



TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria: Julio

**LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD
SEXUAL ¿NECESITABA DERECHO TRANSITORIO?**

**DID THE ORGANIC LAW FOR THE INTEGRAL GUARANTEE OF SEXUAL
FREEDOM NEED A TRANSITIONAL RIGHT?**

Realizado por la alumna Dña. Noelia Cabrera Pérez

Tutorizado por el Profesora Dña. Fátima Candelaria Flores Mendoza

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

This paper will deal with whether Organic Law 10/2022 of 6 September, on the integral guarantee of sexual freedom needed a specific transitional law. To this end, I shall first raise the issue of non-retroactivity, and then the exception to this principle, the retroactivity of the most favourable criminal law, determining in turn which law is more favourable to the accused. Later on, I will explain when it is possible to review the judgments and will focus on whether it was necessary for this law to have its own transitional law. Finally, I will deal with the intermediate criminal law and how this law affects the Spanish legal system.

Key Words: Organic Law 10/2022, specific transitional law, non-retroactivity, retroactivity of the most favourable criminal law, intermediate criminal law.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este trabajo tratará sobre si la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual necesitaba derecho transitorio específico. Para ello, primero plantearé la irretroactividad, y posteriormente la excepción a este principio, la retroactividad de la ley penal más favorable, determinando a su vez cuál es la ley más favorable para el reo. Más adelante expondré cuándo es posible la revisión de las sentencias y centraré el eje del trabajo en si era necesario que esta ley contara con su propio derecho transitorio. Finalmente, trataré la ley penal intermedia y como afecta esta ley en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Ley Orgánica 10/2022, irretroactividad, retroactividad de la ley penal más favorable, ley penal intermedia.



Contenido

1. Introducción	4
2. Irretroactividad de la ley penal.....	6
3. La retroactividad favorable como excepción a la irretroactividad.....	7
4. Determinación de la ley penal más favorable	8
5. Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual	12
6. Posturas de los Tribunales.....	15
7. Ley intermedia.....	22
8. Conclusiones	24
9. Bibliografía, jurisprudencia y otras resoluciones.....	27

1. Introducción

La «libertad sexual» es entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, y aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica o más específica que se concede a la libertad en otros lugares del Código.¹

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual suceden frecuentemente en España, apareciendo con normalidad en los diferentes medios de comunicación, vulnerando el bien jurídico protegido que es la libertad sexual de todos, tal como recoge la Exposición de Motivos del Código Penal. La Exposición introdujo en su momento una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, señalando que se pretendía adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que ya no es la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos.

Conforme al Preámbulo de la nueva Ley 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, “las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida”. Se entiende por violencia sexual “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital” de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica 10/2022. Los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual son delitos que se consideran violencia sexual de acuerdo con el artículo 3 mismo texto legal.

Con el caso de La Manada, un caso muy conocido, se condenó a los integrantes del grupo por un delito de abuso sexual y no de agresión, y a causa de esto se llenaron las

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 24^o ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 223

calles en toda España con manifestaciones apoyando a la víctima y pidiendo justicia en las que se escuchaba a miles de personas gritar “no es abuso, es violación” y “no es no”.²

Debido a las diversas manifestaciones en nuestro país y la exigencia de la sociedad que buscaba reformar las leyes y proteger a las mujeres de ataques sexuales se impulsó el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, conocida como la ley del “Solo sí es sí”.

Con este Proyecto se quiere tratar el problema por medio de la prevención, detección temprana, denuncia y asesoramiento a quienes hayan sido víctimas de estas conductas. El Proyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el día 6 de julio de 2021, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de julio de 2021.

El 25 de agosto de 2022, fue aprobada finalmente la Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, con 205 votos a favor, 141 en contra (84 del PP, 52 de Vox, 1 del PNV y 4 del grupo mixto) y 3 abstenciones, tras volver al Congreso de los Diputados por una enmienda del Senado. Los cambios más fundamentales que incluye son la unificación de los delitos de agresión y abuso sexual, quedando toda conducta sexual sin consentimiento en un delito de agresión sexual y el consentimiento se pone en el centro de las relaciones sexuales.³

Sin embargo, no voy a tratar el tema en relación a los cambios producidos con la reforma, sino que lo abordaré desde la perspectiva del derecho transitorio, atendiendo a si era necesario añadir a la Ley 10/2022 disposiciones transitorias que determinen el alcance y los límites de las revisiones de las sentencias firmes o no era necesario añadirlas o si finalmente para esta reforma han de aplicarse las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995.

² GARRIDO, Isabel. Miles de personas protestan en toda España contra la sentencia de La Manada: “No es abuso, es violación”. *El Mundo* [en línea]. 27 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/26/5ae1f7c422601dd71c8b4618.html> [consulta: 20 de junio de 2023].

³ VALDÉS, Isabel. La Ley del “solo sí es sí” sale adelante: el Congreso respalda con amplia mayoría la legislación sobre libertad sexual. *El País* [en línea]. 25 de agosto de 2022. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-08-25/la-ley-del-solo-si-es-si-sale-adelante-el-congreso-respalda-con-amplia-mayoria-la-legislacion-sobre-libertad-sexual.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado [consulta: 8 de junio de 2023].



