



FACULTAD DE DERECHO

**EL IMPACTO DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA
INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL: RETROACTIVIDAD DE LAS
PENAS Y REVISIÓN DE SENTENCIAS**

Autor: Candela Silva Pizarro

5º E-3 C

Derecho Penal

Tutor: Julián Carlos Ríos Martín

Madrid

Abril 2024

RESUMEN

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual ha supuesto un cambio de paradigma con respecto a la tradicional regulación de los delitos sexuales.

La incidencia favorable en la penalidad que supone dicha ley ha provocado su aplicación retroactiva, dando lugar a la revisión de numerosas sentencias y a las consecuentes rebajas de condena y excarcelaciones, lo cual ha suscitado un intenso debate sobre la procedencia o improcedencia de dicha retroactividad.

En esta línea, el objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado es analizar el impacto que ha tenido la LO 10/2022 en la práctica judicial. Para ello, se analizarán las principales modificaciones legislativas operadas por la reforma y la problemática que plantean. Posteriormente se revisará la fundamentación del principio de retroactividad, desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial. Y finalmente, se estudiarán los criterios seguidos en la aplicación retroactiva de esta ley mediante un análisis jurisprudencial de las sentencias más importantes del Tribunal Supremo en las que se ha admitido la revisión de sentencias y se ha modificado la penalidad a la baja.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, revisión de sentencias, retroactividad, disposición transitoria, condena.

ABSTRACT

The entry into force of Organic Law 10/2022, of September 6, on Integral Guarantee of Sexual Freedom has meant a paradigm shift with respect to the traditional regulation of sexual crimes.

The favourable impact of this law on penalties has led to its retroactive application, giving rise to the review of numerous sentences and the consequent reductions in sentences and releases from prison, which has sparked an intense debate on the appropriateness or inappropriateness of such retroactivity.

In this line, the objective of this Final Degree Project is to analyse the impact that LO 10/2022 has had on judicial practice. To this end, the main legislative amendments made by the reform and the problems they raise will be analysed. Subsequently, the basis of the principle of retroactivity will be reviewed, from a legal, doctrinal, and jurisprudential perspective. And finally, the criteria followed in the retroactive application of this law will be studied by means of a jurisprudential analysis of the most important judgments of the Supreme Court of Spain in which the review of sentences has been admitted and the penalty has been modified downwards.

KEY WORDS

Sexual assault, review of sentences, retroactivity, transitional provision.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA.....	8
1. RECONCEPTUALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO	8
1.1. Del no es no al solo sí es sí	8
1.2. Problemática que plantea	9
2. UNIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL.....	11
2.1. Antes y después de la reforma	11
2.2. Efectos de la unificación.....	13
CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD	16
1. FUNDAMENTACION DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD.....	16
1.1. Fundamento legal	16
<i>1.1.1. Legislación nacional</i>	<i>16</i>
<i>1.1.2. Legislación internacional.....</i>	<i>17</i>
1.2. Fundamento doctrinal.....	18
<i>1.2.1. Regla general: Principio de Irretroactividad.....</i>	<i>18</i>
<i>1.2.2. Excepción: Principio de Retroactividad penal.....</i>	<i>19</i>
1.3. Fundamento jurisprudencial.....	20
<i>1.3.1. Tribunal Supremo</i>	<i>20</i>
<i>1.3.2. Tribunal Constitucional.....</i>	<i>23</i>
2. APLICACIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD: LA REVISIÓN DE SENTENCIAS	24
2.1. Incidente de Revisión	24
<i>2.1.1. Concepto.....</i>	<i>24</i>
<i>2.1.2. Alcance del incidente de Revisión</i>	<i>25</i>
2.2. Revisión de sentencias tras la Ley Orgánica 10/2022.....	26
<i>2.2.1. Aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 10/2022</i>	<i>26</i>
<i>2.2.2. Criterios a seguir en la revisión de sentencias.....</i>	<i>28</i>
a. Criterios de la Fiscalía	28
b. Criterios del Tribunal Supremo	29
<i>2.2.3. Análisis de jurisprudencia relevante</i>	<i>32</i>
a. STS 326/2023	33
b. STS 438/2023	33

c.	STS 473/2023	34
d.	STS 523/2023	34
e.	STS 667/2023	35
f.	STS 673/2023	36
g.	STS 21/2024	36
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES		37
CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA.....		39
1.	LEGISLACIÓN.....	39
2.	JURISPRUDENCIA.....	39
2.1.	Tribunal Constitucional	39
2.2.	Tribunal Supremo.....	40
2.3.	Audiencias Provinciales	41
3.	OBRAS DOCTRINALES	41
4.	RECURSOS DE INTERNET.....	45

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DT	Disposición Transitoria
FJ	Fundamento Jurídico
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
LO	Ley Orgánica
LOGILS	Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatus</i>
p.	Página
pp.	Páginas
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

El 7 de octubre de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual¹ (en adelante LOGILS), por la cual se reforma el Código Penal. Esta reforma supone un importante cambio de paradigma, pues la popularmente conocida como “Ley del solo sí es sí” plantea una definición de consentimiento basada en un modelo de consentimiento afirmativo y, simultáneamente, unifica los tipos penales de abuso y agresión sexual, estableciendo que se considerará agresión sexual todo acto sexual llevado a cabo sin el consentimiento del sujeto pasivo².

La necesidad de esta reforma se plantea en 2019 a raíz de una serie de casos de agresiones sexuales grupales que tuvieron lugar en España y que provocaron que surgiera un movimiento de reivindicación de una reforma penal en materia de delitos sexuales³. Particularmente, la reforma operada por la LOGILS se empieza a gestar con el famoso caso de “*La Manada*”, cuando la Audiencia Provincial de Navarra declaró que los hechos eran constitutivos de un delito de abuso sexual en lugar de una agresión sexual, como posteriormente determinaría el Tribunal Supremo⁴.

En este contexto, la entrada en vigor de la LOGILS ha traído consigo importantes implicaciones para el sistema de justicia penal. El objetivo inicialmente pretendido por el legislador, definido en el art. 1 de dicha ley como “*la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales*”, no ha estado alineado con los resultados obtenidos. Lejos de erradicar todas las violencias sexuales, tal y como señala el CGPJ, desde su entrada en vigor y hasta el 1 de noviembre de 2023 la LOGILS ha provocado 1233 reducciones de condenas y alrededor de 126 excarcelaciones⁵.

¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE de 7 de septiembre de 2022).

² Díaz y García Conlledo, M. y Traperó Barreales, M. A., "La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿La vuelta al Código Penal de la Manada?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25, 2023, p. 3.

³ Sánchez García, B. “La nueva concepción de la libertad sexual en la “ley del solo sí es sí” y su problemática aplicación retroactiva”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 30, 2023, p. 117.

⁴ 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 <https://diariolaley.laleynext.es/di/2022/11/29/reflexiones-sobre-las-consecuencias-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-del-solo-si-es-si>; última consulta 1/04/2024).

⁵ Comunicación Poder Judicial, Los tribunales han acordado 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022. 24 de noviembre de 2023 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-233-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>; última consulta 7/4/2024).

Por todo ello, ha surgido un intenso debate en torno a la procedencia de la aplicación retroactiva de la LOGILS, el cual ha llevado incluso a su contrarreforma por medio de la LO 4/2023 de 27 de abril⁶. Con esta nueva reforma se endurecen los marcos penales, ya que el objetivo principal es evitar la reducción de penas de su predecesora, los conocidos como “*efectos indeseados*”⁷. Sin embargo, dado que el Ordenamiento Jurídico español prohíbe la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, la nueva ley no podrá ser aplicada retroactivamente y no podrán evitarse así estos efectos indeseados derivados de la LOGILS⁸.

Por consiguiente, el objetivo principal de este Trabajo de Fin de Grado es exponer las modificaciones legislativas más significativas y las consecuentes alteraciones para la práctica judicial que ha traído consigo la entrada en vigor de la LOGILS. En última instancia, se pretende analizar el impacto de la reforma en el sistema de justicia penal, con un enfoque especial en el principio de retroactividad penal, y a través de una revisión jurisprudencial de las sentencias más relevantes del Tribunal Supremo.

Para la elaboración de este trabajo se ha recurrido a una revisión bibliográfica, mediante la consulta de distintos artículos doctrinales, libros, informes de cuerpos del Gobierno y otros recursos de internet. Asimismo, dicha revisión se ha complementado con un análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En consonancia con el objetivo pretendido, se ha optado por seguir la siguiente estructura. En primer lugar, se analizarán las principales modificaciones legislativas que ha introducido la LOGILS, en concreto, la nueva configuración del consentimiento y la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual. A continuación, se analizará la fundamentación jurídica, doctrinal y jurisprudencial del principio de retroactividad, para poder comprender la aplicación retroactiva de la LOGILS. Y, por último, se revisará la consecuencia directa de su aplicación retroactiva: el incidente de revisión de sentencias. Tras explicar su significado y alcance, se examinarán los criterios seguidos por los jueces y fiscales a la hora de revisar las sentencias afectadas por la LOGILS, y finalmente se ofrecerá un análisis de algunas sentencias en las que el TS ha determinado la procedencia de la revisión de sentencias a la luz de la nueva legislación.

⁶ De la Rosa Cortina, J. M., y Muñoz Cuesta, F. J., “Los delitos contra la libertad sexual tras las reformas 10/2022 y 4/2023”. *Aranzadi digital*, n.1/2023, 2023, p. 1.

⁷ Mora Díez, P., “Agresiones sexuales y prisión provisional”, *Revista penal México*, n. 23, 2023, p. 144.

⁸ *Id.*

CAPÍTULO II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA

1. RECONCEPTUALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

1.1. Del no es no al solo sí es sí

Una de las principales modificaciones que ha traído consigo la LOGILS ha sido la reconceptualización del consentimiento y su ubicación en los delitos sexuales. De acuerdo con RAMOS VÁZQUEZ, el objetivo principal de esta ley no es otro que “*poner el consentimiento en el centro*”, es decir, configurar el consentimiento como el elemento central de la regulación de los delitos sexuales⁹.

Aunque en un principio el Anteproyecto de dicha ley planteaba una configuración del consentimiento en términos negativos en el art. 178¹⁰, el Proyecto de Ley rechazó esta aproximación, optando por su formulación en positivo¹¹. De esta forma, el actual art. 178 contempla la siguiente definición de 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*”.

