

Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual *

Francisco Javier Álvarez García
Universidad Carlos III de Madrid

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER. Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-r3, pp. 1-28.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r3.pdf>

RESUMEN: Análisis de la LO 10/2022, de libertad sexual (“ley del sí es sí”) en sus aspectos más generales, no necesariamente penales; poniendo de manifiesto la posible inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones, la gran cantidad de defectos técnicos de la ley (olvido de introducción de disposiciones transitorias, problemas de rango normativo, errores de remisión, de configuración de los preceptos), y la caracterización de algunos de los tipos penales incorporados como portadores de tipos criminológicos de autor.

PALABRAS CLAVE: “Ley del sí es sí”, Ley de libertad sexual, Derecho Penal autoritario, tipos criminológicos de autor, disposiciones transitorias.

TITLE: **Some general comments on the Organic Law 10/2022, of September 6th, on the comprehensive guarantee of sexual freedom**

ABSTRACT: Analysis of the LO 10/2022, of Sexual Freedom (the "only-yes-means-yes" Law) in a broad-not only criminal-law based-approach. The analysis highlights the possible unconstitutionality of some of its dispositions, the large amount of technical problems thereof (omission to introduce transitory provisions, problems of regulatory rank, errors of reference, configuration of the precepts, etc.) and the introduction of some criminal figures containing criminology-based authorship figures.

KEYWORDS: “Only-yes-means-yes” Law, Sexual Freedom Law, Authoritarian Criminal Law, Criminology-based authorship figures, transitory provisions.

Fecha de recepción: 5 marzo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 7 marzo 2023

Contacto: franciscojavier.alvarez@uc3m.es

SUMARIO: I. Consideraciones generales. 1. La “desaparición” de los hombres adultos en la nueva Ley. 2. Los intentos de equiparar valorativamente todas las agresiones sexuales. 3. Definiciones y afirmaciones. II. Algunos, sólo algunos, defectos técnicos en la Ley LO 10/2022. 1. Disposiciones transitorias. 2. Confusión de rango normativo. 3. Errores de remisión. 4. Máximo desconcierto normativo. III. Sectarismo e inconstitucionalidad de la Ley. IV. La exclusión de los autores de delitos sexuales (aún leves) de la comunidad de ciudadanos. V. Epílogo. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D “Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica” (PID2019-107974R). Financiación: Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia AEI/10.13039/501100011033.

1. Consideraciones generales

1. La “desaparición” de los hombres adultos en la nueva Ley

Los varones adultos resultan invisibilizados en la nueva Ley de libertad sexual. No se les menciona en absoluto¹ en un inusual Preámbulo que se parece más a una disertación ideológica que a una exposición del contenido de una ley²: no existen los hombres como víctimas de violencia sexual por más que sean muy minoritarios, estadísticamente, frente a las mujeres³. Es decir: no estamos, a pesar del título de la

¹ Sólo en un párrafo, intrascendente a los efectos de este trabajo, cuando dice: “Las disposiciones finales décima y undécima adaptan a la presente norma, respectivamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo”; asimismo hay alguna otra mención a los hombres en otros pasajes similares y también carentes de trascendencia.

² Es cierto que un “preámbulo” no está dotado de contenido normativo alguno, y para lo único que puede servir es para ilustrar sobre las intenciones del Legislador. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional reñe perfectamente lo acabado de significar, y en este sentido la STC 170/2016, de 6 de octubre, asevera:

“Como este Tribunal ha declarado, ‘aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8); esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, de 7 de abril, FJ 3 a)’ (STC 90/2009, de 20 de abril, FJ 6)”.

Esta idea es, también, la mantenida por el Tribunal Supremo; por todas, SSTs, Sala 3ª, 1399/2020, 26-10 (ES:TS:2020:3323), y 1366/2020, 21-10 (ES:TS:2020:3401), entre otras muchas de esta Sala.

En cuanto a la Doctrina, véanse, por todos, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, 1972, *passim*; EZQUIAGA GANUZAS, 1988, pp. 27 y ss.; ALEGRE ÁVILA, 1994, p. 36 (n), y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2015, *passim* y bibliografía allí indicada.

³ Según los números proporcionados por el INE en 2021 hubo un total de 3.196 condenados por delitos sexuales, de los cuales 3.128 fueron hombres (97,9%) y sólo 14 (2,1%) mujeres (<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28857>). Respecto a los menores, en 2021 hubo 439 condenados por delitos sexuales, un 12,6% más que el año anterior (y un 5,5% más que en 2019). El 96,8% fueron varones y el 3,2% mujeres.

Según el Ministerio del Interior (https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_libertad_e_indemnidad_sexual_2021_126210034.pdf) el número de delitos sexuales cometidos en 2021 fue de 17.016 (13.174 en 2020 -año de la pandemia-, 15.319 en 2019 y 13.782 en 2018), lo que supuso un fuerte aumento respecto a años anteriores.

norma, ante una ley “de garantía integral de la libertad sexual”, sino ante una ley “de garantía integral de la libertad sexual de la mujer”; y ahí empieza el conflicto. Pero el mayor problema es que, como veremos en lo que sigue, nos encontramos ante una ley dictada desde el fanatismo, sectaria, pues sólo se pone el foco sobre la víctima - si es mujer, pues como digo el hombre no existe- pero no se tienen en cuenta los derechos de los acusados⁴, lo que ha llevado al dibujo de conductas y a la imposición de penas que conculcan principios constitucionales básicos en materia penal.

Se trata de una Ley que vulnera claramente lo que constituye el objetivo primordial de toda legislación: ordenar la vida en común, gestionar la paz. Lo trasgrede porque, patéticamente, viene a fomentar, como veremos más abajo, un rancio enfrentamiento entre mujeres y varones. Es decir: concibe la lucha por los derechos de la mujer como una de enfrentamiento con los varones, lo que conducirá, necesariamente, a un fracaso social. Estamos, pues, ante una Ley excluyente, polarizada exclusivamente en favor de la mujer, prescindente de los hombres, en la que lo masculino únicamente se cita una vez: con finalidad reeducativa, nunca para el reconocimiento de derechos o facultad alguna. No es una Ley que se compadezca con la democracia.

2. Los intentos de equiparar valorativamente todas las agresiones sexuales

Desde luego que con lo anterior no se quieren indiferenciar las agresiones que ocasionalmente puedan padecer varones vulnerables, de las sufridas por la mujer por su condición de mujer. No son valorativamente ni siquiera similares. En esta dirección se debe salir al paso de las frecuentes estrategias procesales consistentes en reaccionar a una denuncia de maltrato de género con otra, por parte del varón, en la que se acusa a la mujer de maltrato. Ello por una sencilla razón: la una y la otra (en caso de existir esta última, y que no responda a una mera treta procesal de los abogados del varón) tienen muy distinta naturaleza. Una, la llevada a cabo por la mujer consistiría en una agresión física “normalizada”; la otra, la producida por el varón,

En cuanto a las víctimas, 14.608 fueron mujeres y 2.340 varones. Debe señalarse que en esta estadística faltan algunos datos -de gran importancia para poder evaluar correctamente el fenómeno- que arrojarían mucha luz para el correcto dimensionamiento del problema, por ejemplo: ¿cuántas de esas víctimas varones eran menores de edad? ¿cuántas de esas víctimas varones lo fueron, a su vez, de varones?

⁴ Lo que siempre ha constituido una de las referencias de las doctrinas penales; en este sentido sólo hay que recordar las corrientes humanizadoras, en diversos aspectos, que han hecho progresar el Derecho Penal (no hay Derecho Penal sin humanización), e introducir las reacciones estatales frente a la comisión de injustos dentro de determinados límites. ¿O acaso hay que olvidar todas esas penas más que crueles degradantes tanto para víctimas como para verdugos que estuvieron vigentes en España hasta el Código Penal de 1848? ¿O las penas desproporcionadas, duras, incompatibles con la naturaleza otorgada a la persona en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano? En esta materia, en la que levantar la voz a favor de un trato humanitario para los agresores es siempre motivo de sospecha, en la que los programas de reeducación y reinserción para los agresores han estado, y siguen estando en buena medida, “prohibidos ideológicamente”, en la que la invisibilización es la receta para víctimas hombres (que es evidente no es de género) y agresores varones, es indispensable reivindicar, también, el Derecho Penal humanitario.

puede trascender la agresión física para adquirir un significado vinculado con el ejercicio del poder. En este último sentido, la diferencia de penas entre el maltrato de género del artículo 153, CP, aunque surgido en un contexto que nada tiene que ver con el actual, y la del artículo 147.3, CP, y siempre que se esté atento al elemento subjetivo, resulta plenamente justificada. De otra manera nos hallaríamos ante incrementos de la pena por el mero hecho de que el sujeto pasivo sea mujer⁵.

3. *Definiciones y afirmaciones*

En el ya citado Preámbulo son llamativas algunas definiciones y afirmaciones, por causar perplejidad, como las siguientes:

a) Son “violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado”. Un texto en todo similar se encuentra en el artículo 3.1 de la Ley 10/2022: “El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado...”

Lo primero que debe decirse ante esta definición, es que se trata de un texto que se aparta diametralmente de la definición del Convenio de Estambul, cuyo artículo 36 SÍ pone, por contraposición a esta norma, el consentimiento en el centro de la definición de violencia sexual. Sin embargo, al introducirse la conjunción disyuntiva “o”, este texto crea una segunda categoría de “violencias sexuales consentidas pero que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual”; se trata de una clase de violencia sexual desconocida en el ámbito nacional e internacional y totalmente ajena a la idea de “solo sí es sí”. Parece claro que no puede referirse a víctimas infantiles o adolescentes, ya que ellas carecen de capacidad de consentir en este punto, por lo que necesariamente deben ser actos sexuales plena y libremente consentidos por mujeres adultas. Desde luego que esto resulta sumamente perturbador.