En primer lugar, determinaré qué es y cuál es la ley penal más favorable para el reo y cuando es posible la retroactividad de esta ley. En segundo lugar, analizaré la jurisprudencia de nuestros Tribunales, tanto del Tribunal Supremo, como de los Tribunales inferiores, comparando los criterios asumidos por ellos en relación a la revisión de sentencias. comparando los criterios asumidos por ellos. Y finalmente atenderé a la ley intermedia, abordando qué es y cómo actúa en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Irretroactividad de la ley penal

La ley debe ser previa a los hechos que se pretenden sancionar, por tanto, debe haber sido promulgada con anterioridad a la comisión de tales hechos. Podemos afirmar que esta exigencia es inseparable del principio de legalidad penal, por consiguiente, la ley penal es irretroactiva y no puede aplicarse a los hechos cometidos anteriores a su entrada en vigor.⁴

Las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas, de ahí que no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito.⁵

Desde el punto de vista constitucional, la irretroactividad de las leyes penales se contiene en el artículo 25.1 de la Constitución Española⁶, aunque su enunciado debe de ser considerado junto al de otros preceptos, porque el alcance de tal prohibición no puede establecerse sin tomar en consideración la excepción prevista para las leyes penales favorables. En la misma línea, el Código Penal recoge en su artículo 2.1 la irretroactividad

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 99

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 128

⁶ “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”

al establecer que “no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”.⁷

Este principio también aparece recogido en textos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) en su artículo 15.1, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) en su artículo 11.2 y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007) en su artículo 49.1, siendo el contenido de ellos similares.⁸

3. La retroactividad favorable como excepción a la irretroactividad

La Constitución no menciona expresamente la posibilidad de aplicación retroactiva, ni en su artículo 25.1 ni en el 9.3, que sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable. Sin embargo, que sólo se prohíba en este caso, permite afirmar que la Constitución autoriza la retroactividad en el caso contrario, que es obligatoria y preferente.⁹

Por ello, aunque resulte forzado afirmar que la retroactividad de la ley penal favorable sea un principio contenido en la Constitución y deducible a *sensu contrario* del artículo 9.3, no hay nada en el texto constitucional que impida que en normas de rango inferior se establezca la retroactividad beneficiosa como principio de plena aplicabilidad.¹⁰ Esta idea aparece recogida en la *Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo*¹¹, que informa que el problema de la retroactividad e irretroactividad de la ley penal viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando «*a contrario sensu*» este precepto, puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 130

⁸ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina et al. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: BOE, 2019. 978-84-340-2591-2, pág. 122

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 131

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 131

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo

Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3.

Asimismo, y pese a que no es compartido por la totalidad de la doctrina, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también cuando el reo ya hubiere cumplido la condena, cancelándose los correspondientes antecedentes penales.¹²

Debemos tener en cuenta el artículo 2.2 del Código penal en el que se contiene la excepción a la irretroactividad cuando la ley actúa como más favorable para el reo, al indicar que tendrán efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.¹³

La *Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997, de 31 de octubre*¹⁴ indica que en nuestros textos penales a partir de 1870, se ha establecido la retroactividad de las leyes penales si son favorables para el reo, señalando el Tribunal que ello constituye un principio universalmente admitido recogido en diversas resoluciones, tales como la *sentencia de 25 de marzo de 1952* o la *sentencia de 20 de noviembre de 1968*. El sistema español no atiende a la mayor o menor benignidad normativa, sino que tan sólo admite la retroactividad de las leyes penales "en cuanto favorezcan al reo" (art. 24 C.P. 1973) o "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo..." (art. 2,2 del Código Penal de 1995), lo que supone que la retroactividad se condiciona exclusivamente al beneficio que determine en el sujeto.

4. Determinación de la ley penal más favorable

Una cuestión importante es la determinación de la ley que se considera más favorable, porque ello no aparece siempre con claridad.

El Código Penal en su artículo 2.2 recoge que tendrá efecto retroactivo la ley penal que favorezca al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 133

¹³ Así es afirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia 38/2012, de 2 de febrero

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997, de 31 de octubre. ECLI:ES:TS:1997:6472

La elección de la ley más beneficiosa no presenta problemas cuando se despenaliza una conducta o se comparan penas de igual naturaleza, como, por ejemplo, penas privativas de libertad. Pero pueden surgir dudas cuando se trata de penas de contenido distinto. Cabe preguntarse, por ejemplo, si resulta más perjudicial para el reo una pena de prisión de seis meses a dos años, que puede ser suspendida condicionalmente, o una inhabilitación absoluta para profesión u oficio público de seis a doce años.¹⁵

La decisión compete al tribunal, sin que pueda dejarse a elección del reo, aunque el artículo 2.2 del Código Penal¹⁶ permite que este sea oído en caso de duda al determinar la ley más favorable, pero la permisión de la retroactividad se establece para aquello que favorezca al reo y, por tanto, debe decidirse en atención a las circunstancias del caso concreto.¹⁷

Se plantea un problema cuándo la ley posterior contiene aspectos beneficiosos, pero también perjudiciales, como, por ejemplo, disminuye la gravedad de la pena señalada para el delito, pero establece circunstancias agravantes que son de aplicación al caso. Esta situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley suponen para el caso en cuestión, y aplicando de manera completa la ley que permita las consecuencias menos gravosas. Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los efectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues se estaría creando una norma nueva (*lex tertia*) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen.¹⁸

La idea de que no es posible la creación de una *lex tertia* aparece recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1985¹⁹.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 136

¹⁶ “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.”

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 136

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 10º edición. Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 137

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 29 de junio de 1985

A su vez, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no se puede obtener una *lex tertia* a base de fraccionamientos de los preceptos de uno y otro Código Penal, sino que debe ser aplicado uno u otro bloque normativo en su conjunto, con la consecuencia de tenerse que aplicar por completo ambas regulaciones punitivas. Esta idea es recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo 752/2002 de 29 de abril²⁰.