La opción elegida supone pasar de un modelo en el que se exigía la manifestación de la ausencia de consentimiento (no es no), a otro modelo en el que lo que se exige es su concurrencia (solo sí es sí), de ahí que la LOGILS sea popularmente conocida como la “*Ley del solo sí es sí*”¹².

La principal implicación que plantea esta nueva configuración del consentimiento es que sólo se podrá considerar que una actividad sexual es libremente consentida siempre que las partes involucradas hayan manifestado o exteriorizado su consentimiento, de tal modo que el silencio ya no equivale a consentimiento¹³.

⁹ Ramos Vázquez, J. A., “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de «solo sí es sí»”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, n. 34, 2023, p. 232.

¹⁰ “*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*”.

¹¹ Acale Sánchez, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, p. 475.

¹² Faraldo Cabana, P. “Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación” en Acale, M., Miranda, A., Nieto, A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica: ¿a “jangada de pedra”?*, Derecho penal y procesal penal, Madrid, 2021, p. 268

¹³ *Ibid.* p. 271.

Además, no se modifica la consideración del consentimiento como causa de atipicidad, ya que la libertad sexual sigue considerándose un bien jurídico disponible, sino que el cambio verdaderamente significativo es el protagonismo otorgado al consentimiento, relegando a un plano secundario a los elementos incidentales del delito¹⁴. En este sentido, tras la LOGILS la violencia y la intimidación pasan a ser medios comisivos que deben considerarse para agravar la pena, mientras que la ausencia de consentimiento se convierte en el verdadero núcleo del delito¹⁵.

1.2. Problemática que plantea

Aunque *a priori* parece que la configuración del consentimiento que recoge la LOGILS no plantea demasiadas complicaciones, lo cierto es que surge un problema de especial relevancia, la exteriorización.

De acuerdo con ÍÑIGO CORROZA, la teoría del consentimiento afirmativo parte de la base de que tiene que darse una clara exteriorización del mismo, o de lo contrario se interpretará que no existe tal consentimiento¹⁶. Sostiene que como no podemos acceder a la voluntad real del sujeto, a lo que piensa, el consentimiento requiere que el sujeto manifieste esa voluntad libre y externamente, de modo que “*no es un estado mental, sino la externalización de un estado mental que se evidencia a terceros*”¹⁷.

Esta exigencia de externalización en todos los casos plantea una importante problemática. En primer lugar, tal y como señala CARUSO FONTÁN, la sexualidad es un ámbito en el que exigir un consentimiento expreso para todo tipo de relación y para todos los supuestos es completamente irracional, pues se estaría coartando el comportamiento sexual de los individuos mediante una Ley¹⁸.

Asimismo, la propia Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2023 considera que la definición de consentimiento contemplada en el art. 178.1 no es una “*interpretación*

¹⁴ Acale Sánchez, M., *op. cit.*, p. 474

¹⁵ Díaz y García Conlledo, M. y Trapero Barreales, M. A., *op. cit.*, p. 19.

¹⁶ 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.

¹⁷ *Ibid.*, p. 171.

¹⁸ Caruso Fontán, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina, n. 9594. 2020 (disponible en [https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento;).; última consulta 31/03/2024).

auténtica de consentimiento sexual”¹⁹. A su juicio, el consentimiento es algo propio del fuero interno de los individuos, por lo que es imperativo diferenciar entre la existencia o no de consentimiento, y su exteriorización. En este sentido, pueden darse casos en los que sí que haya consentimiento, aunque éste no se haya exteriorizado²⁰ y, viceversa, casos en los que la víctima preste expresamente su consentimiento, pero el contexto y las circunstancias puedan sugerir que no hubo consentimiento real²¹.

Por todo ello, son numerosos los autores que advierten de la falta de necesidad de la reforma. Entre ellos, GONZÁLEZ TASCÓN señala que en la anterior regulación del consentimiento en los delitos sexuales no existía una laguna en la punición de los actos sexuales no consentidos²². En su opinión, el silencio no se interpretaba automáticamente como un consentimiento a los actos sexuales, por lo que antes de la reforma podía cometerse un delito contra la libertad sexual ante la pasividad de la víctima, aunque se requería una mayor prueba para demostrar la falta de consentimiento.

En esta misma línea, ÁLVAREZ GARCÍA advierte de que “*es radicalmente falso y peligroso [...] que tras la Ley de Garantía de la Libertad Sexual el consentimiento se haya situado, por fin, en el “centro” de los delitos sexuales*”²³. Entiende que antes de la reforma el consentimiento ya era el eje de los delitos contra la libertad sexual porque la ausencia de consentimiento suponía la ilicitud del acto, mientras que su presencia, derivaba en la licitud del mismo.

Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y TRAPERO BARREALES tampoco consideran que la LOGILS haya puesto el consentimiento en el centro de la regulación de los delitos sexuales, sino que opinan que ya lo estaba²⁴. A su juicio, siempre que se mantenga la libertad sexual como bien jurídico protegido, el consentimiento estará en el centro de las agresiones sexuales²⁵.

¹⁹ Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

²⁰ *Id.*

²¹ Íñigo Corroza, E., *op. cit.*, p. 198.

²² González Tascón, M. M. “El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal”. *Estudios Penales Y Criminológicos*, vol. 43, 2023, p.22.

²³ 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, 2023, p. 25.

²⁴ Díaz y García Conlledo, M. y Trapero Barreales, M. A., *op. cit.*, p. 44.

²⁵ *Ibid.*, p.18.

En definitiva, una amplia opinión doctrinal sostiene que la configuración del consentimiento que contempla la LOGILS plantea numerosas complicaciones y que no ha contribuido a cubrir ningún tipo de laguna punitiva, pues el objetivo pretendido con esta nueva configuración del consentimiento ya se alcanzaba con la anterior regulación.

2. UNIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL

2.1. Antes y después de la reforma

Sin duda otra de las grandes modificaciones operadas por la LOGILS ha sido la unificación de los tipos penales de abuso y agresión sexual. La reforma ha suprimido la figura de abuso sexual, de modo que las conductas que anteriormente eran constitutivas de este tipo de delito pasan ahora a integrarse en la figura de agresión sexual²⁶.

OLALDE GARCÍA explica que antes de la reforma, el CP de 1995²⁷ tipificaba los delitos de agresión y abuso sexual en los artículos 178 y 181, estableciéndose penas diferentes para estos delitos, dependiendo de la gravedad y de las circunstancias²⁸. Primero, el delito de agresión sexual (art 178 CP), castigaba con la pena de uno a cuatro años de prisión cualquier acto que atentara contra la libertad sexual de otra persona, cometido con violencia o intimidación. Si involucraba acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros y objetos por vía vaginal o anal, se consideraba violación (art 179 CP) y también existía un tipo agravado regulado en el art 180 CP.

Por otra parte, el art. 181 CP regulaba el delito de abuso sexual, castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses aquellos actos que atentaban contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima sin su consentimiento y sin emplear violencia o intimidación²⁹. En el art. 181.2 se incluían unos supuestos en los que se entendía que el abuso sexual era no consentido, mientras que el art. 181.3 se refería a aquellos casos en los que el autor se valía de una situación de superioridad manifiesta. También se establecía una modalidad agravada en el apartado cuarto para los casos de abuso sexual que involucraran acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos a través de las dos primeras vías. Y, por último, el art. 181.5 CP contenía dos circunstancias agravantes.

²⁶ Circular 1/2023, *op. cit.*

²⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

²⁸ Olalde García, A., *op. cit.*

²⁹ *Id.*

El fundamento de la distinción entre ambas figuras de agresión y abuso sexual radicaba en los medios comisivos empleados por el autor, de modo que estábamos ante un delito de agresión sexual cuando el autor empleaba violencia o intimidación, mientras que si no se valía de estos medios estábamos ante un delito de abuso sexual³⁰.

Asimismo, la distinción entre ambas figuras también se configuraba en atención a diferencias en el consentimiento³¹. En el caso de la agresión sexual, se consideraba de manera automática que no había consentimiento por parte de la víctima³², esto se debe, en palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, a que la agresión sexual se caracterizaba por el uso de una violencia que “*hacía indubitable la inexistencia del consentimiento por parte de la víctima porque la contundencia de esos medios doblega o vence su voluntad haciendo innecesaria cualquier mención al consentimiento de la víctima*”³³. En cambio, en algunos delitos de abuso sexual, aunque sí que podía existir consentimiento, éste no era considerado válido, como en el caso de un delito de abuso sexual contra un menor de 16 años³⁴.

Pues bien, tras haber analizado la regulación anterior a la reforma, configurada en torno a la distinción entre ambos tipos penales, conviene precisar qué alcance ha tenido la LOGILS. Como ya se advertía en la introducción, esta nueva ley ha supuesto un cambio de paradigma, pues se ha optado por la unificación de todos los atentados contra la libertad sexual bajo una misma denominación, la de agresión sexual³⁵.

Dado que el objeto de la LOGILS es “*poner el consentimiento en el centro*”, la unificación de ambos tipos penales se fundamenta en el concepto de consentimiento, de manera que, el reformado art. 178 establece que se considerará agresión sexual “*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”³⁶. Con el fin de precisar qué debe entenderse por consentimiento, el legislador ha optado por añadir en este mismo precepto una definición de consentimiento sexual, la cual se ha explicado en el apartado anterior.

³⁰ 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: Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, n. 7, 2022, p. 69.

³¹ González Tascón, M. M. *op. cit.*, p. 21.

³² De Lamo, I. *op. cit.*, p.70.

³³ González Tascón, M. M. *op. cit.*, p. 21.

³⁴ De Lamo, I. *op. cit.*, p. 70

³⁵ González Tascón, M. M. *op. cit.*, p. 19.

³⁶ Olalde García, A. *op. cit.*

En consecuencia, tras la eliminación de la figura de abuso sexual, ante cualquier ausencia de consentimiento por parte de la víctima nos encontraremos ante una agresión sexual³⁷. El tipo básico de este delito de agresión sexual se regula ahora en el mencionado art. 178 CP, el cual contempla una pena de uno a cuatro años de prisión, y junto con los arts. 179 y 180 CP conforma el Título I: “De las agresiones sexuales”³⁸. Por su parte, el art. 179 CP contiene un tipo agravado cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías y, por último, el art. 180 CP contempla un tipo agravado para ambos artículos en caso de que se den una serie de circunstancias³⁹.