En todo caso, y además, ante esta conceptualización cabe preguntarse ¿por qué debe ser entendido como violencia sexual un acto que, sin mayores cualificaciones, haya condicionado el libre desarrollo de la vida sexual? Fíjese, además, que se somete la calificación de la conducta como violencia sexual a la ocurrencia de un fenómeno que no sólo no está en manos del sujeto activo, sino que puede ser absolutamente imprevisible y producto exclusivo de la psicología de la víctima. ¿O a qué se refiere esa definición? ¿Quiere decir que constituye violencia sexual la que se ejerce -en público o en privado- prescindiendo de la libertad de la víctima y

⁵ Véase, por ejemplo, STS 677/2018, de 20 de diciembre (ES:TS:2018:4353).

condicionando el libre desarrollo de la vida sexual?⁶ Porque en este último caso sí estoy de acuerdo, pero no lo puedo estar en el primero: el condicionamiento del “libre desarrollo de la vida sexual” puede llegar como consecuencia de una actividad sexual llevada a cabo libremente -quizá escasamente meditada- por el sujeto pasivo, o como consecuencia de un acto sexual “impuesto” en sentido normativo. En este último supuesto la calificación de violencia sexual no precisa la producción de consecuencia alguna⁷. En el primero (el condicionamiento de la vida sexual de su pareja) no es algo que pueda ser imputado al varón que ha protagonizado el acto sexual si éste ha sido consentido.

b) “Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina...”. Un texto similar se encuentra, ya en el texto de la Ley, en el artículo 3.1, II: “En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina...”

Una vez más el texto se aparta radicalmente del Convenio de Estambul para saltar a terrenos pantanosos. Por supuesto, el Convenio no define como violencia sexual las mutilaciones genitales femeninas. Las violencias sexuales son para el Convenio los actos sexuales no consentidos (art. 36), y en otros artículos lo que hace es recoger la obligación de criminalizar otros ataques contra las mujeres (acoso, violencia no sexual, matrimonio forzoso, aborto forzoso, esterilización forzosa...). Así, el art. 38 obliga a criminalizar la mutilación genital femenina. Sin embargo, el Convenio jamás ha incurrido en un error tan grosero como el de desdibujar el concepto de violencia sexual para incluir en él actos delictivos que no tienen que ver con el sexo no consentido. España, con esta ley, pasa a tener un concepto de violencia sexual que se aparta del consenso internacional.

En todo caso, ¿por qué únicamente la referencia a la mutilación genital femenina en el texto de la Ley? ¿quizá porque se refiere exclusivamente a ella el Convenio de Estambul? Veamos lo que asevera el mencionado precepto:

“Artículo 38. Mutilaciones genitales femeninas. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito,

⁶ El texto se refiere a actos no consentidos o que condicionan el libre desarrollo, etc. Se trata de alternativas unidas por una conjunción disyuntiva: o lo uno o lo otro.

⁷ Con carácter general no es admisible la insistencia en que la agresión sexual condiciona la futura vida sexual. Eso puede ser cierto o no...pero no constituye elemento del delito (tampoco estamos ante tipos de resultado material). Además, semejante planteamiento recuerda la vieja disposición del Código Penal de 1973 (artículo 444.1º) según la cual había que “dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda”. Ello desde una presunción: que una mujer violada (o sometida a los delitos de estupro o rapto) era una mujer “deteriorada” como “mercancía matrimonial”; por ello se le proporcionaba una “buena dote” para que de esa manera “resultara atractiva”, “encontrara marido”, finalidad ésta de toda “mujer decente”. Pues no. Una mujer agredida sexualmente es una víctima sin más...e igual a todos los demás ciudadanos. La única persona deteriorada (sin comillas) es el agresor. Sólo él.

cuando se cometa de modo intencionado: a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”.⁸

⁸ Ciertamente, en el *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (<https://rm.coe.int/16800d38c9>), se asevera:

“198. Debido a su carácter, la mutilación genital femenina (MGF) es uno de los delitos que derogan el principio de neutralidad de género que impregna la parte de derecho penal de la convención. Esta disposición tipifica el delito de mutilación genital femenina cuyas víctimas son necesariamente mujeres o niñas. Busca criminalizar la práctica tradicional -observada por algunas comunidades en relación con sus miembros femeninos- de quitar ciertas partes de los genitales femeninos. Los redactores consideran fundamental tipificar como delito la mutilación genital femenina a través de esta convención, ya que esta práctica provoca daños irreversibles, cuyos efectos se hacen sentir a lo largo de la vida de las víctimas cuando rara vez se solicita su consentimiento”.

Para BROX SÁENZ DE LA CALZADA (2020, p. 53), “El texto [del Convenio] indica que, a diferencia del resto de manifestaciones violentas, los delitos de mutilación genital (femenina), aborto y esterilización forzados, por su carácter ‘sexoespecífico’, deberán buscar solamente la protección de las víctimas de sexo femenino”, y esa aseveración la hace a la vista del fragmento del “Informe explicativo...” acabado de reflejar. Sin embargo, no creo que ello deba ser así. Para empezar, el texto de este “Informe” no es vinculante para las partes. Es verdad que hay no poca discusión en la doctrina internacionista sobre el valor de redactados como éste, y se utilizan criterios muy diferentes para dilucidar la cuestión; desde algunos puramente filológicos (los tiempos verbales, que plantean no pocos problemas a la vista de que los textos considerados “genuinos” han de ir, al menos, en dos idiomas -y no se debe olvidar que luego esos documentos se traducen a decenas de idiomas-. En este sentido, CARDONA LLORENS (2022, p. 200) afirma: “El valor jurídico de los Comentarios Generales se encuentra relacionado con el objeto y el fin de los mismos: ayudar a comprender mejor el contenido y las obligaciones derivadas de la correspondiente Convención. En este sentido, los Comités suelen ser especialmente cuidadosos en la terminología utilizada, distinguiendo especialmente entre los verbos modales, *shuld*, *shall* and *must* a la hora de explicar las obligaciones de los Estados. De esta forma pretenden distinguir lo que, en su opinión, es solo una recomendación, una obligación deducida y una obligación imperativa y claramente establecida en la Convención”), a otros, más fundamentados, referidos a la instancia de aprobación, pasando por algunos que se refieren a que esos informes pueden tener *auctoritas*, de manera que se deba motivar la discrepancia, pero no implican interpretación auténtica de obligado seguimiento, etc.

Debe hacerse notar, además, que en el propio “glosario” de la web del Consejo de Europa ([coe.int/en/web/conventions/glossary](https://rm.coe.int/en/web/conventions/glossary)) se afirma (se disculpará la introducción de un texto sin traducir, pero se hace para evitar disquisiciones sobre, precisamente, la interpretación del mismo: “*Explanatory report. since 1965, each newly adapted treaty has an explanatory report which details the main steps of its elaboration and comments article by article the raison d'être and the meaning of the provisions of the treaty. Since 2001, all the explanatory reports are public. The explanatory report does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the treaty*”). Desde luego, la claridad de la última frase no precisa demasiada ilustración (“El informe explicativo no constituye un instrumento que proporcione una interpretación autorizada del tratado”).

Pero más allá de lo anterior, ha de recordarse que el propio Convenio, en el artículo 69, dispone: “Recomendaciones generales. El GREVIO podrá adoptar, cuando proceda, recomendaciones generales acerca de la aplicación del presente Convenio”. “Recomendaciones”, pues, no otra cosa son las competencias, en este punto, del GREVIO (Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica).

En fin, el texto vinculante es, no cabe duda, el del Convenio y no el “Informe explicativo”, que en algún punto “tiene la osadía”, incluso, de constreñir la mutilación genital en ámbitos “sobreculturizantes” referidos

Mas es evidente que una ley estatal no debe (obviamente sí puede) referirse exclusivamente en semejante materia a las mujeres, sino que la invocación del Convenio de Estambul debe integrarse en el ámbito de valores del Ordenamiento estatal de que se trate... y no puede ser discriminatoria. Por otra parte, semejante conducta está castigada en nuestro Ordenamiento desde el primer Código Penal, y se refería, y se refiere, tanto a hombres como a mujeres.

¿Significa lo dicho que la norma tiene que ser ciega ante el género? No, porque si lo fuera demostraría incompreensión al por qué de la mutilación genital femenina frente a la masculina⁹, al mismo hecho criminal, pero ello no puede implicar una contemplación penal separada de la mutilación genital femenina de la posible masculina. Lo que exige es examinar la posibilidad de agravación de la pena a través de circunstancias generales, de género (de cualquier género, huyendo de una comprensión estrictamente binaria del mismo), no el construir códigos penales distintos para hombres y mujeres¹⁰. Ello, es evidente, permite, además, hacer en el Código una contemplación total del fenómeno con potencial aplicación a cualquier figura de la Parte Especial.

a los pueblos que practican esta mutilación tradicionalmente, dejando fuera de la prohibición (intentando) la mutilación genital que se lleva a cabo en clínicas europeas (en efecto, dice el Informe explicativo en el invocado punto 198 “Busca criminalizar [el Convenio] la práctica tradicional -observada por algunas comunidades en relación con sus miembros femeninos- de quitar ciertas partes de los genitales femeninos”). Cuando la verdad es que el Convenio, en su artículo 38, no incluye ninguna limitación a la mutilación genital (véase en este mismo sentido, THILL, 2020, *passim*).

En todo caso, y más allá del valor que se quiera reconocer al citado “Informe explicativo”, debe señalarse que BROX SÁENZ DE LA CALZADA ha entendido erróneamente el texto del Convenio. En efecto, del hecho de que un Convenio obligue a perseguir la mutilación genital femenina no es posible deducir que los delitos de mutilación genital sólo deban buscar la protección de las víctimas de sexo femenino. Es como si de un Convenio que obligase a los Estados a asumir las indemnizaciones a víctimas del terrorismo, se dedujera que esto obliga a los estados a “buscar solamente la indemnización de las víctimas del terrorismo”, y no de otros delitos violentos. Absurdo.

