

ISSN 2014-931X

Nota de Actualidad N° 1/2022

**LA GARANTÍA INTEGRAL
DE LA LIBERTAD SEXUAL
EN LA LEY ORGÁNICA
10/2022,
DE 6 DE SEPTIEMBRE**

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

Título: La garantía integral de la libertad sexual en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Autora: Dra. Maria Acale Sánchez, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

Trabajo evaluado mediante doble *peer-review*.

Los trabajos académico publicados en la Colección “Notas de Actualidad” no reflejan en ningún caso la opinión del Observatorio de Derecho Público, ni la de su equipo de dirección ni de sus miembros.

Observatorio de Derecho Público

Colección “Notas de Actualidad”, núm 1/2022.

ISSN 2014 -931 X. Noviembre 2022.

<https://idpbarcelona.net/publicaciones/>

Observaciones, comentarios o sugerencias: idp@ub.edu

**LA GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LA LEY
ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE**

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

SUMARIO

I. LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	1
II. ¿POPULISMO PUNITIVO...?	5
III. ¿...O POPULISMO LEGISLATIVO?	9

**I. LA APROBACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE,
DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL**

Y finalmente, el Boletín Oficial del Estado publicaba el pasado 7 de septiembre la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, enriquecida con las aportaciones de todos los grupos parlamentarios a lo largo de una tramitación que ha sido prolongada, tensa y complicada y que ha servido para poner de manifiesto las preferencias estéticas, éticas y jurídicas de una clase política fragmentada y posicionada en bandos irreconciliables. Desde este momento, es una ley que pertenece al Parlamento -como todas las leyes- y a él debe agradecérsele los esfuerzos llevados a cabo para su culminación. Llegado el caso, será el Tribunal Constitucional quien tendrá la última palabra en torno a su constitucionalidad.

Se trata de una ley amplia que aborda la reforma del conjunto del ordenamiento jurídico con el objetivo de garantizar integralmente la libertad sexual frente a las violencias sexistas, una modalidad de violencia que se intuye de enormes dimensiones a pesar de que solo se denuncian el 8% de los atentados contra la libertad sexual cometidos por personas desconocidas, quedando el 93% restante oculto en la parte sumergida del iceberg: este es el dato que refleja la Encuesta de Victimización de 2020 de la Delegación del Gobierno contra la violencia de género. Con todo, la interposición de la denuncia no garantiza que el proceso siga hasta su fin y termine con una sentencia de condena, en la

medida en que dadas las dificultades probatorias existentes en este ámbito, en muchos casos se decreta su sobreseimiento o se emite una sentencia absolutoria. Incluso cuando se alcanza la condena, no es extraño que en fase de ejecución de la misma, la víctima se manifieste a favor de la suspensión de la ejecución de la pena a un autor que con la realización de un programa de educación sexual puede evitarla: basta repasar los hechos sancionados como abuso sexual en la SAP de Málaga 181/2022, de 26 de abril y en el posterior Auto de 10 de mayo en las que dos policías locales condenados a una pena de prisión de dos años por un delito de abuso sexual han eludido la entrada en prisión. Todos estos hándicaps obligan a relativizar el dato oficial de las Estadísticas penitenciarias que muestra que a 31 de julio pasado había 3.213 hombres cumpliendo condenas por delitos sexuales en las prisiones de competencia estatal frente al residual número de 52 mujeres¹: esta cifra no refleja la realidad de la violencia sexual en nuestro país.

El interés social despertado durante la tramitación parlamentaria ha sido indudable. Así, se compara el nulo entusiasmo que demostró la sociedad cuando en 2010 se incorporó al Código la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo así que el importante dato penal solo trascendió a la opinión pública cuando empezaron a verse implicadas las primeras personas jurídicas “famosas” (empresas, partidos políticos y clubes deportivos), sin embargo, la reforma de los delitos sexuales ha acaparado su atención desde un principio, dado el ejercicio cotidiano y la importancia que socialmente se concede a la faceta sexual de la persona, y dada la coincidencia temporal de las iniciativas parlamentarias con las primeras sentencias navarras que calificaban los hechos sucedidos la noche de San Fermín de 2016, como abuso sexual con prevalimiento, y no como violación intimidatoria (por intimidación ambiental)². En particular, el debate social

¹ Cuya participación se produce a la vista de la jurisprudencia en muchos de esos casos como cooperadoras necesarias o cómplices en el delito sexual cometido en concepto de autor por un hombre.