Para determinar cuál es la ley más beneficiosa para el reo, seguiremos los criterios jurisprudenciales de los distintos Tribunales:

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003, de 10 de febrero*²¹, aduce que, para determinar la ley penal más favorable, aparte de tener en cuenta los marcos penales para el delito en ambas normas, la vigente en el momento de cometer el hecho delictivo y la nueva que entró en vigor, hay que tener en cuenta la totalidad de sus previsiones para la aplicación de sustitutivos penales o eventuales beneficios penitenciarios aplicables al caso.

La *Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997, de 31 de octubre de 1997*²², destaca que es necesario hacer un examen comparativo entre una y otra legislación para aplicar la ley que esté en vigor sólo cuando favorezca al reo, y este análisis de las diversas leyes ha de realizarse atendiendo al conjunto de una y otra normativa, pues no cabe aplicar parcialmente ambas, tomando de una y otra lo que favorezca y excluyendo lo que perjudique. Este criterio es seguido en diversas sentencias tales como las *de 4 y 29 de junio y 19 de noviembre de 1985, 8 y 25 de abril, 7 de octubre y 19 de noviembre de 1986*. La aplicación de la ley más beneficiosa incluye aquella de sus normas que pueden resultar perjudiciales frente a la ley anterior, pues en otro caso, se estaría juzgando según una tercera ley, construida artificialmente con retazos de los efectivamente promulgados, de acuerdo con las sentencias de *23 de febrero y 26 de abril de 1988, 28 de febrero y 7 de abril de 1989, 26 de octubre de 1990, 22 de junio y 11 de noviembre de 1991 y 114/1995, de 10 de noviembre*.²³

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 752/2002, de 29 de abril. ECLI:ES:TS:2002:3052

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003, de 10 de febrero. ECLI:ES:TC:2003:20

²² Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997, de 31 de octubre. ECLI:ES:TS:1997:6472

²³ Este criterio es seguido en la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de febrero.

La *Sentencia del Tribunal Supremo 412/2012, de 21 de mayo de 2012*²⁴, informa que el principio de retroactividad alcanza a las sentencias firmes y en las que el sujeto esté cumpliendo condena, de acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal.

En la misma sentencia, el Tribunal Supremo manifiesta que “El legislador de 2010 al igual que se hizo en el Código Penal de 1995 y en reformas penales posteriores, ha excluido de la revisión todos aquellos casos en que la pena efectivamente impuesta fuese también imponible con arreglo a la nueva norma. Basta con constatar que la pena privativa que se impuso cabe también en el nuevo arco penológico para que deba rechazarse la operación revisora por imperativo de la Disposición Transitoria Segunda.”

El Tribunal Supremo, en su *Sentencia 290/2013, de 16 de Abril*²⁵ sigue la misma línea que la *STS 412/2012, de 21 de mayo de 2012*, y reconoce que el Legislador diferencia dos grupos, aquellos casos en que la pena impuesta es también imponible de acuerdo a la nueva legislación y en estos casos queda vedada la revisión, con la excepción que junto a la pena privativa de libertad la nueva norma añade otra pena como alternativa; y los supuestos en que la pena impuesta sería improcedente en el nuevo marco penal, en el que debe procederse a la revisión.

Esta diferenciación se establece en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, de la que se desprende que no cabe la revisión en tanto la pena impuesta sea imponible con el nuevo Código y la rebaja dependa del arbitrio judicial.

Tratándose de sentencias firmes hay que comparar ambas Legislaciones, la derogada conforme a la que se efectuó el enjuiciamiento y la vigente.

En esta comparación se excluye por imperativo legal el arbitrio judicial, solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre determinaría una penalidad inferior.

De la *Sentencia del Tribunal Supremo 470/2011, de 26 de mayo*,²⁶ se desprende que puede darse una revisión de sentencias firmes cuando se encuentre en fase de ejecución. Sin embargo, también se aplicará la ley penal más favorable cuando la sentencia no sea

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 412/2012, de 21 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:3805

²⁵ Sentencia de Tribunal Supremo 290/2013, de 16 de abril. ECLI:ES:TS:2013:1622

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 470/2011, de 26 de mayo. ECLI:ES:TS:2011:3770

firme y se encuentre en vía de recursos, para las cuales está previsto una adaptación a la nueva legalidad de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 5/2010.²⁷

Tras analizar la jurisprudencia, podemos afirmar que, para determinar la ley más favorable, debemos analizar ambas leyes, la que estaba en vigor en el momento de cometer el hecho delictivo y la nueva que entró en vigor. Finalmente, cuando se determine cuál es la más beneficiosa, aplicar todas sus previsiones, pues no es posible aplicar ambas de manera fragmentada, pues estaríamos creando una tercera ley.

5. Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual

El 25 de agosto de 2022 fue aprobada la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, entrando en vigor el 7 de octubre de 2022. Se trata de una reforma que afecta a los delitos contra la libertad sexual, contenidos en el Título VIII del Código Penal.

Una de las especialidades de esta ley es que no contiene derecho transitorio, aplicándose, por tanto, las disposiciones transitorias de otras leyes, como las del Código Penal de 1995.

A partir de la entrada en vigor de esta ley y hasta el día 31 de marzo de 2023 han tenido lugar al menos a 978 reducciones de penas y 104 excarcelaciones, según los datos recabados por el Consejo General del Poder Judicial del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. Hay que advertir que algún órgano judicial no ha aportado esta información, y, por tanto, en las tablas facilitadas figuran solamente las excarcelaciones confirmadas y comunicadas.²⁸

²⁷ En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo. b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley. c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

²⁸ Informe del Consejo General de Poder Judicial de 14 de abril de 2023.