⁹ Que ha estado históricamente más vinculada a la trata, a la humillación de los prisioneros vencidos o al genocidio. Pero la castración masculina sigue existiendo en algunos países vinculada a razones culturales o religiosas; es el caso de la India, en donde se calcula que existen entre uno y tres millones de hombres castrados (hijras). Pero también se llevan a cabo castraciones forzadas con objeto de dedicar a esos hombres a la prostitución masculina homosexual. Asimismo, sigue estando presente la castración masculina en otros países asiáticos como Pakistán, o africanos como Tanzania, Níger o Malí. En todo caso las cifras de la castración masculina, por más que numéricamente significativa como he dejado señalado, no puede acercarse cuantitativamente a la femenina. Sobre el particular, véase DÍAZ SÁEZ (2014, *passim*).

¹⁰ En ese esperpento se cayó en la STS 677/2018, de 20 de diciembre (ES:TS:2018:4353), Ponente Magro Servet, en la que con el siguiente relato de Hechos Probados: “Queda acreditado que los encausados, Pablo Jesús y Palmira, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban... junto a la discoteca..., en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro”, se terminó condenando al hombre a la pena de seis meses de prisión, y a la mujer, que fue quien inició la agresión física, a la de tres meses (sentencia construida sobre algunas desgraciadas resoluciones del Tribunal Constitucional, como la STC 45/2010, de 28 de julio).

Pero, además, parece olvidarse que el Convenio de Estambul¹¹ pretende elevar el nivel de protección a las mujeres de muchos países hasta, al menos, los estándares de los más avanzados de Europa occidental; que se dirige a estados donde la mutilación genital femenina (y a algunos países donde aún existe la esclavitud y se practica -excepcionalmente- la mutilación genital masculina) es una práctica “habitual”, y a los que pretende atraer al Convenio: no constituyen punto esencial de atracción los países de Europa occidental, por más que parte de las cláusulas del Convenio -y el mismo enfoque de entender la violencia de género como una de derechos humanos¹²- puedan suponer avances también para estos últimos países¹³.

c) “Las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales de las violencias sexuales pueden afectar gravemente o incluso impedir la realización de un proyecto vital personal a las mujeres y las niñas, que se pueden ver sometidas a las relaciones de poder que sustentan este tipo de violencias”¹⁴.

Entonces, ¿los hombres que se ven sometidos a esas violencias no padecen las

¹¹ Que no debe olvidarse es jurídicamente vinculante para los países signatarios, lo que les obliga a sancionar todos los comportamientos que el propio Convenio entiende como infracciones, lo que posee un significado que va más allá de lo meramente sancionatorio y que se plasma en un replanteamiento del concepto mismo de violencia de género en los ordenamientos de los distintos países.

¹² Artículo 3, a) del Convenio de Estambul: “Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. Esta idea ya había sido adelantada por el CEDAW (Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres) en su Recomendación General N°19 (11 período de sesiones, 1992). Véase al respecto, CALVO GARCÍA (2014, *passim*).

¹³ Una cierta sensación de fracaso del Convenio se ha extendido a partir del momento en el que Turquía lo ha abandonado, y otros países han amenazado con hacerlo (por ejemplo, Polonia, más allá de que todavía no la han ratificado distintos países pertenecientes al Consejo de Europa -como República Checa, Hungría, Letonia, etc.-, en alguno de los cuales ha mediado decisión del Parlamento o del Tribunal Constitucional contraria a la ratificación). La cuestión debería haber sido, como se indica más arriba en el texto, más allá de establecer normas comunes asimismo vigentes para los países más avanzados en la materia -que también-, la de “atraer” a su observancia a otros que padecen una legislación más atrasada, o, incluso, que no observan niveles mínimos de protección. Por ello, desde antes de la reunión de Estambul, los representantes de algunos países trataron de “rebajar” el lenguaje utilizado (hecho que fue criticado por algunas organizaciones internacionales, como fue el caso de Amnistía Internacional, en un ejercicio insensato de absoluta incomprensión de la importancia de lo internacional: Europa, una vez más, no supo asumir su papel), con objeto de integrar más países en el marco del Convenio.

Esa sensación de fracaso se incrementa debido a la pretensión del Convenio de extenderse geográficamente más allá del ámbito territorial del Consejo de Europa, lo que no ha sucedido, ni siquiera entre aquellos estados que no siendo miembros del Consejo de Europa participaron en la elaboración del Convenio (Japón, México, Santa Sede, Canadá y EE.UU). No obstante, debe tenerse en cuenta que en otros continentes ya se habían adelantado al aprobarse, en 1994, el de Belém do Pará -inspirado por la OEA- y más tarde, en 2003, el Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, sobre los derechos de las mujeres en África.

¹⁴ En el artículo 33.2 de la Ley se asevera: “Artículo 33. El derecho a la asistencia integral especializada y accesible. 1. Todas las personas comprendidas en el apartado 2 del artículo 3 de esta ley orgánica tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales. Este derecho comprenderá, al menos:”. Debe recordarse que ese artículo 3.2 se refiere, exclusivamente, a mujeres, niñas y niños.

consecuencias físicas, emocionales..., de los abusos sexuales sufridos¹⁵? ¿Es que, acaso, las mujeres que redactaron ese Preámbulo no se han ilustrado mínimamente de las terribles consecuencias que para los, mayoritariamente, niños y jóvenes que han sido abusados por clérigos, han tenido esas actividades sexuales? ¿Cómo es posible, más que desde el fanatismo, ignorar el padecimiento de esas decenas, centenares de miles de personas¹⁶? ¿Por qué excluirles de los “beneficios” de la Ley? La razón es sencilla: porque como se ha anotado se trata de una Ley excluyente que se encuentra en el polo opuesto de la democracia.

No obstante lo dicho, el Preámbulo sí expresa, de forma subordinada, que “En el caso de los niños, las violencias sexuales también son fruto de relaciones de poder determinadas por el orden patriarcal”; mas ninguna mención a los varones adultos. Ninguna. Parece, pues, que los varones adultos acogen con indiferencia el ser víctimas de violencia sexual. Sin embargo, sí se hace expresa alusión (además de al género “mujer”) a otro hecho: “resulta también imprescindible dar respuesta a la indefensión específica sufrida por las mujeres mayores debido a la persistencia de esquemas patriarcales”¹⁷.

d) Ya desde un punto de vista de técnica jurídica destacar la siguiente reflexión contenida en el Preámbulo: “Asimismo, al tratarse de una norma compleja que abarca un ámbito particular pero amplio de la violencia contra las mujeres, la regulación por una ley ad hoc exhaustiva constituye el instrumento más adecuado para garantizar la consecución de dichos fines”.

¹⁵ Según este texto, si un varón es violado por otro varón, queda fuera del concepto “víctima de violencia sexual”.

Sin embargo, las cifras de violaciones de varones son extraordinariamente preocupantes en entornos como, por ejemplo, la prisión, donde el Estado tiene además una particular responsabilidad de protección de las personas presas.

Los estudios de victimización nos muestran porcentajes alarmantes de victimización sexual de varones en prisión (en un estudio de 2015 se exponía cómo tal cosa había ocurrido con el 17,7% de los participantes, es decir, más de 1 de cada 6; en un 6,6% de los participantes, las agresiones habían incluido penetración, por lo tanto, en aproximadamente 1 de cada 15. Véase al respecto, CARAVACA SÁNCHEZ, F. y otros, 2015, *passim*).

¹⁶ También en España, desde luego, aunque desconociéndose el número total de afectados; ignorancia que proseguirá a la vista de que la iglesia católica española está atrincherada en posiciones negacionistas despreciando a las víctimas -lo que ha sido tradicional en su práctica eclesial en España a lo largo del siglo XX-, y que el Gobierno está haciendo la peor gestión posible del tema con la constitución de una Comisión lastrada por su propia estructura. Sí hay cifras en otros países y el caso más sobresaliente es el de Francia: más de trescientas mil personas, niños y jóvenes -en el 80% varones entre 10 y 13 años-, fueron abusados, de acuerdo con el Informe redactado por la “Comisión Independiente sobre Abusos en la Iglesia Católica” (Ciase) establecida a finales de 2018 por la propia Conferencia Episcopal francesa, véase <https://www.ciase.fr/rapport-final/> <https://www.ciase.fr/medias/Ciase-Final-Report-5-october-2021-english-version.pdf>). Más en otros muchos países se han denunciado decenas de miles de abusos a menores, mayoritariamente varones, es el caso de Irlanda, EE. UU., México, Perú... y una lista interminable que abarca a todas aquellas naciones con presencia de la iglesia católica: cuanto más catolicismo más abusos sexuales a niños y jóvenes varones.

¹⁷ No termino de entender bien esta referencia efectuada en el Prólogo de la Ley: ¿es que, acaso, las “mujeres mayores” no pertenecen al género “mujer”? ¿Es que en las mujeres “no mayores”, en muchas de ellas, no persisten los “esquemas patriarcales”?

En los últimos años se ha difundido la idea de que la mejor forma de abordar determinados fenómenos, que no se refieren exclusivamente al problema penal, es con “leyes integrales”, en las que se regularían aspectos civiles, administrativos, penales, procesales, meramente tuitivos, etc. Seguramente ello es así. El peligro radica, no obstante y en primer lugar, en que los principios que gobiernan la ley integral interfieran los de las leyes modificadas (códigos penales, civiles, procesales...); y en segundo término, en que los departamentos que abordan esa ley integral, en algunas ocasiones con insuficientes conocimientos jurídicos, terminen cometiendo importantes errores técnicos. Empecemos por eso último¹⁸.

II. Algunos, sólo algunos, defectos técnicos en la Ley LO 10/2022¹⁹

1. *Disposiciones transitorias*

Ha llamado poderosamente la atención la ausencia de Disposiciones Transitorias en la nueva ley orgánica, error imperdonable que ha sido tratado de “suplir” por las

¹⁸ Desde luego que existe otro aspecto de las leyes integrales que es muy rentable para las esferas del poder, y es el de la comunicación política, que no voy a desarrollar.

