

# LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN  
pronunciado por el Académico de Número  
Ilmo. Sr. D. MANUEL CABALLERO-BONALD CAMPUZANO



CONTESTACIÓN por el  
Excmo. Sr. D. NIELSON SÁNCHEZ-STEWART  
Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Málaga, 2023



# LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por el Académico de Número

Ilmo. Sr. D. MANUEL CABALLERO-BONALD CAMPUZANO



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. NIELSON SÁNCHEZ-STEWART

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Málaga, 31 de mayo de 2023

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de Granada

*Coordinación:* José Soto Ruiz

*Diseño y maqueta:* Susana Martínez Ballesteros

*Depósito legal:* GR 876-2023

*I.S.B.N.:* 978-84-09-51454-0

*Imprime:* Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

*Libro impreso en España,  
sobre papel ecológico, libre de cloro  
y proveniente de bosques sostenibles*

Excelentísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, excelentísimos e ilustrísimos señores miembros de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, compañeros, amigos, querida familia:

*T*ENGO AQUÍ, a este acto solemne, con el firme propósito de llevarle la contraria al maestro Quevedo, cuando afirmaba aquello de «pocas veces quien recibe lo que no merece agradece lo que recibe». Y acudo aquí a la llamada de vuestra generosidad académica de haberme vestido con el honor de pertenecer a esta muy noble y prestigiosa Corporación, con una clara actitud de agradecimiento y humildad. Sean mis primeras referencias a mis queridos amigos don Nielson Sánchez-Stewart, sin cuyo empeño personal y persistencia en el reconocimiento, yo no estaría aquí en este acto, y a los dos académicos de número que avalaron personalmente —un poco de forma inconsciente y con la venda en los ojos de la amistad del fiador compasivo— este nombramiento: don Lorenzo del Río, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, y doña Ana Tá-

rrago, fiscal superior de Andalucía. El triunvirato de avales es de los que hacen época y honor. Muchas gracias. Extiendo el agradecimiento a todos los académicos que votaron por unanimidad mi ingreso en esta Real Academia, la mayoría aquí presentes.

No puedo empezar mi discurso sin una referencia expresa y especial a mi padre Rafael Caballero Bonald, ya fallecido, el último presidente de la Audiencia Territorial de Granada, antes de transformarse en Tribunal Superior de Justicia, con competencias precisamente en todo el ámbito territorial de esta Academia, y académico de número orgulloso que fue de esta Real Academia desde su ingreso, allá por 1983 (también en mayo, hace ahora exactamente 40 años). Aquí encontró a grandes amigos y a la que dedicó muchas horas de entrega, aprendizaje y al auténtico disfrute que se produce al combinar el placer profesional y académico con el de la amistad sincera y recíproca. Aún veo por aquí las caras de algunos de sus mejores amigos, que entenderán con plenitud a lo que me estoy refiriendo.

Al preparar estas líneas releí su discurso de ingreso en esta prestigiosa Academia, dedicado al lenguaje jurídico y que ocupa un lugar preferente en el rincón mimado de los tesoros familiares. Tuve en dicha revisión varias sensaciones inmediatas: la calidad y sencillez de su prosa, de sus ideas y de su oratoria, la convicción de que su lectura es de absoluta actualidad, y, por último, unas ganas casi irrefrenables de romper estos folios ante la comparación imposible con aquel primoroso discurso. Un poco lo que pasa cuando uno se dedica a escribir poesía «ocul-

tamente», en silencio y lee a continuación a Cernuda, a Alexandre o a mi querido tío, ya también fallecido, José Manuel Caballero Bonald.

Cuando uno afronta un discurso de estas características debe intentar navegar sobre un equilibrio sutil, a veces imposible, entre las palabras adornadas y cuasi poéticas propias de la oratoria clásica y la exposición jurídica, pura y dura del academicismo más técnico y juicioso, procurando que los jirones y pérdidas de agua ocasionados por la propia impericia, pasen —en la medida de lo posible— desapercibidos.

No elegí un tema fácil para este discurso, pero sí de absoluta actualidad: *La reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunos aspectos esenciales*, que tanta atención jurídica y mediática está suscitando. Quién, tras esta exposición que, desde luego, no pretende ser exhaustiva ni ejemplarizante, entienda que el presente discurso es, entre otras cosas, una crítica a la actual regulación de estos delitos y una especie de autodefensa de la labor de los jueces aplicando los mimbres que le ofrece el legislador, con una técnica jurídica cada vez más deficiente, habrá acertado casi de pleno.

Los delitos contra la libertad sexual, especialmente agresiones sexuales, generan —con razón— una elevadísima alteración y preocupación social de notable componente emocional, con demandas sociales, populares y políticas de una mayor intervención del Derecho Penal: expansión de las conductas merecedoras de reproche penal y elevación de las penas. No obstante, y a pesar de esta «alarma social» que generan los delitos sexuales,

estos representan en torno al uno por ciento del total de la delincuencia de nuestro país, por lo que aquella no se corresponde con los datos de la estadística criminal. Ahora bien, la proporción de los penados y población reclusa cumpliendo condena por delitos contra la libertad sexual sí es elevada por la significativa duración de las penas impuestas, en bastantes casos de 12 años en adelante de prisión. Y la inquietud social por estos delitos se justifica, sobre todo, por el especial reproche que merecen sus autores y por la indudable inquietud y proximidad sentimental respecto de las víctimas: madres, hijas, hermanas, amigas.

La práctica totalidad de este tipo de delitos son cometidos por varones, y un porcentaje muy alto de sus víctimas son mujeres. Estamos por ello, ante delitos incluidos dentro del ámbito de la violencia de género. Lo señala con acierto el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, (la llamada Ley de Violencia de Género), cuando indica que: «la violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Y también conforme a lo señalado en el Convenio de Estambul se trata de delitos que quedan dentro de la violencia sobre la mujer entendida como «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

Las especiales características de estos delitos ocasionan que exista una cifra significativa de hechos que no



son denunciados por las víctimas. Vergüenza, culpabilidad, preocupación por las consecuencias y la opinión de terceros y la dificultad de afrontar la prueba de los hechos ocurridos —en un buen número de ocasiones— con la sola presencia de la víctima y su agresor o agresores sexuales, sin la existencia de ningún otro indicio o prueba más allá de la declaración de la perjudicada, y la dificultad de tener que afrontar un procedimiento penal muchas veces farragoso y complicado que se extiende en el tiempo más de lo aconsejable, llevan a un número considerable de víctimas a no denunciar, integrando una «cifra negra» de la criminalidad en el ámbito de la libertad sexual de dimensión desconocida. El hecho de que se produzcan campañas especialmente políticas, más o menos coordinadas, extendiendo la falsa creencia de que los jueces no van a atender a la víctima si no presenta lesiones o se ha resistido heroicamente, no ayudan a que la víctima acuda a denunciar. Tampoco contribuye a la confianza en la justicia, por ejemplo, los reproches infundados de que los jueces rebajan las penas de los agresores en aplicación de la llamada Ley de «Sólo sí es sí», por capricho o por perjudicar a determinado sector político y no por el cumplimiento estricto del esencial principio de la retroactividad de las normas más beneficiosas para el reo. O afirmaciones del tipo de que violar sale prácticamente gratis, al poco tiempo los violadores estarán en la calle en condiciones de reincidir, y otras similares tampoco generan una opinión pública informada, formada y con sentido crítico.

Nos encontramos en la actualidad ante un debate político puro y duro, día sí y día también, ajeno a la política

criminal correctamente entendida, sobre los delitos contra la libertad sexual. Son frecuentes por ello y ante tan anómala situación, las acusaciones de populismo punitivo, que se manifiesta no sólo a través de pretensiones de incremento sistemático de las penas, sino también, por un olvido del principio de intervención mínima que ha de presidir la actuación del Derecho Penal y un desconocimiento de una correcta técnica jurídica en la redacción de las leyes que se convierten en «leyes eslogan».

Y, sobre todo, se ha olvidado la necesidad de consenso en materias tan esenciales como el contenido del Código Penal prescindiendo de una política criminal razonable y dialogada, fruto del consenso, despreciando toda opinión contraria, sin reflexión y sin argumentos jurídicos. No podemos olvidar que, tal y como recordaba Gonzalo Rodríguez Mourullo, por ejemplo, el Código Penal define los atentados más graves a la Constitución, afirmándose cargados de razón que el Código Penal es una Constitución en negativo y que cada Constitución nace con un Código Penal debajo del brazo.