² Cuando cinco hombres jóvenes se introdujeron con una chica de 18 años en el portal de una vivienda desde el que accedieron a un habitáculo de pequeñas dimensiones en el que realizaron hasta once penetraciones anales, bucales y vaginales de manera simultánea con la víctima que ante la disparidad de fuerza, el sitio en el que se encontraba, la hora de la noche, la falta de testigos, el alcohol que había ingerido, sus 18 años de edad, su fuerza física –como “delgadilla” se refiere a ella un testigo-, se quedó paralizada, en estado de shock, y decidió permanecer inerte, como un mueble, dejarse hacer, cerrar los ojos y esperar a que todo acabara cuanto antes: en menos de 30 minutos desde que se conocieron, los condenados la abandonaban desnuda en ese portal, no sin antes sustraer su teléfono móvil. Dos de los autores se encargaron de grabar con sus teléfonos los hechos y posteriormente de difundirlos en sus redes sociales como prueba

en torno a la gravedad y de su mano a la intensidad del atentado a los bienes jurídicos protegidos, puso de manifiesto la falta de coincidencia con la valoración que de los mismos había hecho la Audiencia en aplicación de un Código penal generoso en la interpretación y confuso en los límites de las distintas figuras delictivas: ¿Esas 11 penetraciones en ese contexto con esa disparidad de fuerzas no son constitutivos de agresión? ¿En esas circunstancias puede entenderse que la víctima estaba prestando su consentimiento, aunque guardara silencio? ¿Cómo puede haber dudas en el ámbito judicial de lo que a los ojos de la sociedad parece tan evidente? ¿Dónde queda la seguridad jurídica? Todos estos interrogantes transmiten una evidente falta de sintonía entre los términos usados por la ley y por la sociedad para calificar esos hechos ³, una contraposición conceptual que hace ya 57 años entendía Gimbernat Ordeig que se solventaba dando prioridad al “lenguaje corriente”⁴.

Con todo, la mediatización del caso de la Manada no se produjo simplemente como consecuencia de aquellas manifestaciones sociales contrarias al sentido de las resoluciones judiciales, sino como consecuencia de la estrategia de la defensa de los entonces solo acusados que paseó por todo plató de televisión, emisora de radio y páginas de periódicos que lo permitieron, una versión de los hechos interesada en repetir que hubo consentimiento por parte de la víctima, alegando que todo fue fruto del cruce casual de una joven con un enorme apetito sexual y cinco hombres que se limitaron a proporcionarle lo que estaba buscando y que desechada por el robo de su teléfono móvil, se inventó

de su virilidad, de su superioridad y de la subordinación a la que sometieron a su víctima. Las imágenes fueron vistas por muchas personas, que cada vez que cliqueaban amplificaban el daño a la intimidad de la víctima, y favorecieron un tratamiento en los medios de comunicación revictimizante del caso. Vid. Acale Sánchez, María, “Ser o no ser (de la Manada)”: esa es la cuestión”, Nueva Tribuna, 28 de abril de 2018; de la misma, “Cuidado: la manada anda suelta: pásalo”, en Nueva Tribuna, 22 de junio de 2018; “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”, en Nueva Tribuna, 8 de diciembre 2018; “Y finalmente hubo violación, no abuso”, eldiario.es, 21 de junio de 2019; “Una sentencia deshilachada, pero sin rotos”, eldiario.es, 4 de julio de 2019.

³ Vives Antón, Tomás Salvador, “Introducción general”, en Vives Antón, Tomás Salvador, Cuerda Arnau, María Luisa y Gorriz Royo, Elena, Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 19.

⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 22, Fasc/Mes 3, 1969, pp. 494 y ss.

aquella farsa, línea de defensa cohonesta con la machista creencia de que las mujeres son -somos- por definición mentirosas compulsivas, inmaduras y egoístas.