¹⁹ Más allá de continuas repeticiones en el texto de otras disposiciones. Compárese, por ejemplo, lo dicho en el artículo 37 de la LO 10/2022: “Acreditación de la existencia de violencias sexuales. 1. A estos efectos, también podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, y a los mismos efectos, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. 2. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales”; con lo preceptuado en el artículo 23 de la LO “También podrán acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.- En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.- El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género”.

Este concreto hecho fue advertido en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 2 de febrero de 2021 (pág. 24), pero no sirvió de nada. Parece que las autoras de la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual tenían un programa normativo propio; o lo que es peor: no están dispuestas de ninguna manera a escuchar opiniones que no se subordinen a las suyas. Por eso todo el proceso legislativo les sobra, prescinden de cualquier advertencia incluidas las de los órganos constitucionales, y a quienes “no leen” en la Ley lo que ellas “quieren leer” les declaran inmediatamente boicoteadores de la Ley; y lo que es más preocupante: en el conflicto por la revisión de las penas no tienen ningún inconveniente en descalificar a los jueces que no acuerdan con ellas, y “señalarles con el dedo” (véase, por ejemplo, https://www.elconfidencial.com/espana/2023-02-24/montero-achaca-rebajas-campana-jueces-incumplen-ley_3581391/).

impulsoras de la ley (Ministerio de Igualdad) invocando las transitorias de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal. El problema es que ello...no es posible por una potísima razón: estas disposiciones transitorias son de la ley del 95 y no es posible jurídicamente que trasciendan a la LO 10/2022²⁰.

En efecto, el Derecho Transitorio, por definición, viene a regular las situaciones de “tránsito” de un escenario jurídico a otro. Determinar qué relaciones se conservan y cuáles se modifican, tratando de evitar contextos de pendencia en el Ordenamiento provocados por cambios legislativos. En definitiva, se trata de vislumbrar qué eficacia pueda tener la norma nueva sobre hechos y relaciones producidas cuando regía la norma anterior (CASTÁN, 1943, p. 78). Esto es producto de que los hechos y relaciones de que se traten siguen produciendo efectos en un tiempo en el que la norma antigua no rige ya por haber entrado en vigor la nueva: se trata, por ello, de resolver concursos de normas que se producen en un ámbito de sucesión temporal de leyes. La cuestión se complica en el caso de las leyes penales, precisamente por la vigencia de los principios de irretroactividad/retroactividad de la norma de esa naturaleza (sancionadora, art. 9.3 CE y 2 CP). Se trata, sin embargo, de una “complicación” simplificadora. En efecto, a diferencia del CC en el cual sus disposiciones transitorias tienen que aludir a múltiples situaciones singulares, en el Código Penal, por mandato constitucional -en el caso de la irretroactividad y legal en el de la retroactividad- tal y como se acaba de indicar, se incluye en el artículo 2.2 lo que constituye la regla que, con carácter general, proporciona la pauta a la que se somete la sucesión temporal de leyes penales: este es el criterio general que indica al Legislador cuál deba ser la armadura a la que se tiene que ajustar el Derecho Transitorio que se prevea para cada Ley penal particular.

Es decir: dos planos normativos regulatorios. El general, acogido en los citados artículos 9.3 y 25.1 CE y 2, CP, en los que se indica con carácter universal cuál es la norma aplicable: la favorable²¹, y cuál no es: la desfavorable; y el particular, diseñado

²⁰ En efecto, continuamente las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 se están refiriendo tanto al “código derogado” como al nuevo Código, al Código Penal de 1973 como al de 1995. A la legislación penal especial vigente con anterioridad al 1995 o a la redención de penas por el trabajo, etc.

²¹ En nuestro Derecho Penal, con fundamento en la prohibición del exceso (en el caso de que la nueva norma mantenga la consideración de la conducta como ilícita, pero disminuya la pena, en este sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999, p. 196); CASABÓ RUIZ (1972, p. 46), sin embargo, entiende que la retroactividad sólo se puede justificar en razones de humanidad. Para el Tribunal Constitucional la fundamentación, vinculada con el principio de legalidad, se encuentra en la evitación de sorpresas al ciudadano, en este sentido, y por todas STC 234/2007, de 5 de noviembre), y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal (“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...”), no hay limitación a la aplicación de la norma más favorable (en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional se estima que la retroactividad favorable tiene también anclaje constitucional, véanse SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 15/1981, de 7 de mayo; 131/1986, de 28 de octubre, y 215/1998, de 11 de noviembre, para las que la “retroactividad de la ley penal más favorable es un principio reconocido constitucionalmente a partir de una

para cada singular norma penal de modificación del Ordenamiento criminal, que concretará para esa última disposición los criterios pertinentes que permitirán fijar normativamente cuál sea la ley llamada a integrar el Ordenamiento. Con esta estructura se trata de blindar la certeza sobre el Ordenamiento Jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero); en definitiva: la seguridad jurídica (art. 9.3, CE).

De lo anterior se deducen, inmediatamente, dos consecuencias: a) que las disposiciones transitorias particulares están referidas, exclusivamente, a la Ley de la que forman parte²²; b) que las disposiciones transitorias concretas se agotan en su vigencia en cuanto materialmente finalizan los problemas aplicativos de la norma de que se trate (HERNÁNDEZ GIL, 1993, p. 2180), de los que traen causa. Esto significa, entre otras cosas, que las normas, las disposiciones, transitorias de la Ley de aprobación del Código Penal de 1995, han dejado de producir efecto desde el momento en que se ha terminado la “transición” del CP de 1973 al CP de 1995²³ (DE LA MATA BARRANCO, 2022).

interpretación ‘a contrario’ del art. 9.3 C.E”. Ello, en todo caso, no significa que conlleve derecho de carácter constitucional susceptible de amparo; en este sentido y por todas, STC 17/2010, de 27 de abril).

Ello no ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos de la Unión; por ejemplo, en el italiano, artículo 2, párrafo cuarto, se dispone: “Si la ley al tiempo de comisión del delito y la posterior son distintas, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favorables al reo, salvo que haya sido dictada sentencia firme” (este era, también, el espíritu de la norma aplicable al caso contenida en el artículo 20 del CP español de 1848; el texto vigente en el artículo 2 de nuestro Código proviene del artículo 23 del CP1870 -véase sobre las razones de la modificación en la redacción GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1872, p. 96)-, y se ha mantenido ese contenido, incluso en las dictaduras del siglo XX -aunque el CP1928 limitaba el alcance de la retroactividad a que el reo no fuere un “delincuente habitual” hasta el día de hoy). El precepto italiano trae causa de la redacción originaria del Código Rocco (artículo 2, párrafo segundo, último inciso). Es lo cierto, sin embargo, que en el Código Zanardelli de 1889 el párrafo segundo del artículo 2 se pronunciaba en términos muy parecidos al de nuestro vigente Código Penal: “Si la ley del tiempo en el cual fue cometido el delito y las posteriores son diversas, se aplica aquella cuyas disposiciones sean más favorables al imputado”.

En el mismo sentido que el Código Penal italiano vigente se pronuncia el Código Penal francés (artículo 112-1, párrafo tercero: “No obstante, las nuevas disposiciones se aplicarán a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor cuando sean menos gravosas que las antiguas, y no se haya dictado sentencia firme”), y el alemán (artículo 2.3 “Si cambiara la ley vigente al momento de finalizar el hecho antes de dictar sentencia, se aplicará la ley más favorable”). En este último, y como ya dijera MAURACH (1962, p. 143) más allá del dictado de la sentencia firme sólo caben medidas de gracia.

²² Véase, CUELLO CONTRERAS, (2002, p. 249).

²³ Es verdad que en la STS 178/2006, de 16 de febrero (ES:TS:2066:1199), Ponente Román Puerta, se llega a afirmar en algún pasaje de la misma: “Que la Disposición transitoria segunda del Código Penal establece que ‘para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código’, y la Disposición transitoria quinta que ‘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” (pasajes semejantes se repiten en otros puntos de la misma resolución). Esos textos a que se aluden en la resolución corresponden con las disposiciones transitorias de la Ley de aprobación del Código Penal de 1995. Indudablemente. ¿Quiere decir esto que la Sala consideró vigentes las disposiciones transitorias de la última disposición aludida? No, lo que quiere decir es que los magistrados se confundieron en la cita de la norma. Que ello es así se deduce inmediatamente porque las disposiciones transitorias alegadas por la recurrente en su escrito fueron siempre las de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (verbigracia, Fundamento Trigésimo

Pues bien, en todo el mundo jurídico se distingue, en las elaboraciones normativas, entre las normas permanentes, como la del artículo 2 del CP, que regulan con carácter general la materia de que se trate, y que por ello permanecen en el tiempo; y las normas transitorias, que tienen una vigencia temporal que está condicionada al agotamiento, en este caso, de las particulares situaciones de conflicto aplicativo entre la nueva y la antigua norma, y que actúan como complementarias de las principales. En este sentido es criterio general, tanto en el Derecho patrio como en el Comparado, separar geográficamente ambos tipos de normas.

2. *Confusión de rango normativo*

Entre otras muchas normas la Ley 10/2022 modifica, en su Disposición Final Séptima, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pues bien, más allá de la inclusión de algún apartado “llamativo”²⁴ hay que

segundo, párrafo quinto: “La disposición transitoria quinta de la L.O. 15/2003, que entró en vigor el 1º de octubre de 2004, establece que cuando se trate de causas penales en las que el recurso de casación no esté aún formalizado, ‘el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley’”; En el mismo sentido, en el Antecedente Cuarto.4, párrafo primero, *in fine*, de la Sentencia, se afirma por la representación de “Cristóbal” en relación con la formalización del recurso de casación: “TRIGÉSIMO: Al amparo de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por adaptación de la individualización de la pena a la reforma del artículo 370 del Código Penal”; así también con relación al otro procesado, y en otros pasajes de la sentencia). La conclusión es que los recurrentes invocan una norma que les favorece, delimitando así el ámbito de la casación, y el Tribunal argumenta con otra, pero que con cualquiera de las dos se llega a idéntica conclusión (la disposición transitoria quinta invocada por el tribunal se corresponde con la primera.2 de la LO 15/2003). Obviamente ha habido un error en la cita por parte del Ponente que ha arrastrado a la Sala.