### **LEY ORGÁNICA 10/2022 DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL**

Para entender en toda su dimensión la reforma penal que en torno a los delitos contra la libertad sexual se ha producido por la mencionada ley es necesario el análisis a vuelapluma de las claves de la regulación derogada. El Código Penal de 1995 (llamado acertadamente «Código Penal de la democracia» y degradado con desprecio in-

justificado en los últimos tiempos por algunas voces políticas a «Código Penal de “La manada”») con acertada técnica legislativa, introdujo la distinción entre agresión sexual y abuso sexual y, para delimitar los contornos de cada figura delictiva, tomó como elemento diferenciador el medio comisivo «violencia o intimidación».

El delito de agresión sexual se encontraba regulado en el artículo 178 del Código Penal, que castigaba con pena de uno a cuatro años todo acto atentatorio de la libertad sexual de otra persona, ejecutado con violencia o intimidación. Por su parte, el artículo 179 del Código Penal lo calificaba de violación y lo castigaba con pena de seis a doce años si los actos consistían en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Preceptos seguidos por la agravación del artículo 180 del Código Penal en casos en los que la violencia o intimidación revistiesen un carácter particularmente degradante o vejatorio, o que tuviera lugar la actuación conjunta de dos o más personas, circunstancias que, de concurrir, elevaban la pena a imponer, con pena de prisión de cuatro a diez años, si se daba el tipo base del 178, y alguna de las circunstancias contempladas en el tipo agravado del 180, o de doce a quince años si concurrían las citadas circunstancias agravantes y la conducta típica descrita en el tipo cualificado del 179.

El delito de abuso sexual, por su parte, se encontraba tipificado en el artículo 181.1 del Código Penal y castigaba al que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra

la libertad o indemnidad sexual de otra persona, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. El artículo 181.3 del Código Penal hacía referencia a aquellos casos en los que el consentimiento era obtenido prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta, que coartara la libertad de la misma. El apartado 4 del mismo precepto preveía un tipo cualificado si el abuso sexual consistía en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Finalizando con un último apartado 5 que contemplaba las circunstancias agravantes, casos en que la víctima era especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, o si el autor se prevalía de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. La descripción típica de abuso sexual era completada por el artículo 182.2 del Código Penal que concretaba que, en todo caso, eran abusos sexuales no consentidos los ejecutados sobre personas privadas de sentido, de cuyo trastorno mental se abusare, o anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. El esquema previsto era similar al de las agresiones sexuales, en el sentido de que regulaba un tipo básico, en el que se define la conducta (que se caracteriza por la ausencia de violencia o intimidación y falta de consentimiento), y una serie de tipos específicos definidos por la conducta realizada, las

características de los sujetos pasivos, o la concurrencia de ciertas circunstancias.

Las penas para los casos del apartado 4 del mismo (tipo cualificado si el abuso sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías) eran de cuatro a diez años de prisión que se impondrían en su mitad superior en los casos del apartado 5 (que contemplaba las circunstancias agravantes, casos en que la víctima era especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, o si el autor se prevalecía de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima).

Se seguía contemplando, tal y como se reguló en 1989 y continúa regulándose en la actualidad, unas condiciones de perseguibilidad. Y así, el art. 191 señala que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexual es preciso denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. Se mantiene el requisito de la denuncia de la persona agraviada al entender que siendo de carácter personalísimo el bien jurídico protegido (la libertad sexual), corresponde a la víctima y, en definitiva, al titular de dicha libertad decidir si quiere denunciar y perseguir el delito. Teniendo en cuenta esta situación de la víctima

dentro del proceso, es por lo que se han configurado estos delitos como semiprivados. Pero el Código Penal de 1995 introducía una importante novedad, pues también el Ministerio Fiscal podía iniciar la causa penal por medio de querrela (en la práctica también denuncia), siempre valorando «los intereses legítimos en presencia». Deberá para ello ponderar, por un lado, el respeto a la voluntad de la víctima, su derecho a la intimidad y a disponer de su libertad sexual, y, por otro lado, el interés general, es decir, las circunstancias del delito o del delincuente que le otorguen una especial gravedad al hecho (por ejemplo, en supuestos de violaciones grupales o autores reincidentes). Debe recordarse aquí la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta entre otras en la Sentencia de 25 de octubre de 1994, según la cual la falta de denuncia inicial es un requisito subsanable, de tal modo que cuando la perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, y no haciendo reparos al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa, estamos ante una denuncia tácita, que subsanaría la ausencia de denuncia inicial, y, por tanto, validaría y se daría por cumplido el requisito de la denuncia previa.

Según se dispuso expresamente en el segundo párrafo del art. 191 del Código Penal, en estos delitos el perdón del ofendido o de su representante legal no extingue la acción penal. Con esta afirmación se siguió la línea ya iniciada por la Reforma de 1989 debido a la entidad de los delitos, de los bienes e intereses en juego y también para evitar situaciones de presión sobre la víctima (del autor o de familiares).

**MODIFICACIONES MÁS IMPORTANTES  
POSTERIORES AL CÓDIGO PENAL DE 1995**

La Ley Orgánica 11/1999 modificó algunos aspectos en la regulación de los delitos sexuales. En primer lugar, se cambió la rúbrica del Título VIII que pasó a ser «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». La razón de esta modificación se contiene en la propia Exposición de Motivos cuando se refiere a los bienes jurídicos protegidos,

*[...] que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.*

Mediante la inclusión de la indemnidad sexual se trataba de dar mayor amparo, aunque sea desde un punto de vista simbólico, a los menores y a los incapaces que no pueden ser considerados como titulares de una libertad sexual en sentido estricto. También se recuperó la denominación «violación», para el caso de agresiones sexuales con acceso carnal o con introducción de objetos por vía anal o vaginal.

La Ley Orgánica 15/2003 también contiene ciertas modificaciones encaminadas, según expresa la Exposición de Motivos a «impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial

gravedad». La interpretación a la que hace referencia la Exposición de Motivos era, especialmente, la que excluía la tipicidad de la acción cuando en lugar de objetos lo que se introducían eran miembros corporales, como, por ejemplo, los dedos; por considerar los tribunales que los objetos tenían que ser cosas inanimadas. Así la nueva redacción habla de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, y la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

La reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010 fue de mayor calado, y venía a dar cumplimiento a algunas obligaciones contraídas por España derivadas de la adhesión a Tratados Internacionales o a la pertenencia a la UE u otras Organizaciones Internacionales. El objetivo era lograr una mayor protección del menor. «Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”». Así las cosas, se pasa a dar una regulación separada de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es menor de trece años. En consecuencia, se incorpora un capítulo específico para tipificar las agresiones y abusos sexuales cuando el sujeto pasivo es menor de dicha edad. El apartado cuarto del artículo 183 incluye, además, circunstancias agravantes en concreto, la indefensión del sujeto pasivo por la falta de desarrollo intelectual o físico, y en todo caso, si es menor de cuatro años, la actuación de dos o más sujetos activos, el carácter degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, el prevalimiento de una relación de superioridad o de parentesco, cuando se ponga en peligro la vida del menor, o cuando



el delito se cometa en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicara a la realización de tales actividades.

***Y LLEGAMOS A LA LEY ORGÁNICA 10/2022  
DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL***

El estudio de la posibilidad de una reforma de los delitos contra la libertad sexual fue encomendado al principio a la Comisión General de Codificación, Sección Cuarta, de Derecho penal, mandato prorrogado en dos ocasiones, la primera por Orden de 15 de junio de 2018, por la que se amplía el objeto del encargo relativo a la elaboración de un informe que analice los delitos de agresión y abuso sexual para determinar su corrección técnica y utilidad práctica, acompañado, en su caso, del texto articulado de una propuesta legislativa de reforma del Código Penal, y la segunda y última, por Orden de 15 de noviembre de 2018. Las observaciones efectuadas por los órganos consultivos fueron escasamente incorporadas a un Proyecto que corrigió alguno de los errores más destacados, conservando sin embargo muchos otros de los que se fueron señalando durante la tramitación de la norma.

La principal modificación introducida por la ley en el ámbito penal consiste en la unificación de los anteriores delitos de agresión sexual y abuso sexual en una sola categoría, pues ahora todas las conductas de este tipo son «agresiones sexuales». No así la supuesta modificación del consentimiento, por mucho que se diga que el consentimiento es ahora el centro o la piedra angular sobre

la que descansan este tipo de delitos, pues ya lo era desde muchos años atrás.

Con tal objeto, la Disposición Final cuarta de la ley modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, con la finalidad, dice el preámbulo, de cumplir con las obligaciones asumidas desde que ratificó en el año 2014 el Convenio de Estambul, aun cuando la regulación anterior ya cumplía con el mencionado instrumento internacional. Este cambio de perspectiva —se dice— contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También actualiza y mejora la regulación, como forma de comisión de la agresión sexual, de la denominada «sumisión química» o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.