Semejante falta de sintonía hizo mella en la prevención general positiva que persiguen las leyes penales, en el sentido de que las lecturas del Código penal ofrecidas por los primeros pronunciamientos jurisdiccionales del caso de Pamplona provocaron la sensación de desprotección del bien jurídico así como de minimización de la entidad de unos hechos relatados en primera persona por los cinco condenados empeñados en mostrar una normalización de los actos sexuales en manada. Ambas no son más que consecuencia directa del uso de un lenguaje incorrecto por parte del Código penal, que en opinión de Vives Antón sirve para “enmascarar” soluciones injustas⁵. Es cierto que posteriormente la STS 344/2019, de 4 de julio rectificó la valoración de los hechos como “abusos” considerando que hubo una violación múltiple, aunque para entonces el daño acumulado sufrido por la víctima a consecuencia de los procesos de revictimización ahondaban en la sensación de impunidad que los mismos acusados fagocitaron en los medios de comunicación. Se cerraba así el debate en torno a la calificación jurídica de unos hechos difíciles de analizar por la cercanía existente entre la intimidación ambiental y el prevalimiento. La lectura del nuevo delito de agresión sexual permite en atención al lenguaje común entender mejor lo que es un delito de violación: el acceso carnal de una persona llevado a cabo sin su consentimiento⁶, resaltando con Pitch el hecho de que “la violencia empieza donde no hay consentimiento”, en tanto que no es ya que sea “la violencia la que revele la falta de consentimiento”, sino que es “la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”⁷.

El interés demostrado en este caso por la ciudadanía ha hecho que un sector de la doctrina haya calificado a los partidos políticos que conforman la coalición de gobierno y que han abanderado el proceso de dejarse llevar por las ansias punitivistas de una

⁵ Vives Antón, Tomás Salvador, “Introducción general”, cit., p. 19.

⁶ Górriz Royo, Elena, “¿Es el sonambulismo un caso de ausencia de acción o de trastorno mental transitorio? A propósito de las acciones involuntarias en Derecho penal del common law”, en Vives Antón, Tomás Salvador, Cuerda Arnau, María Luisa y Górriz Royo, Elena, Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, cit., p. 37.

⁷ Pitch, Tamar, “Violencia sexual”, en la misma, Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 203.

sociedad que como si fuera una “jauría”⁸, salió a las calles a manifestar su disconformidad con una valoración jurídica hecha por unos jueces en base a una ley que se lo permitió. Los descalificativos hacia el modelo de intervención en materia de delitos sexuales en la nueva LO 10/2022 son muy numerosos. Quintero Olivares y Portilla Contreras se refieren a la reforma como “populista”, un “sabotaje al derecho”, hecha por “cualquier politicastro”, califican de “artilugio legislativo” a la propia ley, afirman que durante la tramitación la reforma había sido “frontalmente rechazada”⁹. Por su parte, Álvarez García emplea un tenor distinto -jocoso, divertido, como el que se emplean con las cosas que no son serias-, acusándola de señalar a la ciudadanía “los caminos de la sexualidad”, cuando en la parte que él critica lo que señala son los caminos de los delitos sexuales, llegando a afirmar que la ley “nos fuerza a reescribir «el arte de amar»” poniendo en peligro “la libertad”¹⁰. La lectura no obstante de Códigos penales europeos idolatrados por el mismo sector de la doctrina española que con tanto afán ha criticado esta propuesta pone al descubierto la desmesura científica de la reacción¹¹.

II. ¿POPULISMO PUNITIVO...?

En efecto, la ley cuenta con la acusación por parte de un sector de la doctrina de ser mero traslado al Boletín Oficial del Estado de las consignas y eslóganes de las

⁸ Gil Gil, Alicia y Núñez Fernández, José, “La Manada y la jauría”, en El País, 2 de mayo de 2018.

⁹ Quintero Olivares y Portilla Contreras (“La reforma de los delitos contra la libertad sexual, magro triunfo del relativismo populista y sabotaje al derecho”, en Global politic and Law, <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2022/06/03/la-reforma-de-los-delitos-contra-la-libertad-sexual%EF%BF%BC/> (fecha última consulta: 14 de septiembre).