Sin embargo, el CGPJ advierte que no todos los órganos judiciales han aportado la información completa solicitada, pues algunos de ellos han argumentado la huelga de los letrados de la administración de justicia como motivo para la ausencia de datos. Por lo consiguiente, la información irá actualizándose de forma periódica y será posible que sean más revisiones y excarcelaciones en los próximos meses.

Esta rebaja masiva de penas a los condenados por delitos sexuales tiene su fundamento en que la nueva ley actúa como norma más favorable, aplicándose el artículo 2.2 del Código Penal, dando lugar a la retroactividad de la ley.

El Consejo General del Poder Judicial emitió un informe preceptivo²⁹ en febrero de 2021 donde advirtió que este problema sucedería. Así, en la conclusión octogésimocuarta, se expresa que “la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente”. No obstante, el Ministerio de Igualdad no hizo caso a la información contenida en dicho informe.³⁰

La Ministra de Igualdad defendió que las rebajas de penas por agresión sexual con la “ley solo sí es sí” no iban a llegar nunca, razonando que era propaganda machista y señalando que tanto la Fiscalía General del Estado como la jurisprudencia en nuestro país era clara al respecto.³¹

Cuando empezaron a tener lugar las rebajas de penas, la Ministra informó que no es debido a la propia ley, sino a la interpretación que están haciendo los jueces de ella. En una entrevista el 16 de noviembre de 2022, en la cadena SER³² dice que lo que está ocurriendo es que hay jueces que no están cumpliendo con la ley. Añade que Naciones Unidas y el Comité Cedaw³³ les alertó de la situación, que los estereotipos y el machismo

²⁹ Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual del Consejo General del Poder Judicial. 2021.

³⁰ Sin embargo, el CGPJ no advirtió sobre la reducción de los límites mínimos de las penas, que es lo que está dando lugar a la mayor rebaja de penas.

³¹ CALVO, Elena. Irene Montero, hace unos días: «No se conoce ni se va a conocer una sola reducción de penas, es propaganda machista». *ABC* [en línea]. 15 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/irene-montero-dias-conoce-conocer-sola-reduccion-20221115123027-nt.html> [consulta: 8 de junio de 2023].

³² Véase en <https://cadenaser.com/nacional/2022/11/16/irene-montero-asegura-que-no-cambiara-la-ley-del-solo-si-es-si-y-carga-contra-los-jueces-no-estan-cumpliendo-la-ley-cadena-ser/>

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

pueden comprometer la imparcialidad e integridad de los sistemas de justicia y que esos mismos estereotipos y machismo puede hacer que haya jueces que apliquen erróneamente la ley o la apliquen de forma defectuosa. Finalmente agrega que en cumplimiento de la ley de garantía integral de la libertad sexual reforzarán la formación obligatoria de todo el personal que opera en la justicia y que los tribunales unifiquen su criterio en defensa de los derechos de las mujeres y para garantizar que no haya impunidad para los agresores.

La Fiscalía General del Estado ante la revisión masiva de sentencias y al no haber un criterio general, emitió la *Circular 1/2023, de 29 de marzo*³⁴ para la actuación del Ministerio Fiscal en los delitos contra la libertad sexual en la que se indica:

1. Como regla general no procederá la revisión de condenas firmes cuando la pena que se haya impuesto en la sentencia también sea susceptible de imponerse con la nueva regulación.

Además, se establece, que para valorar la ley más beneficiosa debe atenderse a la totalidad de la norma aplicable, considerando también las nuevas circunstancias agravatorias que puedan ser de aplicación. También se realizará una comparación global cuando se trate de concurso de delitos, extremando la cautela a la hora de realizar la correcta equivalencia entre el tipo penal derogado y el vigente.

2. Si procede la reducción de la pena privativa de libertad, deberá valorarse la imposición de penas accesorias, como pueden ser la libertad vigilada o la privación de la patria potestad, la inhabilitación especial para los ejercicios de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como para acceder a empleo o cargo público, o para cualquier profesión que conlleve contacto regular y directo con menores de edad.
3. Esta circular también se centra en el enfoque de género derivado del Convenio de Estambul, directamente aplicable en España.

³⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, de 29 de marzo

6. Posturas de los Tribunales

Ante esta situación, ¿qué es lo que dice la jurisprudencia? ¿Era necesario el derecho transitorio en la ley para que no tuvieran lugar las revisiones de condenas o no era necesario y no se está cumpliendo con dicha jurisprudencia? ¿Si eran necesarias estas disposiciones como debe cumplirse su carencia?

El Tribunal Supremo está a favor de la revisión de sentencias si la ley es mas favorable para el reo y lo podemos observar en su *Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre de 2022, el Caso Arandina*³⁵. En este caso era preciso acudir a una imposición menor de la pena que hubiera correspondido con el texto legal anterior, teniendo en cuenta que la pena a imponer antes de la reforma en los casos de acceso carnal, con una agravante específica, llevaba pena de prisión de 8 a 12 años en mitad superior y ahora esta pena se ha rebajado de 6 a 12 años de prisión en mitad superior. La mitad superior antes de la reforma era entre 10 años y 1 día a 12 años y ahora lo es entre 9 años y 1 día a 12 años, en virtud de lo cual se impone la pena de 9 años y un día de prisión a cada uno de los dos condenados al desaparecer cualquier circunstancia atenuatoria por razón de la edad y ser la pena que ahora corresponde tras la Reforma del Código Penal. La pena ahora impuesta es el resultado de ajustar la proporcionalidad de la culpabilidad a la penalidad imponible.

