a la gravedad de los hechos cometidos, lo que salvaguardaría dicho principio de proporcionalidad. Además, la eliminación de los medios comisivos como elementos configurativos del tipo delictivo permite poner fin a las resoluciones dispares en casos límite en que era extremadamente complejo para los tribunales distinguir entre una

intimidación que daba lugar a una agresión sexual y una “intimidación de segundo grado” (prevalimiento) que daba lugar a un abuso sexual.

Respecto a la inclusión del consentimiento expreso en el art. 178 CP, suscribimos la posición de la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato, en tanto que la inclusión de esta definición no supone una inversión de la carga de la prueba, ya que al acusado no se le exige probar que contó con el consentimiento de la víctima, sino que será el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares quienes tendrán que probar que no medió el consentimiento de la víctima en la relación sexual. Lo que trata de incorporar este inciso es la idea de que, si el sujeto activo tiene duda, no puede erigirse en el intérprete de la voluntad de la víctima, sino que tiene que solventar esa duda.

Además, esa inclusión sobre el consentimiento en su ámbito positivo (“solo sí es sí”) no altera la interpretación que la jurisprudencia ha realizado sobre el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, puesto que sobre la necesidad de que exista consentimiento expreso ya se había pronunciado el Tribunal Supremo, que ya especificó que *“nadie puede atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para ello”* (STS 145/2020 de 14 de mayo).

Entendemos, por tanto, que estas dos modificaciones del Código Penal guardan sentido desde un punto de vista jurídico. Por el contrario, creemos que es de difícil justificación desde una perspectiva de técnica legislativa la ausencia de una disposición transitoria que module el principio del art. 2.2 CP acerca de la retroactividad a favor del reo al modo de la DT 5ª del CP. En nuestra opinión, y respondiendo así a la última cuestión objeto de análisis, la inclusión de dicha disposición transitoria hubiese sido la medida más adecuada de evitar los “efectos indeseados” de la reforma.

La ausencia de esta disposición transitoria ha facilitado la rebaja de penas que tanta alarma social ha generado. Aunque somos de la opinión de que la falta de esta disposición transitoria no tiene por qué conllevar una rebaja automática de las penas (y, de hecho, en muchas ocasiones en que se ha revisado la pena, los tribunales no la han rebajado), lo cierto es que facilita, en determinados supuestos, que esto suceda.

Por tanto, esta ausencia de dicha disposición transitoria empaña una Ley Orgánica que, como hemos analizado anteriormente, nos parece que es razonable desde un punto de vista jurídico, que tiene sentido en virtud de lo que los tribunales estaban demandando,

de los convenios internacionales y del Derecho comparado. De la misma forma, esta polémica en torno a la rebaja de penas opaca otras medidas positivas contempladas por esta Ley Orgánica como las medidas de prevención, detección y protección de quienes sufren violencias sexuales, de las que poco se está hablando.

Por último, queremos concluir que, respecto a la rebaja de penas, de nada servirá que se modifique esta Ley Orgánica 10/2022, en tanto que la redacción que entró en vigor el 7 de octubre de 2022 seguirá siendo aplicable respecto a las sentencias que se revisen siempre que sea más favorable al reo. Por tanto, cualquier modificación planteada de esta Ley Orgánica no paliará los “efectos indeseados” de la reforma, sino que únicamente conseguirá empañar aún más una normativa que, como hemos analizado anteriormente, tiene sentido en origen, es razonable desde un punto de vista jurídico y atiende a la gravedad que el actual contexto social atribuye a los delitos contra la libertad sexual.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1. Legislación

Legislación nacional

- Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE de 21 de marzo de 1984)
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 16 de mayo de 2005).
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de junio de 2014).

- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010).
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE de 22 de junio de 1989).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 31 de marzo de 2015).
- Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE de 31 de marzo de 2015).
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE de 7 de septiembre de 2022).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“Gaceta de Madrid” de 17 de septiembre de 1882).