¹⁰ Álvarez García, Javier, “La libertad sexual en peligro”, Diario la Ley, 10007/ 2022, p. 12.

¹¹ Por su parte Lascurain (“Delitos sexuales: no todo vale”, en Claves de la Razón práctica, 277/2021, p. 92) afirma que la ley es “regresista” al “hacer tabula rasa de todo ello”. Como sostén de su argumentación afirma que el entonces Anteproyecto -que en este punto no ha sufrido variación alguna- otorga “al juez un excesivo marco penal para que elija la pena que mejor se ajuste a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6): debe añadirse que es el número 3º el que señala los criterios a tener en cuenta para “atenuar”, no para agravar la pena en atención a “la menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, mientras que el art. 194 bis deja sentado que las penas establecidas para estos delitos se impondrán “sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”. Ambos parámetros vienen a pautar la respuesta que debe dictar el órgano sancionador. Vid. también Díaz y García Conlledo, Miguel y Trapero Barreales, María, “¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?”, en Santana Vega, Dulce y otros (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal, Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan Queralt Jiménez, ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 554.

pancartas que se exhibieron en aquellas manifestaciones, un lastre en virtud del cual se descalifica simplemente todo el trabajo realizado por ser fruto del populismo punitivo que, dado el tono de las críticas, debe tratarse del más exacerbado.

En cualquier caso, el paradójico planteamiento en torno a si antes hubo huevo o gallina, se vuelve a repetir cuando se plantea si primero tuvieron lugar las reivindicaciones de ese concreto sector de la sociedad, que fue aprovechado por los partidos políticos en el gobierno, o si estos, que también asistieron impávidos a la lectura de los primeros pronunciamientos judiciales del caso de la manada de Pamplona, comprendieron que era necesario modificar la letra de la ley cuya angostura había permitido dicho espectáculo y tanto sufrimiento. En todo caso, las críticas a aquel movimiento ciudadano que salió a las calles a protestar por la calificación jurídica como mero abuso sexual con prevalimiento de las primeras sentencias del caso de la Manada de Pamplona, a la vista de que el Tribunal Supremo viniera posteriormente a darles la razón, deberían venir a suavizarse porque, en efecto, hubo una violación múltiple.

El populismo punitivo, como acertadamente afirmaba Paredes Castañón en 1994 en un artículo en el que analizaba el tratamiento por los medios de comunicación de los crímenes de Alcasser, lo calificaba como una reacción de la sociedad ante delitos que causan una gran alarma social y que se caracterizan por su gravedad, porque afectan fundamentalmente a víctimas indefensas y respecto de los cuales la sociedad reclama su derecho a castigar más gravemente al autor frente a lo que consideran que es un tratamiento benévolo¹². Sus manifestaciones más visibles se producen a las puertas de un juzgado, de una prisión o de un centro de detención policial cuando el sospechoso de haber cometido esos hechos es trasladado de unas dependencias a otras y la sociedad, arremolinada en los lugares más próximos, reclama directamente la impartición de una justicia popular en aplicación de un código penal popular en virtud del cual en cada persona hay un penalista con la legitimidad personal que le ofrece el ser persona para emitir su “juicio” “jurídico-punitivo”: los graves y dramáticos casos de la niña Mari Luz de Huelva, el de Marta del Castillo o Diana Quer, por seleccionar algunos de los más mediáticos, sirven de ilustraciones perfectas de la escenificación de ese derecho penal

¹² Paredes Castañón, José Manuel, “Los crímenes de Alcáser, la reacción popular y el Derecho penal: una conciencia escindida”, en *El Foro: Revista Jurídico cultural*, 1994, pp. 10 y ss.

popular “en una versión legalizada del viejo derecho medieval de horca y cuchillo”¹³. La utilización de estos casos por parte de los partidos políticos es ampliamente conocida y terminó con la llegada la Código penal de la pena de prisión permanente revisable alegando que era una exigencia social¹⁴.