La referida unificación ha sido una cuestión especialmente controvertida. Por una parte, la mayoría de los autores se han manifestado en contra de la eliminación de lo que suponía una tradición diferenciadora, que, además, servía para separar las conductas más graves de otras que no lo eran tanto, de manera más compatible con la aplicación del principio de taxatividad y, por lo tanto, con la seguridad jurídica, exactamente como ocurre en la práctica totalidad de los delitos cometidos en

otros ámbitos (contra el patrimonio, lesiones, estafas...). En palabras de Enrique Gimbernat,

*[...] el legislador ha abdicado de fijar taxativamente, por sí mismo, y en función de las circunstancias concurrentes, la escala de gravedad de los delitos sexuales.*

La consecuencia práctica esencial de tal unificación no ha sido otra que la reducción de la mayoría de las penas previstas para los delitos contra la libertad sexual. En el artículo 178 se produce la primera minoración en el límite superior de la pena a imponer en los delitos de agresión sexual, que pasan de cinco a cuatro años. En el artículo 179, la violación ve reducido significativamente su límite inferior, que pasa a ser de cuatro años en lugar de los seis de la pena anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2022, manteniéndose en doce años el límite superior. Los tipos cualificados también ven modificada la pena. Así, cuando se trate de circunstancias que concurren en el tipo de agresión sexual, la pena baja desde los cinco a diez años que contemplaba la anterior regulación del artículo 180, que pasa ahora a ser de dos a ocho años. Para los casos en que cualificación se establezca sobre los delitos de violación del artículo 179, las penas pasan de ser de doce a quince años a reducirse de siete a quince, con una bajada de penalidad de nada menos que cinco años.

Cuando se trata de los delitos sexuales contra menores de edad, las penas que corresponden a los delitos sexuales más graves, con penetración, también experimentan una reducción del límite inferior de la pena, que pasa de ocho a seis años en su límite inferior en los casos

consentimiento irrelevante, y de doce a diez en los casos de agresión sexual.

Ahora bien y sin embargo, aumentan las penas correspondientes al acoso sexual, que pasan para las solicitudes sexuales de una pena de prisión tres a cinco meses o multa de seis a diez meses, a ser castigados en la legislación actual con pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses. Si el acoso se hubiese producido en los casos del párrafo segundo del artículo 184, la pena de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses, pasa a ser uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses. Por último, en los casos de especial vulnerabilidad de la víctima, la pena pasa de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 en la redacción anterior, a ser impuesta la pena en los respectivos casos en su mitad superior.

En resumen, los delitos más graves, con carácter general, ven reducida la pena, mientras que ésta se incrementa en los menos graves. La consecuencia lógica (aun cuando no se declare o, lo que es peor aún, no estuviera prevista y como veremos con mayor detenimiento más adelante), es la revisión de las sentencias condenatorias conforme a la aplicación del principio de retroactividad de la norma penal más favorable. Pero no sólo la única, pues nos encontramos con un margen discrecional ex-

cesivo. El Consejo General del Poder Judicial en su dictamen sobre la proyectada reforma, ya había resaltado dicha consecuencia al indicar que: «El cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII supone una reducción del límite máximo de algunas penas» (conclusión 241 del informe). Este déficit fue corregido durante la tramitación parlamentaria, no así el límite inferior. Esto determina una horquilla realmente excesiva. La franja de valoración judicial llega en muchos casos a los seis y ocho años, lo que no tiene precedentes en nuestro Código Penal. Ya se apuntaba en dicho informe por el CGPJ que la reforma iba a dar lugar a una revisión de las penas impuestas conforme a la legislación derogada, y la realidad, como suele ocurrir, es tozuda y ha dado la razón a los expertos que emitieron tal dictamen, en este caso y por desgracia, con creces.

Hay que reconocer que es en el elemento «violencia», donde se ha producido un cambio sustancial con la nueva Ley Orgánica 10/2022 que ha de considerarse positivo. Recordemos que fue precisamente la interpretación de la violencia y la resistencia la que desembocó en la ya famosa sentencia de 20 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso conocido de «La manada», que es el germen de la reforma del Código Penal a través de la movilización popular y la consiguiente presión sobre los poderes públicos. En esta sentencia se señala que:

*[...] no se aprecian indicadores que permitan considerar la existencia de interacción sexual entre denunciante y procesa-*

*dos, ni sincronía de movimientos que sugieran una actuación concertada, al contrario, aprecia una situación en la que es patente la ausencia de fuerza y vigor por la denunciante, que evoca una actitud de sometimiento y sumisión por parte de aquella, que muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados, apreciando el Tribunal que los soporta en un estado que le sugiere ausencia y embotamiento de sus facultades superiores.*

Y se concluía considerando los hechos como un delito de abuso sexual por no haber probado las acusaciones

*[...] el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual.*

No obstante dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de julio de 2019 en la que se calificaban los hechos como violación grupal, apreciando las circunstancias de trato vejatorio para la víctima y actuación conjunta de dos o más personas y elevando las penas de los acusados a los quince años de prisión, sentencia que habla claramente de un «auténtico escenario intimidatorio» a través de la tantas veces apreciada en sentencias del TS y audiencias provinciales, situación de intimidación ambiental.

La justificación de la unificación de los abusos y agresiones sexuales en una sola categoría de agresión sexual se encuentra, según el legislador, en la necesidad de que España cumpla con las obligaciones asumidas cuando ratificó, en el año 2014, el Convenio de Estambul, realmente llamado Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. No obstante, dicho Convenio no establece o aconseja tal unificación en ningún sitio de su articulado, ni el citado Convenio se refiere que haya que abogar por la citada unificación. La realidad es que la redacción anterior a la reforma cumplía plenamente con lo establecido en el Convenio de Estambul en esta materia. Así, por ejemplo, las conductas dolosas o bien se encontraban tipificadas, ya fuera como modalidad agravada de la agresión y del abuso sexual, en los artículos 179 y 181.4, respectivamente; o la introducción de miembros corporales u objetos por vía bucal en los respectivos tipos básicos —artículos 178 y 181—.

Estamos ante un ejemplo claro de que, en las reformas del Código Penal, hay que huir de calenturas, prisas y demagogias, Y es conveniente atender a los dictámenes de especialistas, eludiendo posiciones claramente partidistas y populistas, pues suele ocurrir que la aplicación de la nueva ley se convierte en una especie de galimatías jurídico con consecuencias prácticas contrarias a las que se pretendían.

Esquinas Valverde, por ejemplo, fue muy clara cuando advirtió en su momento que la propuesta de unificación

de agresiones y abusos sexuales al calor de la indignación y el clamor social, no debería de ninguna manera borrar esa evidente diferencia por lo que respecta a los medios comisivos de unos y otros modos de ataque sexual. Por mucho que las masas proclamen el ya consabido lema «¡No es abuso, es violación!», el reformador deberá dejar el suficiente espacio en la configuración de los tipos para que el órgano judicial competente, dentro de su imprescindible margen de discrecionalidad, adapte la pena a la gravedad del caso concreto, como se ha venido haciendo hasta ahora.

A pesar de la defectuosa técnica legislativa y la ausencia de motivos científicos, jurídicos, criminológicos o técnicos para la unificación referida, no se puede obviar que la reforma del Código Penal se lleva a cabo a través de una ley integral (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre), con indudables logros y aspectos positivos, especialmente en lo que se refiere a la dedicación de recursos públicos y mecanismos preventivos y asistenciales vinculados con la violencia sexual, facilitando los mecanismos de denuncia, incentivando una cultura de rechazo social a cualquier tipo de agresión sexual, simplificando los protocolos de actuación e intervención sobre la víctima del delito sexual, fomentando las ayudas y la asistencia a la víctima...