Como resultado de esta nueva regulación de los delitos sexuales, la LOGILS queda estructurada de la siguiente manera: Los mencionados arts. 178, 179 y 180 regulan las agresiones sexuales a mayores de 16 años; los arts. 181, 182 y 183 las agresiones sexuales y otros delitos contra menores de 16 años; por su parte, el art. 184 se ocupa del acoso sexual, mientras que los arts. 185 y 186 regulan los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: y, por último, los arts. 187, 188 y 189 bis se ocupan de regular los delitos sobre prostitución y explotación y corrupción de menores⁴⁰.

2.2. Efectos de la unificación

Numerosos autores, magistrados e incluso órganos del Poder Judicial han denunciado los perniciosos efectos que ha supuesto esta unificación de los tipos penales de abuso y agresión sexual.

En este sentido, el principal efecto que ha traído consigo la eliminación de la tradicional distinción que venía haciendo el Código Penal, ha sido una considerable ampliación de los marcos penales hacia la baja⁴¹. Esto se debe a que al unificar dos conductas que antes merecían penas distintas, resulta necesario ampliar los nuevos marcos penológicos para abarcar el nuevo tipo penal único⁴².

³⁷ Sánchez García, B. *op. cit.*, p. 134.

³⁸ Marín De Espinosa Ceballos, E. B., “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-24, 2023, p. 13.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Sánchez García, B. *op. cit.*, p. 118.

⁴¹ 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 <https://diariolaley.laleynext.esW>; última consulta 3/03/2024).

⁴² Sánchez García, B. *op. cit.*, p. 118.

En opinión de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS esta ampliación del marco penal, a su vez, ha dado lugar a un mayor arbitrio judicial, pues ahora los jueces tendrán que graduar la pena dentro de los márgenes del nuevo delito, valorando para ello circunstancias como el uso de violencia o intimidación⁴³. De esta manera, se amplía el arbitrio judicial, ya que la regulación anterior preveía marcos penales distintos para los delitos de abuso y agresión sexual, lo cual limitaba el margen de individualización del juez⁴⁴.

Por lo tanto, tras comparar las penas recogidas en la LOGILS con las penas que contemplaba el CP antes de la reforma, podemos verificar que la unificación ha provocado un cambio importante en relación con los límites mínimos y máximos de las penas⁴⁵. Tal y como advierte MORA DÍEZ, se ha producido una sustancial reducción de los límites mínimos de algunos tipos penales, tal y como muestra el delito de agresión sexual a un menor de 16 años, cuyo límite mínimo ha pasado de 8 a 6 años⁴⁶. A su vez, el delito de agresión sexual con acceso carnal a un menor, antes castigado con una pena de prisión de 12 a 15 años, ahora se castiga con una pena prisión de 10 a 15 años (art. 181.2)⁴⁷. Otro precepto que ha experimentado una rebaja del límite mínimo de la pena ha sido la agresión sexual con acceso carnal del art. 179 CP, el cual ahora pasa de 6 a 4 años⁴⁸.

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ya advertía otro de los efectos de esta unificación en su informe sobre el anteproyecto de Ley, pues, a su juicio la decisión de tratar de manera unificada todos los actos de agresión sexual podría resultar en un “*efecto desprotector*” para las víctimas⁴⁹. Esto se debe a que no habría una diferencia significativa en las consecuencias legales para el autor del delito, independientemente de si emplea un medio más o menos grave, lo cual podría incluso incentivar a los autores a utilizar medios que aseguraran una fácil comisión del delito⁵⁰.

⁴³ Marín de Espinosa Ceballos, E. B., *op. cit.*, p. 17

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Olalde García, A. *op. cit.*

⁴⁶ Mora Díez, P., *op. cit.*, p. 141.

⁴⁷ Sánchez García. *op. cit.*, p. 148.

⁴⁸ Jufresa, F., García, A., Santamans, J. “Comentarios de urgencia a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 69, 2023, p. 10.

⁴⁹ Consejo General Del Poder Judicial, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 25 de febrero de 2021, p. 80.

⁵⁰ *Id.*

Por su parte, otros expertos en Derecho Penal han advertido que la unificación tiene un impacto importante en relación con el principio de proporcionalidad. De acuerdo con FARALDO CABANA, este principio exige que las penas impuestas sean proporcionales a la gravedad del hecho cometido, por lo que al establecer el mismo marco penológico para conductas ejecutadas con medios comisivos distintos se estaría vulnerando dicho principio⁵¹. En este sentido, el CGPJ señalaba que imponer la misma pena para ambos tipos delictivos podría derivar en una posible “*prohibición de exceso*”, pues se estarían imponiendo sanciones severas, propias del delito de agresión sexual, a conductas constitutivas de abuso sexual, los cuales presentan un grado de lesividad menor⁵².

Anticipándose a las posibles implicaciones de la unificación, el legislador incluyó una especie de medida correctiva, al incorporar en el art 178.3 CP un tipo atenuado facultativo que permite al juez, al fundamentarlo en la sentencia, imponer una pena menos severa “*en atención a la menor entidad del hecho*”⁵³. Sin embargo, esta técnica legislativa tampoco ha estado exenta de crítica doctrinal debido a su imprecisión terminológica.

La falta de especificación sobre a qué se refiere exactamente esta “menor entidad”, si a los medios comisivos, al tipo de acto sexual, etc., da lugar a un amplio margen interpretativo para el juez, y, al mismo tiempo, podría suponer una infracción del principio de legalidad⁵⁴. Se trata de un concepto jurídico impreciso que puede dar lugar a múltiples interpretaciones, pudiendo darse casos en los que, justificándolo en esa menor entidad del hecho, una agresión sexual fuera sancionada con multas en lugar de penas de prisión⁵⁵.

Aunque sus recomendaciones fueron pasadas por alto, el CGPJ sugería en su informe una solución para evitar esa falta de precisión⁵⁶. Proponía que lo más adecuado hubiera sido vincular la menor entidad con el acto sexual y excluir la aplicación del tipo atenuado en los casos contemplados en el apartado segundo del art 178 CP⁵⁷.

⁵¹ Faraldo Cabana, P., *op. cit.*, p. 304.

⁵² Consejo General del Poder Judicial. *op. cit.*, p. 135.

⁵³ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁵ 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, p. 2.

⁵⁶ Consejo General del Poder Judicial. *op. cit.*, p. 136.

⁵⁷ Art 178.2: “*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*”.

Por último, la configuración de un único tipo penal ha traído consigo importantes consecuencias en el ámbito del principio de retroactividad, las cuales constituyen el enfoque principal de este trabajo. A lo largo de los siguientes capítulos, se analizará desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, el fundamento y el alcance de la aplicación retroactiva de la LOGILS, así como la consecuente oleada de revisión de sentencias de reducción de las penas impuestas a numerosos agresores sexuales.

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

1. FUNDAMENTACION DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

El principio de retroactividad es uno de los pilares más importantes que informan el ordenamiento jurídico español. La retroactividad se define como *“la aplicación de una norma jurídica nueva a supuestos de hecho, actos, relaciones o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor”*⁵⁸.

En nuestro Derecho Penal, se reconoce como principio fundamental la irretroactividad de las leyes penales; no obstante, a modo de excepción, se permite la retroactividad de aquellas disposiciones que sean favorables al reo. En este capítulo se ofrece un análisis del principio de retroactividad de la ley penal desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, con el objetivo de entender su fundamento, su alcance y sus límites.

1.1. Fundamento legal

El principio de retroactividad tiene numerosos fundamentos jurídicos que lo sustentan y que explican su razón de ser tanto en la legislación nacional como en la supranacional.

1.1.1. Legislación nacional

En primer lugar, el artículo 2.2 del Código Penal es el pilar en el que se asienta el principio de retroactividad de la ley penal favorable. Este artículo establece que

“Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”.

⁵⁸ Tajadura Tejada, J., “Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley”, *Revista de Derecho Político*, n. 108, 2020, p. 47

La retroactividad contemplada en este precepto supone que la nueva ley más favorable deberá ser aplicable de inmediato tanto a situaciones actuales como a situaciones anteriores⁵⁹. Es decir, la retroactividad extiende sus efectos a situaciones en las que todavía no se han enjuiciado los hechos o incluso a situaciones en las que el sujeto está cumpliendo condena.

Por otro lado, nuestra Constitución garantiza en los preceptos 9.3⁶⁰ y 25.1⁶¹, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la prohibición de aplicar retroactivamente disposiciones sancionadoras no favorables supone, *a sensu contrario*, el reconocimiento de la retroactividad las disposiciones favorables, por lo que estos preceptos sirven de fundamento constitucional del principio de retroactividad penal⁶².

1.1.2. Legislación internacional

El principio de retroactividad en el ámbito penal también cuenta con una sólida fundamentación en la legislación internacional. En primer lugar, el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras establecer la regla general de irretroactividad, permite la retroactividad de la ley posterior en el caso de que sea más favorable. Concretamente, se establece lo siguiente:

*“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta”*⁶³.

⁵⁹ Choclán Montalvo, J. A., “Vacatio legis y norma penal favorable: Una cierta incompatibilidad conceptual”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. 604, 2003, p. 3.

⁶⁰ Art 9.3. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁶¹ Art 25.1. “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁶² Pérez Royo, F., “La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los casos de modificaciones en la normativa tributaria”. *Revista Técnica Tributaria*, vol. 4, n. 43, 1998, p. 78.

⁶³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010).

Por otro lado, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en términos similares que:

*“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se podrá imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*⁶⁴.

Del mismo modo, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce este principio de retroactividad de la ley penal favorable, estableciendo así lo siguiente:

*“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”*⁶⁵.

1.2. Fundamento doctrinal

1.2.1. Regla general: Principio de Irretroactividad

La aplicación temporal de las leyes penales se fundamenta en el principio de irretroactividad⁶⁶. Es decir, la regla general es que la ley penal está vigente desde que entra en vigor hasta que es derogada, por lo que sólo podrá aplicarse a situaciones surgidas mientras esté en vigor, sin que quepa su aplicación retroactiva a situaciones en las que no estaba vigente⁶⁷.

Este principio de irretroactividad penal o prohibición de aplicar leyes a hechos anteriores a su entrada en vigor es una consecuencia que deriva del principio de legalidad, se trata de *“una de las exigencias propias del Estado de Derecho”*, ya que las personas deben poder conocer las repercusiones de sus actos con antelación⁶⁸.

⁶⁴ Circular 1/2023, *op. cit.*

⁶⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

⁶⁶ Silva Sánchez J. M., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “leyes en blanco””, *Estudios penales y criminológicos*, n. 16, 1993, p. 425.