¿La LO 10/2022 es el resultado del proceso de apropiación por parte de los partidos que forman parte del Gobierno de coalición de nuestro país de esas demandas sociales de justicia punitiva con la única finalidad de hacer política con la política criminal, esperando obtener votos a cambio de legislar con las vísceras? La respuesta pudiera no ser tan clara como en otros recientes episodios vividos en este país que han escrito literalmente páginas del Boletín Oficial del Estado, si se tiene en consideración el grave conflicto que ha surgido a consecuencia del intento de castigar el proxenetismo lucrativo con consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, que ha dividido al movimiento feminista y ha restado votos a los partidos que forman la coalición gubernamental. Por tanto, desde el punto de vista de los réditos electoralistas que persigue el populismo punitivo, la LO 10/2022 no puede ser calificada simplemente como tal.

Hija del populismo punitivo es aquella reforma que obedece las demandas sociales de ampliación del castigo, contrarias a los principios básicos del ordenamiento jurídico penal como los de lesividad, ofensividad y proporcionalidad, colocando simultáneamente en primer lugar a la retribución por el mal cometido y la inocuización del delincuente como fines de la pena. Solo el Tribunal Constitucional llegado el caso- podrá confirmar si las penas con las que se castigan las nuevas modalidades de agresión sexual, leídas al mismo tiempo que la cláusula potestativa de atenuación judicial de la pena del art. 178.3 -que repite la técnica seguida por otros lugares del Código y sobre las que ya se ha manifestado el Tribunal Constitucional- acompañadas de la cláusula del art. 194 bis, son suficientes para sostener la constitucionalidad de la reforma.

¹³ Paredes Castañón, José Manuel, “Los crímenes de Alcásser, la reacción popular y el Derecho penal: una conciencia escindida”, cit., p. 11.

¹⁴Con su magisterio, Vives Antón se preguntaba entonces si acaso “seguir los dictados irreflexivos de ciudadanos encolerizados resulta electoralmente más rentable que defender los derechos básicos, que constituyen los cimientos de la democracia”: vid. Vives Antón, Tomás Salvador, “La dignidad de todas las personas”, en El País, 30 de enero de 2015.

En segundo lugar, caracteriza a estas muestras de derecho penal populista el tender a agravar las penas, algo que no se ha llevado a cabo en este caso, al contrario, una de las críticas realizadas a la reforma ha sido la bajada de los límites mínimos de los delitos de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 181. No obstante, si se lleva a cabo un estudio detenido de las penas con las que estaban castigados los viejos delitos de agresión y abusos sexuales y las que ha establecido la LO 10/2022 para los delitos de agresión sexual, se puede apreciar el esfuerzo realizado para contener los límites mínimos y máximos de la nueva figura cerca de los anteriores.

Tampoco se han tipificado más conductas como delito: se ha limitado a reordenar el castigo de las mismas. Solo la prevista en el nuevo art. 174.4 párrafo 2º (vulgarmente conocida como el delito de acoso callejero, aunque ni un solo elemento del tipo lo restringe a ese ámbito) es en puridad nueva aunque no completamente nueva, en la medida en que su origen no es otro que la decisión de la LO 1/2015 de derogar el Libro III del Código, elevando a la consideración de delitos leves de algunas de las entonces faltas y destipificando otras: en esta línea, la vieja falta de vejaciones del art. 620 servía para castigar una pluralidad de conductas que a partir de 2015 quedaron huérfanas penalmente y que con esta “nueva” figura se espera poder solventar la situación de impunidad generada.

Por tanto, si no se da cobijo a previsiones que abiertamente son contrarias a los principios que rigen esta rama del ordenamiento jurídico, si no se castigan más conductas ni se imponen más penas ¿dónde está el carácter populista punitivo de la LO 10/2022? El rechazo estético que ha suscitado esta ley ha impedido a algunos analizar su contenido, del que se desprende una reforma del Código penal, cohonestada con las obligaciones internacionales asumidas por España tras la firma del Convenio de Estambul, que ha tenido al lado a los Códigos penales europeos más clásicos como el alemán o el italiano que tradicionalmente la doctrina española se ha encargado de considerarlos la vanguardia del Derecho penal moderno. De ahí que antes que otra cosa, la ley resultante es fruto de un proceso legislativo durante el cual se ha sometido a maduración una reforma aprobada en el seno de un Parlamento elegido democráticamente. Esta es la base del principio de legalidad penal.