Legislación internacional

- *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act SC 2018, c. 29.*
- *Code pénal, 8 juin 1867 (Moniteur belge de 9 de junio de 1867).*
- *Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, 21 mars 2022 (Moniteur belge de 30 de marzo de 2022).*
- *Sexual Offences Act, 2003. The National Archives.*

Otros

- Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>; fecha de última consulta: 7 de febrero de 2023).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL., “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, 2021.
- CONSEJO FISCAL, “Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, 2020.
- FISCAL GENERAL DEL ESTADO, “Decreto para unificar criterios de actuación tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022”, 21 de noviembre de 2022 (disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/0/DECRETO+LO+10-2022_signed+%281%29.pdf/494977c7-5e94-33aa-be53-5e5e3955a98a?t=1669056837319; última consulta el 4 de marzo de 2023).
- PODER JUDICIAL, “Los tribunales han acordado 721 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022”, *Poder Judicial España*, 2 de marzo de 2023.
- Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de julio de 2021).

7.2. Jurisprudencia

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 1291/2005, de 8 de noviembre de 2005 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 10129/2006, Jurisprudencia].

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 667/2008, de 5 de noviembre de 2008 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 175949/2008, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 368/2010, de 26 de abril de 2010 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 76146/2010, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 769/2015, de 15 de diciembre de 2015 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 191133/2015, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 132/2016, de 23 de febrero de 2016 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 8136/2016, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 953/2016, de 15 de diciembre de 2016 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 182876/2016, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) 298/2017, de 27 de abril de 2017 [versión electrónica – base de datos Aranzadi, ref. RJ 2017/1983].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sec. 1ª) n. 344/2019, de 4 de julio de 2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi, ref. RJ 2019/3382].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 145/2020, de 14 de mayo de 2020 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 35366/2020, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 147/2020, de 14 de mayo de 2020 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 40329/2020, Jurisprudencia].

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 987/2022, de 21 de diciembre de 2022 [versión electrónica – base de datos Aranzadi, ref. RJ 2022/5516].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 7/2023, de 19 de enero de 2023 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 5879/2023, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 1019/2022, de 30 de enero de 2023 [versión electrónica – base de datos Aranzadi, ref. JUR 2023/80478].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 61/2023, de 7 de febrero de 2023 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 11437/2023, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 63/2023, de 8 de febrero de 2023 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 16703/2023, Jurisprudencia].
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) n. 82/2023, de 9 de febrero de 2023 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 16708/2023, Jurisprudencia].

Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) n. 8/2018, de 30 de noviembre de 2018 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 176589/2018, Jurisprudencia].

Audiencias Provinciales

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 2ª) n. 762/2004, de 23 de diciembre de 2004 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 271878/2004, Jurisprudencia].

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sec. 2ª) n. 38/2018, de 20 de marzo de 2018 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 28801/2018, Jurisprudencia].
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 4ª) n. 552/2020, de 29 de diciembre de 2020 [versión electrónica – base de datos laleydigital, ref. 241832/2020, Jurisprudencia].

7.3. Obras doctrinales

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, pp. 467-485.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021”. *Revista Sistema Penal crítico*, n.2, 2021, pp. 158-176.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-r3, 2023, pp. 1-28.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La libertad sexual en peligro”. *Diario La Ley*, n. 10007, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 968/2022, Doctrina].
- ÁLVAREZ, R.J. y SANMARTÍN, O.R., “Carmen Calvo desconcierta a los juristas con su propuesta para el delito de violación”, *El Mundo*, 11 de julio de 2018.
- ALTUZARRA ALONSO, I., “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 1, n. 68, 2020, pp. 511-558.

- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como 'caso La Manada’”. *Diario La Ley*, n. 9500, 2019 [disponible en laleydigital, ref. 12188/2019, Doctrina].

- CAMARENA GRAU, S., “Consentimiento y libertad en el Anteproyecto de Ley de garantía integral de la libertad sexual”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 13, 2021, pp. 39-46.

- CARUSO FONTÁN, V., “¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*, n. 9594, 2020 [disponible en laleydigital, ref. 2222/2020, Doctrina].

