

The background of the cover is a dark green, textured surface. Several horizontal lines, representing clotheslines, stretch across the frame. Numerous hand-drawn banknotes, each with a dollar sign (\$) in a circle, are clipped to these lines with wooden clothespins. In the lower-left corner, a bucket is overflowing with stacks of coins and more banknotes. Some coins are scattered on the ground around the bucket. The overall theme is the 'washing' of money, likely a metaphor for corruption or financial cleansing.

Revista

ISSN 2007-4700

# El

# MÉXICO

Número 23

julio - diciembre 2023



## Agresiones sexuales y prisión provisional



**Pablo Mora Díez\***

*Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva.  
Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** *La importancia que tienen las garantías procesales y sustantivas en un Estado de derecho, por un lado, y la existencia de la institución de la prisión provisional en nuestro ordenamiento jurídico, por otro, es un maridaje difícil de combinar. Cuando entramos en el ámbito de las agresiones sexuales, todavía se acentúa más este desencuentro, toda vez que se trata de delincuencia que se comete en la “clandestinidad” ordinariamente, y que es bastante frecuente que la declaración de la víctima sea la prueba esencial sobre la que pivota la condena o la absolución del investigado. (Lo que la jurisprudencia viene llamando “situaciones límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia”). Esto hace que el empleo de la prisión provisional en esta clase de delincuencia presente unos perfiles específicos que requieran un estudio sosegado, sometiendo la institución de la prisión provisional al cedazo de la crítica.*

**PALABRAS CLAVE:** *Delitos contra la libertad sexual, prisión provisional, penas, derechos fundamentales, presunción de inocencia.*

**ABSTRACT:** *The importance of procedural guarantees in the rule of law, on the one hand, and the existence of the institution of pre-trial detention in the Spanish legal system, on the other, is a difficult combination. Thus, when it comes to sexual aggression, this misunderstanding is even more accentuated, given that the crime is usually committed “clandestinely”, and the victim’s statement is often the essential evidence on which the conviction or acquittal of the person under investigation depends. (What jurisprudence has been calling “borderline situations of crisis of the fundamental right to the presumption of innocence”). The use of pre-trial detention in this type of crime presents specific profiles that require careful consideration, subjecting this institution of pre-trial detention to scrutiny.*

**KEYWORDS:** *Crimes against sexual freedom, pre-trial detention, sentences, fundamental rights, presumption of innocence.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Prisión provisional y presunción de inocencia. 3. La reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su incidencia en el uso de la prisión provisional. 4. La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

Las últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual han supuesto una alteración del marco punitivo previsto para esta clase de delincuencia y, por ende, este hecho ha afectado de lleno a una institución cuyo empleo es habitual para esta clase de graves y luctuosos delitos: la prisión provisional.

Por un lado, la reforma realizada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, (conocida como “solo sí es sí”) ha supuesto una profunda modificación del Código Penal en los delitos de naturaleza sexual, ubicados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”.

Esta modificación ha afectado también de lleno al marco penológico establecido para esta clase de delincuencia. En palabras de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, n.º 481/23, de 13 de febrero (ponente Manuel Marchena Gómez) “La entrada en vigor de la LO 10/22, de 6 de septiembre, ha reordenado los espacios dosimétricos previgentes a la hora de sancionar los delitos contra la libertad sexual”.

También esta reforma sitúa el consentimiento de la víctima en el “punto de no retorno” para diferenciar la licitud o ilicitud de la relación sexual. Asimismo, suprime la distinción tradicional entre agresión y abuso sexual. Trata, en definitiva, de construir un nuevo escenario en el enjuiciamiento de la delincuencia sexual.

Por otro lado, la *contrarreforma* operada por la LO 4/23, de 27 de abril, de los delitos contra la libertad sexual, ha supuesto una nueva vuelta de tuerca en esta materia, de manera que vuelve a elevar las penas para este tipo de delincuencia. Dos modificaciones profundas y cercanas en el tiempo que crean, como es lógico, un problema importante de seguridad jurídica.