### *EL CONSENTIMIENTO*

Con la reforma de los delitos sexuales se ha introducido una definición pretendidamente auténtica de consentimiento, mediante una fórmula en sentido positivo y contenida en el artículo 178 del Código Penal, apartado



primero, al indicar que será agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de la víctima sin consentimiento, entendiendo que éste media cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención de las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima. No existirá consentimiento en ningún caso conforme a lo dispuesto en el apartado segundo, cuando se emplee violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como cuando la persona se halle privada de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Ya podemos anticipar que no era necesario introducir una definición de consentimiento y, menos aún, reiterar hasta la saciedad que el consentimiento es ahora el centro y la piedra angular de los delitos contra la libertad sexual. El consentimiento siempre ha sido el centro de este tipo de delitos o, al menos lo ha sido como mínimo desde el Código Penal de 1850. Más aún en los últimos años, pues no es posible reprochar ya a los tribunales y más concretamente al Tribunal Supremo que tenga una posición anticuada o especialmente estricta a la hora de valorar las pruebas en los supuestos de agresiones sexuales, ya que, si no hay un consentimiento válido y libre de la persona, el comportamiento sexual no puede ser lícito. Pero para alcanzar tan evidente conclusión no hace falta una definición legal de consentimiento sino —si me permiten la simplificación— basta tener una dosis media de sentido común. Como ha indicado con acierto la au-

tora Mercedes García Arán, expresando claramente lo que aquí mantenemos:

*Cuando se repite que la llamada Ley del «Sólo sí es sí» cambia las cosas porque pone la falta de consentimiento en el centro de los atentados contra la libertad sexual, no se puede estar diciendo que antes no fuera esa la cuestión central. Los anteriores delitos de abuso y agresión sexual consistían, obviamente, en la ausencia de consentimiento, porque el sexo consentido entre adultos no es delito y sólo lo había sido en tiempos de infausto recuerdo en los que se castigaba el adulterio y el rapto con anuencia de la raptada.*

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe emitido en relación con el Anteproyecto, entendió que el Convenio no exige a los Estados dar una definición del consentimiento pues:

*[...] no contiene el texto internacional determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. Del precepto convencional se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto. El consentimiento no puede ser un estado mental inaccesible para los demás, sino que debe exteriorizarse de algún modo que lo haga reconocible, pero los datos que permitan constatar la manifestación de la voluntad y su grado de accesibilidad dependerán de las concretas circunstancias. El Convenio no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto.*

En tal sentido el concepto de consentimiento no puede ser otro que el contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y el que conocemos

todos, seamos o no juristas, al definir el consentimiento como la acción o efecto de consentir, lo que nos lleva a la definición de este verbo en su primera acepción: «permitir algo o condescender a que se haga». El consentimiento debe de ser, por su propia definición y naturaleza, libremente expresado y manifestado a través de expresiones derivadas de las palabras o acciones, por actos exteriores que, de forma clara e inequívoca, expresen la voluntad de la víctima. Esa es y era la posición de los tribunales antes de la reforma y la será después. En tal sentido en la sentencia del Tribunal Supremo 145/2020 de 14 de mayo, se señala que:

*[...] la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.*

Y la STS 344/19 de 4 de julio indica:

*[...] la específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.*

Y es que las relaciones sexuales son manifestaciones exclusivas de la voluntad de la persona, ya que esa es precisamente la esencia sobre la que se construye el bien

jurídico «libertad sexual». Como se manifiesta en la ya referida Sentencia del Tribunal Supremo 145/2020, de 14 de mayo:

*[...] la mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre, sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual; la libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual incontestada, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente; la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un consentimiento de la víctima para tal fin; si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que «no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer», sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas; las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última; no puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como «consentimiento», ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual «consentida»; y no existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer.*

En definitiva y como se señala por Vicente Magro Servet, el consentimiento debe vislumbrarse mediante

actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten que se admite el contacto sexual, no cabiendo ni el silencio ni cualquier tipo de presunción al respecto por parte de la otra persona.

Y es que los inconvenientes en la determinación y acreditación de los delitos contra la libertad sexual no provienen de una definición de consentimiento, que no deja de ser una obviedad jurídica y léxica. Sea cual sea el modelo legal por el que se opte, las dificultades probatorias no desaparecerán, pues en la mayoría de estos casos, el acusado no reconoce los hechos y nos solemos encontrar ante versiones contradictorias, de forma que la piedra angular en este tipo de delitos no reside en la definición de consentimiento, sino en la prueba de que este no existió ni expresa ni tácitamente. Como se señaló acertadamente en el Informe del Consejo Fiscal a la reforma al proponer la eliminación en la Exposición de Motivos de la referencia a la «reorientación del régimen de valoración de la prueba como justificación de la reforma», la carga de la prueba continuará correspondiendo a la acusación y el régimen de valoración de la prueba practicada en el juicio oral continuará siendo el establecido en el artículo 741 LECrim, como realmente y al final, se asume en el propio texto.

El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, en el informe que emitió sobre el Anteproyecto, apuntó con acierto que las dificultades del consentimiento no son conceptuales sino probatorias pues,

*[...] las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito*

*de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente desplazamiento de la carga probatoria, que no se oculta en la Exposición de Motivos.*

El desplazamiento de la carga de la prueba al acusado es inviable —gracias a Dios— en nuestro Derecho y en cualquier Derecho civilizado. La presunción de inocencia se encuentra protegida en el artículo 24.2 de la CE, y en los arts. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos firmados por España y que, por tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno (art. 96 CE), pues las pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas, públicas o privadas. Y la reforma introducida por la Ley del «Sólo sí es sí» en este sentido podía haber sido peor: el Anteproyecto en su primera redacción, en la Exposición de Motivos, decía que la eliminación de la distinción entre agresión sexual y abuso sexual al considerar agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, además de «reorientar el régimen de valoración de la prueba» contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. Pero, hay que insistir, la valoración de la prueba no se puede «reorientar» hacia ningún lado que no sea la carga de la prueba, la valoración probatoria por parte de los jueces como función exclusiva de los tribunales y la presunción de inocencia. La valoración de la prueba supone realizar una operación mental por parte de los jueces con

la finalidad de atribuir a cada elemento probatorio su valor de convicción y esa operación mental es especialmente complicada en delitos como los presentes cuya comisión se realiza, habitualmente, en espacios cerrados, en la intimidad y sin presencia de terceras personas y, generalmente, en contextos de sumisión. Por ello, el testimonio de la víctima será, en muchas ocasiones, la única prueba directa y también en muchas ocasiones —para lo que basta analizar la última jurisprudencia del Tribunal o la «jurisprudencia menor» de las audiencias provinciales— prueba suficiente para fundamentar y justificar una sentencia condenatoria, enervando la presunción de inocencia, pero reforzando por ello la motivación. Bien entendido que, en ningún caso y desde hace tiempo, se exige la víctima que se resista ante la agresión, ni se pretende que sea una heroína poniendo en juego su integridad física o, incluso, su vida.

En definitiva, podemos concluir que el consentimiento estaba ya antes de la reforma en el centro de los delitos contra la libertad sexual ya que su ausencia determinaba y determina la existencia de infracción penal. Y no es cierto que se exija a la víctima una actitud de resistencia frente al agresor, posición probatoria abandonada por los tribunales hace ya mucho tiempo. Baste recordar la STS de 12 de junio de 1992 cuando señala que:

*[...] la persona humana tiene derecho a decidir libremente sobre su propia sexualidad: realizar el acto o no, realizar o no otras actividades distintas al acceso carnal, aunque del mismo signo, y llevarlo a cabo, en su caso, con determinadas personas y no con otras. Y por ello no puede hablarse ya de resistencia de la víctima, sino más sencillamente de voluntad*

*contraria, sin necesidad de resistencias especiales o heroicas, como a veces se entendió. Basta con el «no» de la víctima.*

O la STS de 3 de noviembre de 1991 al indicar que lo relevante es «la actitud violadora del sujeto activo frente a la cual nada significa la conducta de la víctima, de mayor o menor fuerza opositora».

### **DERECHO TRANSITORIO**

No podía obviar en este discurso una de las más llamativas consecuencias de la llamada Ley del «Sólo sí es sí». El nuevo sistema de penas para los delitos sexuales se caracteriza por una disminución generalizada de penas, ya sea en el límite inferior, superior o incluso ambos, lo cual conlleva determinadas consecuencias lógicas, de conformidad con la legislación vigente, por más que los responsables de la ley y algunos juristas o «pseudojuristas» complacientes se hayan empeñado en sostener lo contrario, achacando las rebajas a una errónea interpretación de la ley por parte de los jueces. La amplitud de las «horquillas» de las penas previstas son excesivas en muchos casos, lo que aumenta la discrecionalidad judicial y, por ello y a priori, la inseguridad jurídica y obliga a la revisión de condenas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022. No es capricho o antojo de jueces sino aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y 9.3 de la Constitución española, que obligan a aplicar la norma más favorable para el reo, al establecerse que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes que favorezcan al reo, aunque ya esté sentenciado y cumpliendo condena.



Según los últimos datos ofrecidos al respecto por el Consejo General del Poder Judicial, con fecha 2 de marzo de 2023, la aplicación de la reforma ha derivado en la rebaja de setecientas veintiuna condenas a delincuentes sexuales y, como mínimo, setenta y cuatro excarcelaciones desde la entrada en vigor de la ley —el pasado 7 de octubre— hasta el día 1 de marzo. Estos son los datos oficiales que el Supremo, los tribunales superiores de Justicia y las audiencias provinciales han trasladado al Observatorio contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial. Y es que, si nos remitimos a las agresiones sexuales, todas las modalidades delictivas se han visto afectadas por una modificación potencialmente favorable al reo, bien en el límite inferior o superior de la nueva pena; esto es, tipo básico (178.1), tipo atenuado (178.3), violación (179), tipo agravado (180.1) y tipo hiperagravado (180.2), pues la unificación en una sola categoría de delitos (agresiones sexuales), lo que antes eran dos (agresiones y abusos sexuales), ha obligado a permitir recorrer toda la escala u horquilla de penas de lo que antes eran dos delitos separados, ampliando en consecuencia el margen de apreciación judicial y la posibilidad de que el autor del delito se vea beneficiado por dicha rebaja generalizada de penas.