- CRUZ, M. y CARVAJAL, A. “La reforma del 'sí es sí' dinamita la unidad del Gobierno: el PSOE la saca adelante con el PP”, *El Mundo*, 7 de marzo de 2023.

- DE LA MATA, N.J., “Disposiciones transitorias y Derecho Penal”, 2022. *Almacén de Derecho* (disponible en <https://almacenederecho.org/disposiciones-transitorias-y-derecho-penal>; fecha de última consulta: 16 de marzo de 2023).

- DE LA MATA, N.J., “Op. Ed. ¿Puede salir de prisión un agresor sexual con la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual?”, 2022. *Almacén de Derecho* (disponible en <https://almacenederecho.org/op-ed-puede-salir-de-prision-un-agresor-sexual-con-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>; fecha de última consulta: 27 de febrero de 2023).

- DE LAMO, IRENE., “Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Filanderas*, n. 7, 2022, pp. 67-81.

- DE LUCAS, J., “Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la LO 10/2022”. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 33, 2022, pp. 354-376.

- DEL PRADO ESCODA MERINO, M., “El Anteproyecto de Ley sobre garantía de la libertad sexual. Una Ley necesaria, que necesita mejorar”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.13, 2021, pp. 34-38.
- DEXIA ABOGADOS, “Comparativa de penas aplicables a delitos contra la libertad e indemnidad sexual antes y después de la reforma del Código Penal”, 2022 (disponible en: <https://www.dexiaabogados.com/blog/penas-delitos-sexuales-reforma-codigo-penal/>; última consulta el 10 de febrero de 2023).
- DÍAZ TORREJÓN, P., “La revisión de las penas del ‘sólo sí es sí’; por Pedro Díaz Torrejón, fiscal miembro de la ejecutiva de la Asociación de Fiscales”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2022 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1227939; última consulta el 16 de marzo de 2023).
- ESCANILLA OLIVER, M., “No es abuso, es violación'; 'No es no, lo contrario es violación': Demandas sociales recogidas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual: ¿resulta necesaria una reforma en materia de delitos contra la libertad sexual?”. *Diario La Ley*, n. 9845, 2021 [disponible en laleydigital, ref. 4975/2021, Doctrina].
- ESTEVE MALLENT, L., “Consentimiento y dicotomía entre agresión sexual y abuso en los delitos de naturaleza sexual. Consent in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses”. *El Criminalista Digital*, n. 9, 2021, pp. 38-58.
- EUROPA PRESS., “Paralizada la consulta pública de la Ley de Libertad Sexual por la crisis del COVID-19”. *Lefebvre*, 25 de marzo de 2020.
- FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “‘Solo sí es sí’, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat.” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, pp. 21-42.

- FILGUEIRA PAZ, P., “Caminando hacia el SÍ”. *Boletín Comisión de Violencia de Género y de Igualdad. Jueces y Juezas para la Democracia*, n. 11, 2020, pp. 26-28.
- FRAGA GÓMEZ, O., LAFONT NICUESA, L., LÓPEZ MARCHENA, M.A., SALVADOR GARCÍA, M. y SUÁREZ GARCÍA, V., “Diálogos para el futuro judicial LV. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual” en PEREA GONZÁLEZ, A. (coord.), *Diario La Ley*, n. 10194, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 11337/2022, Doctrina].
- GIL GIL A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “A propósito de 'La Manada': Análisis de la sentencia y valoración crítica de la propuesta de reforma de los delitos sexuales”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (Ejemplar dedicado a las Huellas de “La Manada”*, n. 77, 2018, pp. 4-15.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Contrarréplica a una réplica. Otra vez: 'Solo sí es sí'; por Enrique Gimbernat, catedrático de Derecho penal de la UCM. ”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2020 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201972; última consulta el 22 de enero de 2023).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Solo sí es sí”; por Enrique Gimbernat, catedrático de Derecho penal de la UCM”. *Diario del Derecho, Iustel*, 2020 (disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551; última consulta el 23 de enero de 2023).
- GONZÁLEZ CHINCHILLA, M., “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre: el 'nuevo' consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal”. *Diario La Ley*, n. 10.154, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 8669/2022, Doctrina].
- GORJÓN BARRANCO, M.C., “Dudas que plantea el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual respecto de la agencia de las mujeres y el valor del consentimiento”. *Revista Sistema Penal crítico*, n.2, 2021, pp. 137-157.