Como ya he dicho, en esta clase de delitos, en la práctica judicial, es bastante frecuente el uso de la medida cautelar personal de la prisión provisional,

regulada en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como medio usual de asegurar, ordinariamente (por explicarlo de manera puramente formal), la presencia del investigado en el acto del juicio oral y durante todo el procedimiento, debido a las altas penas que suelen ser asociadas a estos tipos delictivos, así como evitar el riesgo de fuga, la destrucción de pruebas y la protección de la víctima de estos luctuosos hechos.

## 2. Prisión provisional y presunción de inocencia

Ya desde sus inicios el Tribunal Constitucional ha subrayado el carácter excepcional de la medida de prisión cautelar; la STC 41/82, de 2 de julio, dice:

... no debe ser la regla general para las personas que deben ser juzgadas y se inspira en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe ser considerarse como una medida excepcional; c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.”

Esto, en línea con las enseñanzas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Lo cierto es que la existencia de la prisión provisional en el *ancien régime* era un presupuesto necesario para el uso de la tortura como prueba reina del proceso inquisitivo, para de este modo obtener la confesión del reo. La prisión provisional y la tortura van, así, de la mano desde un principio. GREVI habla de la prisión preventiva en el antiguo régimen como “un prius necesario para la obtención de las pruebas”<sup>1</sup>.

Lo cierto es que el desembarco de las ideas ilustradas en el ámbito del derecho penal transforma sustancialmente el viejo proceso inquisitivo orientándolo al

<sup>1</sup> GREVI, V. “Libertà personale dell’imputato e costituzione”. Editorial Giuffrè. 1976. Pág 3.

establecimiento de unas reglas más justas y racionales. No obstante, todavía la prisión sin condena permanece en la actualidad como un lastre de este proceso medieval. En todo caso, en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ, todo este proceso histórico produce una “disociación de la tortura y la prisión provisional”.<sup>2</sup>

Sobre la institución de la prisión provisional se han escrito numerosos tratados, artículos, tesis doctorales y, en gran parte de ellas, son feroces y duras las justas y lógicas críticas dirigidas a una institución que, al fin y al cabo, supone un adelanto de la pena que se impone al reo, sin que haya existido juicio alguno. Una presunción de culpabilidad adelantada al momento basilar del juicio oral. Es difícil la convivencia entre un derecho absoluto y fundamental como es la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento y la institución de la prisión provisional. Directamente no conviven. Pero, en todo caso, es una institución en vigor en la actualidad en nuestro ordenamiento y que, además, es incluso de uso ordinario, por no decir frecuente, en nuestros *palacios de justicia*.<sup>3</sup>

De hecho, SIMÓN CASTELLANO habla de que en el año 2019 el 16 % de la población reclusa se encontraba en situación de prisión provisional “Hablar de la prisión provisional como medida excepcional stricto sensu es contribuir innecesariamente a una falacia largamente extendida”.<sup>4</sup>

Así, hay que subrayar que uno de los más importantes juristas europeos del siglo xx y principios del xxi, LUIGI FERRAJOLI, ha llevado la crítica a la prisión provisional “hasta sus últimas consecuencias” en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ<sup>5</sup>. Así, FERRAJOLI, con relación a esta dice: “... el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para pro-

vocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales”.<sup>6</sup>

El respeto a las garantías del proceso penal, expresión más elocuente de los derechos del investigado es sin duda el centro y pilar fundamental del procedimiento penal, como expresión más acabada del principio acusatorio que debe inspirar el proceso penal en un Estado de derecho. Así lo subraya ASENCIO MELLADO cuando dice:

“Para alcanzar ese fin, para que sea eficaz es necesario e imprescindible que se respeten todas y cada una de las garantías que antes se han esbozado y que son consustanciales al clásico principio acusatorio o, lo que es lo mismo, configurar el proceso como un instrumento que preserve las garantías procesales. Y en este concepto han de incluirse tanto las procedimentales, las cuales tienen un valor más relevante del que comúnmente se les suele asignar y cuya infracción puede generar la nulidad radical de los actos formalmente mal ejecutados, como las que derivan de derechos fundamentales, las que, por el lugar que ocupan en la norma constitucional, por su posición preferente en el ordenamiento jurídico, han de producir, sin excepción alguna, la nulidad radical de los elementos de investigación afectados por la intromisión ilegítima.”<sup>7</sup>

