

[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 \[BOE-A-2023-10213\]](#)

APUNTES IUSFEMINISTAS ANTE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El 28 de abril de 2023 el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la 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-A-2023-10213].

La ley —tramitada con cierta premura— trae causa de la revisión a la baja de las penas en delitos contra la libertad sexual tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630], conocida —a nivel mediático dicha circunstancia— como «los efectos no deseados» de la ley en cuestión. En este sentido, resulta oportuno traer a colación que fue el Grupo Parlamentario Socialista el que presentó en el Congreso de Diputadas y Diputados, con fecha 6 de febrero, la [Proposición de Ley Orgánica](#) para la modificación de las leyes anteriormente mentadas, a saber: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual [BOE-A-1995-25444]; Ley de Enjuiciamiento Criminal [BOE-A-1882-6036], y, por último, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor [BOE-A-2000-641].

El Preámbulo de la ley de 27 de abril de 2023 comienza rindiendo tributo a la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual aprobada en septiembre de 2022. Significa, específicamente, como novedades más importantes de dicha norma la unificación de los tipos penales de abuso y agresión sexual en un solo tipo: el de agresión sexual, así como la delimitación jurídica del consentimiento sexual. En este sentido, tras la entrada en vigor de la ley de septiembre de 2022 el consentimiento sexual se articula normativamente en los siguientes términos:

Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona (art. 178.1 CP).

La lectura del párrafo anterior permite inferir que uno de los núcleos centrales del abordaje jurídico de los delitos contra la libertad sexual tras la reforma de 2022 —en el Código Penal— gira en torno al consentimiento sexual. De ahí que la ley de abril de

2023 deje muy claro en su preámbulo que, a pesar de las modificaciones acometidas para solventar los «efectos no deseados» (revisión de penas), el consentimiento sexual se mantiene en los términos prescritos en la ley de garantía de la libertad sexual de 2022.

Sin duda, constituye un punto muy importante, máxime porque desde un enfoque iusfeminista (Torres, 2018)¹ obliga a reflexionar sobre cuestiones como las que se correlacionan a continuación, a saber:

- a) ¿Qué cambios normativos introdujo la ley orgánica de 2022 en la tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual? (Torres, 2023)².
- b) ¿Cuáles han sido los llamados «efectos no deseados» y sus consecuencias en el abordaje jurídico de los delitos contra la libertad sexual?
- c) ¿Qué trata de enmendar y, por ende, reparar la Ley Orgánica 4/2023 y, en tal sentido, cuál es su ámbito de actuación?
- d) ¿Qué lectura crítica cabría articular desde postulados iusfeministas, esto es, desde la articulación del discurso jurídico tomando en cuenta las experiencias y vivencias de las mujeres en contextos de clara asimetría sociosexual?

Desde los planteamientos anteriores, procede señalar que la llamada *Ley del Solo sí es sí* ve la luz con un objetivo muy claro: mejorar la protección de las víctimas de agresión sexual. Para ello pone el foco en el tratamiento jurídico del consentimiento sexual³ como elemento central y núcleo de cualquier encuentro sexual. El artículo 1⁴ de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, es muy claro al respecto al regular el objeto y finalidad de la ley. La ley nace al calor de los debates generados tras la sentencia del conocido caso de *La Manada*, y el pronunciamiento final del Tribunal

1. TORRES DÍAZ, M. C. 2018: «Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión». *Revista Pensamiento Constitucional*, 2018, 23: 205-240. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20953> (fecha de consulta: 11/09/2023).

2. TORRES DÍAZ, M. C. 2023: «Algunas consideraciones jurídicas sobre los puntos más conflictivos de la 'ley del solo sí es sí'». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 18/04/2023. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/18535/algunas-consideraciones-juridicas-sobre-puntos-mas-conflictivos-ley-so-lo-si-es-si> (fecha de consulta: 10/09/2023).

3. TORRES DÍAZ, M. C. 2018: «Sobre el consentimiento sexual (y, algo más)». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 23/09/2018. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/15183/sobre-consentimiento-sexual-algo-mas> (fecha de consulta: 11/09/2023).

4. El párrafo 1 del artículo 1 dispone: «El objeto de la presente ley orgánica es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales».

Supremo⁵ en casación en el año 2019 (STS, Sala de lo Penal, 344/2019, de 4 de julio)⁶ en donde este consideró que los hechos enjuiciados sí eran subsumibles en el tipo penal de agresión sexual y no de abuso sexual tal como apreció, inicialmente, el tribunal sentenciador de instancia y, posteriormente, el de apelación.