- GRAB, K.A., “Ejercicio pretraductológico de derecho comparado para la traducción jurídica: agresiones sexuales, abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de 16 años en España frente a delitos de índole sexual similares en México, Inglaterra y Estados Unidos”. Trabajo de Fin de Master. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2020 (disponible en <http://hdl.handle.net/10017/47774>; última consulta el 13 de febrero de 2023).

- GRUPO DE EXPERTAS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA (GREVIO), “Primer Informe de evaluación de GREVIO sobre las medidas legislativas y de otra índole que dan efecto a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica”, 2020.

- ÍÑIGO CORROZA, E., “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente.” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 75, n. 1, 2022, p. 198.

- JERICÓ OJER, L., “Proporcionalidad, lesividad y seguridad jurídica: breves reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual”. *Boletín Comisión de Violencia de Género y de Igualdad. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, 2020, pp. 15-25.

- LAMARCA PÉREZ, C., “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”. *Jueces para la democracia*, n. 27, 1996, pp. 50-61.

- LAMET, J., “El PP plantea un cambio legal para que casos como el de La Manada sean 'violación' y no 'abuso’”, *El País*, 11 de diciembre de 2018.

- LOPERA MESA, G.P., “Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en Derecho Penal”. *Información y Debate. Jueces para la Democracia*, n. 70, 2011, pp. 23-32.

- MAGRO SERVET, V., “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 10133, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 1881/2022, Doctrina].

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, *Diario La Ley*, n. 10143, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 8482/2022, Doctrina].

- MARRACO, M., “Primeras rebajas de condena por la ley del 'solo sí es sí': un excarcelado al reducirse cinco años la pena por abusos a menores”. *El País*, 15 de noviembre de 2022.

- MARTÍN TOVAR, P., “La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el ámbito laboral”. *Diario La Ley*, n. 10155, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 8668/2022, Doctrina].

- MCDONOUGH, K., “A question of consent”. *Law Society Journal*, 1 de febrero de 2022.

- MITCHEL, G., “Court of Criminal Appeal upholds Luke Lazarus rape acquittal”. *The Sydney Morning Herald*, 27 de noviembre de 2017.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como 'Ley del sí es sí’)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, n. 33, 2022, pp. 13-31.

- MONGE FERNÁNDEZ, A., “Los delitos de agresiones y abusos sexuales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la luz de la sentencia de la manada (STS, de 4 de julio de 2019, Recurso de Casación núm. 396/2019, Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 344/2019)”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 34, 2020, pp. 125-169.

- MUÑOZ-ENCINAS, M.A., “La aplicación de la ley del 'solo sí es sí', en datos: rebajas de penas y excarcelaciones, pero no masivas”, *SER*, 3 de febrero de 2023.
- OLALDE GARCÍA, A., “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del 'solo sí es sí’”. *Diario La Ley*, n. 10180, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 10850/2022, Doctrina].
- OTAZU, A., “La Audiencia Provincial de Navarra rechaza rebajar la pena a un miembro de La Manada tras la 'ley del solo es sí’”, *El País*, 6 de febrero de 2023.
- PARDO MIRANDA, M., “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital. Papeles de Criminología*, n. 11, 2023, p. 2.
- PERAMATO MARTÍN, T., “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual. El consentimiento”. *Boletín de Violencia de Género y de Igualdad. Delitos contra la libertad sexual. Anteproyecto de Ley Orgánica. Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 11, 2020, pp. 3-14.
- PERAMATO MARTÍN, T., “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual. Propuestas normativas”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, 2022, pp. 191-224.
- PÉREZ DEL VALLE, C., “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”. *Diario La Ley*, n. 10045, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 2855/2022, Doctrina].
- PINA BARRAJÓN, M.N., “Estudio temas jurídicos y doctrinales de la Sentencia N.º 344/2019 del caso de 'La Manada', comparativa entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo”. *Diario La Ley*, n. 9497, 2019 [disponible en laleydigital, ref. 10571/2019, Doctrina].