Como expresión más acabada de esta idea, FERRAJOLI dice “Cuando falta enteramente la garantía penal de la estricta legalidad, el juicio penal se convierte inevitablemente en juicio moral, y el juicio moral en pura arbitrariedad”.<sup>8</sup>

La importancia que tienen las garantías procesales y sustantivas en un Estado de derecho, por un lado, y la existencia de la institución de la prisión provisional en nuestro ordenamiento jurídico, por otro, es un matrimonio difícil de combinar.

Y así, cuando entramos en el ámbito de las agresiones sexuales, todavía se acentúa más este desencuentro, toda vez que, al tratarse de delincuencia que se comete en la “clandestinidad” ordinariamente, y en la que es bastante frecuente que la declaración de la víctima sea la prueba esencial sobre la que pivota

<sup>2</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* n° 13. 1997. Pág. 6.

<sup>3</sup> Entre las críticas a las que me refiero podemos citar la lúcida visión en esta materia de ANDRÉS IBÁÑEZ, P. en “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, “Teoría y derecho”, *Revista de pensamiento jurídico*, n° 1. Editorial Tirant lo Blanch. 2007, donde no se limita a un examen formal y superficial del papel actual de la Fiscalía en el ámbito del proceso penal sino que se adentra en cuestiones concretas y determinadas, como el tema que nos ocupa: la prisión provisional.

<sup>4</sup> SIMÓN CASTELLANO, P. “El régimen jurídico – constitucional de la prisión provisional en España”. *Revista Penal México*, n° 18. 2021. Pág. 182

<sup>5</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, dentro de la revista “Detención y prisión provisional”. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. 1996, f 31.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. 1995. Pág. 555.

<sup>7</sup> ASENCIO MELLADO, J. “El proceso penal con todas las garantías”. *Ius Et Veritas*, 16(33). 2006. Pág. 239-240.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L. “El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal”. Editorial Trotta. 2018. Pág. 140.

## Agresiones sexuales y prisión provisional

la condena o la absolución del investigado. (Lo que la jurisprudencia viene llamando “situaciones límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia”).<sup>9</sup> A este respecto, se ha escrito mucho sobre la nueva definición de consentimiento que se recoge en el nuevo artículo 178 del Código Penal tras la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, y los problemas probatorios que plantea.<sup>10</sup> Lo que resulta claro es que en ningún caso puede suponer una inversión de la carga de la prueba, que corresponde a las acusaciones, pues eso supondría una lesión clara de un derecho fundamental como es la presunción de inocencia (artículo 24 CE).

No hay que olvidar que los modernos avances tecnológicos, especialmente la prueba de ADN, ha supuesto la revisión de múltiples casos de agresiones sexuales, dando lugar a absoluciones de sentencias condenatorias en firme, incluso en algunos casos de condenados a muerte por los hechos revisados.<sup>11</sup>

Por ejemplo, el proyecto Innocence en EE. UU. y Canadá, que busca probar, a través precisamente de esta prueba de ADN, la inocencia de personas condenadas cumpliendo prisión que siempre han defendido su inocencia y que carecen de recursos económicos. Según FERNÁNDEZ PÉREZ:

En la década del 90, en la ciudad de Nueva York, un grupo de abogados, liderados por Peter Neufeld y Barry Shek, creó la ONG Proyecto Inocencia. Esta iniciativa tiene como objetivo probar, mediante estudios de ADN, la inocencia de presos injustamente condenados. Los abogados solicitan la revisión de las causas e investigan qué estudios podrían realizarse sobre muestras remanentes que hubieran quedado archivadas. Hasta mayo de 2007, el Proyecto Inocencia ha logrado la excarcelación de 203 individuos inocentes acusados de algún delito. 14 de ellos habían sido condenados a muerte.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Sentencia del TS (Sala Segunda) n.º 805/18, de 7 de marzo.