La ley orgánica de 2022 deja claro que no hay consentimiento si no existe una manifestación libre y voluntaria de la voluntad de la persona, lo que significa que, si una persona no dice sí de manera explícita, se considera que no hay consentimiento. Por tanto, el consentimiento no se puede (ni debe) inferir a partir de la falta de resistencia o de oposición. Con base en lo anterior, cualquier persona que participe en un encuentro sexual tiene la responsabilidad de asegurarse de que su pareja sexual ha dado su consentimiento explícito, y dicho consentimiento no ha sido revocado. La regulación del consentimiento sexual en los términos comentados insta a un cambio de paradigma en el enfoque y análisis de la casuística de los delitos contra la libertad sexual. Repárese que con la nueva redacción el tipo penal de agresión sexual no se encuentra condicionado a la acreditación de la existencia de violencia e intimidación. Es, por tanto, la ausencia o falta de consentimiento sexual el centro de la delimitación penal del tipo.

Desde este marco penal (tipo penal único), la ley orgánica de 2022 lleva a cabo una modificación del arco penológico en las agresiones sexuales. Téngase en cuenta que desaparece del Código Penal el abuso sexual, estableciéndose graduaciones en la pena si concurren determinados factores y/o circunstancias agravantes⁷ (apreciación de violencia e intimidación, actuación en grupo, voluntad anulada de la víctima, etc.).

No obstante lo anterior, la entrada en vigor de la ley de 2022 llevó de suyo una revisión de penas —de acuerdo al nuevo marco penológico— en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables al reo (véase el artículo 25⁸ de la CE en conexión con el artículo 9.3⁹ CE, así como el artí-

5. TORRES DÍAZ, M. C. 2019: «La Manada: ¿qué ha dicho el Tribunal Supremo?». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 23/06/2019. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14178/manada-qu-dicho-tribunal-supremo> (fecha de consulta 10/09/2023).

6. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 344/2019, de 4 de julio, en la siguiente dirección url. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/83c2e5bfb97cf31a> (fecha de consulta: 18/09/2023).

7. Consúltese el párrafo 5 del artículo 181 del Código Penal. Dispone: «5. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; b) 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 [...]».

8. El artículo 25 de la CE, en su párrafo 1, dispone: «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».

9. El párrafo 3 del artículo 9 de la CE es del siguiente tenor: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de

culo 2.2¹⁰ del CP), habiéndose producido —según informaciones del Consejo General del Poder Judicial¹¹— un total de 1.205 rebajas de penas a delincuentes sexuales y 121 excarcelaciones desde la entrada en vigor de la norma hasta el 18 de septiembre de 2023. Y, todo ello, pese a la aprobación en abril de la ley objeto de comentario en estas líneas.

Ahora bien, ¿qué novedades incorpora la modificación normativa de abril de 2023 en lo que atañe a los delitos contra la libertad sexual?

- a) La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, no modifica el consentimiento sexual. Por tanto, se mantiene la delimitación normativa en los términos recogidos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (este aspecto ya se ha comentado en párrafos anteriores). En consecuencia, los tipos penales de agresión sexual y agresión sexual con penetración (violación) se mantienen.
- b) No obstante, la ley de 2023 introduce un párrafo en cada uno de esos artículos en aras de diferenciar entre agresión sexual con violencia¹² y agresión sexual sin violencia. En esta misma línea la ley delimita penalmente la violación con violencia de la violación sin violencia.
- c) En el marco penológico, las novedades de la Ley Orgánica 4/2023 más significativas se circunscriben a un agravamiento —en líneas generales— de las penas. De tal forma que para la agresión sexual sin violencia se establece un arco penológico de 1 a 4 años de prisión; para la agresión sexual con violencia e intimidación o sobre víctima con voluntad anulada, de 1 a 5 años; en el caso de violación sin

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».

10. El párrafo 2 del artículo 2 del Código Penal preceptúa: «2. No obstante, 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. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

11. Consúltese la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de fecha 18 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-205-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022> (fecha de consulta: 25/09/2023).

12. La nueva redacción del párrafo 2 del artículo 178 del Código Penal es la que sigue: «2. 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». En la misma línea cabe citar el párrafo 3 del mentado precepto en la medida en que dispone: «3. Si la agresión se hubiere cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión».

violencia el arco penológico oscila entre 4 y 12 años de prisión, mientras que si concurre violencia o intimidación o víctima con voluntad anulada las penas van de 6 a 12 años de prisión¹³.