Con todo, si se pone la atención en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pasó sin pena ni gloria ante la opinión pública y que tanto interés científico

despertó dentro de la doctrina, si Zugaldía y Gracia Martín han sido capaces de compartir con devoción el interés por un tema que jamás les hizo olvidar su profesionalidad, ¿por qué quienes están detrás de la reforma operada por la LO 10/2022 son “unos politicastos”, y han contribuido a crear una ley que no es más que un mero “artilugio jurídico”, persiguiendo el objetivo de reescribir “el arte de amar” a costa de entrar en cada una de nuestras camas con la finalidad de disciplinar la sexualidad ajena? Si a esto se une el hecho de que los críticos no representan la opinión del total de la doctrina, se relativiza el tono de la crítica y se pone en valor el hecho de que es la discrepancia la que hace evolucionar el derecho. Tiene razón Cancio cuando afirma que la propuesta que encierra la LO 10/2022 no es una solución mágica¹⁵, pero tampoco es un desastre. De igual manera cabría decir que la tradicional distinción entre las agresiones y abusos sexuales no era la panacea: a ver qué recorrido judicial tiene la nueva configuración.

III. ¿...O POPULISMO LEGISLATIVO?

La no aprobación del entonces Proyecto de Ley Orgánica en el Senado el 20 de julio fue celebrada por parte de algunos Partidos Políticos, medios de comunicación y cacareada en Twitter con jolgorio, no precisamente porque de esta forma el texto iba a volver a ser objeto de estudio y de reflexión en el Congreso, sino como una última zancadilla a una ley que no ha gustado a sus críticos estéticamente desde un principio.

Aprobada definitivamente el 25 de agosto en el Congreso, la batalla ha cambiado de escenario, librándose ahora en las redes sociales fundamentalmente en Tik-Tok e Instagram donde circulan bulos que acumulan millones de reproducciones en torno a la nueva ley cuyo objetivo no es otro que confundir, generar miedo y rechazo a la clase política –“politicachos”-: no se trata ya de ignorancia -ni siquiera de ignorancia deliberada- sobre el contenido de la norma, sino de manipulación a fin de desacreditar la ley. En este sentido, si bien es discutible que la LO 10/2022 sea hija del populismo punitivo, a su alrededor puede haber surgido otra manifestación del folclore cultural como es el populismo legislativo, que solo ve lo que quiere ver a costa, llegado el caso, de

¹⁵ Cancio Meliá, Manuel, “Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales”, El País, 7 de junio 2022.

corregir la letra de la ley cuando la ignorancia deliberada resulta insuficiente. Basta ojear algunos de estos bulos para ver la falacia que encierran¹⁶:

- La Ley del ‘solo sí es sí’, es discriminatoria y va en contra de los hombres cuya presunción de inocencia se vulnera o les deja legalmente indefensos. Lo primero que ha de resaltarse es que si se presta atención a las reformas penales (que son las que son objeto de la crítica) puede comprenderse que nada se establece en torno al sexo de los sujetos activos y pasivos: sujeto activo y pasivo de los delitos de agresión sexual puede ser cualquier persona. Solo en el art. 180.4 se ha incluido una circunstancia agravante específica como la que ya existe en otras figuras delictivas incorporadas al Código a través de la LO 1/2004, si la víctima es la mujer que está o estuvo casada o unida sentimentalmente al agresor con o sin convivencia, junto al hecho de que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Pero más allá de estas previsiones penales, para desmontar este bulo es necesario tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico, la norma esencial en cuanto a la protección de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual sigue siendo la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual en cuyo art. 1 deja sentado que sus destinatarios son “las víctimas directas e indirectas” de determinados delitos entre los que se encuentran los sexuales: por tanto la protección es la misma para todas las víctimas. La LO 10/2022 se refiere a niñas, niños y adolescentes porque son quienes según los datos existentes sufren los atentados contra la libertad sexual. Expresamente el número 4 del art. 3 incluye también a las personas con capacidad jurídica modificada. En todo caso, debe tenerse en cuenta el art. 3 que establece el ámbito de aplicación: feminicidio sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata de fines de explotación sexual, conductas que se llevan a cabo sobre mujeres.