²⁴ El c) del referido artículo 10.2 que dispone: “Cuando el delito cometido lo sea de los tipificados en los artículos 178 a 183 del Código Penal, las medidas previstas en los dos apartados anteriores deberán acompañarse de una medida de educación sexual y educación para la igualdad”. Más allá de problemas de redacción llama la atención que la medida prevista lo sea únicamente con relación a los preceptos relativos a la libertad sexual, y no a los otros delitos a los que se refiere el apartado, en particular el terrorismo. En este último sentido no debe olvidarse que fue la intervención de menores en actos de *kale borroka* la determinante para el incremento en la duración de la medida de internamiento a la que se refiere el artículo 10.2 de la LO 5/2000 (y que fue operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre).

Por otra parte, no debe olvidarse que la finalidad de la medida de internamiento de menores pretende, siempre, “la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo” (Exposición de Motivos -en realidad Preámbulo-, punto 16, de la LO 5/2000). También en el artículo 7 de la LO se preceptúa: “Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio”. En la letra h) del mismo precepto, y en referencia a la medida de libertad vigilada de la que gozarán los menores a la finalización del régimen cerrado, se dispone concretamente que los menores quedarán obligados a someterse a programas de “tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares”.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que todo el período de internamiento de menores y de sometimiento a medidas, tiene una finalidad esencialmente educativa, y dada su edad, su desarrollo, y con independencia -en principio- del delito que haya cometido, una educación que tiene que versar sobre todos los aspectos que permitan su maduración, inserción y empatía social, entre los que se encuentra la educación sexual (por ello,

resaltar que a pesar de que la LO 5/2000, tiene ese rango, es decir, de Ley Orgánica, las autoras de la Ley 10/2022 han dispuesto su modificación por medio de una Ley ordinaria.

En efecto, la Disposición Final Decimoséptima de la LO 10/2022, dispone:

“Naturaleza y rango jurídico. Las normas contenidas en el Título Preliminar y las disposiciones finales primera, apartado uno, segunda, cuarta, sexta y undécima tienen rango orgánico”.

Como puede comprobarse, entre las citadas no se encuentra la Disposición Final Séptima por la que se modificó la LO 5/2000. Luego, la redacción del artículo 10.2 de esta Ley sigue teniendo el contenido anterior al que pretendió otorgarle la LO 10/2022, y la modificación, por consiguiente, resulta contraria a la Constitución.

En el sentido anterior el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual señalaba: “Tal y como ha puntualizado la doctrina constitucional (cfr. SSTC 140/1986 y 159/1986), el rango de la norma aplicable, y en su caso el tipo de ley a que se encomienda la regulación de los derechos constitucionalmente reconocidos –ley orgánica o ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. En tal sentido, la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí mismo: el rango legal se convierte, por tanto, en garante constitucional del propio derecho (cfr. STC 140/1986), y el principio de legalidad pasa a integrarse en el derecho fundamental en el sentido de que su contenido reside en reclamar la regulación por ley, ya ordinaria, ya orgánica, del derecho constitucional”.

3. *Errores de remisión*

En el artículo 173.1, CP, se introduce un párrafo, actualmente cuarto, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de delitos contra la integridad moral. Pues bien, en su redacción se ha cometido un error infantil al no haberse coordinado la dicha incorporación con la que estaba en trámite y que se ha terminado

precisamente y también, la introducción del artículo 7.5 en la LO 5/2000 carece de sentido, y vuelve a demostrar el desconocimiento sobre la legislación de menores por parte de los reformadores de la LO 10/2022). En este sentido POZUELO PÉREZ, en un interesante trabajo (2015, p. 4), pone de manifiesto no sólo la necesidad de diferenciar entre adolescentes y adultos a la vista de “las aportaciones de la Neurociencia, que han centrado sus investigaciones en la evolución del cerebro del niño y del adolescente y su transición al cerebro adulto. Estas investigaciones ponen de relieve que en la adolescencia el cerebro humano aún no se encuentra totalmente desarrollado y que ese desarrollo no alcanza su último estadio hasta la edad adulta, lo que podría incidir en la menor capacidad de responsabilidad penal de los adolescentes y en la necesidad, en consecuencia, de un tratamiento penal diferente”.

Finalmente hay que indicar que es conveniente conocer, o esforzarse en hacerlo, una Ley antes de proceder a su modificación. En este sentido se entiende mal que se haya reformado el artículo 10.2 de la LO 5/2000 en el sentido antedicho, y no se haya procedido a hacer lo propio con el artículo 15.1.1º, al menos con relación al artículo 181 CP.

plasmando en el párrafo segundo por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de trasposición de directivas europeas. El error es debido a que en el vigente párrafo cuarto la referencia se efectúa a los “tres párrafos anteriores”, con lo que al no haber tenido en cuenta el nuevo párrafo segundo, resulta que el delito contra la integridad moral recogido en el párrafo primero quedará fuera del ámbito de comisión de la persona jurídica²⁵.

4. *Máximo desconcierto normativo*

Hay no pocos casos en los que se introducen preceptos sin contenido normativo propio y que en no pocas ocasiones se limitan a recordar las facultades que corresponden a otros sujetos, y en otros supuestos a incidir en materias reguladas por todo tipo de normas. En el primer sentido, el artículo 50.2 de la LO 10/2022, preceptúa:

“La Agencia Española de Protección de Datos ejercerá las funciones y potestades que le corresponden de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con el fin de garantizar una protección específica de los datos personales de las mujeres en los casos de violencia sexual, especialmente cuando esta se perpetúe a través de las tecnologías de la información y la comunicación”.

Este particular aspecto ya fue puesto de manifiesto, con ningún éxito, en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 10/2022²⁶.

Hay otros muchos casos de confusión, en el sentido indicado, en la LO 10/2022, como las referidas a las unidades de valoración forense integral, artículo 47²⁷; las oficinas de asistencia a las víctimas, artículo 49²⁸; el Título VII, y más en concreto, los artículos 52 y 53 (responsabilidad civil)²⁹, y un largo etcétera. Aludiré, finalmente, como un supuesto más de precepto sin contenido normativo propio, el precepto recogido en el artículo 18.2 de la Ley:

“Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882,

²⁵ Desde luego que no es la primera vez que esto sucede con nuestro Código Penal. Véase a ese respecto lo sucedido con la redacción del artículo 141, CP (actos preparatorios), donde por no haber sumado correctamente resulta que, por primera vez en la historia de nuestra codificación, los actos preparatorios del delito de homicidio del artículo 138, CP, no están castigados; y ello por la misma causa de lo que más arriba se ha expuesto: no se tuvo en cuenta la introducción de un nuevo artículo 140 bis.

En todo caso debe decirse que el “olvido” siendo injustificable desde el punto de vista del cuidado que debe tenerse a la hora de legislar no resultará muy relevante, pues son difícilmente imaginables casos en los que se pudiera articular responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito de los delitos sexuales.

²⁶ Véase la página 22 del dicho Informe. En este mismo documento se advirtió de la inutilidad del contenido de lo que hoy es el artículo 18.3 de la LO 10/2022...con ningún éxito (pág. 22).

²⁷ Véase la Disposición Adicional Segunda de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, y 479 LOPJ.

²⁸ Véase en ese sentido el artículo 28 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

²⁹ Véanse los artículos 109 y ss., CP, y 615 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

en cuanto al deber de denunciar, cuando las violencias sexuales detectadas afecten a niñas o niños, la responsabilidad institucional conllevará el cumplimiento del deber de comunicación previsto en el Título II de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”.

Como puede verse, se trata de un inútil precepto que sólo viene a recordar la vigencia de los artículos 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a insistir en una obligación de la institución de que se trate...que deriva de los preceptos acabados de invocar de la LECri. En todo caso, y además, sin olvidar que esa obligación de comunicar, y despreciando ahora los preceptos de la Ley ritualaria, se desprende de otros mandatos legales como los recogidos en los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰.

En fin, se trata de una forma verdaderamente “enloquecida” de legislar, sin venerar ámbitos normativos y en la que a menudo tampoco se respetan los principios más elementales de la “ciencia de la legislación”. Esto sólo va a procurar enorme confusión en la aplicación de la Ley Orgánica, problemas hermenéuticos sin fin e inseguridad jurídica³¹.

III. Sectarismo e inconstitucionalidad de la Ley

1. El artículo 1.2 de la LO 10/2022, expresa:

“La finalidad de la presente ley orgánica es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual”.

³⁰ Cabe preguntarse, llegados a este punto, por la causa de que la LO 10/2022 se refiera en este precepto, exclusivamente, a la LO 8/2021, y no a normas anteriores que fueron impulsadas en otros tiempos por otros departamentos ministeriales, como la ya citada 1/1996: el sectarismo y el fanatismo asoma constantemente en esta Ley, y explica perfectamente todos sus defectos.

³¹ El propio CGPJ, en el Informe reiteradamente mencionado, advertía al Ministerio proponente: “La pluralidad de disposiciones normativas, con aspectos concéntricos y concurrentes, no desaparece mediante la promulgación de la ley orgánica proyectada; antes bien, tal y como está concebido el texto del Anteproyecto, lejos de coadyuvar a la conjunción normativa, propicia mayor dispersión, al introducir un nuevo texto legal que ha de convivir con los ya vigentes, y que habrá de solaparse con las disposiciones contenidas, sobre todo, en las leyes sobre violencia de género, sobre igualdad, sobre el estatuto y protección de las víctimas, sobre educación e, incluso, en la ley procesal penal” (pág. 21).