- d) Desde el punto de vista de la aplicación de las modificaciones penales introducidas en la ley de abril de 2023, la norma modifica el apartado 1 del artículo 132 del Código Penal en los siguientes términos:
1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.
- e) En lo que atañe a la entrada en vigor de la ley a los efectos de determinar la legislación aplicable al caso concreto, y de posibles situaciones de revisión de penas, la ley de 2023 incorpora una *disposición transitoria primera* bajo el rótulo de «Legislación aplicable», así como una *disposición transitoria segunda* con el título de «Revisión de penas». Estas previsiones normativas son especialmente relevantes a tenor de las consecuencias jurídicas de la revisión de penas tras la entrada en vigor de la ley de 2022 a agresores sexuales. En este sentido, la disposición transitoria primera establece que los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de la actual ley «se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión». Obviamente, como cabe prever la ley de 2023 se aplicará una vez que entre en vigor «si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor». Repárese en la polémica surgida con los efectos de la retroactividad favorable de las disposiciones penales tras la entrada en vigor de su antecesora. La ley de 2023 precisa los términos de determinación de la ley más favorable¹⁴ y, en tal sentido, señala que se tendrán en cuenta las penas susceptibles de imponer al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código Penal en su redacción anterior, las del Código Penal modificadas en la presente ley orgánica y, en su caso, la posibilidad de adoptar medidas de seguridad.
- f) En línea con el punto anterior, y en lo que atañe a la revisión de penas, la ley de 2023 en su *disposición transitoria tercera* apela directamente al Consejo General del Poder Judicial y, en concreto, a las potestades que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [[BOE-A-1985-12666](#)]. En

13. El párrafo 2 del artículo 179 del Código Penal preceptúa: «2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiera empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años».

14. Consúltese el párrafo 2 de la disposición transitoria primera. Legislación aplicable de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

este punto la norma significa que los jueces/zas y 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». Especialmente significativas resultan las siguientes precisiones que recoge la norma:

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.

No serán revisadas las sentencias en que la pena esté 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...

Se observa como la ley orgánica aprobada en abril de 2023 tiene en cuenta aspectos obviados por su antecesora inmediata, máxime teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas acaecidas tras su entrada en vigor. Todo ello al no preverse los términos de aplicación de principios constitucionales claves que operan en el ámbito penal y/o sancionador. Sin duda, se trata de una omisión importante cuyos efectos, como se está viendo, no finalizan con la entrada en vigor de la actual ley, sino que tendrán un ámbito de irradiación más amplio en el tiempo.

Lo comentado en párrafos anteriores —desde el punto de vista de la técnica legislativa— no implica que no se tenga que apostar por la perspectiva de género como metodología jurídica en el estudio de casos concretos, tanto en la esfera de la interpretación de la norma como en lo relativo a la aplicación de la misma. Obviamente, también en la dimensión de la creación de la norma que compete al legislador. Repárese que a nivel normativo (y, jurisprudencial) no es hasta 1995 cuando el Código Penal español tipifica, por primera vez, el delito de agresión sexual centrando el reproche penal en aquellas conductas que atentaran contra la libertad e indemnidad sexual utilizando, eso sí, violencia e intimidación. Recuérdese, además, que es en el año 1995 cuando también se tipifica el abuso sexual como delito castigando a quien sin violencia e intimidación cometieran actos contra la libertad sexual de otras personas, significativamente, mujeres a tenor de los datos estadísticos. Posteriormente, téngase en cuenta —avanzando en el tiempo— que no es hasta 2010 cuando se refuerza la protección de las víctimas frente a las violencias sexuales al tipificarse nuevos delitos como el acoso sexual, así como al endurecerse las penas cuando las víctimas fueran

menores de edad. En la misma línea cabría aludir en lo que atañe a las modificaciones en el Código Penal del año 2015 (tipificación del *sexting*, *stalking*, etc.).

Se observa, en consecuencia, que la evolución en el tratamiento jurídico penal de los delitos contra la libertad sexual ha sido una constante a lo largo de los años, siendo en los últimos cuando las críticas en cuanto al abordaje jurídico de las violencias sexuales se han centrado no tanto en lo que dice el Código Penal (que también), sino en cómo se interpreta y aplica, sin tener en cuenta los términos en los que operan (y han venido operando) sesgos y prejuicios de género en el análisis de casos y la forma de socialización diferenciada de mujeres y hombres. De ahí la importancia de revisar críticamente la evolución normativa a la par que la evolución jurisprudencial desde los conocimientos situados (*iustifeminismo*). Recuérdese que es desde este posicionamiento metodológico desde donde se cuestionan resoluciones judiciales (ya superadas) en donde la interpretación de los delitos contra la libertad sexual resultaba excesivamente restrictiva, exigiéndose para su apreciación una suerte de violencia y/o intimidación que cabría calificar de especialmente extrema para las víctimas. Y todo ello para poder apreciar el tipo penal de agresión sexual. En la misma línea cabría apelar a la gran importancia dada —tradicionalmente— a la resistencia de la víctima ante imposiciones sexuales no deseadas, responsabilizándola, incluso, de la agresión sufrida.

Llegados a este punto, el contexto actual —a los efectos de dar respuestas jurídicas a las violencias sexuales— requiere de buenos instrumentos jurídicos focalizados en la protección de las víctimas y en su reparación integral, en la prevención y sensibilización frente a estos tipos delictuales, así como en una formación especializada sensible al género que garantice la seguridad jurídica, debiéndose observar los principios constitucionales que operan en nuestro ordenamiento jurídico concebido este en su totalidad.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional y abogada
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es