- QUESADA SARMIENTO, M.J., “Revisión de las penas con la aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n. 10237, 2023 [disponible en laleydigital, ref. 1034/2023, Doctrina].
- QUINTERO OLIVARES, G., “El consentimiento, 'corazón de la norma': ignorancia o falacia”. *Almacén de Derecho*, 2023 (disponible en <https://almacenederecho.org/el-consentimiento-corazon-de-la-norma-ignorancia-o-falacia>; fecha de última consulta: 27 de febrero de 2023).
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L., “¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal? En defensa de una ley menos “integral”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, pp. 487-517.
- RAMÓN RIBAS, E., “El polémico régimen de penas de la Ley del 'solo-sí-es-sí’”. *Almacén de Derecho*, 2022 (disponible en: <https://almacenederecho.org/el-consentimiento-corazon-de-la-norma-ignorancia-o-falacia>; última consulta el 1 de marzo de 2023).
- RANDALL, M., “The treatment of consent in Canadian sexual assault law”, 2021 (disponible en [Thequalityeffect.org](http://www.theequalityeffect.org): <http://www.theequalityeffect.org/pdfs/ConsentPaperCanadaMR.pdf>; fecha de última consulta: 10 de febrero de 2023).
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-CHAVES, F., “El consentimiento y su importancia en los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales”. *Diario La Ley*, n. 10147, 2022 [disponible en laleydigital, ref. 8062/2022, Doctrina].
- ROIG BUSTOS, L., “El principio acusatorio”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1987, pp. 315-328.
- ROJO GALLEGO – BURÍN, M., “De los delitos contra la honestidad los delitos contra la libertad sexual”. *VISUAL REVIEW. International Visual Culture Review/ Revista Internacional de Cultura Visual*, vol. 9, n. 5 , 2022, pp. 1-15.

- ROMERO, J.M., “Una reforma penal de 2015 obvió la misma disposición transitoria que lastra la 'ley del solo sí es sí'. *El País*, 6 de marzo de 2023.
- RUIZ YAMUZA, F.G., “Ley del 'solo es sí': notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias”. *Economist & Jurist*, 2023 (disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/ley-del-solo-si-es-si-notas-practicas-sobre-la-revision-de-sentencias-condenatorias/>; última consulta el 1 de marzo de 2023).
- SÁEZ LARA, C., “Violencia sexual, mujer y trabajo”. *Revista Galega de Dereito Social*, n. 16, pp. 9-44.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La postpandemia como escenario de revisión del pacto constitucional en clave de paridad”. *IgualdadES*, n. 7., 2022, pp. 347-383.
- SMITH, A., “On a tide of community anger, the time has come for sexual consent laws”. *The Sydney Morning Herald*, 4 de marzo de 2021.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “*In dubio pro reo*, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”. *Revista española de derecho constitucional*, vol. 7, n. 20, 1987, pp. 9-34.
- VARELA CASTEJÓN, G., “Notas sobre la propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual”. *Boletín Comisión Penal. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.13, 2021, pp. 19-33.
- VALDÉS, I. “La ley del 'solo sí es sí' sale adelante: el Congreso respalda con amplia mayoría la legislación sobre libertad sexual”. *El País*, 25 de agosto de 2022.
- VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”. *Diario La Ley*, n. 9263, 2018 [disponible en laleydigital, ref. 8447/2018, Doctrina].

- WEGERSTAD, L., “Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden”. *German Law Journal*, vol. 22, n. 5, 2021, pp. 734-752.