Desde luego este enunciado normativo se coherencia perfectamente con la ya anunciada finalidad de la Ley de acuerdo a su Preámbulo: “Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales... la norma viene justificada por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de erradicar las violencias sexuales que sufren las mujeres de todas las edades y los niños³²”.

En el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, de 2 de febrero de 2021³³ se decía:

“En el apartado 1 del artículo 1 se establece que el objeto de esta ley es ‘la protección integral del derecho a la libertad sexual mediante la prevención y la erradicación de todas las violencias sexuales contra las mujeres, las niñas y los niños, en tanto que víctimas fundamentales de la violencia sexual’.

No se considera correcta la formulación del objeto de la ley en tales términos. La libertad sexual se configura como una manifestación del derecho a la libertad del artículo 17 Constitución española, libertad que se predica de toda persona, como se analizará con más detenimiento al tratar la Disposición final quinta³⁴.

Pues bien, curiosamente en el texto de la Ley, tal y como se ha publicado en el BOE, la referencia que se efectuaba en el artículo 1.1 del Anteproyecto a las “mujeres, niñas y niños” ha pasado a estar ubicada en el núm. 2 del precepto, y en el número 1 sólo figura una declaración general como es la siguiente: “El objeto de la presente ley orgánica es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales³⁵”.

Ahora la pregunta: ¿habrán concluido las proponentes de la Ley que, si cambiaban la referencia a mujeres, niños y niñas del número 1 al 2 del precepto, la objeción del Consejo Fiscal decaía?

Pues bien, a mi modo de ver la objeción del Consejo Fiscal parece suficientemente contundente: proteger únicamente, desde el punto de vista penal, a las mujeres, niñas,

³² Incluso, en las estadísticas de agresiones sexuales que aparecen en el Preámbulo sólo se alude a las padecidas por mujeres

³³ Que había “entrado” en la Fiscalía, para informe, con fecha 20 de octubre de 2020.

³⁴ Pág. 16 del citado Informe.

³⁵ Ya en el Anteproyecto de julio de 2021 la referencia a las “mujeres, niñas, niños y adolescentes” se ubicó en el artículo 1.2, con la siguiente redacción: “La finalidad de la presente ley orgánica es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, que garanticen la prevención y la sanción de las violencias sexuales, así como el establecimiento de una respuesta integral especializada para mujeres, niñas y niños, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual”.

Sin embargo, ese artículo 1.2, de octubre de 2020, que fue el que se trasladó a los órganos constitucionales para que rindieran informe, se señalaba: “2. La finalidad de la presente ley orgánica es adoptar y poner en práctica políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas Administraciones Públicas competentes, que incluyan todas las medidas pertinentes que garanticen la prevención y la respuesta frente a todas las formas de violencia sexual”.

niños y adolescentes, excluyendo a los varones adultos, conculca el artículo 17 (y el 14) de la Constitución española. Es evidente. ¿Cómo es posible que se haya dictado una norma con esa evidente tacha constitucional?

2. El problema se acrecienta si se acude al artículo 3.2 de la LO 10/2022:

“Ámbito de aplicación. 2. La presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares prevista en el artículo 51, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles”.

a) Una primera observación: Resulta muy llamativa la constante de agrupar -de forma expositiva- en los textos legales a la mujer con los niños y discapaces. Como afirma MAQUEDA ABREU (2007, p. 14)³⁶ debe realizarse “una llamada de cautela sobre los riesgos de estigmatizar a la mujer en su condición de ‘sujeto vulnerable’, confirmando así los peores estereotipos de género”. La mujer debe ser invocada desde la normalidad, desde su entendimiento como persona con plena capacidad de autogestión y no necesitada de constante ni particular tutela. Cuando en esta Ley, y en otras muchas disposiciones de todo género, se agrupa a la mujer con los niños y discapaces, lo que es habitual, no puede evitarse el recuerdo del artículo 57 del CC, vigente hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, según el cual: “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”. No, la mujer no necesita estar tutelada sino únicamente encontrarse en condiciones para ejercer en igualdad. Estamos ante un discurso uno de cuyos finales se encuentra en sacrificar la libertad de las mujeres concretas a quienes no se permite que decidan sobre su sexualidad. En este sentido, la prohibición de la publicidad de la prostitución femenina [que es tipificada como un caso de “violencia sexual”, junto a la pornografía, en el artículo 9.1 d) de la Ley 10/2022], que descansa sobre la publicidad en plataformas informáticas (“prostitución discreta”) que ha permitido a las personas que la ejercen “abandonar las calles”, constituye todo un ejemplo³⁷.

³⁶ Véase también el trabajo, asimismo invocado por la autora acabada de citar, de LARRAURI PIJOAN (1998, pp. 33 y ss.).

³⁷ Ciertamente todo el tema de la consideración como ilícita de la publicidad de la prostitución está afectado por la muy deficiente técnica legislativa usada por el Legislador; en este sentido, pongan en relación el artículo 11.1 de la Ley 10/2022, con el nuevo artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad (tras la modificación efectuada en el precepto por la LO 10/2022).

Más no puedo terminar esta nota sin poner de manifiesto cómo la LO 10/2022 castiga, mediante la interdicción de la publicidad, esa que he denominado “prostitución discreta”, pero no la más penosa para la mujer, la que debe ejercer en los polígonos industriales, en los cruces de carretera, en clubes de mala muerte... si no se tiene la suerte de acceder a la prostitución de élite.

b) El artículo 3.2 de la Ley 10/2022 trata, como se deduce inmediatamente de la lectura del precepto, de la fijación del ámbito subjetivo de la Ley; y la conclusión es evidente: se trata de una Ley de aplicación exclusiva, no hay margen de interpretación en este sentido, a las “mujeres, niñas y niños”.

Es cierto, sin embargo, que no es excepcional que, en distintas leyes, y después de una declaración general sobre el ámbito de aplicación de la norma se incluya en otro precepto de la misma un ámbito de aplicación complementario. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que en su artículo 2.2 asevera: “Están también sujetos a la presente Ley...”; de esta forma se amplía el ámbito de aplicación de la disposición.

Un supuesto como el anterior puede encontrarse en algún precepto de la Ley 10/2022; es el caso del artículo 12.2, II:

“De las medidas adoptadas, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas”.

No cabe duda de que, en este caso, no son sólo las “mujeres, niñas y niños” las destinatarias de la norma, sino “la plantilla total de la empresa”, y es evidente que de esa plantilla forman parte (pueden formar parte) también los varones adultos. Nos encontramos, por tanto, con un “ámbito de aplicación complementario”.

Sin embargo, a continuación, las autoras de la norma no han “podido evitar” en idéntico precepto la inclusión de una nueva restricción (que roza el ridículo):

“También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado”.

Para, nuevamente, a continuación, volver a ampliar el ámbito subjetivo:

“Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición”.

Algún otro supuesto de “ámbito de aplicación complementaria” es posible hallar. Es el caso del artículo 9.1 b):

“Campañas de concienciación y sensibilización dirigidas específicamente a hombres, adolescentes y niños para erradicar los prejuicios basados en roles estereotipados...” [también en el caso del artículo 9.1.f)].

Resulta llamativo, por cierto, que esas campañas de “concienciación y sensibilización” (reeducación) se dirijan solamente a varones en toda su amplitud. Ello obliga a subrayar dos aspectos: a) Se señala tácitamente al varón como “el enemigo”; b) Al implicarse al “niño”, sin limitaciones en cuanto a la edad, entre el objeto de la norma, se apunta a la creencia genética en su “maldad”; c) Se excluye a la mujer, *in toto*, siendo así que en no pocos casos la mujer es portadora clara de la ideología machista (piénsese, verbigracia, en el caso de las abuelas llevando a cabo la mutilación genital

de las nietas); d) Es evidente: no sólo estamos ante una Ley casi exclusivamente para las mujeres, sino también contra el hombre desde el nacimiento de éste.

c) Volviendo al discurso central en este apartado hay que decir que lo habitual, cuando se hace referencia al ámbito de aplicación subjetivo en los distintos preceptos de esta disposición, es que vuelva a insistirse en lo preceptuado en el artículo 3.2 de la Ley: “mujeres, niñas y niños”. Es el caso del artículo 33.2 o del 45. En otros supuestos, sin embargo, y aún dentro del universo “mujer”, se restringe el ámbito de aplicación subjetivo. Verbigracia, en los artículos 38.1 (trabajadoras), 38.2 (trabajadoras desempleadas), 40.1 y 2 (funcionarias), etc.

Hay otros casos, no obstante, en los que hay una ampliación aparente del ámbito subjetivo, son los supuestos de los artículos 27.2; 28.1; 29.1; 30.1... Digo que se trata de “ampliación aparente” porque de acuerdo con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, todos los menores de edad tienen la consideración de “niñas, niños o adolescentes”, no existiendo normativamente una separación entre la denominación de niño y adolescente, tal y como avala el enunciado del artículo 2 de la Ley (“Ámbito de aplicación. 1. La presente ley es de aplicación a las personas menores de edad que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa de residencia y a los menores de nacionalidad española en el exterior en los términos establecidos en el artículo 51”).

d) Pues bien, todos esos preceptos de la LO 10/2022, que son aplicables exclusivamente a las mujeres, niños y niñas, reconocen derechos, situaciones jurídicas, establecen obligaciones a cargo de terceros, etc. Así, el artículo 22 se refiere a que: “Los poderes públicos establecerán protocolos de actuación que permitan la detección y atención de casos de mutilación genital femenina, de trata de mujeres con fines de explotación sexual y de matrimonio forzado...”. ¿Por qué los poderes públicos no han de ocuparse de la trata de varones adultos con fines de explotación sexual, o...?; el artículo 33.1 alude a que: “1. Todas las personas comprendidas en el apartado 2 del artículo 3 de esta ley orgánica tienen derecho a la asistencia integral especializada y accesible que les ayude a superar las consecuencias físicas, psicológicas, sociales o de otra índole, derivadas de las violencias sexuales. Este derecho comprenderá, al menos...”, y a continuación enumera una gran cantidad de prestaciones como: atención médica, psicológica, información sobre derechos, atención a las necesidades económicas, atención especializada..., sólo para mujeres, niños y niñas. ¿Por qué para los varones adultos víctimas de violencia sexual no hay esas “atenciones”?; el artículo 34.2: “2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, el acceso integral de las mujeres con discapacidad, así como de las niñas y los niños víctimas de violencias sexuales, a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes...” ¿y los varones adultos con discapacidad? ¿no se les dará acceso integral a la

información...?, y un interminable etcétera de discriminación de los varones adultos respecto a las “mujeres, niñas y niños”.