- “El juez tiene “prohibido permitir cualquier pregunta” sobre la vida privada de la víctima”: este bulo es una manipulación de la reforma que se lleva a cabo del art. 709

¹⁶ Vid. el artículo de Lucía Díaz Moreno y Noemí López Trujillo, “La desinformación sobre la ley del ‘solo sí es sí’: la presunción de inocencia, la protección penal de los hombres o el falso contrato de consentimiento”, en <https://www.newtral.es/desinformacion-ley-solo-si-es-si/20220825/> 25 de agosto 2022.

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que el presidente del órgano judicial en el que se sustancie la vista oral “podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas”. El significado de este precepto se visibiliza claramente cuando se oye el interrogatorio de la víctima de la Manada de Sabadell, en el que el Ministerio Fiscal muestra una frialdad y lejanía con la víctima a la que interrumpe cuando está contando los actos de contenido sexual que sufrió con la misma naturalidad como se interrumpen dos amigos durante un café, haciendo preguntas innecesarias, cuya respuesta las conocía ya por otros medios de prueba. Esta es la revictimización en sede judicial que hace que muchas víctimas no denuncien, o que denuncien y posteriormente no quieran acudir a testificar al juicio simplemente porque les causa pánico hacerlo.

- La ley del “solo sí es sí” presupone la culpabilidad del acusado si no existe un “contrato de consentimiento”: este bulo debe ser contrarrestado afirmando que las presunciones de culpabilidad están prohibidas en nuestro derecho¹⁷: la culpabilidad hay que probarla. El supuesto contrato de consentimiento solo persigue ridiculizar una ley que parte del disfrute de una sexualidad consentida: basta el consentimiento de acuerdo a la naturalidad y espontaneidad del sexo consentido.

- La entrada en vigor de la Ley del “solo sí es sí” va a producir una “excarcelación masiva de agresores”: este bulo pretende generar alarma social, rechazo de las víctimas y convertirse en jolgorio dentro de las prisiones españolas haciendo ver que la torpeza de la ley les va a poner anticipadamente en libertad. Se trata de una trivialización del complejo proceso de sucesión de leyes en el tiempo y de la evidencia de que los nuevos marcos penales están comprendidos en los derogados, de manera que en atención a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, sobre el régimen transitorio del Código penal de 1995 (revisión de sentencias) a pesar del reconocimiento expreso del principio

¹⁷ En el Código penal solo se presume el origen delictivo de unas ganancias a los efectos de su decomiso en el art. 127.

de retroactividad de las disposiciones favorables al reo del art. 2.2 del Código penal “si la pena impuesta en la sentencia susceptible de revisión podría imponerse también con arreglo al nuevo Código penal, será inviable la revisión sin duda alguna y sin que tenga relevancia alguna el dato de que con arreglo al nuevo Código penal se hubiese podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad”. Todo ello con independencia de que efectivamente, la ley nace con periodo de vacatio de un mes con la finalidad de que Instituciones penitenciarias remita a las Fiscalía la hoja de la liquidación de las condenas que tienen pendientes los delincuentes sexuales a la vista de la cual, se opondrá o no a la revisión que se adoptará posteriormente en sede judicial. Pero este es una cuestión que afecta al ámbito de la ejecución de las penas muy tecnicizada con la que a priori no tenemos datos suficientes más que para afirmar que se estima que las revisiones de condenas no van a ser “masivas”.

¿Populismo punitivo o legislativo?

Observatorio de Derecho Público - IDP Barcelona 

@idpbarcelona 

IDP Barcelona 

Observatorio de Derecho Público - IDP Barcelona

Avda. Diagonal, 684

Edificio Ilerdense Despacho 103-104

idp@ub.edu

08034 Barcelona Tel. (+34) 93 403 45 35