El Tribunal refleja que “la acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa, (aplicando el art. 2.2 CP) como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo 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.”

En el caso de los Tribunales Superiores de Justicia no hay un criterio general, habiendo dos posturas diferentes entre el TSJ de Asturias y el de Galicia que procederé a analizar:

³⁵Sentencia del Tribunal Supremo 930/2022, de 30 de noviembre. ECLI:ES:TS:2022:4489

El caso examinado en la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 3172/2022, de 24 de noviembre de 2022*³⁶, sufre una revisión y se modifica la pena. En la propia resolución se justifica que la procedencia de la modificación tiene lugar por el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, que constituye una excepción al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. En la sentencia se recoge que:

1. El hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio no es de gran importancia, pues este tipo de disposiciones carecen de virtualidad para restringir y contradecir el contenido del art. 2.2 del Código Penal, la normativa internacional (artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y constitucional (artículo 9.3 de la Constitución Española).

Según el Parlamento de Canarias, podemos definir las disposiciones transitorias como un precepto que se incluye en la parte final de un texto normativo para facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto en la nueva norma. Al ser un simple precepto cuya finalidad es facilitar el tránsito a la nueva normativa, no tienen capacidad suficiente para restringir el principio de retroactividad de la ley penal más favorable para el reo, que se recoge en la normativa internacional, constitucional, y en el artículo 2.2 del Código Penal.

2. La carencia del derecho transitorio en la Ley 10/2022 debe suplirse con los criterios establecidos en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, que se reiteran en ulteriores reformas legislativas y que resultan de aplicación por constituir unos criterios interpretativos plenamente consolidados, de acuerdo con numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, tales como *SSTS 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio*.

Observamos que los criterios utilizados en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 no tienen carácter general, pues son disposiciones transitorias específicas para dicha ley. Sin embargo, estos criterios son seguidos en el tiempo por nuestros Tribunales, pues al analizar la LO 10/1995, la LO 5/2010 y la LO 1/2015, es

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 3172/2022, de 24 de noviembre. ECLI:ES:TSJAS:2022:3172

posible asegurar que la disposición transitoria referida a la revisión de sentencias es similar, siguiéndose la misma idea en textos legales posteriores y reformas sucesivas.

Pese a ello, la Ley 10/2022 no contiene derecho transitorio y no sigue tales criterios. ¿Podrían aplicarse las disposiciones transitorias de nuestro Código Penal actual para cubrir tal carencia? El TSJ de Asturias argumenta que sí, al ser unos criterios plenamente consolidados por el Tribunal Supremo.

3. Se distinguen dos regímenes para la revisión de sentencias, uno de aplicación a las sentencias condenatorias firmes en fase de ejecución y otro aplicable a las sentencias no firmes en trámite de recurso. Esta distinción viene avalada por reiterada jurisprudencia, por ejemplo, la *STS 470/2011, de 26 de mayo, 346/2016, de 21 de abril y 536/2016, de 17 de junio*.

En el supuesto de sentencias en trámite de recurso, la aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable se desprende de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica 10/1995, que establece que : "En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el periodo de *vacatio*, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo. [...]".

Finalmente, la resolución se fundamenta en base a un *Decreto de la Fiscalía General del Estado, de 21 de noviembre de 2022*³⁷ que tiene como finalidad establecer unas directrices respecto a la posibilidad de revisión de sentencias condenatorias firmes por delitos contra la libertad sexual. Aclara que "las/los fiscales llevarán a cabo un proceso de análisis individualizado de los procedimientos afectados por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, especialmente de los que ya hubieran concluido mediante sentencia condenatoria firme y se encuentren en fase de ejecución, al objeto de determinar si la nueva redacción y el nuevo marco penológico ofrecido a los tipos penales reformados resultan más beneficiosos para la persona condenada, que será oída en todo caso."

³⁷ Decreto de la Fiscalía General del Estado, de 21 de noviembre de 2022.

El Auto de la *Audiencia Provincial León 1/2023, de 24 de enero*³⁸ sigue la misma línea que el TSJ de Asturias, al indicar que las disposiciones de régimen transitorio carecen de virtualidad para restringir y contradecir lo contenido en el artículo 2.2 de Código Penal. Las disposiciones transitorias, se limitan a consagrar una interpretación de ese mandato y qué ley se considera más favorable. Además, sostiene que el contenido de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley Orgánica 10/1995³⁹, de 23 de noviembre, del Código Penal, resulta de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado.

En el presente caso, el reo fue condenado como autor de un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código penal a 4 años de prisión, que llevaba aparejada una pena de prisión de entre uno y cinco años. El mismo hecho delictivo aparece tras la reforma con una pena de prisión de entre uno y cuatro años. En la sentencia se impuso la pena de cuatro años de prisión, siendo una pena cercana a la máxima legal, no obstante, con la actual redacción del art. 178 del Código Penal esa extensión sería la máxima posible, considerando la Audiencia Provincial que la nueva redacción del delito de agresión sexual, en su modalidad básica, resulta más favorable para el reo.⁴⁰

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, consideraban que no debía revisarse la pena, pues la que se le impuso cabe en la extensión del tipo penal en la actual redacción del art. 178 C.P. Sin embargo, en la sentencia de 1º Instancia no se quiso imponer la pena en su extensión máxima, y mantener la misma pena privativa de libertad supondría sancionar el hecho con la pena máxima establecida en la nueva regulación, dando lugar a desajustes en los criterios que se tuvieron en cuenta en la imposición de la pena y siendo contrario al principio de proporcionalidad.

³⁸ Auto Audiencia Provincial León 1/2023, de 24 de enero. ECLI:ES:APLE:2023:1A

³⁹ 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

⁴⁰ Tal como señaló el Consejo General del Poder Judicial en su informe.

Con esta interpretación, la Sala no hace uso de arbitrio alguno, ni lleva a cabo una nueva individualización de la pena, sino que aplican el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta las mismas circunstancias que se tuvieron en consideración en 1º Instancia, estimando que la que la pena deberá reducirse en una quinta parte, al resultar más favorable para el reo y la pena de prisión impuesta se reduce a tres años, dos meses y dos días.

En la *Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia 129/2022, de 14 de diciembre de 2022*⁴¹, se cita la *Sentencia de 21/11/22 (ROL 91/22)* del mismo órgano que recoge que la voluntad del legislador al poner en marcha la reforma de los delitos contra la libertad sexual era dispensar a las mujeres y a las niñas una mayor protección jurídica. Esto dio lugar a un incremento de algunas penas, pero también la rebaja de otras, produciéndose un redimensionamiento de determinados marcos penales. Al mismo tiempo, se introdujeron nuevos subtipos agravados, pero también se despenalizaron ciertas conductas que antes eran típicas.

Una de las cuestiones que se debate en la sentencia es si a partir de las leyes penales actualmente vigentes, es posible reducir las penas a los violadores y agresores sexuales tras la entrada en vigor de la LO 10/2022.

Nadie niega que la Constitución y el Código Penal autorizan la revisión de penas de una manera general cuando la nueva ley es más beneficiosa para el reo. Sin embargo, cuando el legislador ha querido que tenga lugar un singularizado proceso de revisión de penas ha introducido una serie de disposiciones en la propia ley. Así lo ha hecho en las reformas más importante que han tenido lugar en nuestra historia jurídica, como por ejemplo el cambio del Código penal de 1944-73 al Código penal de 1995. Pero también sucede con otras importantes leyes penales reformadoras, como la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Se observa que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no contiene disposiciones transitorias relativas a la revisión de condenas, produciendo un gran grado

⁴¹Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia 129/2022, de 14 de diciembre. ECLI:ES:TSJGAL:2022:8423

de incerteza que no había tenido lugar en otras leyes. En la propia sentencia del Tribunal se señalan varias posibles soluciones:

1. Entender que no caben reducciones de condena porque la ley está perfecta.
2. Deducir que ante la ausencia de un derecho transitorio debe acudirse por analogía a esas otras leyes mencionadas anteriormente, singularmente el Código penal de 1995, para proceder conforme a lo que se recoge en las mismas en lo relativo a revisión de sentencias.
3. O que finalmente se acuda a esas leyes, pero solo en la medida en que sean más favorables al reo y descartando aquellas disposiciones que no supongan una mejora de su situación penal por las propias limitaciones que el legislador ha querido imponer.

El Tribunal descarta la primera opción, pues si una ley actúa como más favorable para el reo, esta es de aplicación preferente y obligatoria. Sin embargo, también descarta un rígido acatamiento de un derecho transitorio que no es el legalmente previsto para los supuestos en examen, debido a que son disposiciones aplicables a los delitos acabados de reformar y ninguna de ellas se ha incorporado al Código penal con una vocación de futuro para todas las eventuales reformas que puedan tener lugar. Es de importancia señalar por la Sala que las reformas profundas han ido acompañadas de su específico derecho transitorio.

La Sala entiende que, aun en ausencia de disposiciones transitorias específicas, cabe la revisión de condenas por así permitirlo los artículos 9.3 de la Constitución española y 2.2 del Código penal, pero siempre atendiendo a las concretas circunstancias del caso, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias y el de Galicia mantienen posturas contradictorias. Por un lado, el de Asturias argumenta que la carencia del propio derecho transitorio en la LO 10/2022 no es de gran importancia, ya que carecen de virtualidad para restringir y contradecir el artículo 2.2 del Código Penal, la normativa internacional y constitucional. Mientras que el de Galicia expone que el legislador ha incluido en las



reformas una serie de disposiciones transitorias cuando ha querido un proceso singularizado de revisión de sentencias, y al no incluirlas en este caso, se ha producido un escenario de incerteza, dando lugar a tres posibles soluciones, que no se deban revisar las sentencias por ser la ley perfecta, que se acate el derecho transitorio del Código Penal de 1995 o acudir a las disposiciones transitorias favorables de reformas anteriores, descartando las perjudiciales para el reo.

Resulta obvio que al unificar el abuso y la agresión sexual en un solo tipo penal es necesario reestructurar los marcos penales, pues al unificar ambos delitos no pueden castigarse con los mismos marcos penales anteriores a la reforma. En algunas conductas delictivas se redujeron los mínimos, dando lugar a la revisión de sentencias por aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable.

Por otro lado, ambos Tribunales difieren en la aplicación de las disposiciones Transitorias de la LO 10/1995 para cubrir la carencia del derecho transitorio de la LO 10/2022. El TSJ de Asturias se posiciona a favor, por ser unos criterios interpretativos plenamente consolidados mientras que el TSJ de Galicia se posiciona en contra, descartando un rígido acatamiento de un Derecho transitorio que no es el legalmente previsto a los supuestos de examen. Añade que las disposiciones transitorias son aplicables a los delitos acabados de reformar pero que ninguna de ellas se incorporó al Código Penal con la finalidad de ser aplicadas a las futuras reformas que pudieran tener lugar.