<sup>10</sup> Ver a este respecto, el muy documentado artículo de TOMÉ GARCÍA, J. A.. “La ley del ‘solo sí es sí’: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La Ley Penal* n.º 159. 2022. Pág. 1.

<sup>11</sup> No me resisto a señalar que, mientras elaboro este trabajo, una vez más, la prensa se hace eco de una nueva revisión de la condena por violación, impuesta a un condenado, a 15 años de prisión, dictándose una nueva sentencia absolutoria. Ver: <https://www.elmundo.es/cronica/2023/06/29/649da2d221efa0491f8b45b0.html> (consultado en fecha 29 de junio de 2023).

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, D. A. “El ADN. Pieza decisiva en la resolución de casos criminales”. Autoedición. 2015. Pág. 12.

Con frecuencia, el testimonio de la víctima de la agresión sexual, como ya he dicho, se convierte en el único pilar sobre el que se asienta la condena del investigado, debido a que esta clase de delitos suelen cometerse en la clandestinidad. Las víctimas de esta odiosa delincuencia merecen todo el apoyo del Estado, todo el acompañamiento, cercanía y comprensión. Pero no siempre son los mejores testigos de estos lucrativos hechos. El impacto de un hecho tan brutal puede convertir a una víctima, que como he dicho merece todo el apoyo del Estado, en el peor de los testigos.

En principio fundamental en este punto es que la condena del acusado no puede apoyarse sobre un puro y apodíctico acto de fe en la palabra de una víctima-testigo. A este respecto la STS n.º 1743/18, de 8 de mayo (Sala Segunda. Ponente Antonio del Moral García), dice:

El viejo axioma *testis unus testis nullus* —se dice allí— fue erradicado del moderno proceso penal. Esa constatación, empero, no puede desembocar ni en la disminución del rigor con que debe examinarse la prueba, ni en una debilitación del *in dubio*. La palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Pero junto a ello la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia en la palabra del testigo”, a modo de un acto de fe ciego. Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

Fruto de todas estas consideraciones que exponemos resulta claro que el empleo de la prisión provisional en esta clase de delincuencia presenta unos perfiles específicos que requieren un estudio sosegado, sometiendo esta institución de la prisión provisional al cedazo de la crítica.

### 3. La reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su incidencia en el uso de la prisión provisional

Como es conocido, la reforma de los delitos contra la libertad sexual articulada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, ha supuesto una profunda reforma del

marco penal establecido para esta clase de delincuencia; en concreto, ha modificado las penas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico a la baja, especialmente en los límites mínimos de los diferentes tipos delictivos.

Con carácter previo, cabe destacar que esta LO 10/22 nace con vocación integradora, es decir, de convertirse en una ley integral de protección de la libertad sexual. En este punto, se produce un claro solapamiento con la LO 1/04, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Así, el artículo 1.3 de la LO 1/04, señala que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Esto puede ocasionar problemas de fricción entre ambas leyes. La LO 1/04 se aplica, no a todos los ataques a la libertad sexual de las mujeres por el hecho de ser mujer, como indica en Convenio de Estambul de 2011, ratificado por España en 2014, sino la que se produce dentro de la pareja o expareja, y esto, como se ha dicho, puede provocar serios problemas de solapamiento entre ambas leyes.

El propio Convenio de Estambul señala que la violencia sexual es una modalidad de la violencia de género.<sup>13</sup>

En todo caso, la bajada de los límites mínimos de las penas ha tenido como consecuencia una catarata constante de revisiones de penas en los delitos contra la libertad sexual que, como afirma OLALDE GARCÍA, “eran previsibles”<sup>14</sup> y que, a fecha de este trabajo, superan ya las 1 000 revisiones, según estadística del Consejo General del Poder Judicial.