Como conclusión decir que no pocos de los preceptos de la LO 10/2022 son obviamente contrarios a la Constitución, tanto en lo que afecta a algunas de sus cláusulas generales (artículos 1.2 y 3.2) como desde el prisma de diferentes preceptos particulares como los que hemos aludido.

IV. La exclusión de los autores de delitos sexuales (aún leves) de la comunidad de ciudadanos

La LO 10/2022 ha incorporado un último apartado al artículo 180, CP, que reza como sigue:

“3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.

Debe tenerse en cuenta que del Capítulo forma parte el tipo atenuado recogido en el artículo 178.3, CP, según el cual:

“El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Es decir, y marginando de momento los supuestos de tentativa, complicidad o atenuación de la pena (incluso atenuantes muy cualificadas), podría resultar que a un sujeto condenado a la pena de dieciocho meses de multa se le imponga, además y como pena principal, la de inhabilitación absoluta de hasta doce años.

Si tomamos como referencia las penas accesorias, resultará que la pena de inhabilitación absoluta sólo se impone, y durante el tiempo de la condena, ante penas de prisión de diez o más años (artículo 55, CP). En el caso de penas inferiores a los diez años de prisión, la pena accesoria podrá ser alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación para el derecho de sufragio o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, etc., si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido (artículo 56, CP). Desde luego, las penas de multa carecen de pena accesoria.

Pues bien, teniendo en cuenta la enorme amplitud de los efectos de la pena de inhabilitación absoluta³⁸, ¿puede demostrarse la existencia de proporción alguna

³⁸ “La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena”.

entre la imposición de una pena de multa y la de inhabilitación absoluta por hasta doce años? ¿No se trata, más bien, de la decisión de excluir por siempre de la Administración Pública a determinados sujetos/delincuentes por razones exclusivas de tipología de autor, y, paralelamente, de ampliar considerablemente los tiempos de prescripción, de aplicabilidad de la reincidencia y de cancelación de los antecedentes penales³⁹? Todos los delincuentes sexuales tendrán, así, imposible, o muy dificultosa, la reinserción a la que se refiere el artículo 25.2, CE, entre otras razones porque con el contenido del artículo 180.3, CP, y con lo que a continuación se expone se evidencia claramente que la pretensión es expulsar de la comunidad de ciudadanos a los delincuentes sexuales, a determinado tipo criminológico de autor, con independencia de la gravedad de sus actos.

En efecto, el artículo 192.3, II, preceptúa:

“Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada”.

Este precepto se incorporó al Código Penal con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, aunque la LO 10/2022 le dio nueva redacción, pero sin alteraciones materiales en el contenido⁴⁰, mas incorporándolo al sistema normativo propio de la LO 10/2022⁴¹.

³⁹ Se trata de un régimen tan radicalmente excepcional que sólo encuentra parangón con el de aquéllos delitos a cuyos autores se les pretende, siempre, apartar de la sociedad. Me refiero a los delitos de terrorismo, respecto de los cuales el artículo 579 bis, CP, dispone que sus responsables serán también castigados con las penas de inhabilitación absoluta y especial por un tiempo entre seis y veinte años superior a la de prisión. Aunque también debe decirse que en el caso del terrorismo no se cuenta con una cláusula como la ya criticada del artículo 180.3, CP (sobre el particular, PASTRANA SÁNCHEZ, 2019, *passim*, y MIRA BENAVENT (2018, 315 y s.).

⁴⁰ La estructura del precepto proviene de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, donde se le otorgó la siguiente redacción:

“A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

⁴¹ Ambas leyes orgánicas fueron impulsadas por el Ministerio de Igualdad.

¿A qué responden estas penas que implican, sectorialmente, la inocuización del individuo⁴²? Entiendo que a dos ideas: la del convencimiento sobre la peligrosidad de los delincuentes sexuales (de todos los delincuentes sexuales por igual y con independencia del concreto tipo realizado, a la vista de la falta de proporcionalidad y escalamiento entre el delito y la sanción), y también la creencia (falsa) en la muy difícil, sino imposible, reeducación de los sujetos que cometen estos delitos⁴³. Por ello, la reacción penal es desproporcionada y, como digo, inocuizadora: mira exclusivamente en dirección a la prevención especial referida a un tipo de delincuente al que se considera siempre y en todo caso “peligroso”. De ahí que la pena privativa de derechos a imponer sea siempre imperativa (impondrá), nunca facultativa, y que el límite superior de la horquilla sea tan elevado (20 años); amén de que esos 20 años hay que sumarlos a la cifra de la pena de prisión impuesta, lo que puede terminar sumando los treinta y cinco años en algunos supuestos.

Con la inclusión de semejantes penas privativas de derechos (más allá de las últimas privativas de libertad para los delitos contra la libertad sexual, que en algunos casos superan al homicidio⁴⁴, y de las posibles penas accesorias), y tanto por el contenido como por la duración de la inhabilitación absoluta (en el caso del artículo 180.3, CP) y de la inhabilitación especial a la que se refiere el artículo 192.3, II, CP, a lo cual se debe sumar el plazo para la cancelación de los antecedentes penales [diez años, de acuerdo con el artículo 136.1 e), CP], la consecuencia será, normalmente, que los condenados no podrán retornar nunca a la profesión que detentaban (especialmente en el caso de la función pública); algo muy cercano, pues, a la muerte civil⁴⁵.

Desde luego no es extraño que los códigos penales contengan referencias a elementos personales, GÓMEZ MARTÍN (2007, 96), tras abordar las relaciones de la

⁴² Véase sobre este concepto, MUÑOZ CONDE (2011, *passim*).

⁴³ Véase, sin embargo, VV.AA. (2009, 23 y ss.); asimismo, PUEYO/NGUYEN (2020, *passim*).

⁴⁴ No debe olvidarse que imponer una pena de idéntica gravedad (o incluso superior, como es el caso del artículo 181.4, CP) a la prevista para el delito de homicidio, puede ser criminógeno, pues pudiera alentar al sujeto activo a dar muerte a la víctima del delito sexual con objeto de suprimir testigos de cargo.

También debe decirse con absoluta rotundidad: más allá de la polémica existente por la revisión de penas como consecuencia de que en algunos tipos penales se ha producido una disminución de los límites mínimos o máximos de la pena con la Ley 10/2022, entiendo que las penas imponibles por la comisión de delitos sexuales son excesivamente elevadas, desproporcionadas en relación a las impuestas por la lesión de bienes jurídicos de mayor valor, como la vida, y lo único razonable sería llevar a cabo una completa revisión del modelo lo que debería implicar una sustancial disminución de los marcos penales.

⁴⁵ Por otra parte, semejante disposición plantea una enorme cantidad de problemas cuando en el delito de que se trate ya se haya aplicado una pena de inhabilitación. Es el caso del ya mencionado artículo 180.3 y, también, del 184.2, ambos del CP. En este último supuesto se amenaza, además de con una pena de prisión, con la de inhabilitación especial para, entiendo, el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de que se tratare por un tiempo de hasta dieciocho meses. Una pena privativa de derechos totalmente adecuada a la gravedad de la conducta reprimida. En este contexto ¿qué justificación puede haber para imponer, sobre las anteriores, una inhabilitación especial de, potencialmente, hasta veinte años? Más allá de que pudieran plantearse cuestiones vinculadas con el *bis in idem*, proporcionalidad y concursales (véase, OTERO GONZÁLEZ, 2023-en prensa).

criminología y la política criminal con la dogmática se refiere al caso de la reincidencia⁴⁶ o al reo habitual o profesional o a las circunstancias personales del delincuente a tener en cuenta en la determinación de la pena. Pero se trata de referencias a concretos sujetos no a categorías enteras de delincuentes, de una determinada tipología de delincuentes: los sexuales. Es decir, en aquel caso se conserva la adhesión esencial al Derecho Penal del hecho⁴⁷. Sin embargo, como señala ROXIN (1997, 177), citando a BOCKELMANN, “allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”.

Pues bien, no cabe duda de que los delitos sexuales se han estructurado alrededor de un principio: no se trata tanto de reprimir concretas conductas sino categorías de delincuentes (ya la pregunta no es qué ataques son más o menos graves al bien jurídico que se protege). De ahí la indiferenciación en cuanto a la gravedad de los medios utilizados para llevar a cabo los comportamientos en los artículos 178 y 179, CP; y de ahí, también, la decisión de alejar a esos concretos delincuentes -a todos ellos- del pleno disfrute de la comunidad de los ciudadanos mediante penas privativas de derechos interminables, para todos los delincuentes sexuales, con independencia de la gravedad de las conductas realizadas en términos de ataque el bien jurídico (las penas del artículo 192.3, II, CP, son igualmente aplicables por la comisión de un simple acoso sexual que por una penetración anal a un niño)⁴⁸. ¿Cuál puede ser la razón de la imposición de esas “penas eternas”? ¿Qué ha habido una “decadencia personal en la actitud interna” (Erik WOLF, 2008, 13) de esos delincuentes sexuales, de todos los delincuentes sexuales?