En mi opinión, cada reforma debe ir acompañada de su específico derecho transitorio, que dirija las cuestiones relativas a eventuales modificaciones de sentencias, puesto que es un derecho que no puede ser limitado, y si estas no fueran necesarias, después de la reforma de la LO 10/1995, no se hubieran incluido en la LO 5/2010 ni en la LO 1/2015.

Sin embargo, ambos Tribunales llegaron a la misma conclusión, cabe la revisión de condenas por permitirlo el artículo 9.3 de la Constitución Española y el artículo 2.2 del Código Penal.

En lo que respecta *al Auto 12/2023, de la Audiencia Provincial de Alicante, de 19 de enero de 2023*⁴², sigue el criterio aplicado en las Audiencias Provinciales antes mencionadas, siguiendo el contenido del artículo 2.2 del Código Penal.

En este caso, la Sentencia en 1º Instancia fue revisada, aunque la acusación particular como el Ministerio Fiscal se opusieron, al considerar que la pena impuesta se encontraba dentro de la horquilla de pena prevista en la nueva redacción del citado artículo.

Sin embargo, la Sala consideró que de conformidad con la nueva legislación procedía la revisión de la sentencia debido a que al penado se le impusieron 10 años de prisión correspondiendo a la mitad superior del grado mínimo al estar prevista una pena de 8 a 12 años. En la nueva regulación está prevista una pena de 6 a 12 años por lo que la mitad superior de la pena son 9 años. Por lo tanto, procedía la revisión de la sentencia imponiendo una pena de 9 años.

Por otro lado, el 7 de junio de 2023 se publicó una nota de prensa en la página del Poder Judicial. En ella se indica que, hasta ese momento, el Tribunal Supremo solo había resuelto recursos de casación presentados contra sentencias que no eran firmes cuando entró en vigor la ley. Posteriormente, se indica que el Tribunal Supremo confirma los criterios de las Audiencias Provinciales en las revisiones de penas efectuadas tras la reforma de la Ley Orgánica 10/2022⁴³.

7. Ley intermedia

La ley intermedia es la que no estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos delictivos ni en el momento del juicio, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro. Las dudas que plantea su posible aplicación provienen del hecho de que la valoración

⁴² Auto de la Audiencia Provincial de Alicante 12/2023, de fecha de 19 de enero. ECLI:ES:APA:2023:12A

⁴³ Véase en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-los-criterios-de-las-Audiencias-Provinciales-en-las-revisiones-de-penas-efectuadas-tras-la-reforma-de-la-Ley-Organica-10-2022->

contenida en dicha ley no era mantenida por el legislador cuando se cometió la conducta, pero tampoco lo es en el momento en que ésta se enjuicia.⁴⁴

A pesar de ello, si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el reo se acepta que se aplique al caso, debido a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no deben aplicársele las consecuencias de la ley que le perjudica, así lo establece la STS de 27 de diciembre de 1982.⁴⁵

La Ley 10/2022 se convierte en ley intermedia tras la aprobación de su reforma impulsada por el PSOE, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

El Tribunal Supremo en algunas sentencias ha considerado aplicable “a ley penal intermedia si esta es más favorable que las vigentes en el momento de comisión del hecho y de celebración del juicio y así lo entienden las siguientes sentencias:

La *Sentencia del Tribunal Supremo 140/2002 de 8 de febrero*⁴⁶, aplicó la ley intermedia más favorable a un delito de abusos sexuales, aunque apenas existiesen pronunciamientos en la materia. La *Sentencia del Tribunal Supremo 692/2008 de 4 de octubre*⁴⁷ recoge la retroactividad de la ley penal intermedia más favorable y expone que la mayoría de la doctrina científica considera que la ley penal intermedia más beneficiosa debe ser aplicada porque el espíritu humanitario y el texto del artículo 2.2 del Código Penal no lo impiden, pues si una ley se considera más favorable para el reo, está tendrá carácter retroactivo. Además, se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, pues sería por la tardanza de la Administración de Justicia la que empeoraría su situación. Por último, la *Sentencia del Tribunal Supremo 1026/2009, de 16 de octubre*⁴⁸ reitera los criterios aplicados en la *STS 140/2002* y la *STS 692/2008*.

La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, al contrario que la Ley 10/2022, contiene disposiciones transitorias, recogiendo los criterios para la revisión de sentencias, pues la

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 137

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 10º edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 137

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 140/2002 de 8 de febrero. ECLI:ES:TS:2002:800

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 692/2008 de 4 de octubre. ECLI:ES:TS:2008:6941

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1026/2009, de 16 de octubre. ECLI:ES:TS:2009:6343



retroactividad de la ley más favorable es un principio que no puede limitarse, pero pueden recogerse las pautas para proceder a la revisión. Que la reforma de la Ley 10/2022 si contenga derecho transitorio me hace llegar a la conclusión de que eran necesarias, pues de no ser así, la reforma no habría ido acompañada de su específico derecho transitorio, tal como la propia ley.

La reforma no recupera la diferencia entre abuso y agresión sexual, sin embargo, eleva las penas cuando hay violencia o intimidación. Por tanto, al elevar el marco penológico en determinadas conductas típicas, antijurídicas y culpables, la Ley 10/2022 seguirá siendo más favorable que la Ley 4/2023. Podemos llegar a la conclusión que, pese al cambio legislativo, podrán darse más rebajas de penas y excarcelaciones, debido a que, si la ley intermedia es más favorable para el reo, debe de ser aplicada según los criterios del Tribunal Supremo.