Además, hay que destacar que los amplísimos arcos penales que establece esta reforma permiten un enorme margen de decisión a los jueces y tribunales para la fijación de las penas, pues, como es sabido, es discrecionalidad judicial la imposición de la pena concreta al reo, que siempre será motivada (STS n°

3263/22, de 15 de septiembre. Sala Segunda. Ponente Carmen Lamela Díaz)<sup>15</sup>.

Así lo indica claramente y en este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ “La nueva regulación de los delitos sexuales otorga al juez un excesivo margen de elección de la pena”<sup>16</sup>.

Como también es sabido, los límites mínimos de las penas establecidos para los tipos penales en esta reforma se rebajan considerablemente:

- a. En la agresión sexual el límite mínimo se mantiene de 2 a 2 años.
- b. Si hay agresión sexual con acceso carnal, el límite mínimo baja de 6 a 4 años.
- c. En el caso de agresión sexual a menor de 16 años el límite mínimo baja de 8 a 6 años, (por poner solo algunos ejemplos).

Aquí podemos añadir, además, que TORRES FERNÁNDEZ mantiene con buen fundamento que debía haberse aprovechado esta reforma para aumentar la edad del consentimiento sexual en los 16 años, ya que esto se aparta de la realidad sociológica de los adolescentes, que a menudo inician la actividad sexual a edades más tempranas.<sup>17</sup>

Esta rebaja de los límites mínimos de las penas se debe fundamentalmente a la unificación de los tipos penales en esta materia: se suprime la distinción entre agresión y abuso sexual,<sup>18</sup> puesto todo contacto sexual inconsciente<sup>19</sup> pasará a tener la consideración

<sup>15</sup> Resulta sorprendente como desde determinados ámbitos políticos se culpa a “jueces machistas” de las revisiones de condena y, por otro lado, la propia reforma de la ley “solo sí es sí” establece una amplísima discrecionalidad judicial para fijar las penas correspondientes a los tipos delictivos. Ver a este respecto: <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html> (consultada el 6 de mayo de 2023).

<sup>16</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: *Comentarios a la ley de “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. AGUSTINA . J. R. (Coord.). Editorial Atelier. 2023. Pág. 54.

<sup>17</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva “Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre”. Op. Cit.

<sup>18</sup> Esto enlaza con uno de los eslóganes de las manifestaciones que tuvieron lugar como reacción contra la sentencia de instancia del caso “La Manada”: “no es abuso, es violación”.

<sup>19</sup> STS (Sala Segunda) n° 3104/18, de 26 de julio. (Ponente Andrés Martínez Arrieta).

<sup>13</sup> CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R. “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 156.

<sup>14</sup> OLALDE GARCÍA, A. “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del “solo sí es sí”. *Diario La Ley*, n° 10180. 2022. Pág. 1.

## Agresiones sexuales y prisión provisional

de agresión sexual. De ahí la amplitud de los marcos punitivos que marca esta ley.

También esta unificación de atentados contra la libertad sexual ha sido objeto de numerosas críticas. Estas se centran, principalmente, en que las diferentes reformas penales han tratado de ir perfilando los diferentes tipos de agresiones sexuales a la pena proporcionada que corresponda. Sin embargo, esta reforma arrasa con todo ello y unifica todos los atentados contra la libertad sexual en una sola figura (agresión sexual). LASCURAÍN SÁNCHEZ dice “Esta fusión de todos los atentados sexuales en un solo tipo delictivo es inconveniente en términos preventivos y aboca a un arbitrio judicial excesivo”.<sup>20</sup>

Ciertamente los atentados contra la libertad sexual representan un tipo de delincuencia muy grave; pero también, como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, “la iniquidad admite grados”.<sup>21</sup>

La propia Exposición de Motivos de la LO 10/22 recoge que “como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de otra persona”.