La Ley Orgánica 10/2022 no contiene disposiciones transitorias sobre legislación aplicable, como sí lo hizo el Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, la Ley 5/2010 de 22 de junio o cualquier otra ley que reforme el Código Penal y se haya elaborado con una correcta técnica legislativa. La Disposición Transitoria 5ª de la Ley Orgánica

5/2010 disponía expresamente, al igual que lo hacía la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, que en las penas privativas de libertad no se consideraría más favorable la nueva ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias fuera también imponible con arreglo a la reforma del Código. Asimismo, disponía que se aplicaría la norma más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, excluyendo la posibilidad de una revisión general de la pena.

Ante dicha laguna transitoria evidente, el Tribunal Supremo en las SSTS 930/2022, de 29 de noviembre de 2022 y 967/2022, de 15 de diciembre, siguiendo el criterio que era ya y es mayoritario en las audiencias provinciales, ha negado que pudiesen hacerse extensivos estos criterios a la nueva ordenación mediante una aplicación analógica contraria al reo, debiéndose estar a lo dispuesto en el artículo 2.2 del CP y el artículo 9.3 de la CE. Como recuerda Hernández Gil, las disposiciones transitorias particulares están referidas, exclusivamente, a la ley de la que forman parte y se agotan en su vigencia en cuanto materialmente finalizan los problemas aplicativos de la norma de que se trate, de los que traen causa. Es decir, y como indica De la Mata Barranco, las normas, las disposiciones transitorias de la ley de aprobación del Código Penal de 1995, han dejado de producir efecto desde el momento en que se ha terminado la «transición». Por mucho que algunas voces autorizadas, especialmente desde la Fiscalía, pretendan aplicar dicha Disposición Transitoria, expresa o tácitamente, a las reformas posteriores del Código Penal.

De nada vale como señala Dolz Lago que el legislador haya pretendido enmendar el error cometido mediante una supuesta interpretación auténtica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2022, la cual dice en su apartado VIII «aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del art. 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre», no es el caso de la reforma de 2022, al tratarse de una norma que no se encuentra ya vigente y que no es posible resucitar al amparo de la levedad de la respuesta penal. Se pretende fijar un criterio de interpretación de otra norma jurídica, a través de la Exposición de Motivos de una ley que tiene un objeto diferente, en la que se viene a establecer el carácter permanente de una disposición transitoria ajena a esa ley. Como se indica con acierto por De la Mata Barranco:

*[...] esto obviamente no pretende ser un estudio dogmático sobre «Las Disposiciones transitorias en Derecho Penal». Es simplemente una válvula de escape de quien pensaba que sabía algo de Derecho Penal y a quien afirmaciones y acciones recientes no dejan de sorprender una y otra vez. No es cuestión de debatir. Es cuestión de, con serenidad, ver qué estamos haciendo con el Derecho Penal tratando de justificar (quizás) errores (quizás) legislativos, que podían no haberse producido.*

La rebaja da lugar a resultados llamativos, no en casos teóricos elaborados doctrinalmente sino en supuestos muy habituales de delitos sexuales en el día a día de los tribunales. Pensemos en las conductas sexuales más violentas y agravadas cuya pena prevista era de doce a quin-

ce años (artículos 179 y 180) y ahora es de siete a quince años, por lo que si la pena impuesta fue en el mínimo legal previsto de doce años —y estoy hablando de varios casos ya revisados en mi Tribunal de la Audiencia Provincial de Málaga y otros muchos—, la reforma obliga a rebajar la pena a siete años, es decir cinco años de reducción. Y ello, a pesar de las reiteradas voces que advirtieron de tal consecuencia, entre otros, el Consejo General del Poder Judicial en cuyo informe se indicó claramente que el cuadro penológico de la reforma reducía el límite de algunas penas y que ello supondría revisar condenas.

**BREVE REFERENCIA A LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA  
QUE CORRIGE LA LLAMADA LEY DEL «SÓLO SÍ ES SÍ».  
LA «CONTRARREFORMA DE LA REFORMA»**

A fecha en la que elaboro el presente discurso ha sido presentado, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, una Proposición de Ley Orgánica para la modificación del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal a Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con la intención de rectificar los indudables errores contenidos en la Ley del «Sólo sí es sí», regresando a un marco normativo similar al existente antes de dicha reforma, eso sí, manteniendo la supresión de la distinción entre delitos de agresión sexual y abuso sexual y conservando la definición legal de consentimiento e insistiendo en la afirmación de que el consentimiento continuará siendo el centro de los delitos contra la libertad, como si no lo fuera ya desde hace muchos años.

Eso sí, y como se encarga de aclarar y recordar la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley, es importante advertir que esta reforma sólo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, tanto para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Consecuencia del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución española.

No obstante, debemos decir que se aplicará —lógicamente— a los delitos cometidos a partir de su entrada en vigor, lo que no es poco por aquello de que más vale tarde que nunca.

Con esta «contrarreforma» se pretende evitar el efecto de una aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas.

Las principales modificaciones son las siguientes:

- Para las agresiones sexuales a menores de dieciséis años se contemplan penas más graves que para las agresiones sexuales de mayores de esa edad cuando se realizan con violencia o intimidación o sobre una víctima con la voluntad anulada. Con supresión del tipo atenuado del art. 178.4 del Código Penal.

- Se revisan los marcos punitivos previstos en el art. 180 en los tipos agravados, para que reflejen con precisión la mayor entidad y gravedad de ciertas conductas. Por ello se modifica el apartado 1 del art. 180 que queda redactado como sigue:

*1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, con prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, con prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

*1ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*2ª Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*3ª Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.*

*4ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que este o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

*5ª Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.*

*6ª Cuando el responsable haga use de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.*

*7ª Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.*

*Cuando en la descripción de las modalidades típicas previstas en los artículos 178 o 179 se hubieran tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.*

- Se recuperan las penas para los delitos agravados contra la libertad sexual a menores de 16 años, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, más proporcionadas en relación a las formas de violencia sexual a un menor y se procede igualmente a la corrección de la ley en materia de menores, ya que con la nueva regulación tras la Ley Orgánica 10/2022, se imponían a menores de edad, en algunos casos, penas más graves que a los mayores de edad.
- Se contempla expresamente un régimen transitorio del siguiente tenor:

*El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, podrá asignar la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley a uno o varios de los juzgados de lo Penal o secciones de las audiencias provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales.*

*Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado este cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las*

*penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley orgánica cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley orgánica contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.*

*No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.*

*La misma regla se aplicará si el penado se encuentra en periodo de libertad condicional. Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código Penal a la presente ley orgánica, corresponda exclusivamente pena de multa.*

*No serán revisadas las sentencias en que la pena este ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta ley orgánica.*

*En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley orgánica.*

En definitiva, esta Proposición de Ley conserva la definición de consentimiento pero regresa a los marcos punitivos y horquillas en las penas existentes antes de la reforma, que eran, desde luego, más elevadas y más



proporcionadas a la evidente y notable gravedad de estos delitos, recuperando de la redacción anterior la violencia y la intimidación como circunstancias que agravan la violación. Igualmente, regula expresamente el régimen transitorio (un imperdonable olvido de la ley que se pretende reformar), regresando básicamente a la fórmula contenida en el Código Penal de 1995.

Y hasta aquí mi exposición y mi discurso. Ni he pretendido resultar exhaustivo ni, desde luego, sobresaliente o brillante, no ya por la importancia del asunto de muy notable relevancia práctica en el día a día de juzgados y tribunales, sino por la propia impericia del autor de esta aproximación y de estas pinceladas sobre los delitos sexuales. Permítanme decirles, para terminar y con la humildad que anuncié al iniciar mi discurso, que espero estar a la altura de la elevada distinción de académico de número de esta histórica, ilustre y prestigiosa institución y permítanme también que termine estas palabras recordando otras de mi querido padre Rafael Caballero Bonald, extraídas de su discurso de ingreso en esta Academia:

*Porque para nosotros, señores académicos, defender y difundir la cultura jurídica es una misma cosa y está también en el esfuerzo común hacer realidad aquella antigua consigna: «Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes, buenas y justas».*

Y —añado yo de mi cosecha— buenos y justos juristas. Que así sea. Con esta conciencia vigilante me tendréis siempre al servicio de la Academia y de la Justicia.