8. Conclusiones

Podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria, por aplicarse el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo en vista de ley posterior más beneficiosa, pues así lo establecen la Constitución en su artículo 9.3 y el Código Penal en su artículo 2.2.
2. Las disposiciones transitorias no pueden limitar lo contenido en el artículo 2.2 del Código Penal por ser un simple precepto cuya finalidad es facilitar el tránsito a la nueva normativa. El principio de retroactividad de la ley más favorable no se puede limitar.
3. En ausencia de disposiciones transitorias específicas, cabe la revisión de condenas, por así permitirlo los artículos 9.3 de la Constitución española y 2.2 del Código penal, pero atendiendo a las concretas circunstancias del caso.
4. La ley intermedia puede aplicarse de manera retroactiva si es favorable para el reo.



5. Hay que atender al principio de proporcionalidad en cada caso concreto, pues si en 1º Instancia se impuso una pena que al reformar la ley pasa a ser la pena máxima, se atenta contra este principio, pues en la sentencia de 1º Instancia no se quiso imponer la pena en su extensión máxima, y mantener la misma da lugar a desajustes en los criterios que se tuvieron en cuenta en la imposición de la pena.

6. No hay un criterio general sobre cómo actuar ante las revisiones de sentencias por carecer la Ley 10/2022 de disposiciones transitorias. Hay tribunales como el de Asturias, que exponen que no es de importancia que la LO 10/2022 no contenga disposiciones transitorias, pues no pueden contradecir lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal, la normativa internacional y constitucional. Mientras que otros tribunales, como el de Galicia, argumentan que cada reforma debe ir acompañada de su derecho transitorio específico.

7. Tampoco hay un criterio generalizado sobre si se debe suplir la carencia del derecho transitorio de la LO 10/2022 con las disposiciones del Código Penal de 1995, por ser unos criterios interpretativos plenamente consolidados que se reiteran en ulteriores reformas o se descarta un rígido acatamiento de un Derecho transitorio que no es el legalmente previsto a los supuestos de examen.

8. Por último, podemos afirmar que los criterios utilizados en la revisión de sentencias tras la reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 10/2022, no son criterios específicos de esta ley, sino criterios que se reiteran en el tiempo tras la gran reforma del Código Penal de 1995.

En mi opinión, las disposiciones transitorias no pueden restringir la retroactividad de la ley más favorable para el reo, contenida en el artículo 2.2 del Código Penal, pues esta es obligatoria y preferente. Sin embargo, cada reforma debe contener su derecho transitorio específico, fijando los criterios de cómo proceder a la revisión de las sentencias si la ley actúa como más favorable, pues de no ser así, los jueces se verán obligados a



acudir al derecho transitorio de otras leyes, como está sucediendo con las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995.

El principio de la retroactividad de la ley más favorable es un derecho que no puede ser limitado, y si las disposiciones no fueran necesarias, después de la gran reforma de la LO 10/1995, no se hubieran incluido en la LO 5/2010 ni en la LO 1/2015.

Finalmente, podemos afirmar que la Ministra de Igualdad no tenía razón al indicar que con la Ley 10/2022 no se revisarían algunas penas, diciendo que era propaganda machista y que la jurisprudencia era clara al respecto. Después de analizar la jurisprudencia, es posible asegurar que, si una ley penal es más favorable para el reo, esta debe ser aplicada de manera obligatoria y preferente.

9. Bibliografía, jurisprudencia y otras resoluciones

Manuales:

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 24^o ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 10^o edición. Tirant Lo Blanch, 2019. ISBN-13 978-8413139395

Artículos de periódico:

CALVO, Elena. Irene Montero, hace unos días: «No se conoce ni se va a conocer una sola reducción de penas, es propaganda machista». *ABC* [en línea]. 15 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/irene-montero-dias-conoce-conocer-sola-reduccion-20221115123027-nt.html> [consulta: 8 de junio de 2023].

GARRIDO, Isabel. Miles de personas protestan en toda España contra la sentencia de La Manada: “No es abuso, es violación”. *El Mundo* [en línea]. 27 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/26/5ae1f7c422601dd71c8b4618.html> [consulta: 20 de junio de 2023].

VALDÉS, Isabel. La Ley del “solo sí es sí” sale adelante: el Congreso respalda con amplia mayoría la legislación sobre libertad sexual. *El País* [en línea]. 25 de agosto de 2022. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2022-08-25/la-ley-del-solo-si-es-si-sale-adelante-el-congreso-respalda-con-amplia-mayoria-la-legislacion-sobre-libertad-sexual.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado [consulta: 8 de junio de 2023].

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2003, de 10 de febrero



Sentencia del Tribunal Supremo 930/2022, de 30 de noviembre

Sentencia de Tribunal Supremo 290/2013, de 16 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo 412/2012, de 21 de mayo

Sentencia del Tribunal Supremo 38/2012, de 2 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 470/2011, de 26 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 1026/2009, de 16 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 692/2008 de 4 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 752/2002, de 29 de abril

Sentencia del Tribunal Supremo 140/2002 de 8 de febrero

Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1997, de 31 de octubre

Sentencia del Tribunal Supremo 29 de junio de 1985

Auto Audiencia Provincial León 1/2023, de 24 de enero

Auto de la Audiencia Provincial de Alicante 12/2023, de fecha de 19 de enero

Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia 129/2022, de 14 de diciembre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 3172/2022, de 24 de noviembre

Resoluciones

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, de 29 de marzo

Decreto de la Fiscalía General del Estado, de 21 de noviembre de 2022

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de 23 de febrero