Las impulsoras de la reforma han remarcado que esta tiene por objeto adaptar nuestra legislación a los postulados del Convenio de Estambul, sin embargo, y tal y como señala CARUSO FONTÁN, nada dice explícitamente el Convenio de Estambul en este sentido cuando se refiere a la violencia sexual en sus artículos 35 y 36.<sup>22</sup>

Así, uno de los requisitos para imponer a un sospechoso la medida cautelar personal de prisión provisional es el riesgo de fuga.<sup>23</sup> Y el riesgo de huida se considera que concurre especialmente por las elevadas penas previstas para un delito determinado (ver

artículo 502 y siguientes de la LECRIM). Por tanto, esta rebaja de penas llevada a cabo por la LO 10/22, de 6 de septiembre, supone un acicate más para moderar el uso de la prisión provisional en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. La rebaja de penas que ha llevado a cabo obliga a restringir todavía más el uso de la prisión provisional para esta clase de delincuencia.

Es cierto que existen otros presupuestos o requisitos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aplicar esta medida cautelar, como evitar la causación de daños a los bienes jurídicos de la víctima o evitar la destrucción de pruebas, pero resulta de fácil inteligencia convenir que el riesgo de fuga es uno de los principales motivos para acordar esta medida en la práctica judicial, por lo que, como se ha dicho, debe hacerse siempre un uso restrictivo de esta medida cautelar en toda clase de delincuencia, y también en esta que estamos analizando.

Además, en cuanto a la protección de la víctima, existen medidas mucho menos gravosas para el investigado antes que la prisión provisional, que otorgan también una protección efectiva a la víctima, como puede ser la orden de alejamiento, cuya prohibición de aproximación podrá estar controlada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o con un dispositivo telemático de protección (pulsera) (artículo 48 y 57 del CP y artículo 544 bis de la LECRIM, tras la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre).<sup>24</sup>

Por otro lado, el consentimiento de la víctima se sitúa en el centro de la reforma de la LO 10/22 y marca la diferencia entre el sexo lícito y el ilícito. La reforma no es original y genuina de España, sino que en numerosos países occidentales se han efectuado cambios legislativos en este sentido: Alemania (2017) y Suecia (2020) por citar algunos. Hay proyectos también en otros países. También las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se enmarcan en este sentido.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: “Comentarios a la ley de “solo si es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre”. Op. Cit. Pág. 53

<sup>21</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: “Comentarios a la ley de “solo si es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre”. Op. Cit. Pág. 53

<sup>22</sup> Ver a este respecto el trabajo de CARUSO FONTÁN, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina. N.º 9594. 2020. Pág. 6-7.

<sup>23</sup> ATS (Sala Segunda) n.º 10929/18, de 23 de octubre (Ponente Manuel Marchena Gómez).

<sup>24</sup> Esta es una de las novedades y también uno de los aspectos positivo de la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, tal y como señala MAGRO SERVET, “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n.º 10133. 2022. Pág. 9.

<sup>25</sup> RAMOS RIBAS y FARALDO CABANA “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 80.

La LO 10/22 contiene una definición de consentimiento: El artículo 178 lo define con la siguiente fórmula legal: “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Históricamente, nuestros códigos penales no contenían una definición de consentimiento, pero esto no significa que era sustancial a los diferentes tipos delictivos que conformaban los títulos y capítulos correspondientes del Código Penal.

Por este motivo, entiendo que este supuesto cambio de paradigma, en la práctica, no es tal. De hecho, la falta de consentimiento era ciertamente delictivo antes de la reforma de esta LO 10/22, tipificado como abuso sexual y no agresión sexual. Pero delito. En la actualidad cambiaría la denominación del tipo delictivo, al constituir una agresión sexual y no abuso, pero no cambia el carácter antijurídico de la conducta.

Pero es que, además, las dudas sobre si concurre o no el consentimiento han de solventarse, necesariamente, en favor del reo. La presunción de inocencia así lo señala. Y debe probarse por las acusaciones que ha existido una ausencia de consentimiento más allá de toda duda razonable.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el informe del CGPJ al Anteproyecto de la ley de garantía integral de la libertad sexual que indica:

La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser el consentimiento), sino probatoria (cuando existe o no el consentimiento) “. Y es que la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto señalaba, sin pudor alguno, que debía “reorientarse el régimen de valoración de prueba.

Mención que se suprimió posteriormente a tras los informes correspondientes del CGPJ y del Consejo Fiscal.