⁶⁷ Maraver Gómez, M. “La vigencia temporal de la ley penal”, en Lascuráin Sánchez, L.A. (coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 121.

⁶⁸ Ruiz Atón, L.F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la Doctrina y la Jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 7, 1989, pp. 149-150.

En opinión de CHOCLÁN MONTALVO se trata de una exigencia fundamentada en el principio de culpabilidad, pues solo cabe el reproche penal cuando el autor ha actuado en contra de una norma que podía conocer⁶⁹. En este sentido, la regla general de la irretroactividad deriva también de las exigencias de seguridad jurídica, ya que las personas deben tener cierta certeza de que sus actos no conllevan una consecuencia jurídica que no esté contemplada en ese momento⁷⁰.

1.2.2. Excepción: Principio de Retroactividad penal

Sin embargo, este principio de irretroactividad presenta una excepción, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables⁷¹. La retroactividad, como se ha mencionado *supra*, se produce cuando se aplica la ley nueva para regular situaciones y efectos jurídicos que se originaron antes de su entrada en vigor⁷².

Según VARONA GÓMEZ, mientras que el principio de irretroactividad se fundamenta en la seguridad jurídica y en el principio de legalidad, la retroactividad de la norma penal más favorable se basa en razones de proporcionalidad de la pena⁷³. MARAVER GÓMEZ señala que se fundamenta en nociones de “*justicia y de necesidad*”, pues la nueva ley más favorable es el reflejo de un cambio en la valoración de la conducta por parte del legislador, de modo que lo justo y necesario será juzgar los actos con la nueva ley, en lugar de valorarlos con unos estándares de valoración ya obsoletos⁷⁴.

En este sentido, en opinión de SILVA SÁNCHEZ el principio de retroactividad de la ley penal favorable encuentra su fundamento en el principio de prohibición de exceso, pues al reducirse la sanción penal en la nueva norma, la pena establecida en la norma anterior se vuelve excesiva⁷⁵. De este modo, mantener dicha pena supondría vulnerar el principio constitucional de prohibición de exceso, por lo que sería una medida inadmisibles⁷⁶.

⁶⁹ Choclán Montalvo, J.A. *op. cit.*, p. 2.

⁷⁰ Maraver Gómez, M, *op. cit.*, p. 122.

⁷¹ Silva Sánchez, *op. cit.*, p.427

⁷² Pascual Medrano, A., “Artículo 2. Vigencia e irretroactividad de las leyes”. En Cañizares Laso, A. (dir.), De Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, J. (dir.), y Valpuesta Fernández, R. (dir.), “*Código Civil Comentado*”. Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 52.

⁷³ Varona Gómez, D. “Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual: A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2023, p. 7.

⁷⁴ Maraver Gómez, M, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁵ Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 428.

⁷⁶ *Id.*

En último término, de acuerdo con PÉREZ ROYO, el principio de retroactividad responde a las exigencias del principio de igualdad, aunque a su juicio, una aplicación estricta del principio de igualdad y de justicia material supondría aplicar retroactivamente también las normas menos favorables⁷⁷. Sin embargo, como en nuestro Derecho Penal la seguridad jurídica prevalece sobre la justicia material, se rechaza la aplicación en perjuicio del reo, y solo se admite la retroactividad si se aplica “*in bonam partem*”⁷⁸.

1.3. Fundamento jurisprudencial

A nivel nacional, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel crucial en la interpretación y aplicación del mencionado principio de retroactividad. Ambos Tribunales han emitido resoluciones que han contribuido a determinar el fundamento y el alcance de este principio.

1.3.1. Tribunal Supremo

A través de numerosas sentencias, el Tribunal Supremo ha contribuido a determinar el fundamento del principio de retroactividad de la norma penal favorable, estableciendo que se sustenta en diversos principios.

En primer lugar, el TS ha determinado que la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables encuentra su fundamento en razones de justicia, pues sería contrario a la misma que se le aplicara al acusado una ley que ahora se considera excesivamente estricta⁷⁹.

Por otro lado, en algunos casos el TS también ha vinculado el principio de retroactividad con el principio de legalidad. A modo de ejemplo, en su voto particular a la STS 523/2023, el Magistrado ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, establece que el principio de retroactividad de la ley penal favorable es un principio de vital importancia que tiene una profunda conexión con el principio de legalidad penal⁸⁰.

Asimismo, en la STS 473/2023 el TS argumenta que el principio de retroactividad de la ley penal favorable está estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad, según el cual la pena debe ser necesaria y proporcional al delito, repudiándose “*los*

⁷⁷ Pérez Royo, F. (1998), *op. cit.*, p. 79

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 985/2022, de 21 de diciembre (FJ) 5. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2022:4848]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 523/2023, de 29 de junio. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2827]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024.

excesos penológicos innecesarios”⁸¹. La retroactividad responde a las exigencias de este principio, pues su razón de ser es no prolongar la pena de prisión más allá del tiempo que le sería impuesto al autor si se le hubiera juzgado a los ojos de la actual ley⁸².

En último término, el TS ha determinado que la retroactividad también supone una exigencia derivada del principio de igualdad, pues, sería contrario a dicho principio que la fecha de enjuiciamiento pudiera influir en la penalidad, ya que se estaría discriminando a los acusados que fueran enjuiciados antes de la entrada en vigor de la ley favorable⁸³.

Además de establecer el fundamento del principio de retroactividad, el Tribunal Supremo también ha contribuido a delimitar y concretar el alcance de dicho principio. En este sentido, en sus sentencias, el TS ha señalado que se trata de un principio graduable (STS 523/2023⁸⁴, STS 473/2023)⁸⁵. La gradualidad implica que el legislador “*goza de libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley favorable*”, aunque tiene que respetar un límite, pues no puede obligar a aplicar la ley anterior, si la nueva ley es más favorable al reo (excepto en el caso de las leyes temporales)⁸⁶.

De este modo, ante una reforma penal el legislador podrá hacer dos cosas, bien dejar actuar libremente la retroactividad que contempla el art 2.2 CP o bien modularla (respetando el límite mencionado *supra*) con diversas técnicas legislativas, siendo una de las más frecuentes el uso de disposiciones transitorias⁸⁷.

Aunque la inclusión de disposiciones transitorias ha sido una técnica empleada frecuentemente por el legislador en las sucesivas reformas del Código Penal, lo cierto es que, en la reforma operada por la LOGILS, el legislador se ha decantado por no incluir ninguna de estas disposiciones⁸⁸.

A pesar de ello, parte de la doctrina y el Ministerio Fiscal defienden la aplicación de las disposiciones transitorias 2ª y 5ª contenidas en la LO 10/1995⁸⁹ a la LOGILS. En

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 473/2023, de 15 de junio. (FJ) 5. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2822]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024.

⁸² *Ibid.* (FJ) 6.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, *op. cit.* (FJ) 2.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, *op. cit.* (FJ) 6.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 438/2023, de 8 de junio (FJ) 4. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2810]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

⁸⁹ LO 10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprueba la redacción anterior del CP.

concreto, proponen la aplicación de la disposición transitoria 5ª, la cual establece que “*En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código*”. Si dicha DT fuera de aplicación, no procedería revisar aquellas sentencias en las que la pena impuesta con arreglo a la ley anterior también pueda serlo bajo la nueva ley, aunque la reforma haya alterado los límites mínimos y máximos⁹⁰.

Sin embargo, la postura del Tribunal Supremo es clara al respecto, pues desde la STS del Pleno 438/2023, de 8 de junio, ha rechazado la aplicación de estas disposiciones transitorias en todas sus decisiones⁹¹. El TS explica de manera detallada su postura en la STS 523/2023, la cual constituye la tesis central sobre la inaplicabilidad de estas disposiciones. En esta sentencia, la Alta Sala señala que este régimen transitorio fue concebido para aplicarse a la transición entre los Códigos de 1973 y de 1995, de modo que estas disposiciones no son aplicables a la actual reforma⁹². El Tribunal reconoce que, aunque no están derogadas, su eficacia normativa ya se ha agotado, sin que quepa su ultravigencia, es decir su aplicación a las sucesivas reformas del CP.

Sin embargo, a juicio del TS, en ausencia de disposiciones específicas en reformas posteriores (Como es el caso de la LOGILS), algunas de estas disposiciones transitorias podrían aplicarse analógicamente, pero únicamente en aspectos procesales o sustantivos siempre y cuando beneficien al reo, sin que quepa la analogía *in malam partem*⁹³.

En definitiva, la opinión que mantiene el TS a lo largo de sus sentencias es que al no haber incluido el legislador DT alguna para regular el régimen transitorio entre la reforma y la redacción anterior del CP, el régimen aplicable para regular la revisión de sentencias será el establecido en el art. 2.2 CP. Por lo tanto, no cabe en ningún caso aplicar las DT de la LO 10/1995 y menos aún si la aplicación es en perjuicio del reo.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2023, de 21 de septiembre, (FJ) 1. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3787]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2024.

⁹¹ Muñoz Cuesta, J., “Criterios de la Sala 2.ª TS sobre la revisión de sentencias firmes afectadas por la LO 10/2022”. *Revista de Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 1001, 2023 (disponible en <https://www.legaltoday.com/revista-aja/1001/articulos/2/index.html>; última consulta 1/04/2024).

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, *op. cit.* (FJ) 2.

⁹³ *Id.*

1.3.2. Tribunal Constitucional

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias resoluciones (SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 15/1981, de 7 de mayo; 131/1986, de 28 de octubre, y 215/1998, de 11 de noviembre) que el principio de retroactividad de la ley penal favorable tiene reconocimiento constitucional⁹⁴.

Por ello, tal y como señala el TC, la retroactividad de la ley penal solo será inconstitucional si se refiere a disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁹⁵. El propio Tribunal señala así en la STC 27/1981 lo siguiente:

*“El principio de irretroactividad del art. 9.3, en cuanto a las leyes, concierne sólo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”*⁹⁶.

Por lo tanto, tal reconocimiento constitucional del principio de retroactividad parte de una interpretación *a sensu contrario* del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables contemplado en el art. 9.3 CE, sin embargo, no se trata de un derecho constitucional que permita acogerse al recurso de amparo⁹⁷.

Asimismo, el TC también ha desarrollado una importante doctrina en torno a la distinción entre dos tipos de retroactividad, la de grado máximo o auténtica y la de grado medio o impropia⁹⁸. La retroactividad plena o de grado máximo se refiere a aquella que recae sobre derechos o situaciones que tienen lugar con anterioridad de su entrada en vigor⁹⁹. Por su parte, la retroactividad de grado medio es aquella que tiene lugar cuando la nueva ley se aplica a situaciones actuales que todavía siguen produciendo efectos jurídicos¹⁰⁰.

⁹⁴ Álvarez García, F.J., *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 27/1981, de 20 de julio. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1981:27]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2024.

⁹⁶ *Ibid.*, (FJ) 10

⁹⁷ Álvarez García, F.J., *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 182/1997, de 28 de octubre, (FJ) 11. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1997:182]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 6/1983, de 4 de febrero, (FJ) 3. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1983:6]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, *op. cit.*, (FJ) 11.

Por último, el TC también ha establecido algunos matices en cuanto al alcance que debe tener dicha retroactividad. A modo de ejemplo, en la STC 131/1986, ha señalado que no cabe invocar el principio de retroactividad para seleccionar preceptos más beneficiosos de una y otra ley, sino que la ley retroactiva debe aplicarse en su totalidad¹⁰¹.

2. APLICACIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD: LA REVISIÓN DE SENTENCIAS

2.1. Incidente de Revisión

2.1.1. Concepto

Dado que nuestro Derecho Penal permite la retroactividad de las leyes penales favorables, es preciso un juicio para determinar si los actos cometidos bajo la vigencia de una ley deben enjuiciarse según dicha ley o bajo la ley nueva¹⁰². En palabras del TS, la revisión de sentencias no supone un nuevo juicio pleno, sino que debe “*verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad*”¹⁰³.

El órgano competente para realizar la revisión es el mismo que dictó la sentencia a revisar y su función debe limitarse a ratificar la pena que se impuso o a modificarla en beneficio del reo, sin que pueda subsanar defectos que no hayan sido impugnados en su momento¹⁰⁴. En esencia, tal y como señala el magistrado MARTÍNEZ ARRIETA en su voto particular a la STS 523/2023, la operación de revisión consiste en comparar dos marcos penológicos para determinar cuál es más favorable, si el que contemplaba la ley que estaba vigente cuando se juzgaron los hechos o el nuevo marco punitivo que establece la ley posterior¹⁰⁵.

En definitiva, la revisión de sentencias debe tener como punto de partida el principio de retroactividad de la ley penal favorable¹⁰⁶, por lo que una reforma del CP que provoque

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 131/1986, de 29 de octubre, (FJ) 2. versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1986:131]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024.

¹⁰² Maraver Gómez, *op. cit.*, p.125.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, *op. cit.*, (FJ) 3.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 523/2023, *op. cit.*

¹⁰⁶ Gavilán Rubio, M. “Los delitos contra la libertad sexual al amparo de la LO 10/2022: el consentimiento como elemento vertebrador del delito de agresión sexual, la revisión de sentencias firmes y la denuncia como requisito de procedibilidad”, en Ortega Burgos, E. (dir.), Del Rosario Gilsanz Martos, M. (coord.), Márquez Lasso, D. E., (coord.), Imbroda Ortiz, B. J. (coord.), Tuero Sánchez, J. A. (coord.), Gutiérrez Mayo, E. (coord.), Gisbert Grifo, S. (coord.), Gavilán Rubio, M. (coord.), *Derecho penal 2023*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 4.

una revisión de sentencias resultará beneficiosa para aquellos a los que se les hubiera impuesto una pena menor si hubieran sido juzgados conforme a la ley posterior¹⁰⁷.

2.1.2. Alcance del incidente de Revisión

Las principales reformas en materia penal suelen incluir una serie de disposiciones transitorias que regulan y determinan el alcance de las posibles revisiones futuras¹⁰⁸. No obstante, como se ha explicado en anteriores apartados, la LOGILS carece de tales disposiciones, de modo que la revisión de condenas que permiten los arts. 9.3 CE y 2.2 CP tendrá que seguir los criterios establecidos en estos preceptos¹⁰⁹.

El mencionado art. 2.2 CP establece que el efecto retroactivo alcanza incluso a los casos en los que la sentencia sea firme y el acusado esté cumpliendo condena. Esto implica que el principio de retroactividad, y, por tanto, la revisión de sentencias, tienen un alcance muy amplio. Nuestro Código Penal admite así la posibilidad de revisión tanto de aquellas sentencias que no sean firmes, como la de sentencias que ya han devenido firmes por no ser susceptibles de recurso¹¹⁰. En esta línea, el TS señala en la STS 930/2022 que la revisión alcanza no solo a aquellas sentencias que se encuentren en fase de ejecución, sino también a las que estén en proceso de dictar sentencia, ya sea por estar en fase de juicio oral o por encontrarse en tramitación de recurso de apelación o casación¹¹¹.

En consecuencia, la revisión de sentencias representa una clara excepción al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes¹¹². Sin embargo, la revisión de sentencias firmes no es posible en todos los supuestos, de tal modo que solo será posible la revisión en los casos en los que el condenado se encuentre cumpliendo la sentencia, pues si ya la ha cumplido no se podrá aplicar retroactivamente la nueva ley ni revisar la sentencia cumplida, aunque se podrá tener en cuenta a efectos de reincidencia¹¹³.

¹⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 2ª), núm. 6/2023, de 27 de enero, (FJ) 2. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:APM:2023:6A]. Fecha de la última consulta: 3 de febrero de 2024.

¹⁰⁸ Cortés López, M. J. Examen jurisprudencial sobre la ley penal más favorable a la luz de vigencia de la ley del «sólo sí es sí», *Confilegal*, 2023. (disponible en <https://confilegal.com/20230219-examen-jurisprudencial-sobre-la-ley-penal-mas-favorable-a-la-luz-de-vigencia-de-la-ley-del-solo-si-es-si/>; última consulta 10/03/2024).

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Maraver Gómez, M. *op. cit.*, p. 126.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 30 de noviembre, (FJ) 7. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2022:4489]. Fecha de la última consulta: 10 de febrero de 2024.

¹¹² Gavilán Rubio, M., *op. cit.*, p. 5.

¹¹³ Maraver Gómez, M. *op. cit.*, p. 126.

2.2. Revisión de sentencias tras la Ley Orgánica 10/2022

2.2.1. Aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 10/2022

La reforma operada por la LOGILS, al unificar los tipos penales de abuso y agresión sexual, ha supuesto un cambio de penalidad de gran importancia. Para determinar si el nuevo marco penológico establecido en la LOGILS supone una regulación más favorable para el reo, debe llevarse a cabo un estudio de los procedimientos afectados por la reforma, principalmente de aquellos en los que hubiera recaído sentencia firme y estén en proceso de ejecución¹¹⁴.

En los casos en los que la LOGILS sea considerada como más beneficiosa para el reo, procederá su aplicación retroactiva, obteniendo así un resultado que del todo difiere de los objetivos que pretendía el legislador al promulgar esta ley. El CGPJ ya advertía de la posibilidad de este resultado en su informe sobre el anteproyecto, señalando así que la LOGILS podría derivar en una oleada de revisión de sentencias¹¹⁵.

Esta revisión de sentencias que se ha desencadenado a raíz de la entrada en vigor de la LOGILS es, en opinión de OLALDE GARCÍA, “*imperativa, irrevocable e insalvable*”¹¹⁶. A su juicio, al igualar en un mismo tipo penal dos conductas que con anterioridad a la reforma tenían un reproche distinto, y, al mismo tiempo reducir el límite mínimo y máximo de la pena, es absolutamente necesario revisar todas las sentencias dictadas con anterioridad¹¹⁷. Esta opinión es compartida por el TS, el cual señala que, debido al principio de retroactividad de la ley posterior más favorable, “*la acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria*”¹¹⁸.

No obstante, habrá que analizar caso por caso para determinar la procedencia de la revisión, pudiendo distinguirse así varios supuestos de revisión. El fiscal DÍAZ TORREJÓN clasifica la revisión de condenas propiciada por la LOGILS en tres tipos de supuestos: casos en los que la revisión es indiscutible, otros en los que no procede y supuestos dudosos¹¹⁹.

¹¹⁴ Gavilán Rubio, M., *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁵ Consejo General del Poder Judicial *op. cit.*, p. 142.

¹¹⁶ Olalde García, A. *op. cit.*

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, *op. cit.*, (FJ) 7.

¹¹⁹ 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 21/03/2024).

En primer lugar, en aquellos casos en los que la reforma ha rebajado el límite superior de la pena, la revisión es “*inevitable*”¹²⁰. En esta línea, el informe del CGPJ ya señalaba que “*la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente*”¹²¹. Este sería el supuesto de la agresión sexual sin acceso carnal (art. 178 CP) pues al reducir el límite máximo de cinco a cuatro años de prisión, si la condena es superior a cuatro años, no hay duda de que la pena debe ser revisada¹²².

En segundo lugar, en los casos en los que la LOGILS no ha rebajado el límite máximo ni el mínimo y la nueva pena está dentro del marco penal anterior, no procederá la revisión¹²³.

Por último, hay otro grupo de supuestos más complejos, aquellos en los que la LOGILS ha rebajado el límite mínimo y no ha modificado el máximo¹²⁴. Aquí entran en juego las dos teorías que hemos explicado *supra* sobre la aplicación de las Disposiciones Transitorias. Explica el fiscal que para los autores que son partidarios de aplicar las DT no procedería la revisión, ya que la pena impuesta también es imponible con el nuevo marco penológico. Mientras que para aquellos autores que no consideran aplicables dichas DT, la nueva regulación es más favorable y, por tanto, procederá la revisión de sentencias. Estos últimos autores, entre los cuales se encuentra ESTRELLA RUIZ, presidente de la AP de Cádiz, aseguran que los casos en los que se ha reducido la pena mínima deben ser revisados en favor del reo, pues la DT 5ª está derogada y aquellos que pretenden su aplicación por analogía, estarían permitiendo una analogía *in malam partem*, prohibida por el art. 4.1 CP¹²⁵. Asimismo, como se expondrá en el siguiente apartado, este último razonamiento es el que ha seguido el TS en la mayoría de sus sentencias.

En definitiva, los argumentos anteriormente expuestos ponen de manifiesto que la reforma operada por la LOGILS ha sido considerada por la jurisprudencia y buena parte de la doctrina como una ley más favorable para el reo y, en consecuencia, se ha aplicado retroactivamente, dando lugar a la revisión de numerosas sentencias.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Consejo General del Poder Judicial. *op. cit.* p. 89.

¹²² Díaz Torrejón, P., *op. cit.*

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Estrella Ruiz, M., “La revisión de las sentencias al amparo de la LO 10/2022. Foro abierto”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 51, 2022.

2.2.2. Criterios a seguir en la revisión de sentencias

Para proceder a la aplicación retroactiva de la LOGILS, tanto la Fiscalía General del Estado, como el TS han puesto de manifiesto una serie de pautas y criterios que deben ser tenidos en cuenta por los fiscales y jueces, respectivamente.

Estas pautas a seguir a la hora de revisar las sentencias afectadas por la entrada en vigor de la LOGILS se encuentran recogidas fundamentalmente en la jurisprudencia del TS y en la Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado¹²⁶.

a. Criterios de la Fiscalía

Tras la entrada en vigor de la LOGILS, y con el objetivo de que los miembros del Ministerio Fiscal actuaran de manera uniforme en la revisión de sentencias firmes, el Fiscal General del Estado publicó en un primer momento el Decreto de 21 de noviembre de 2022, y, posteriormente la Circular 1/2023 en la cual se incluían los mismos criterios recogidos en el Decreto¹²⁷.

Uno de los primeros criterios de revisión establecidos por la Fiscalía, consiste en que a la hora de revisar sentencias firmes habrán de respetarse y ponderarse los principios de seguridad jurídica e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes¹²⁸, así como el principio de proporcionalidad¹²⁹.

Asimismo, según la Fiscalía otra de las pautas que tiene que inspirar la revisión de sentencias es que, a la hora de determinar la ley más favorable, se debe analizar cada ley en su totalidad, sin que quepa aplicar unos preceptos más beneficiosos de una ley y otros preceptos de otra¹³⁰. De acuerdo con MARAVER GOMEZ permitir tal aplicación selectiva de preceptos implicaría otorgar a los tribunales la facultad de legislar, pues se estaría creando una nueva ley distinta a las anteriores, una especie de *lex tertia*¹³¹. Por ello, en los sucesivos recursos que ha presentado el Ministerio Fiscal contra las sentencias revisadas alega como motivo que, si se aplica la LOGILS de modo completo, es necesario imponer las penas accesorias previstas en el art. 192.3 CP¹³².

¹²⁶ De La Rosa Cortina, J.M., y Muñoz Cuesta, F. J. *op. cit.*, p. 22.

¹²⁷ Marín de Espinosa Ceballos, E. B., *op. cit.*, p. 26.

¹²⁸ Circular 1/2023, *op. cit.*

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, *op. cit.*

¹³⁰ Circular 1/2023, *op. cit.*

¹³¹ Maraver Gómez. *op. cit.*, p. 125.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2023, *op. cit.*

Por último, la Fiscalía ha establecido en la Circular 1/2023 unas directrices para distinguir entre aquellos supuestos en los que sí que procede la revisión de sentencias y aquellos en los que el Ministerio Fiscal debe oponerse a la misma.

En primer lugar, la Circular contiene un mandato a los fiscales, indicándoles que no procederá la revisión de sentencias firmes si la pena impuesta antes de la reforma fuera también imponible bajo la nueva redacción, aunque esta regla no esté contemplada expresamente en la LOGILS¹³³. Sin embargo, a modo de excepción, sí que admite la revisión de sentencias firmes en los casos en los que aplicar esta regla resulte desproporcionado, es decir, en aquellos casos en los que sea evidente que, de haberse juzgado los hechos bajo la nueva ley, al acusado se le habría impuesto una pena claramente inferior¹³⁴.

Por el contrario, la Fiscalía sostiene que sí que procederá la revisión de sentencias firmes en aquellos supuestos en los que la pena que le fue impuesta al acusado en la sentencia inicial no fuera imponible bajo la nueva ley, siempre que esta se considere como más beneficiosa para el reo¹³⁵.

b. Criterios del Tribunal Supremo

Por su parte, el Tribunal Supremo ha venido desarrollando una serie de criterios y pautas que debe seguir la revisión a través de las diversas sentencias que ha emitido, estableciendo de esta manera una consolidada pauta jurisprudencial.

Uno de los criterios señalados por el TS, en línea con el criterio que sostiene la Fiscalía, implica que para determinar si la nueva ley es más favorable y, por tanto, si procede la revisión, hay que comparar cada bloque normativo en su totalidad, sin que sea posible seleccionar preceptos más beneficiosos de una y de otra ley¹³⁶. Atendiendo a este criterio, al resolver numerosos recursos de casación, el TS ha establecido que cuando se aplique retroactivamente la LOGILS, es preceptivo añadir la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, prevista en el art. 192.3 CP¹³⁷.

¹³³ Circular 1/2023, *op. cit.*

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2018, de 5 de marzo (FJ) 3. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2018:782]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

¹³⁷ Muñoz Cuesta, J., *op. cit.*

Por otra parte, a la hora de determinar qué legislación es más favorable, el TS ha venido señalando, que no cabe aplicar la pena en abstracto, sino de manera concreta, lo cual requiere analizar cada una de las leyes en concurso para determinar qué pena correspondería imponer y así comprobar cuál es más favorable¹³⁸. Sin embargo, esta ponderación en concreto debe centrarse únicamente en lo normativo, pues el Tribunal no puede volver a juzgar las circunstancias y hechos que ya han sido enjuiciadas¹³⁹.

En consecuencia, a la hora de individualizar la pena, el Tribunal al que le corresponde revisar la sentencia debe limitarse a interpretar dichos criterios de revisión establecidos en la sentencia inicial¹⁴⁰. Tal y como señala MUÑOZ CUESTA, fiscal del TS, esto se debe a que volver a valorar los criterios de individualización de la pena “*supondría asumir el papel del tribunal sentenciador y no el de control sobre si es más favorable al penado una ley posterior a la que se le aplicó al imponerle la pena*”¹⁴¹.

Sin embargo, el TS sí que admite en determinadas ocasiones la posibilidad de aplicar criterios de individualización que no se recogieron en la sentencia inicial. En este sentido, señala que, dado que la LOGILS ha unificado los delitos de abuso y agresión sexual, ahora es posible valorar circunstancias como la violencia e intimidación, las cuales no fueron tenidas en cuenta como criterio individualizador en la sentencia original porque formaban parte del tipo delictivo, pero ahora sí que pueden ponderarse¹⁴².

Asimismo, otra de las indicaciones establecidas por el TS es que la revisión de sentencias debe guiarse por el principio de proporcionalidad, tal y como se desarrolla en la STS 438/2023¹⁴³. En primer lugar, según lo señalado en esta sentencia, la propia revisión parte de este principio, ya que sería contrario a él seguir aplicando las mismas penas si una ley nueva prevé otras más beneficiosas. Asimismo, el principio de proporcionalidad exige que la pena impuesta se determine atendiendo a elementos específicos del caso y a los criterios de individualización de la pena recogidos en la sentencia, sin que quepa valorarla en abstracto o aplicar únicamente criterios de proporcionalidad aritmética.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm 523/2023, *op. cit.* (FJ) 3.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2023, *op. cit.* (FJ) 5.

¹⁴¹ Muñoz Cuesta, J., *op. cit.*

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 857/2023, de 22 de noviembre (FJ) 4 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2023\441807]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2024.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2023, *op. cit.*, (FJ) 5.

En este sentido, el TS ha venido negando la posibilidad de aplicar una pura proporcionalidad altimétrica. Según la Alta Sala, el criterio puramente aritmético, el cual supondría que, si la pena se impuso en el mínimo, habría que imponerla inexorablemente en el nuevo mínimo, es fácilmente aplicable cuando los tipos de la nueva ley contemplan las mismas conductas y únicamente se ha modificado su penalidad¹⁴⁴. Sin embargo, entiende que si la reforma incide en otros extremos esta forma de determinar la pena no siempre es admisible¹⁴⁵.

Dado que muchos de los tipos penales que ha reformado la LOGILS ahora engloban dos conductas que antes se tipificaban en dos tipos penales distintos, para determinar qué norma es más favorable no se puede realizar una simple regla de tres¹⁴⁶. En cambio, lo que debe hacer el órgano juzgador es aplicar criterios de proporcionalidad para determinar si la pena impuesta podría serlo también bajo la nueva legislación¹⁴⁷. Así, en la STS 857/2023, señala que, aunque cuando se reduce el límite mínimo del marco penal, una proporcionalidad aritmética implicaría revisar la pena aplicando una inferior, si la pena que se impuso es proporcionada y tiene en cuenta las circunstancias del caso, puede ser igualmente imponible bajo la nueva ley¹⁴⁸.

Por último, el TS ha mostrado una postura claramente contraria a la del Ministerio Fiscal, el cual argumenta que no procederá la revisión de aquellas sentencias en las que la pena impuesta fuera igualmente imponible con arreglo a la nueva regulación establecida en la LOGILS.

Como ya se mencionó anteriormente en la página 21, el TS sostiene que las disposiciones transitorias del CP, al ser normas de derecho transitorio, solo se aplican a las revisiones de condena que pudieran surgir tras la entrada en vigor del CP aprobado mediante la LO 10/1995, sin que quepa su aplicación a la LO 10/2022¹⁴⁹. Consecuentemente, al no haberse incluido disposición transitoria alguna en la LOGILS, el TS entiende que en estos supuestos sí que procede la revisión de sentencias.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, *op. cit.* (FJ) 11.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 569/2023, de 7 de julio (FJ) 9. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3346]. Fecha de la última consulta: 6 de abril de 2024.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 857/2023, *op. cit.*, (FJ) 4.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 21/2024, de 11 de enero (FJ) 3. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2024:33]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

A modo de ejemplo, en la STS 985/2022 el Supremo reconoce que cuando la pena impuesta bajo la legislación anterior fuera igualmente imponible con arreglo al nuevo texto no sería necesario modificar la pena¹⁵⁰. Sin embargo, argumenta que esta situación solo se aplica si los límites mínimos permanecen inalterados, de modo que, si la nueva ley reduce el límite mínimo, ya sea el de la mitad inferior o superior de la pena, es necesario rebajar la pena impuesta originalmente en la sentencia.

Por lo tanto, según lo señalado por el TS en la STS 587/2023, dado que la LOGILS ha supuesto una rebaja de las penas mínimas con respecto a la regulación que venía contemplando el CP, procede su aplicación retroactiva, pues “*la bajada del suelo de la pena privativa de libertad resulta inconcusamente en una previsión más favorable*”¹⁵¹.

2.2.3. Análisis de jurisprudencia relevante

A raíz de la promulgación de la LO 10/2022, el Tribunal Supremo ha resuelto numerosos recursos de casación y otros procedimientos relativos a la aplicación retroactiva de esta ley, alegando que contiene una regulación más beneficiosa para el reo¹⁵².

En concreto, el día 7 de junio de 2023, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estableció el criterio a seguir en estas revisiones de sentencias, pues de los 29 recursos de casación analizados, 27 fueron resueltos de manera unánime¹⁵³. El criterio mayoritario fijado por el TS en esta sentencia del Pleno ha sido rechazar los recursos interpuestos por la Fiscalía y los condenados por delitos sexuales contra las revisiones de sentencias firmes, avalando las revisiones realizadas por las Audiencias provinciales.

A continuación, se ofrece una revisión de algunas de las sentencias más recientes en las que el TS ha seguido este criterio, determinando así la procedencia de la revisión de sentencias a la baja como consecuencia de la aplicación retroactiva de la LOGILS y, por tanto, viéndose reducidas numerosas condenas.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 985/2022, *op. cit.*, (FJ) 5.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 587/2023, de 12 julio, (FJ) 2 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3615]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2024.

¹⁵² De la Rosa Cortina, J.M., y Muñoz Cuesta, F. J. *op. cit.* p. 17.

¹⁵³ Comunicación Poder Judicial, El Tribunal Supremo confirma los criterios de las Audiencias Provinciales en las revisiones de penas efectuadas tras la reforma de la Ley Orgánica 10/2022. 7 de junio de 2023. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-los-criterios-de-las-Audiencias-Provinciales-en-las-revisiones-de-penas-efectuadas-tras-la-reforma-de-la-Ley-Organica-10-2022->; última consulta 22/03/2024).

a. STS 326/2023¹⁵⁴

En esta sentencia el TS estima parcialmente un recurso de casación interpuesto por el acusado contra la sentencia núm. 277/2021 de 14 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Comunidad Valenciana.

Los preceptos aplicables en el momento de comisión de los hechos enjuiciados encajaban en los arts. 178 y 179 del Código Penal. Bajo la legislación anterior, la pena de prisión para el delito cometido por el acusado oscilaba entre 6 y 12 años y el acusado fue condenado a la pena mínima de 6 años en la sentencia inicial. Por su parte, a la luz de la nueva legislación, los hechos también se consideran constitutivos de un delito de agresión sexual sancionado en los arts. 178 y 179 CP, sin embargo, tras la reforma, la LOGILS establece un rango penológico más amplio, de 4 a 12 años.

El TS argumenta que al imponer una pena mínima más baja que la legislación anterior, la nueva ley pasa a considerarse como más favorable. Por ello, estima el recurso y determina que la pena de prisión adecuada es de 4 años y 1 mes, pues parece que si la voluntad del órgano de enjuiciamiento era imponer la pena mínima (6 años), al reducirse el límite inferior con la nueva legislación parece lógico imponer también la nueva pena mínima.

b. STS 438/2023¹⁵⁵

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación núm. 10213/2023 contra el Auto de la AP de Almería de 2 de febrero de 2023, por el cual se acuerda revisar la sentencia núm. 256/2006.

En dicha sentencia se condena al acusado como autor de un delito de violación con uso de armas a una pena de 13 años de prisión, siendo el marco punitivo existente en el momento de enjuiciamiento de 12 a 15 años de prisión. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la LOGILS, la AP procede a revisar la sentencia, acordando sustituir la pena por la de 9 años y 8 meses de prisión, ya que el nuevo marco penal establecido por la LOGILS va de 7 a 15 años de prisión.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) núm. 326/2023, de 10 de mayo. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:1963]. Fecha de la última consulta: 4 de marzo de 2024.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2023, *op. cit.*

El TS entiende que la LOGILS es la ley más favorable para el reo, pues se sanciona la misma conducta que antes con una pena inferior, ya que la nueva ley ha reducido el límite mínimo manteniendo igual el máximo. Por ello, considera que la rebaja de la condena es correcta y que la reindividualización de la pena realizada por la AP es adecuada, ya que no se separa de los criterios de individualización seguidos por el Tribunal de enjuiciamiento.

c. STS 473/2023¹⁵⁶

En esta sentencia, el TS resuelve el recurso casación núm. 10238/2023 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 23 de diciembre de 2022 dictado por la AP de Madrid, por el cual se revisa la sentencia dictada por la misma AP el 17 de abril de 2013.

En una primera instancia, el acusado es condenado a una pena de 8 años de prisión por un delito de agresión sexual. Posteriormente, tras revisar la sentencia a la luz de la nueva legislación, la AP de Madrid acuerda revisarla, imponiéndole al acusado una pena de 6 años y 8 meses de prisión.

El Tribunal Supremo, en respuesta al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, concluye que la revisión realizada por la Audiencia provincial es razonable y sigue los criterios de proporcionalidad, aunque no está de acuerdo con todos los argumentos empleados por el Tribunal. En definitiva, entiende que la LOGILS es más favorable para el acusado en este caso y que, por lo tanto, confirma la revisión de la sentencia.

d. STS 523/2023¹⁵⁷

En esta sentencia el Pleno de la Sala Segunda del TS resuelve un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado el 2 de enero de 2023 por la AP de Madrid. Como consecuencia de la entrada en vigor de la LOGILS, este auto revisa la pena impuesta a un condenado como autor de un delito de violación, agravado por la actuación conjunta de dos o más personas, y como cooperador necesario de dos delitos de violación.

En la sentencia inicial se le impuso al condenado la pena de 12 años de prisión por el delito de agresión sexual agravado y una pena de 6 años de prisión para cada uno de los dos delitos de agresión sexual como cooperador necesario (en ambos casos la pena

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2023, *op. cit.*

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2023, *op. cit.*

mínima). El auto de la AP de Madrid acuerda revisar dicha sentencia, sustituyendo la pena de 12 años por 7 años de prisión y las dos penas de 6 años por dos de 4 años de prisión.

De acuerdo con el TS, el proceder de la AP es correcto y acorde a su criterio, pues al haberse impuesto en la primera sentencia la pena mínima imponible, es posible revisar dicha sentencia y sustituir la pena impuesta por la que ahora contempla como mínima la LOGILS. Entiende que la pena de 7 años de prisión impuesta por la AP, es proporcional, pues pese a que el autor haya actuado con violencia, el simple hecho de que se haya empleado un medio comisivo violento no puede implicar que se deba ampliar el límite mínimo.

e. STS 667/2023¹⁵⁸

El TS resuelve en esta sentencia el recurso de casación núm. 10023/2023 contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz el 12 de diciembre de 2022. En virtud de este auto, la AP procede a revisar la sentencia núm. 218/17. En esta sentencia se declara al acusado como autor de un delito de agresión sexual del art. 183.4 d), castigado con un marco penal de 13 años y 6 meses a 15 años de prisión, decidiendo la AP condenarle a la pena mínima de 13 años y 6 meses de prisión.

Al entrar en vigor la LOGILS, el acusado solicita la revisión de su sentencia. A la luz de la nueva regulación, el delito está contemplado en el art. 181.4. e) y conlleva una pena que oscila entre los 12 años y 6 meses y los 15 años de prisión. La AP acuerda revisar la sentencia, imponiendo al acusado una pena de 12 años y 6 meses de prisión.

De acuerdo con el TS, como consecuencia de la aplicación del art. 2.2 del CP, al contener la LOGILS un nuevo mínimo más bajo que la legislación anterior, se convierte en la norma más favorable, por lo que procede aplicar el nuevo mínimo previsto. En cuanto a la individualización de la pena, en palabras del Tribunal, *“La voluntad del legislador fue la de reducir el reproche mínimo por debajo del mínimo fijado en la norma que derogó, lo que arrastra inevitables consecuencias de reajuste a la baja”*¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2023, *op. cit.*

¹⁵⁹ *Id.* (FJ) 9.

f. STS 673/2023¹⁶⁰

En la presente sentencia, el TS desestima un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid el 25 de enero de 2023, por el cual se revisa la sentencia núm. 107/2010 de la misma AP.

En esta sentencia, el acusado es condenado por dos delitos de agresión sexual, a una pena de 6 años de prisión para cada uno. Posteriormente, la AP de Madrid acuerda revisar dicha sentencia, imponiendo al acusado la pena de 4 años de prisión por ambos delitos.

De acuerdo con el TS, en el momento de la primera sentencia, el marco penal del delito de agresión sexual oscilaba entre 6 y 12 años de prisión y al acusado se le impuso la pena mínima. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la LOGILS, la nueva pena para el delito cometido oscila entre 4 y 12 años de prisión. Por lo tanto, el TS sostiene que, en el momento de revisar la sentencia, la AP ha optado de nuevo por individualizar la pena en su nuevo mínimo, razonamiento que comparte la sala y que entiende conforme a derecho.

g. STS 21/2024¹⁶¹

En esta sentencia el TS desestima el recurso de casación núm. 10517/2023 por el cual se pretende impugnar la revisión de la Sentencia núm. 8/2022, de 12 de enero dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. En esta primera sentencia, la AP condena al acusado como autor de un delito de abuso sexual con penetración a un menor de 16 años a una pena de prisión de 10 años y un día. Posteriormente, la misma AP revisa esta sentencia mediante Auto dictado el 22 de diciembre de 2022, sustituyendo la pena impuesta por la de 9 años y un día de prisión, al considerarse que la LOGILS incide favorablemente en la penalidad.

El TS entiende que el proceder de la AP es adecuado y ajustado a derecho, ya que, al sancionarse la misma conducta con una pena inferior, sería contrario al principio de proporcionalidad seguir imponiendo la pena de 10 años y un día. Siguiendo el criterio del Tribunal que dictó la primera sentencia, quien consideró que atendidas las circunstancias del caso correspondía imponer la pena en su límite mínimo, lo que corresponde es imponer la pena en su nuevo límite mínimo, 9 años y un día de prisión.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 673/2023, de 21 de septiembre. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) núm. 326/2023, de 10 de mayo. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3634]. Fecha de la última consulta: 4 de abril de 2024.

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 21/2024, *op. cit.*

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

Como advertíamos al inicio de este trabajo, la reforma operada por la LOGILS ha supuesto un importante cambio de paradigma en la regulación de los delitos sexuales. Como consecuencia de la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual en un mismo tipo penal basado en la noción de consentimiento, la LOGILS ha reformado la penalidad de numerosos tipos delictivos.