V. Epílogo

Desde luego, y a pesar de las citas, no estamos, todavía, ante el escenario que se alumbrara en el Derecho Penal de la mano de la denominada “escuela de Kiel”, pero es cierto que el autoritarismo en estos tiempos no hace su aparición vestido con

⁴⁶ Seguramente el caso de la reincidencia se aparta del “Derecho Penal del hecho” y se interna en el pantanoso terreno de la “culpabilidad por la conducción de vida”.

⁴⁷ “... en estos casos no se trata de un tipo criminológico de receptor, cazador furtivo o usurero, sino de que la comisión profesional o habitual de esos delitos, con independencia de la persona del autor, es mucho más dañosa socialmente que el hecho aislado ocasional y por eso precisa una pena superior” (ROXIN, 1997, 185).

⁴⁸ A todo esto hay que sumar el tenor del artículo 36.2 d) y e), CP, que dispone el cumplimiento de al menos la mitad de la pena, siempre que esta sea superior a cinco años, en el caso de los delitos del artículo 181 (agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y en los del Capítulo V del Título VIII, CP (“De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y la corrupción de menores”). Asimismo, se incorpora un nuevo segundo párrafo al artículo 83.3, CP, que, para los delitos contra la libertad sexual, incorpora una serie de prohibiciones y deberes.

camisas pardas, sino con formas aparentemente más inocuas: con la mentira (asalto a los congresos de los EE.UU y Brasil), con el ataque despiadado a todos aquellos que se atreven a separarse de la “verdad” (todos los que hemos cuestionado la bondad de la Ley de Libertad Sexual), con la auto atribución de “verdades” que no lo son..., en definitiva con muy diferentes estrategias; y sobre todo: con el silencio de muchos y la disposición de otros tantos a someterse a los toques de corneta, bien sea por disciplina o por cábalas electorales.

Hay que decirlo con claridad, y así lo han manifestado en la prensa algunos catedráticos de Derecho Penal: es falso, radicalmente falso y peligroso porque viene a constituir en paradigma lo que no lo es, que tras la Ley de Garantía de la Libertad Sexual el consentimiento se haya situado, por fin, en el “centro” de los delitos sexuales. No. Falso: el consentimiento, y no únicamente en los delitos sexuales, está “desde siempre”, en el corazón del sistema del “Derecho Penal sexual”, hasta el punto de que su presencia (si se tenía capacidad de consentir y si ésta no se hallaba mermada o afectada) hacía lícita la conducta sexual de que se tratara, y su ausencia la constituía en ilícita. Es falso, también, que a la víctima se le exigieran resistencias numantinas frente al agresor (que en la práctica criminal suele acudir más a la intimidación que a la violencia). No es así, no lleva siendo así desde hace muchos años.

Es falso, asimismo, que no bastara con la negativa de la víctima para construir el delito; en ese sentido, y cito intencionadamente una resolución “antigua”, la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁴⁹ ha dejado dicho:

“...la persona humana tiene derecho a decidir libremente sobre su propia sexualidad: realizar el acto o no, realizar o no otras actividades distintas al acceso carnal, aunque del mismo signo, y llevarlo a cabo, en su caso, con determinadas personas y no con otras. Y por ello no puede hablarse ya de resistencia de la víctima, sino más sencillamente de voluntad contraria, sin necesidad de resistencias especiales o heroicas, como a veces se entendió. Basta con el no de la víctima” (SSTS de 12 de junio de 1992, ES:TS:1992:10078 y ES:TS:1992:4711).

O del mismo Tribunal:

“De la resistencia heroica se pasó a la resistencia seria, finalmente a considerar que lo verdaderamente importantes es ‘la actitud violadora del sujeto activo’ frente a la cual nada significa la conducta de la víctima, de mayor o menor fuerza opositora” (SSTS 624/1991, 3-11, ES:TS:1993:17375 y ES:TS:1992:8170).

O, en fin:

⁴⁹ Compuesta por Magistrados solventes, igual que los de Audiencia, a todos los cuales se desautoriza con las peores denominaciones en cuanto se separan de la “verdad pretendida”..., a pesar de que la separación la llevan a cabo “de la mano de la Ley”. Mas ¿quién les manda a ellos separarse de lo que dictamina la “perspectiva de género”?

“...lo esencial en ese delito es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque actúa conociendo su oposición” (SSTS 18-10-1993, ES:TS:1993:15399 y ES:TS:1993:11144).

Como se ve, el consentimiento estaba, está, en “el centro” de lo injusto de los delitos contra la libertad sexual. Es falso, como digo, que la prescindencia de la voluntad del sujeto pasivo no fuera suficiente para constituir el delito.

Es falso que estemos ante una ley de protección de la sexualidad de todas las personas. Es falso que se puedan aplicar las disposiciones transitorias de la Ley de aprobación del Código Penal de 1995 a la LO 10/2022. Es falso que la LO 10/2022 haya acomodado su concepto de violencia sexual al que se deduce del Convenio de Estambul. Es falso que las violencias sexuales tengan consecuencias exclusivamente en las mujeres, niñas y niños, con exclusión de los varones adultos.

Es falso que una Ley Orgánica se pueda modificar con una simple Ley ordinaria sin violentar la Constitución.

Es falso que todos los medios instrumentales sean valorativamente idénticos en el ataque al bien jurídico protegido: la libertad sexual. No es lo mismo la intimidación o la violencia que el engaño. Es decir: “no todo es robo”, existe también el hurto, la estafa o la apropiación.

Es falso que la Ley anterior a la entrada en vigor de la 10/2022 no fuera capaz de salir al paso de los atentados contra la libertad sexual. Falso. De hecho, fue aplicando esa Ley como se condenó a los miembros de “la manada de los sanfermines” (y a otras “manadas”) a fuertes penas de prisión. Sanciones que hubieran podido ser mucho más graves con la aplicación de esa misma Ley si las acusaciones (no los magistrados que actuaron en las distintas instancias) hubieran sido capaces de acusar, y ordenar sus recursos, correctamente. En este sentido, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, dijo en su resolución:

“El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto” (STS 344/2019, de 4 de julio, ES:TS:2019:2200).

En fin, es falso que la soberbia, la ignorancia y el fanatismo sean buenas guías político-criminales o dogmáticas a la hora de construir una ley protectora de la libertad sexual.

Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J.M. (1994), *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, I*, Madrid.
- BROX SÁENZ DE LA CALZADA, AG. (2020), “El Convenio de Estambul en Francia y en España: tareas pendientes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 43, 2020, pp. 46-64.
- CALVO GARCÍA, M. (2014), “La violencia de género como violación de Derechos Humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos”, en AAVV *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV, Madrid, pp. 157-232.
- CARAVACA SÁNCHEZ, F. y otros (2015), “Abusos y agresiones sexuales en prisión, percepción de los internos sobre la existencia de desórdenes mentales como factor de vulnerabilidad”, *Revista Española de Medicina Legal*, n. 2, pp. 47-52.
- CARDONA LLORENS, J. (2022), “La protección de los derechos humanos en el ámbito nacional: la aplicación nacional de la protección internacional”, en Cardona Llorens y otros *La protección internacional de la persona*, Valencia, 184-218.
- CASABÓ RUÍZ, J.R. (1972), “Comentario al artículo 24 CP”, en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo *Comentarios al Código Penal. Tomo II, artículos 23-119*, Barcelona.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1943), *Derecho civil español, común y foral. Obra ajustada al programa para las oposiciones a notarias determinadas. Tomo Primero. Parte general*, 6ª ed. revisada, Madrid.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2015), *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Biblioteca Universitaria de Derecho, México, DF.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. (1999), *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002), *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2022), “Disposiciones transitorias y Derecho Penal”, *Almacén de Derecho*, nov. 20.
- DÍAZ SÁEZ, JA. (2014), *Eunucos: historia universal de los castrados y su influencia en las civilizaciones de todos los tiempos*, Córdoba.
- EZQUIAGA GANUZAS, J. (1988), “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y Preámbulos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 20, pp. 27-50.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2007), *El Derecho Penal de autor*, Valencia.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. (1872), *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, Tomo II, Burgos.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1993), “Disposiciones transitorias”, en Paz-Ares Rodríguez y otros (director) *Comentario del Código Civil. Tomo II*, Madrid.
- LARRAURI PIJOAN, E. (1998), “Feminismo y multiculturalismo”, *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Vitoria-Gasteiz, pp. 33-44.
- MAQUEDA ABREU, ML. (2007), “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret*, 4/2007, pp. 1-43
- MAURACH, R. (1962), *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona.
- MIRA BENAVENT, J. (2018), “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo ni competencia de la Audiencia Nacional”, en Alonso Rimo y otros (dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, pp. 299-330.
- MUÑOZ CONDE, F. (2011), “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, n. 2, julio-diciembre, pp. 57-73.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2023), “Lección 18. Acoso sexual”, en Álvarez García (dir.): *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial I. Delitos contra las personas*, 4ª ed. -en prensa-, Valencia.

- PASTRANA SÁNCHEZ, A. (2019), “Apología del terrorismo y otros delitos afines: Evolución y tendencias en España y en el Perú”, *Revista Derecho y Sociedad*, n. 52, pp. 45-58.
- POZUELO PÉREZ, L. (2015), “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, *InDret*, 2/2015, pp. 1-26.
- PUEYO, A.A.; NGUYEN, T. (2020), *La reincidencia sexual: breve resumen del estado de la cuestión*, *La Post Revista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19* (disponible en <https://postc.umh.es/minipapers/la-reincidencia-sexual-breve-resumen-del-estado-de-la-cuestion/>).
- ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M.C. (1972), *Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela.
- ROXIN, C. (1997), *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid.
- THILL, M. (2020), “El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género”, *IgualdadES*, 2, pp. 157-196.
- VV.AA. (2009), *Delitos sexuales y reincidencia Un estudio en las prisiones de Cataluña Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales Recomendaciones de la comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves*, Barcelona.
- WOLF, Erik (2008), “Sobre la esencia del autor”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-r4, pp. 1-19.