Lo esencial es que no puede producirse en esta materia una inversión de la carga de la prueba. El acusado tenía y debe tener tras la reforma todo el derecho a la presunción de inocencia ex artículo 24 CE y corresponderá a las acusaciones enervarla, más allá de toda duda razonable. Así lo expresa, entre muchas otras, la STS n° 671/21, de 9 de septiembre. También sobre la carga de la prueba ver el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/323 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

En todo caso, TOMÉ GARCÍA entiende que tras esta reforma “las partes acusadoras pueden conseguir la condena del acusado con más facilidad que antes”.<sup>26</sup> Incluso este autor, en ese trabajo, recoge un listado de sentencias absolutorias por delitos contra la libertad sexual que, a su juicio, si se hubieran dictado tras la entrada en vigor de esta reforma, deberían haber sido condenatorias.

Resulta en todo caso de gran interés la STS n° 311/23, de 20 de enero (Sala Segunda. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), que es posterior a la entrada en vigor de la reforma de la ley “Solo sí es sí”, y que dice: “En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo”. Esta importante sentencia reconoce que, al fin y al cabo, la importancia esencial y nuclear del consentimiento como elemento negativo del tipo de los delitos contra la libertad sexual existía antes y después de la reforma que estamos analizando.

Así las cosas, la prueba del consentimiento, ordinariamente, partirá de la valoración de la declaración de la víctima. La atendibilidad de su testimonio se medirá conforme a los tres parámetros clásicos establecidos por la jurisprudencia del TS que, por conocida, resulta ocioso citar (STS n° 2003/18, de 24 de mayo, Sala Segunda, ponente Vicente Magro Servet, entre muchas otras). A partir de aquí, el sistema de libre valoración de la prueba, no tasada, permite un amplio ramillete de diligencias de las que podrán disponer las partes para defender sus posiciones ante el tribunal. La prueba de ADN se convierte en una prueba esencial en materia de agresiones sexuales, y es muy útil, pero no indispensable en los delitos contra la libertad sexual (STS n° 2192/22, de 1 de junio, Sala Segunda, ponente Javier Hernández García). También los partes médicos, el informe médico forense, los informes periciales de valoración del testimonio en el caso de menores de edad, grabaciones, audios, testificales directas o de referencia, etc., serán prueba determinantes sobre la ocurrencia de los hechos.

<sup>26</sup> TOMÉ GARCÍA, J. A., *La ley de “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba*. Op. Cit. Pág. 8.

#### 4. La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril

La reforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril, según reza su Exposición de Motivos, nace con vocación de respetar las claves esenciales de la reforma anterior de la ley “Solo sí es sí”, (lo que llama el corazón de la norma), especialmente la definición del consentimiento:

Respetando este modelo, es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Aunque la reforma no solo se centra en la modificación de los marcos punitivos asociados en los tipos penales, esta es la alteración más importante; su finalidad básica es evitar la bajada de penas producida por la norma anterior (los llamados efectos indeseados).

Un primer problema salta a la vista: la inseguridad jurídica que producen dos modificaciones tan cercanas en el tiempo sobre una misma materia. Estos problemas jurídicos que generan las modificaciones constantes del Código Penal han sido expuestos con gran solvencia por DEL MORAL GARCÍA: “Honestamente... creo que no es ni lógico, ni deseable, ni razonable ni política ni socialmente benéfico ese hiperactivismo del legislador penal”.<sup>27</sup>

También TORRES FERNÁNDEZ señala que “Los delitos sexuales son uno de los grupos de infracciones que más reformas acumulan desde la aprobación del vigente Código Penal”.<sup>28</sup>

Pero es que, además, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, proclamada en el artículo 9.3 de la Constitución española, impide que esta re-

forma, que endurece los marcos penales, pueda ser aplicada con efecto retroactivo, por lo que tampoco impedirá las ya habituales revisiones de penas o excarcelaciones. No hay atisbo de duda sobre este aspecto, elevado a rango de principio constitucional por nuestra carta magna. De ahí que el esfuerzo del legislador vaya a obtener pocos frutos desde esta perspectiva.