Con el fin de dar acogida en un nuevo tipo penal único a lo que antes eran dos tipos delictivos distintos, la reforma ha ampliado los nuevos marcos penales, modificando así los límites máximos y mínimos en muchos supuestos. De esta manera, la LOGILS se ha convertido en la norma penal más favorable para numerosos agresores sexuales que habían sido condenados o estaban pendiente de serlo con anterioridad a la reforma.

Dado que nuestro Ordenamiento Jurídico permite la retroactividad de las normas penales favorables al reo, tanto en el art. 2.2 CP como *a sensu contrario* en el art. 9.3 CE, en aquellos supuestos en los que la LOGILS ha sido considerada como norma más favorable, se ha procedido su aplicación retroactiva.

Esta aplicación retroactiva de la LOGILS ha tenido importantes repercusiones en la práctica judicial. En primer lugar, ha provocado un aumento considerable del arbitrio judicial, pues tras la unificación de los delitos de abuso y agresión sexual, la determinación de la pena requiere de una mayor interpretación por parte de los jueces. Asimismo, como se ha advertido *supra*, la entrada en vigor de la LOGILS ha desencadenado la revisión de numerosas sentencias, así como la rebaja de condenas e incluso la excarcelación de numerosos agresores sexuales.

Por todo ello, ha surgido un importante debate en torno a la aplicación retroactiva de esta ley, ya que el legislador no ha establecido unas claras directrices que pudieran orientar la revisión de sentencias que se ha desencadenado tras su entrada en vigor. Parte de la doctrina, incluido el Ministerio Fiscal, se ha mostrado contraria a esta aplicación retroactiva de la LOGILS, invocando para ello la aplicación de las disposiciones transitorias del CP de 1995. Sin embargo, según el criterio establecido por el TS, estas disposiciones no son aplicables a la LOGILS, ya que el legislador ha optado por no introducir ninguna disposición transitoria, dejando operar sin límites la retroactividad, sin que quepa sostener su aplicación analógica en perjuicio del reo.

La Alta Sala ha seguido este criterio para resolver numerosos recursos de casación que pretendían impugnar las revisiones de sentencias efectuadas tras la entrada en vigor de la LOGILS. En la mayoría de estos recursos, el TS ha confirmado las rebajas de condenas realizadas por las Audiencias Provinciales, desestimando así las pretensiones alegadas por el Ministerio Fiscal. En opinión del Tribunal, la aplicación retroactiva de la LOGILS en aquellos supuestos en los que se ha considerado como ley más favorable al reo, es ajustada a derecho, pues al no haberse introducido unos criterios claros que delimitaran su alcance, se ha realizado siguiendo las exigencias del art. 2.2 CP.

En definitiva, podemos señalar que el cambio de paradigma en la regulación de los delitos sexuales introducido por la LOGILS ha tenido profundas implicaciones para la práctica judicial. Esta reforma sólo ha traído consigo importantes modificaciones en cuanto a la individualización de las penas, sino que también ha supuesto mayores exigencias interpretativas por parte de los jueces y, sobre todo, ha derivado en su aplicación retroactiva, suscitando la revisión de numerosas condenas.

CAPÍTULO V. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010).

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

Circular 1/2023, de 29 de marzo sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (BOE, n. 81, de 5 de abril de 2023).

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE de 28 de abril de 2023).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 27/1981, de 20 de julio. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1981:27]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2024

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 6/1983, de 4 de febrero, (FJ) 3. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1983:6]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024. Sentencia del

Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 131/1986, de 29 de octubre, (FJ) 2. versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1986:131]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 182/1997, de 28 de octubre, (FJ) 11. [versión electrónica - base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1997:182]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2024.

2.2. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 107/2018, de 5 de marzo. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2018:782]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 30 de noviembre. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2022:4489]. Fecha de la última consulta: 10 de febrero de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 985/2022, de 21 de diciembre (FJ) 5. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2022:4848]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) núm. 326/2023, de 10 de mayo. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:1963]. Fecha de la última consulta: 4 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 438/2023, de 8 de junio. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2810]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 473/2023, de 15 de junio. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2822]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 523/2023, de 29 de junio. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:2827]. Fecha de la última consulta: 2 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 569/2023, de 7 de julio. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3346]. Fecha de la última consulta: 6 de abril de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, Sección 1ª) núm. 587/2023, de 12 julio [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3615]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2023, de 21 de septiembre. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3787]. Fecha de la última consulta: 10 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 673/2023, de 21 de septiembre. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal) núm. 326/2023, de 10 de mayo. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2023:3634]. Fecha de la última consulta: 4 de abril de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 857/2023, de 22 de noviembre (FJ) 4 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2023\441807]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 21/2024, de 11 de enero. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:TS:2024:33]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2024.

2.3. Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 2ª), núm. 6/2023, de 27 de enero, (FJ) 2. [versión electrónica - base de datos Cendoj. Ref. ECLI:ES:APM:2023:6A]. Fecha de la última consulta: 3 de febrero de 2024.

3. OBRAS DOCTRINALES

ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma”. *IgualdadES*, n. 5, 2021, pp. 467-485.

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, 2023, pp. 1-28.

CARUSO FONTÁN, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina, n. 9594. 2020 (disponible

en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento;> última consulta 31/03/2024).

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, pp. 1-4.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Vacatio legis y norma penal favorable: una cierta incompatibilidad conceptual". *Actualidad jurídica Aranzadi*, n. 604, 2003, pp. 5-6.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 25 de febrero de 2021.

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: Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, n. 7, 2022, pp. 67-81.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., y MUÑOZ CUESTA, F. J., “Los delitos contra la libertad sexual tras las reformas 10/2022 y 4/2023”. *Aranzadi digital*, n.1/2023, 2023, p. 1-22.

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 21/03/2024).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Y TRAPERO BARREALES, M. A., "La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿La vuelta al Código Penal de la Manada?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25, 2023, pp. 1-51.

ESTRELLA RUIZ, M., “La revisión de las sentencias al amparo de la LO 10/2022. Foro abierto”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n. 51, 2022.

- FARALDO CABANA, P. "Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación" en Acale, M., Miranda, A., Nieto, A. (coord.), *Reformas penales en la península ibérica: ¿a "jangada de pedra"?*, Derecho penal y procesal, Madrid, 2021, pp. 265-279.
- GAVILÁN RUBIO, M., "Los delitos contra la libertad sexual al amparo de la LO 10/2022: el consentimiento como elemento vertebrador del delito de agresión sexual, la revisión de sentencias firmes y la denuncia como requisito de procedibilidad", en Ortega Burgos, E. (dir.), Del Rosario Gilsanz Martos, M. (coord.), Márquez Lasso, D. E., (coord.), Imbroda Ortiz, B. J. (coord.), Tuero Sánchez, J. A. (coord.), Gutiérrez Mayo, E. (coord.), Gisbert Grifo, S. (coord.), Gavilán Rubio, M. (coord.), *Derecho penal 2023*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 159-172.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., "El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal". *Estudios Penales Y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-47.
- 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, pp. 167-204.
- JUFRESA, F., GARCÍA, A., SANTAMANS, J., "Comentarios de urgencia a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 69, 2023, pp. 1-17.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., "La vigencia temporal de la ley penal", en Lascuráin Sánchez, L.A. (coord.), *Manual de introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 119-160.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., "La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-24, 2023, pp. 1-36.
- MORA DÍEZ, P., "Agresiones sexuales y prisión provisional", *Revista penal México*, n. 23, 2023, pp. 137-145.

- MUÑOZ CUESTA, J., “Criterios de la Sala 2.^a TS sobre la revisión de sentencias firmes afectadas por la LO 10/2022”. *Revista de Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 1001, 2023 (disponible en <https://www.legaltoday.com/revista-aja/1001/articulos/2/index.html>; última consulta 1/04/2024).
- OLALDE GARCIA, A., “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del solo si es si”. *Diario La Ley*, n. 10180, 2022 (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/11/29/reflexiones-sobre-las-consecuencias-de-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-del-solo-si-es-si>; última consulta 1/04/2024).
- PASCUAL MEDRANO, A., “Artículo 2. Vigencia e irretroactividad de las leyes”. En Cañizares Laso, A. (dir.), De Pablo Contreras, P. (dir.), Orduña Moreno, J. (dir.), y Valpuesta Fernández, R. (dir.), “*Código Civil Comentado*”. Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 46-56.
- PÉREZ ROYO, F., “La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en los casos de modificaciones en la normativa tributaria”. *Revista Técnica Tributaria*, vol. 4, n. 43, 1998, pp. 75-88.
- 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 <https://diariolaley.laleynext.esW>; última consulta 3/03/2024).
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de «solo sí es sí»”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, n. 34, 2023, pp. 230–255.
- RUIZ ATÓN, L. F., “El principio de irretroactividad de la ley penal en la Doctrina y la Jurisprudencia”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 7, 1989, pp. 149-167.
- SÁNCHEZ GARCÍA, B. “La nueva concepción de la libertad sexual en la “ley del solo sí es sí” y su problemática aplicación retroactiva”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 30, 2023, pp. 113-163.

SILVA SÁNCHEZ J. M., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “leyes en blanco””, *Estudios penales y criminológicos*, n. 16, 1993, pp. 424-461.

TAJADURA TEJADA, J., “Tiempo y Derecho: fundamento y límites de la retroactividad de la ley”, *Revista de Derecho Político*, n. 108, 2020, pp. 41-69.

VARONA GÓMEZ, D., “Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual: A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2023, pp. 5-11.

4. RECURSOS DE INTERNET

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, El Tribunal Supremo confirma los criterios de las Audiencias Provinciales en las revisiones de penas efectuadas tras la reforma de la Ley Orgánica 10/2022. 7 de junio de 2023. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-los-criterios-de-las-Audiencias-Provinciales-en-las-revisiones-de-penas-efectuadas-tras-la-reforma-de-la-Ley-Organica-10-2022->; última consulta 22/03/2024).

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, Los tribunales han acordado 1.233 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022. 24 de noviembre de 2023 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-233-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022->; última consulta 7/4/2024).

CORTÉS LÓPEZ, M. J. Examen jurisprudencial sobre la ley penal más favorable a la luz de vigencia de la ley del “sólo sí es sí”, *Confilegal*, 2023. (disponible en <https://confilegal.com/20230219-examen-jurisprudencial-sobre-la-ley-penal-mas-favorable-a-la-luz-de-vigencia-de-la-ley-del-solo-si-es-si/>; última consulta 10/03/2024).