Muchas gracias.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. «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*, 2023.
- DE LA MATA BARRANCO, N. «Disposiciones Transitorias y Derecho Penal», *Almacén del Derecho*, noviembre de 2022.
- DEL ALCÁZAR VILADOMIU, Cristina. «Revisión de sentencias y rebaja de penas en materia de delitos sexuales condenados por sentencia firme con motivo de la entrada en vigor de la Ley de Garantía de Libertad Sexual: planteamiento de la cuestión y análisis normativo», *Revista de Derecho Lex*, nº 222, noviembre de 2022.
- DOLZ LAGO, M. J. «Esperando el diluvio. Breves notas a propósito de la reforma de los delitos sexuales», diario *La Ley*, nº 10212, enero de 2023.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia. «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (artículo 181 CP)». En: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen. Propuestas de reforma*. Editorial Arandi, 2022.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Consentimiento y libertad sexual», diario *El País*, 1 de febrero de 2023.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», diario *ABC*, 27 de septiembre de 2022.
- GOENAGA OLAIZOLA, Reyes. «Delitos contra la libertad sexual», *Eguzquilore*, número extraordinario, octubre de 1997.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio. «Análisis del cambio de penalidad en los delitos de agresión sexual en la Ley Orgánica 10/202», diario *La Ley*, nº 10230, Sección Tribuna, 16 de febrero de 2023.

HERNÁNDEZ GIL, A. «Disposiciones transitorias», *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. En: Paz-Arés Rodríguez y otros (director), 1993.

MAGRO SERVET, Vicente. «Sobre el alcance del consentimiento en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre en materia de delitos sexuales», diario *La Ley*, nº 10192, Sección Doctrina, 20 de diciembre de 2022.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. «Delitos, penas y Constitución», *Revista jurídica*, 8, Universidad Autónoma de Madrid, 2003.



CONTESTACIÓN POR EL  
**Excmo. Sr. D. NIELSON SÁNCHEZ-STEWART**  
AL DISCURSO DE INGRESO DEL  
**Ilmo. Sr. D. MANUEL CABALLERO-BONALD**  
**CAMPUZANO**



Excelentísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, excelentísimos e ilustrísimos señores académicos, autoridades, ilustrísimo señor don Manuel Caballero-Bonald Campuzano, querido amigo, compañeros, señoras y señores:

EL ARTÍCULO 13 DE LOS ESTATUTOS de esta real corporación que fueron aprobados por Real Decreto 534/1980, de 22 de febrero, publicado en el BOE número 71, de 22 de marzo de 1980, disponía en su parte pertinente:

*La recepción oficial del Académico de número electo tendrá lugar dentro del término de un año, contado desde el día de la notificación que se le haya hecho de su elección, con la lectura pública del discurso de recepción en solemne y pública sesión de la Academia.*

*Antes de los tres meses de finalizar el plazo o su prórroga el académico electo redactará, sobre el tema jurídico que elija, el discurso que habrá de leer en el acto solemne y público de su recepción y lo remitirá al Presidente para que por el mismo se designe al Académico de número encargado de contestarle en nombre de la Corporación.*

El párrafo siguiente decía:

*Informados favorablemente por el censor el discurso y la contestación, el Presidente o Director de la Academia señalará día para la recepción oficial.*

Esos estatutos fueron derogados, aprobándose un nuevo texto por Decreto 252/2021, de 10 de noviembre, publicado en el BOJA el 19 de noviembre de 2021. Estos estatutos fueron redactados cuidadosamente en el seno de la corporación y todos tuvimos oportunidad de colaborar en su elaboración.

El nuevo artículo 13 dispone ahora en su parte pertinente:

*La recepción oficial del Académico de Número electo tendrá lugar dentro del plazo de un año, contado desde el día de la notificación que se le haya hecho de su elección, con la lectura pública del discurso de recepción en solemne y pública sesión de la Academia.*

*Antes de los tres meses de finalizar el plazo o su prórroga, el Académico electo redactará, sobre el tema jurídico que elija, el discurso que habrá de leer en el acto solemne y público de su recepción y lo remitirá al Presidente para que designe al Académico de Número encargado de contestarle en nombre de la Corporación y señale día para la recepción oficial.*

Como habrán ustedes reparado de inmediato ambas disposiciones, similares en su estructura difieren en un detalle importante: el informe favorable del censor no sólo del discurso sino también de la contestación era preceptivo de acuerdo con la norma anterior pero ha desaparecido en la actualidad. Ese cambio normativo me permite probablemente estar aquí delante de ustedes



porque no es imposible que esta intervención no hubiese merecido la aprobación del censor.

La verdad es que no sólo se ha dispensado el informe, ha desaparecido de entre los órganos de gobierno el censor.

Así pues, la responsabilidad de lo que voy a decir es mía y sólo mía.

Nuestro nuevo académico ha comenzado su brillante discurso responsabilizándome de su suerte académica. Me atribuye un empeño personal y persistencia en traerlo al seno de la institución. Lo reconozco. Pero déjenme afirmar que no se trataba de un capricho, no era una idea peregrina ni una ocurrencia. Tampoco una genialidad.

Deseoso de reforzar la presencia de Málaga en la Academia que, como se sabe tiene un ámbito de actuación que coincide con el de la antigua Audiencia Territorial de Granada concurrían en él todas las condiciones óptimas para su integración. Un magnífico jurista, un trabajador incansable, una persona, en el buen sentido de la palabra, buena. Además, por razones familiares que él ha explicado, un hombre vinculado con la Academia. En suma, una magnífica adquisición. No me importa haber asumido esa responsabilidad. Por el contrario, me alegra infinitamente que mis compañeros, por unanimidad, aceptasen la propuesta que venía avalada nada menos que por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y por la fiscal superior de Andalucía. La persistencia a la que alude el nuevo académico no se utilizó para convencer sino para estar atento

al momento oportuno en que pudiese ingresar por la puerta grande.

Conocí a Manuel —me permitiréis que aluda a él en algún momento por su nombre de pila porque llamarle permanentemente el nuevo académico resulta algo premioso— cuando fue designado para poner orden en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número siete de Marbella que era, por aquel entonces, exactamente lo que no debe ser un órgano judicial, ni siquiera en Marbella. Durante el tiempo que estuvo allí trabajó sin descanso y cuando marchó el Juzgado era otro.

Después coincidimos cuando fue elegido decano de los juzgados de Málaga en una época en que yo también era decano pero del Ilustre Colegio de Abogados. A pesar de mi pesadez e insistencia en determinados asuntos recibí siempre de él un trato amable y cortés y procuró siempre atender mis numerosas requisitorias que procuró atender de la mejor manera posible.

Lo he visto actuar en los macrojuicios que se juzgaron en la Audiencia Provincial en los que trató exquisitamente pero con rigor a los abogados que lamentablemente estuvieron implicados en esos desgraciados sucesos. Es un magistrado que me atrevo a calificar con una sola palabra: ejemplar.

Desde la más remota antigüedad un magistrado estaba en la cúspide de la sociedad. No era sólo el funcionario que administra justicia en un órgano del Poder Judicial, sino también y me gusta pensar así, un ciudadano elegido para encargarse de la dirección y administración de la sociedad con funciones ejecutivas, legislativas

y judiciales. Los cónsules, procónsules, pretores, ediles, tribunos y censores. De esa pléyade desciende un magistrado.

Pero Manuel, con ser eso, no es sólo eso. De su currículum destacan las actividades que ha desarrollado junto con impartir justicia.

Así, además del decanato de los juzgados de Málaga, con la carga de trabajo administrativo que ello importa, fue miembro electo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, ponente en materia de carga de trabajo, planta y demarcación judicial, dentro del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, en el que se proponía, entre otras reformas, la implantación de los tribunales de Instancia, la creación de los Jueces de adscripción territorial y la creación de nuevas salas de lo Penal en los tribunales superiores de Justicia.

Fue miembro de la Comisión de seguimiento del cumplimiento de los Acuerdos de los Jueces Decanos de España, donde destacó especialmente, participando en las Reuniones Nacionales de Jueces Decanos de España, aportando su vasta experiencia en temas tales como el estatuto profesional del juez, planes de refuerzo, planta y demarcación judicial y nueva oficina judicial.

Formó parte del grupo de trabajo sobre investigación en la lucha contra el blanqueo de capitales, constituido entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y la agencia de la Unión Europea con sede en La Haya encargada del refuerzo de la coopera-

ción judicial entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales que facilitan la mejor coordinación de las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubren el territorio de más de un Estado miembro, EUROJUST donde se destacó en la tan necesaria Cooperación Jurídica Internacional.

Ha sido miembro de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial y en la Comisión Provincial relativa a malos tratos del Instituto Andaluz de la Mujer de Málaga.

Ha desarrollado una vastísima labor de divulgación jurídica en obras y artículos sobre los más variados temas, ponente de innumerables cursos organizados por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Colegio de Abogados de Málaga, otros Colegios profesionales, la Universidad de Málaga prodigando sus enciclopédicos conocimientos sobre las más diversas materias, ordenación profesional, violencia de género, reformas legislativas, responsabilidad de administradores, estudios mercantiles, sistema retributivo de jueces y Magistrados, asistencia a detenidos, trasplante de órganos, juicios rápidos, oficina judicial, diligencias de entrada y registro, prueba pericial, espectáculos taurinos, Macro juicios, responsabilidad penal de los administradores de sociedades, reforma del Código Penal, consecuencias jurídicas de las detenciones de personas violentas, baremo para la valoración de las indemnizaciones de tráfico, medidas de investigación tecnológica, ocupación Ilegal, circulación de vehículos a motor...

Ha impartido numerosos cursos para la formación de funcionarios de la Administración de Justicia y Jueces de Paz y es profesor del Master de la Abogacía organizado por el Colegio de Abogados de Málaga y la Universidad de Málaga. También es profesor del curso de Experto en Derecho Penal de la Universidad Internacional de Andalucía.

Ha sido miembro representante del Poder Judicial en la Comisión de evaluación de la prueba de acceso a la Abogacía en los años 2015 y 2016.

Ha sido objeto de múltiples reconocimientos, la Cruz al mérito policial con distintivo blanco y es bilaureado con la Cruz distinguida de San Raimundo de Peñafort.

Reitero lo dicho: es una adquisición para la Academia.

La Junta de Gobierno me ha designado para contestar el discurso y debo hacerlo.

Mucho me temo que le debo al nuevo académico este honor. Se lo agradezco inmensamente porque me permitirá decir en público algunas cosas que guardo en el relicario de mis recuerdos más preciados.

Me he pasado la vida contestando no precisamente discursos pero sí demandas, reconvenciones, incidentes. Esa experiencia no me sirve. Tengo la suerte, sí, de haber escuchado muchas y brillantes piezas jurídico-literarias, obras de mis compañeros en los sucesivos actos de toma de posesión a los que he asistido en nuestra institución. No en balde, puedo afirmar que desde mi propia incorporación, van a ser veinte años, hemos conseguido que

formen parte del pleno nada menos que catorce eximios juristas.

Contestación es para mí el escrito en que el demandado opone excepciones o defensas a la acción del demandante pero si me asomo al diccionario es también la acción y efecto de contestar pero también la altercación o disputa y la polémica, oposición o protesta, a veces violenta, contra lo establecido. Contestar, por su parte es responder a lo que se pregunta, se habla o se escribe, a una llamada, replicar, impugnar, adoptar actitud polémica y a veces de oposición o protesta violenta contra lo establecido, ya sean las autoridades y sus actos, ya formas de vida, posiciones ideológicas.

Nada de eso esperen de mi intervención.

Más bien me acogeré a la cuarta acepción de la expresión, hoy en desuso, declarar y atestiguar lo mismo que otros han dicho, conformándose en todo con ellos en su deposición o declaración.

Es que me asiste un enorme no sólo respeto, sino también reconocimiento por la solidez y solvencia del discurso que hemos oído, analizando con exhaustividad y ponderando pormenorizadamente cada uno de los puntos tratados con amplias y eruditas referencias al derecho y jurisprudencia. No puedo discrepar ni puedo no expresar mi admiración por la forma estrictamente jurídica y académica con la que ha tratado un tema que tiene unas indudables connotaciones políticas, periodísticas y noticiosas.

Ha abordado el fenómeno con valentía, introduciéndose en el proceloso mar del, a todas luces, error del

legislador que ha admitido los llamados «efectos indeseados» de la nueva norma. Esta expresión es más utilizada al referirse a los medicamentos que sí provocan no deseados efectos con reacciones adversas y grave impacto sobre la salud pública con más de ciento cincuenta mil defunciones anuales en la Unión Europea. No son los efectos reflejos de las normas no previstos, concepto que formuló Federico de Castro conceptualizándolos como la situación jurídica secundaria que resulta indirectamente de una norma y que redunde en beneficio o ventaja de una persona; que está protegida por el derecho. No, aquí de lo que se trata es que los efectos no sólo no se pretendieran sino que se buscaba el efecto opuesto. La protección de las mujeres que se pretendía reforzar se ha visto amagada por las inevitables rebajas de penas y lo que es incluso más llamativo, la excarcelación de condenados por delitos sexuales.

Manuel se circunscribe al análisis de los delitos contra la libertad sexual, sin aprovecharse de recalcar otros errores técnicos de la reciente legislación precipitada al compás del devenir electoral: el impuesto a grandes fortunas, la reforma del delito de sedición... Pasa por encima con exquisitez.

No se ha resistido a entrar al lúcido análisis de un delito de moda, y pido perdón por calificar así crímenes abominables. Pero es que hay modas en los delitos. A principios del siglo pasado era el magnicidio el que imperaba. Dos presidentes del Gobierno: Canalejas en 1912, Dato en 1921, el rey de Portugal don Carlos I y su hijo el príncipe real y duque de Braganza, Luis Felipe. La

emperatriz de Austria, Isabel de Baviera, asesinada dos años antes de que comenzase el luctuoso siglo XX. Alfonso XIII y la reina Victoria Eugenia salvados por unos cuantos metros.

Durante el régimen anterior, la moda radicó en los crímenes de sangre que siempre han existido pero que concitaron un interés que hoy no se explica porque se han transformado en algo casi cotidiano. El crimen del capitán Sánchez, los crímenes de la calle Fuencarral —porque fueron dos sin ninguna conexión entre sí—, el crimen de Jarabo, el de Bédar en Almería y aquellos que se publicaban con todo lujo de detalles en *El caso*, de triste recuerdo.

En los últimos años, el delito de moda fue el del artículo 301 del Código Penal: el blanqueo de capitales, cuya evolución fue calificada en la sentencia del Tribunal Supremo 1927/2020 de 19 de junio, ponente señor del Moral García como de «brutal crecimiento». Efectivamente, no puede definirse de otro modo el fenómeno que, en menos de cuarenta años, ha alcanzado el nivel de punibilidad y persecución que lo adorna. Como se sabe, el delito se introdujo por primera vez en el Código Penal español mediante una reforma de 1988, que estableció una forma específica de receptación relativa al aprovechamiento de las ganancias obtenidas del tráfico de drogas, seguida de otra reforma de 1992 que incorporó al mismo Código lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes (Viena, 1988), y la Directiva de las Comunidades Europeas sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (1991, pero



refiriéndose todavía solamente al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas y sin denominarlo así. La ampliación a otros delitos antecedentes —graves, sí— se produjo al promulgarse el llamado Código Penal de la Democracia —descalificado hoy con otra denominación como nos ha recordado el nuevo académico— y, en 2003, mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, se suprimió la referencia a la gravedad. Ya en 2010 se sustituye la referencia al delito bastando la de actividad delictiva para reafirmar lo que ya había declarado el Pleno del Tribunal Supremo en el sentido de que no era necesaria la condena previa. El brutal crecimiento no ha decaído ya que, recientemente, la tercera y más reciente reforma ha venido propiciada por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril), que ha transpuesto la Directiva 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre, que ordena la introducción como circunstancia agravante específica de los tipos de los artículos 301 y 302 del Código Penal, de la especial condición del sujeto activo del delito, como «sujeto obligado» y que cometa cualquiera de los delitos relacionados con el blanqueo en el ejercicio de su actividad profesional.

Hay que reconocer que esta evolución trepidante no es única aunque sí llamativa. No es única si se considera que el Código Penal se ha modificado treinta y cuatro veces en veintisiete años, siendo de agradecer la última.

Me perdonarán que me haya extendido en el somero análisis del delito de blanqueo porque tengo muy vívidos algunos, llamémosles, incidentes relacionados

con su persecución cuando mi ciudad de adopción era el epicentro.

Pues, sin que haya desaparecido esa auténtica obsesión, obligada imputación que se practica cuando se investiga cualquier delito de contenido económico, ha irrumpido también de manera brutal el delito de contenido sexual que ha experimentado también las modificaciones respectivas en los años 1995, 2003, 2010 y 2015.

Nuestro nuevo académico se adentra en su discurso en las veleidades de la última modificación legislativa, a sabiendas que la modificación ha sido otra vez modificada para volver a la regulación anterior, a la desafortunada reforma de la que quedará huella gracias a la retroactividad de la ley más favorable.

Que el delito es de gran actualidad, está de moda, puede demostrarse de la información que recopila el Instituto Nacional de Estadística: de una población carcelaria de 46 468 individuos de todos los sexos —antes se decía de ambos sexos—, de todas las nacionalidades y todas las edades, en diciembre de 2022, casi un diez por ciento constituían los condenados por estos delitos. Y no son todos los que están ni están todos los que son. Hay un auténtico efecto llamada con nuevas formas de comisión, grupales, de menores inimputables, reincidencias y asesinatos ligados al crimen. La prisión permanente revisable no ha resultado suficientemente disuasoria como medida extrema.

El número de beneficiados por la revisión de condenas, según los datos del Consejo General del Poder Judicial, seguirá en aumento aunque sólo es una proporción

de alrededor de un tercio de las revisadas las que han conllevado rebajas en aplicación de la controvertida ley, cuyos datos se han suministrado en el discurso, destacando yo, solamente, que Madrid es la Comunidad Autónoma con más rebajas y excarcelaciones: trescientas sesenta y dos revisiones, ciento dieciocho rebajas y dieciséis excarcelaciones, a mediados de abril último.

El Consejo también ha presentado un desglose de los datos de excarcelaciones: noventa y nueve en las audiencias provinciales y cinco en los tribunales superiores de Justicia. No se ha registrado ninguna ni en el Supremo ni en la Audiencia Nacional.

Además de las dieciséis excarcelaciones acordadas por la Audiencia de Madrid, figuran ocho en Cádiz; y seis en Vizcaya, Barcelona y Baleares, como las provincias en las que más salidas de prisión se han dictado.

Por otro lado, ha explicado que para la obtención del dato total ha deducido las revisiones de pena que habían comunicado las audiencias provinciales, cuando éstas han sido desestimadas por los tribunales superiores de Justicia en vía de recurso; asimismo, ha sumado aquellas revisiones que, inicialmente denegadas por las audiencias provinciales, han sido finalmente estimadas en vía de recurso.

Según ha precisado el Consejo, los datos ofrecidos:

*[...] no incluyen las revisiones de pena que puedan haber tramitado los juzgados de lo Penal, competentes para enjuiciar delitos contra la libertad sexual, penados con hasta cinco años de prisión, ante la dificultad de recabar esta información de los órganos unipersonales.*

Desde el Consejo se ha recalcado que los datos que figuran en la tabla de las audiencias provinciales corresponden «exclusivamente» a revisiones de pena y «no incluyen aquellas sentencias de instancia dictadas en relación con hechos ocurridos antes de la entrada en vigor» de la ley en las que se ha aplicado ésta —y no la norma vigente en la fecha de los hechos enjuiciados— por ser considerada más favorable para el reo. También ha indicado que los datos relativos al Tribunal Supremo corresponden a resoluciones dictadas en recursos de casación.

Paradigmática es la STS 930/2022, de 30 de noviembre, dictada en el llamado «caso Arandina» donde fueron juzgados tres futbolistas de este club, uno absuelto, que en noviembre de 2017 invitaron a una adolescente de 15 años en Aranda de Duero para mantener relaciones sexuales con ella. La sentencia estima, con ocasión de un recurso de casación interpuesto por la Fiscalía contra la de la audiencia, que es procedente la rebaja de un año en la pena que correspondería imponer a los dos condenados, pues la actual redacción es más beneficiosa que la existente cuando se cometieron los hechos, según la horquilla que correspondía al tipo vigente. Cuando se cometieron los hechos la pena era de ocho a doce años y en su mitad superior, diez años de prisión. La nueva pena es de seis a doce años, en su mitad superior, nueve años de prisión. Aprovecha de manifestar la sentencia que:

*[...] este proceso de revisión de penas afecta no sólo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena*

*terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.*

Está previsto que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebre entre el 6 y 7 de junio un Pleno monográfico para fijar criterio sobre las revisiones efectuadas por los tribunales sentenciadores a causa de la reforma penal.

Será la primera vez que el alto tribunal entre a analizar si los tribunales han aplicado bien la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual en sus revisiones de pena. Los magistrados llevarán a cabo este estudio con el objetivo no sólo de unificar criterio sino de fijar doctrina, y porque ya acumula más de veinte recursos de casación contra autos de revisión.

Todos conocemos la amplitud del efecto retroactivo de las leyes penales que favorecen al reo. Tal como explicaba el nuevo académico, la norma contenida en el artículo 2.2 del Código Penal, extiende su acción incluso cuando hay sentencia firme y se está cumpliendo condena. Esta norma está inspirada en el artículo 49, apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 8/1981, 51/1985, 131/1986, 21/1993 y 215/1998 entre otras, ha declarado que es la correcta aplicación del artículo 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las normas penales y sancionadoras de contenido desfavorable y que, por supuesto, es indisponible para el legislador.

Sin embargo, el legislador ha incluido en cada reforma del Código Penal unas Disposiciones Transitorias que son auténticas instrucciones sobre como deben tratarse las situaciones en que las revisiones pudiesen favorecer al reo. La Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica del Código Penal de 1995 se ha repetido en cada una de las modificaciones experimentadas en redacciones similares a la primera que es del siguiente tenor:

*Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.*

Esta disposición limita las revisiones ya que después de comprobar el juez que los hechos probados en la sentencia son también punibles de acuerdo con la nueva ley, debe efectuar una segunda comprobación valorando si la pena puede imponerse conforme a ella. En caso afirmativo, no corresponde efectuar revisión alguna. Si una norma similar se hubiese contenido en la Ley Orgánica 10/2022 no habría sido procedente revisar a la baja la condena en el caso de los futbolistas ya que los diez años estaban en la horquilla de entre ocho a doce. Se reduce mucho la revisión que queda confinada a las

condenas que exceden del límite máximo establecido en la nueva ley.

Ante la ausencia de disposiciones transitorias en la nueva ley, por muy buena voluntad que han desplegado sus defensores, no se puede aplicar la contenida en el texto original del Código por impedirle su tenor literal que expresamente se refiere a «las penas a imponer con el nuevo Código». Por eso, en todas las reformas posteriores se incluyeron sendas disposiciones transitorias.

Si bien no se habrían revisado a la baja todas las condenas, por lo menos habría sido necesario juzgar caso por caso aplicando la sentencia del Tribunal Supremo número 976/2011, de fecha 21 de septiembre, que recurre al principio de proporcionalidad y excluye la aplicación automática y mecánica de la comparación de las penas. Dice la sentencia que habrá que:

*[...] revisar el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal.*

Y el principio de proporcionalidad puede ser variado en la nueva legalidad lo que también podría dar origen a la necesaria revisión. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia 346/2016, de 21 de abril y en la 470/2011, de 26 de mayo.

La modificación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual no ha estado exenta de polémica. Sus impulsoras, seguramente bien intencionadas procuraban dar una

respuesta integral desde el punto de vista penal, policial, educativo y socio sanitario a lo que el legislador orgánico, siguiendo a los textos internacionales según afirmaron (principalmente, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), que denominan «violencias sexuales». Así, se establecen protocolos y formación para la detección de esas violencias, se mejora la atención y asistencia a las víctimas y la formación de las que tratan con ellas.

Se ha criticado al Gobierno su lentitud en reparar el error cometido y lo más grave es que no ha habido acuerdo sobre la forma de modificar la norma. Se difiere sobre el tratamiento que debe darse a la violencia e intimidación, si debe ser un agravante o formar parte del tipo penal como un subtipo. Ya se ha perpetrado la reforma y solo nos queda aspirar a que, por lo menos en el futuro, el desaguisado no se repita.

La insistencia de mantener el consentimiento como un valor esencial no es del todo comprensible porque siempre ha estado allí, por lo menos, desde el Código Penal de 1850, tal como ha afirmado el nuevo académico, en épocas que con los delitos de violación y estupro eran suficientes para mandar a la cárcel a más de uno.

No quiero prolongar esta contestación. Sólo me queda reiterar mi agradecimiento a la Junta de Gobierno por permitir este auténtico regalo para mí, felicitar al nuevo académico por su brillante discurso que auspicia la colaboración que prestará a esta institución con la ex-



celencia con la que ha llevado a cabo todas sus actividades y disculparme ante ustedes por haber abusado del tiempo dispensado.

Muchas gracias.



# *Índice*



Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual _____	10
<i>Modificaciones más importantes posteriores al Código Penal de 1995 Y llegamos a la Ley Orgánica 10/2022</i>	
<i>El consentimiento</i>	
<i>Derecho transitorio</i>	
Breve referencia a la proposición de ley orgánica que corrige la llamada Ley del «Sólo sí es sí». La «contrarreforma de la reforma» _____	36
Bibliografía _____	42
Contestación por el Excmo. Sr. D. Nielson Sánchez-Stewart _____	47



**Junta de Andalucía**

Consejería de Universidad,  
Investigación e Innovación