Este principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, a *sensu contrario*, la retroactividad de las disposiciones favorables está recogido también en nuestro derecho interno (artículo 2.2 del Código Penal) o en el ámbito comunitario, en el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En todo caso, como estamos viendo, la contrarreforma operada por esta ley no cambia el paradigma de lo expuesto; debe hacerse un uso moderado y restrictivo del instituto de la prisión provisional en esta materia por los fundamentos dogmáticos, sustantivos y procesales que hemos expuesto.

Esta manera de legislar, apresurada, a golpe de telediario, merece en todo caso censura por los problemas de seguridad jurídica, de defectuosa técnica legislativa, etc., que genera. Las normas penales necesitan siempre un periodo de rodaje, en el que se pulen a través de los operadores jurídicos y por vía jurisprudencial, los diferentes problemas aplicativos que plantean en la práctica, lo que aquí se echa en falta.

#### 5. Conclusiones

Las últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual han supuesto una alteración del marco punitivo previsto para esta clase de delincuencia y, por ende, este hecho ha afectado de lleno a una institución cuyo empleo es habitual para esta clase de graves y luctuosos delitos: la prisión provisional.

La rebaja de penas llevada a cabo por la LO 10/22, de 6 de septiembre (especialmente en los límites mínimos de penas), obliga a moderar, todavía más, el uso de la prisión provisional en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual.

La reforma operada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, trata de situar el consentimiento de la víctima en el centro del cambio legislativo de manera que

<sup>27</sup> DEL MORAL GARCÍA, A. “Una década de reformas penales. Análisis de 10 años de cambios en el Código penal (2010-2020)”. (Prólogo). Editorial Bosch. 2020. Pág. 35.

<sup>28</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 21.

sirva para diferenciar la conducta lícita de la ilícita. Sin embargo, no nos enfrentamos tanto a un problema conceptual como probatorio. Corresponde a las partes acusadoras probar la ausencia de consentimiento de la víctima, y toda duda razonable deberá resolverse en favor del reo, por imperativo de la presunción de inocencia, ex artículo 24 de la CE.

La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril, además de los problemas de seguridad jurídica que crea, carece de efectos retroactivos por imperativo constitucional, por lo que no se impedirán que continúen las rebajas de penas y las excarcelaciones, ni modifica en nada el uso excepcional y moderado que debe hacerse de la prisión provisional en esta clase de delincuencia.

## 6. Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, *Revista de Pensamiento Jurídico* “Teoría y derecho”, n° 1. Editorial Tirant lo Blanch. 2007.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* n° 13. 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, dentro de la revista “Detención y prisión provisional”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. 1996.
- ASENCIO MELLADO, J. “El proceso penal con todas las garantías”. *Ius Et Veritas*, 16(33). 2006.
- CARUSO FONTÁN, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina. N° 9594. 2020.
- CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R. “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.
- CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA SEGUNDA. ACCESIBLE EN: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- DEL MORAL GARCÍA, A. “Una década de reformas penales. Análisis de 10 años de cambios en el Código penal (2010-2020)”. (Prólogo). Editorial Bosch. 2020.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, D. A. “El ADN. Pieza decisiva en la resolución de casos criminales”. Autoedición.
- FERRAJOLI, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. 1995.
- FERRAJOLI, L. “El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal”. Editorial Trotta. 2018.
- GREVI, V. “Libertà personale dell’imputato e costituzione”. Editorial Giuffrè. 1976.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: *Comentarios a la ley de “solo sí es sí”*: *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. AGUSTINA. J. R. (Coord.). Editorial Atelier. 2023.
- MAGRO SERVET, V. “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n° 10133. 2022.
- OLALDE GARCÍA, A. “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del “solo sí es sí””. *Diario La Ley*, n° 10180. 2022.
- RAMOS RIBAS y FARALDO CABANA “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España”. *Revista Penal México*, n° 18. 2021.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.. “La ley del ‘solo sí es sí’ : consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La Ley Penal* n° 159. 2022.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES