

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCL013176

CIRCULAR 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

(BOE de 5 de abril de 2023)

1. Consideraciones preliminares

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 los delitos contra la libertad sexual han sido reformados en numerosas ocasiones, circunstancia que revela el carácter especialmente comprometido y sensible de este fenómeno delictivo fruto de la singular naturaleza del bien jurídico tutelado.

El 1 de agosto de 2014 entró en vigor en nuestro país el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, entre cuyos objetivos destaca el de proteger a las mujeres frente a todas las formas de violencia, así como prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

El primer informe de evaluación sobre la aplicación por España del Convenio de Estambul, elaborado por el Grupo de Expertos en la lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (en adelante GREVIO) y publicado el 25 de noviembre de 2020, señaló que «en España la aplicación de los [delitos de agresión sexual y abuso sexual] por parte del Poder Judicial, especialmente en tribunales de primera instancia, ha sido objeto de indignación pública generalizada, ya que manifiesta una comprensión inadecuada del uso de la fuerza y la intimidación y de las reacciones que esto puede desencadenar en las víctimas de violación (por ejemplo, susto, bloqueo, etc.). [...] GREVIO lamenta que, según expertos legales, los tribunales regionales aún califiquen los casos en los que la víctima no da su consentimiento, pero tampoco se resiste, como abuso sexual en lugar de violación, incluso cuando las circunstancias demuestran claramente que existió intimidación. GREVIO lamenta, además, que numerosas decisiones judiciales parecen reproducir estereotipos o aplicar interpretaciones excesivamente formalistas que disminuyen la responsabilidad penal del perpetrador o incluso culpan a la víctima. [...] GREVIO anima a las autoridades españolas a que prosigan con las modificaciones del Código Penal a fin de que el delito de violación tipifique la falta de consentimiento de forma que se pueda articular en la práctica de forma eficaz por las fuerzas de seguridad, la fiscalía y el poder judicial».

La reforma del Código Penal operada en virtud de la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, da respuesta a las cuestiones planteadas por el GREVIO e introduce modificaciones de calado en la regulación de los delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II del Código Penal.

En opinión del legislador, expresada en el preámbulo de la ley, «las violencias sexuales no son una cuestión individual sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado».

La violencia sexual, especialmente la que sufren mujeres, niñas y niños, constituye una lacra. Según recoge la memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, «el porcentaje de mujeres de 16 o más años residentes en España que han sufrido violencia sexual fuera del ámbito de la pareja a lo largo de la vida es del 6,5 %. Es decir, unas 1.322.052 mujeres han sufrido este tipo de violencia y el 0,5 % (103.487) en los últimos 12 meses. Un 2,2 % (453.371 mujeres) del total de mujeres de 16 o más años residentes en España han sido violadas alguna vez en su vida. Estos datos son en realidad una aproximación de mínimos, pues se trata de la prevalencia revelada, pero debe tenerse en cuenta que es probable que las mujeres que han sufrido los casos más graves no sean capaces de contarlo en una encuesta como esta debido al trauma que supone. En el caso de las niñas menores de 16 años, el porcentaje es del 3,4 %, lo que se traduce en unas 703.925 niñas víctimas de violencias sexuales. Además, el 12,4 % de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja dice que en alguna de las agresiones sexuales participó más de una persona. Finalmente, en el 50 % (40,6 %) de los casos, la violencia se repitió más de una vez».

Según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), 3401 personas fueron condenadas en el año 2019 por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, de las cuales el 97 % eran hombres.

En cumplimiento de los instrumentos internacionales ratificados por España, en particular el Convenio de Estambul, el legislador introduce ahora, de un modo decidido, el enfoque de género en el tratamiento de estos delitos, lo que además se halla en consonancia con la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo (vid. SSTs 892/2021, de 18 de noviembre; 852/2021, de 19 de mayo; 834/2021, de 4 de noviembre; 201/2019, de 10 de abril; 177/2019, de 2 de abril; 99/2019, de 25 de abril; 247/2018, de 24 de mayo).

Como recuerda el Consejo de Estado en su informe n.º 393/2021, de 10 de junio, sobre el anteproyecto de ley orgánica para la garantía integral de la libertad sexual, «la violencia sexual, en particular, constituye una manifestación específica de la violencia de género, en la medida en que afecta de forma desproporcionada a las mujeres y, en algunos casos, puede venir causada precisamente por determinadas circunstancias propias del rol de estas en la sociedad. Ciertamente, son también con demasiada frecuencia víctimas de violencia sexual menores de ambos sexos, y tampoco cabe omitir la existencia de actos de violencia sexual cometidos contra hombres mayores de edad. A juicio del Consejo de Estado, la obligada protección de todas estas víctimas no obstaculiza el análisis y tratamiento específico, en atención a sus características propias, de las violencias sexuales dirigidas contra las mujeres, como colectivo más afectado por aquellas, partiendo de la metodología propia de la llamada perspectiva de género».

Algunas de las principales novedades de la reforma penal consisten en la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual, la introducción de una regla para la valoración de la prueba del consentimiento del sujeto pasivo del delito, la modificación de las penas con las que se castigan algunas figuras delictivas o la inclusión de un subtipo atenuado de agresión sexual por razón de la menor entidad del hecho y de las circunstancias personales del culpable.

La trascendencia de las modificaciones implementadas aconseja la elaboración de criterios específicos sobre los aspectos fundamentales de la reforma, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 7 de octubre de 2022, garantizando con ello la unidad de actuación del Ministerio Fiscal que consagra el artículo 124 CE.

2. La perspectiva de género como principio normativo vinculante

El artículo 2 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, establece que «a efectos de la presente ley orgánica, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: c) Enfoque de género. Las administraciones públicas incluirán un enfoque de género fundamentado en la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la ley orgánica, y promoverán y aplicarán de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres para el empoderamiento de las mujeres y las niñas».

La exposición de motivos de esta ley orgánica señala que «el Convenio de Estambul establece la obligación de las administraciones públicas de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres». En concreto, el artículo 6 del Convenio dispone que «las partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para la adquisición de autonomía de las mujeres». Por otro lado, el artículo 49.2 establece que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente convenio».

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (Informe n.º 393/2021, de 10 de junio de 2021) al afirmar que «el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa, abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 en Estambul (en adelante Convenio de Estambul), impone a las administraciones públicas de los países firmantes la obligación de actuar desde el enfoque de género frente a la violencia contra las mujeres, entendiendo que quedan incluidos en esta «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». Ya con anterioridad, en el mismo marco del Consejo de Europa se elaboró el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), y, en ese mismo ámbito, la Unión Europea adoptó la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo».

Por otro lado, la recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19, aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en fecha 26 de julio de 2017, respalda la opinión de otros órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados y de los titulares de mandatos de procedimientos especiales de que, para determinar si los actos de violencia por razón de género contra la mujer constituyen tortura o trato cruel, inhumano o degradante, se requiere un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género para comprender el grado de dolor y sufrimiento que experimentan las mujeres, y de que los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo.

Previamente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señaló en su artículo 4 que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

La exposición de motivos de la LO 3/2007 precisa que «el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos».

En palabras de la STS 217/2019, de 25 de abril, «la perspectiva de género, o gender mainstreaming approach, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o subordinación femenina. [...] El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como en el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas. [...] En el fondo, la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación. [...] El tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer».

Este criterio late también en las SSTS 892/2021, de 18 de noviembre; 201/2019, de 10 de abril; 177/2019, de 2 de abril; 99/2019, de 25 de abril; 282/2018, de 13 de junio; 247/2018, de 24 de mayo.

El enfoque de género constituye un principio rector del ordenamiento jurídico de carácter normativo y, por ello, de obligado cumplimiento, que informa la interpretación y aplicación del derecho y, desde luego, la valoración de la prueba, y que se encuentra íntimamente conectado con los principios constitucionales de dignidad e igualdad (vid. STS 852/2021, de 19 de mayo).

Debe recordarse, además, que el Convenio de Estambul es directamente aplicable en España de acuerdo con el artículo 96 CE (arts. 29 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).

La incorporación del Convenio de Estambul a nuestro derecho interno ha sido recurrentemente alegada por la jurisprudencia. Como señala la STS 217/2019, de 25 de abril, «es preciso destacar la vigencia en España del Convenio de Estambul por ser derecho interno, a fin de poner de manifiesto que deben desterrarse todo tipo de conductas violentas ejercidas contra la mujer por medio de sus parejas o exparejas» (vid. SSTS 114/2021, de 11 de febrero; 136/2020, de 8 de mayo; 344/2019, de 4 de julio). De ahí que, conforme a los artículos 6 y 36 del Convenio, sea obligado introducir el enfoque de género en la interpretación y aplicación de los tipos penales comprendidos en el título VIII del Código Penal.

3. Modificación de la rúbrica del título VIII del libro II del Código Penal

La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha modificado la rúbrica del título VIII del libro II del Código Penal, pasando a denominarse «Delitos contra la libertad sexual», suprimiendo así la anterior referencia a la «indemnidad sexual».

El concepto de «indemnidad sexual» no se hallaba presente en la redacción original del Código Penal de 1995, siendo introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, en cuya exposición de motivos se precisaba que la regulación de los delitos contra la libertad sexual entonces vigente no «respondía adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada

verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos».

La incorporación del concepto de indemnidad sexual al Código Penal resultó polémica. Un amplio sector de la doctrina reclamó su desaparición en la creencia de que no contaba con sustantividad propia frente al bien jurídico de la libertad sexual -en su vertiente de libertad in fieri, en potencia o formación-, así como por entender que encerraba una conceptualización ingenua de la minoría de edad e incompatible con el texto constitucional.

La jurisprudencia, en palabras de la STS 988/2016, de 11 de enero de 2017, señaló que «la indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo». En similares términos la STS 109/2017, de 22 febrero, se refería a la indemnidad sexual como «la adecuada formación de la personalidad del menor en materia sexual», mientras que la STS 62/2019, de 13 de diciembre, afirmaba respecto del referido bien jurídico que «si bien el concepto de indemnidad sexual no viene definido en el Código, [la doctrina jurisprudencial] lo concretó como el derecho de esos menores a no verse involucrados en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad».

La desaparición del bien jurídico «indemnidad sexual» de la rúbrica del título VIII del libro II CP es intrascendente a efectos prácticos. No tiene repercusión alguna en la descripción de los tipos penales ni tampoco, por lo tanto, en su interpretación y aplicación.

La STS 652/2015, de 3 de noviembre, a propósito de la reforma del artículo 183 bis CP, operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, afirmó que «la desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el artículo 183.1.º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma, sesgo doctrinal que lamentablemente se aprecia en otros muchos preceptos de la reforma. Pero esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como “acto que atente a la indemnidad sexual de un menor” (redacción anterior), o como “acto de carácter sexual” (redacción actual)» (vid., igualmente, SSTS 301/2016, de 12 de abril; 615/2018, de 3 de diciembre; 158/2019, de 26 de marzo; 741/2022, de 20 de julio).

4. Delito de agresión sexual: aspectos introductorios

La reforma del título VIII del libro II del Código Penal suprime la figura del abuso sexual y, en consecuencia, la distinción entre agresión y abuso sexual establecida en el Código Penal de 1995.

Las conductas anteriormente consideradas «abuso sexual» pasan ahora a integrarse dentro de la categoría «agresión sexual» que regula el capítulo I del título VIII, figura que aglutina las distintas modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, con independencia del método empleado por el autor para doblegar su voluntad.

Como señalaba el CGPJ en su informe al anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, «con la aprobación del Código Penal de 1995 se estableció como summa divisio de los ataques al bien jurídico la distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales. Diferenciación que ha sido mantenida a lo largo de las sucesivas modificaciones del título VIII del libro II y que el presente Anteproyecto viene a superar mediante la refundición de las distintas formas comisivas en un único tipo de agresiones sexuales (con modalidades agravadas y atenuadas). [...] La reforma proyectada tipifica todo atentado sexual sin consentimiento como agresión sexual, o violación, si el ataque sexual consiste en alguna de las formas típicas del artículo 179 proyectado».

Según la nueva redacción del artículo 178.1 CP, constituye agresión sexual todo acto que atente contra la libertad sexual de otra persona, siempre que se lleve a cabo sin su consentimiento. A diferencia de la regulación derogada, esta calificación jurídica no se condiciona al uso de violencia o intimidación, que ahora pasan a ser algunos de los medios comisivos a través de los que la conducta típica puede ser ejecutada. Así se infiere del vigente artículo 178.2 CP cuando señala que «a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

El nuevo artículo 178 CP no determina con carácter tasado los métodos o formas a través de los que ejecutar el atentado contra la libertad sexual de la víctima. El empleo por el apartado segundo del precepto de la locución «en todo caso» evidencia que el listado de medios comisivos a que hace referencia es meramente enunciativo.

Al margen de los supuestos en los que la agresión sexual se ejecuta empleando violencia, intimidación, abusando de una situación de superioridad o vulnerabilidad, del estado mental de la víctima o del hecho de hallarse privada de sentido o tener anulada la voluntad, es conceptualmente admisible que el comportamiento típico pueda ser ejecutado por otras vías. Es el caso, por ejemplo, de los tocamientos fugaces o furtivos en los que el agresor se vale del descuido o desprevenimiento de la víctima actuando de forma sorpresiva (vid., entre otras muchas, SSTS

396/2018, de 17 de julio; 38/2019, de 30 de enero; 227/2021, de 11 de marzo; 99/2021, de 4 de febrero; 465/2022, de 12 de mayo).

Por otro lado, la expresión «en todo caso» presupone que la realización de actos de contenido sexual siempre será típica cuando se ejecute empleando alguno de los medios descritos en el artículo 178.2 CP.

El delito de agresión sexual se centra en la tutela de la faceta estática o negativa de la libertad sexual. En palabras de la STS 227/2021, de 11 de marzo, «la libertad sexual como bien jurídico protegido se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales de terceros. (STS n.º 476/2006, de 2 de mayo). De manera que los actos de naturaleza sexual impuestos a otra persona, en tanto que no consiente válidamente los mismos, constituyen ataques o atentados a la libertad sexual».

La nueva regulación del delito de agresión sexual, lejos de gravitar en torno a los conceptos de violencia, intimidación o abuso de superioridad, se construye alrededor del concepto de consentimiento, que aparece como la auténtica piedra de toque del sistema. La existencia o no de consentimiento para la realización de actos con significación sexual constituye el elemento nuclear al objeto de valorar la posible subsunción de la conducta en el artículo 178 CP, cuyo apartado primero dispone que «solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Esta cláusula será examinada de forma detenida más adelante.

El elemento subjetivo del tipo conserva la estructura anterior a la reforma. Es suficiente con apreciar el dolo del sujeto activo, es decir, el conocimiento y voluntad de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante la realización de actos con significación sexual. El precepto no exige la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto consistente en que el responsable del delito obre con ánimo lúbrico o libidinoso, esto es, con la intención de satisfacer sus instintos sexuales. Como recuerda la STS 967/2022, de 15 de diciembre, «el ánimo lascivo no es un elemento del tipo. Tal como decíamos en la STS número 392/2022, de 21 de abril, citando la STS número 165/2022, de 24 de febrero, tradicionalmente en los delitos contra la libertad sexual se vino exigiendo la concurrencia de un ánimo lascivo o libidinoso proyectado en el afán del autor en obtener satisfacción sexual, pero esa postura se ha ido modulando porque, en realidad, no lo requieren los respectivos tipos, tampoco el incorporado al artículo 183 CP. Ordinariamente tal ánimo acompañará a la acción y será útil para acreditar el conocimiento de la significación sexual de la conducta en su aspecto de ataque a la libertad o la indemnidad sexual. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo concretado en el ánimo libidinoso no resulta admisible, pues el legislador en la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual, cualquiera que sea la edad o circunstancia de la víctima, no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica» (vid. SSTS 544/2022, de 1 de junio; 165/2022, de 24 de febrero; 785/2021, de 15 de octubre; 227/2021, de 11 de marzo; 99/2021, de 4 de febrero; 524/2020, de 16 de octubre).

Constituye una ardua tarea analizar las múltiples situaciones que pueden producirse en la práctica y delimitar en qué supuestos debe entenderse que una acción ostenta significación o carácter sexual. Deberá estarse, por tanto, al caso concreto y al contexto en que la acción se desarrolle.

En cualquier caso, son merecedores de reproche penal los tocamientos sorprendidos o fugaces sobre zonas erógenas aun cuando se realicen por encima de la ropa (SSTS 227/2021, de 11 de marzo; 524/2020, de 16 de octubre; 632/2019, de 18 de diciembre); los besos en la boca, aunque no los denominados ósculos (SSTS 165/2022, de 24 de febrero; 702/2022, de 11 de julio); o los tocamientos sobre zonas no erógenas cuando las circunstancias del caso justifiquen apreciar un atentado contra la libertad sexual (STS 107/2019, de 4 de marzo).

5. La nueva regulación del consentimiento

El inciso segundo del artículo 178.1 CP dispone que «solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

La libertad sexual presupone capacidad de autodeterminación, es decir, facultad para decidir si se desean practicar actos con significación sexual, cuándo, cómo y con quién. Por consiguiente, la libertad sexual solo puede considerarse lesionada cuando el acto sexual se desarrolla de forma involuntaria o in consentida.

El consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros. Su existencia, al igual que el dolo, no es susceptible de ser aprehendida de forma objetiva, pudiendo elaborarse hipótesis razonables acerca de su concurrencia a la vista de los indicios recabados. De ahí que sean concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente.

Las consideraciones anteriores dan razón de los motivos por los que debe concluirse que la cláusula del artículo 178.1 CP no constituye una interpretación auténtica de consentimiento sexual. En ningún caso puede

entenderse que esta cláusula introduzca una inversión de la carga de la prueba, pues la ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal. La cláusula analizada se limita a incorporar en el Código Penal una inferencia lógica: si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca, mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió. Dedución que, lógicamente, puede ser desvirtuada. Tal y como señala la STS 23/2023, de 20 de enero, «la fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento [...] De modo que siempre se partió -y ahora también- de una inferencia: el tribunal sentenciador extrae, en atención a las circunstancias del caso, la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que expresen de manera clara la voluntad de la persona. En consecuencia, el tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del artículo 178 del Código Penal se ajusta a este canon».

Llegados a este punto, debe insistirse en que, tal y como señala la STS 476/2006, de 2 de mayo, «la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros». La libertad sexual presupone, en palabras de la STS 175/2022, de 24 de febrero, «el derecho de la víctima a la autonomía personal proyectada sobre la dimensión sexual del propio cuerpo [...] libertad de autodeterminación de la víctima. Que se proyecta con absoluta e innegociable claridad en el derecho a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales». Idea que, entre otras muchas, late igualmente en las SSTS 677/2021, de 9 de septiembre, y 79/2022, de 27 de enero.

El concepto de «consentimiento sexual» ha experimentado una importantísima evolución en la doctrina y la jurisprudencia española. La necesidad de oponer resistencia activa por parte de la víctima como factor determinante de la ausencia de consentimiento, exigida por el tipo de agresión sexual, fue afortunadamente preterida en favor de nuevos criterios que pasaron a admitir que el carácter inconsciente del acto puede ser revelado de cualquier otra forma (vid. SSTS 457/2022, de 11 de mayo; 828/2021, de 29 de octubre; 422/2021, de 19 de mayo; 664/2019, de 14 de enero).

El delito de agresión sexual del derogado artículo 178 CP, a diferencia del abuso sexual del artículo 181.1 CP, no concretaba si el atentado contra la libertad sexual debía ser ejecutado sin contar con el consentimiento de la víctima o a pesar de la oposición de la víctima. Aunque esta nunca fue una cuestión que pudiera considerarse del todo pacífica, en un elevado número de casos la jurisprudencia interpretó que el artículo 178 CP demandaba la oposición previa o simultáneamente manifestada de la víctima, llegando a exigirse en ocasiones que el agresor venciera, mediante el uso de violencia o intimidación, la resistencia desplegada por aquella al objeto de repeler el ataque. En palabras de la STS 137/2019, de 17 de enero, para enjuiciar la conducta «deb[ía] acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubr[iera] la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo» (vid., entre otras muchas, SSTS 311/2020, de 15 de junio; 478/2019, de 14 de octubre; 834/2014, de 10 de diciembre; 538/2018, de 8 de noviembre). Fueron igualmente constantes las referencias jurisprudenciales acerca de la necesidad de que el acusado obrase en contra de la voluntad de la víctima (v. gr. SSTS 111/2022, de 13 de enero; 483/2021, de 3 de junio; 696/2020, de 16 de diciembre; 348/2019, de 4 de julio). Sin embargo, hubo una relevante evolución jurisprudencial en la configuración del consentimiento sexual -de la que la STS 145/2020, de 14 de mayo, constituye un claro exponente- conforme a la cual «la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin. Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes. Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última. No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que [sic] es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como consentimiento, ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual consentida, como ha reiterado esta Sala» (vid., asimismo, SSTS 460/2022, de 11 de mayo; 330/2021, de 22 de abril).

El matiz derivado de distinguir entre obrar sin recabar el consentimiento de la víctima o actuar en contra de su voluntad se considera relevante al resolver algunos supuestos límite. El contenido del dolo se ve alterado en función de si se interpreta que el precepto exige que el acusado obre sin haber obtenido previamente el consentimiento de la víctima o si, por el contrario, solo requiere que aquel actúe a pesar de la oposición de esta o

en contra de su voluntad. Según se ha señalado, las ventajas de optar por un modelo positivo o de afirmación del consentimiento (yes model) pasan por dejar claro que el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente la voluntad de participar en el encuentro sexual, no puede interpretarse como consentimiento.

La distinción entre la agresión sexual con intimidación y el abuso sexual mediante abuso de superioridad centró la atención de la doctrina y la jurisprudencia. Las dificultades existentes para hallar criterios de delimitación entre ambas figuras se vieron matizadas con la introducción del concepto de intimidación ambiental. Al respecto, la STS 935/2021, de 1 de diciembre, señaló que «cuando de intimidación se trata, no resulta exigible que el sujeto activo verbalice de forma inmediatamente anterior a la imposición del acto sexual cualquier concreta amenaza o anuncio de un mal inminente y razonablemente seguro, bastando con que el aparente consentimiento (la aquiescencia) se obtenga aprovechando la situación de temor creada en la víctima por el autor (o, incluso, aprovechada por este), de tal modo que la misma no se halla en razonables condiciones para prestar al margen de esta presión psíquica su libre consentimiento ni, más precisamente, para rechazar de forma libre el acceso sexual pretendido. Se inserta en este contexto la denominada «intimidación ambiental», que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta inmediatamente anterior a la realización del acto sexual impuesto, el sujeto activo aprovecha con este fin el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren, de modo tal que, conociendo que la misma no se halla en condiciones de prestar consentimiento libre, prevaleciendo de que se encuentra seriamente intimidada, le impone la realización de conductas de contenido sexual» (vid., igualmente, SSTS 20/2023, de 19 de enero; 681/2022, de 6 de julio; 460/2022, de 11 de mayo; 24/2022, de 23 de diciembre; 987/2021, de 15 de diciembre; 877/2021, de 7 de octubre; 422/2021, de 19 de mayo).

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, las dificultades anteriores desaparecen, pues el delito de agresión sexual aglutina ahora los ataques contra la libertad sexual ejecutados con violencia, intimidación o abuso de superioridad.

Además de su innegable valor simbólico, la implementación de un modelo positivo de consentimiento (yes model) es determinante a la hora de concretar el elemento subjetivo del delito y, en concreto, el contenido del dolo.

El tratamiento que debe ofrecerse al dolo y, en consecuencia, al error de tipo (art. 14.1 CP) se ve sustancialmente alterado en función del modelo de consentimiento por el que se opte (yes model o no model).

Tal y como se indica en el informe del CGPJ al anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, «en el contexto europeo, cabe identificar distintos modelos de tipificación de los ataques a la libertad sexual. Algunas legislaciones nacionales exigen para la realización del tipo el empleo de algún medio comisivo mediante el que se doblegue la voluntad de la víctima. Así, el Código Penal francés tipifica como agresión sexuelle cualquier agresión sexual cometida con violencia, coerción, amenaza o sorpresa (art. 222-22) y el Código Penal italiano sanciona como autor de un delito de violencia sessuale a cualquiera que, por violencia o amenaza o por abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o sufrir actos sexuales. Otros Estados han optado, en cambio, por definir el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, distinguiéndose en este sentido dos paradigmas: aquellas regulaciones que consideran que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo y las que tipifican la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. En el primer caso (que en el ámbito anglosajón se denomina yes model) se encuentran países como Gran Bretaña o Suecia. En el segundo (no model) se encuadra el caso de Alemania. [...] La opción por un modelo u otro es objeto de debate. Ciertamente el «modelo del veto o del no» exige del sujeto pasivo una aportación comunicativa a fin de poder apreciar delito: debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto. De este modo en supuestos de situaciones ambiguas o silencio [...] deberá estimarse que no existe delito. En cambio, en los casos de las legislaciones que adoptan el modelo del consentimiento afirmativo o del sí, el tipo solo puede excluirse cuando conste el consentimiento del sujeto pasivo. El punto crucial de diferencia entre un modelo u otro parece situarse en el distinto trato normativo a ciertas situaciones límite en las que únicamente pueda probarse la existencia de un silencio pasivo, sin circunstancias adicionales».

La opción del legislador español, consecuente con el artículo 36.2 del Convenio de Estambul, exige apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo siempre que el sujeto activo obre sin haber recabado previamente el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción típica, aun cuando esta no hubiera manifestado su oposición en momento alguno, limitándose a mantener una actitud pasiva.

Para interpretar qué debe entenderse por consentimiento expreso es conveniente ofrecer criterios que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

Ninguna duda plantea la necesidad de condicionar la validez del consentimiento al hecho de que se preste libremente, es decir, a que sea una auténtica manifestación de la facultad de autodeterminación sexual de la persona concernida. De ahí que se considere inválido y, por lo tanto, ineficaz, el consentimiento que se presta por la fuerza o de modo obligado fruto del temor a sufrir un daño o una represalia, o mediante cualquier otra forma de coerción, así como el consentimiento que se obtiene aprovechando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima.

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, en el terreno sexual los interlocutores usualmente no consienten de forma explícita. Es habitual que para verificar la voluntad o anuencia para la realización de actos con

significación sexual las personas concernidas empleen sutilezas que dificultan verificar si el consentimiento ha sido realmente prestado.

En consecuencia, para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por consiguiente, deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento.

Se impone así un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual. Esta indagación se dirige a contrastar, por tanto, la existencia o inexistencia de consentimiento. Debe recordarse, asimismo, que nos encontramos ante modalidades delictivas que admiten el dolo eventual (vid. SSTS 411/2014, de 26 de mayo; 390/2018, de 25 de julio; 930/2022, de 30 de noviembre).

A tal efecto, resulta conveniente subrayar, tal y como hace la STS 145/2020, de 14 de mayo, que «la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas [...] Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última [...] No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer».

Conviene precisar que el consentimiento, por lo general, no se presta de un modo absoluto e ilimitado, sino que admite graduaciones, puede aparecer condicionado a las más variadas circunstancias y, desde luego, es revocable sin excepción. Quien recibe el consentimiento para realizar un acto de carácter sexual queda vinculado por los términos en los que le ha sido otorgado y no se encuentra autorizado para exceder los márgenes consensuados. Estas consideraciones no se ven modificadas por el hecho de que víctima y agresor sean pareja o matrimonio. Como señala la STS 254/2019, de 21 de mayo, «la libertad sexual de la mujer casada o en pareja emerge con la misma libertad que cualquier otra mujer, no pudiendo admitirse en modo alguno una construcción de la relación sexual en pareja bajo la subyugación de las expresiones que constan en el relato de hechos probados, que describen el sometimiento que consiguió el recurrente a su pareja bajo la coerción de la fuerza, y no admitiéndose tampoco que pudiera existir, incluso, un error de prohibición en estos casos» (vid. SSTS 544/2022, de 1 de junio; 999/2021, de 16 de diciembre). En definitiva, no es admisible la existencia de una suerte de débito sexual conyugal o de pareja que condicione la libre autodeterminación sexual.

A título de ejemplo y a fin de evitar dudas interpretativas, se considerará que constituyen actos con significación sexual no consentidos supuestos como los siguientes: aquellos en los que se hace creer a la víctima que se utilizará el preservativo durante la penetración y este nunca llega a usarse o en los que, valiéndose de alguna treta, el responsable del delito se deshace sigilosamente del mismo durante el coito (stealthig) [SAP Sevilla (Sección 4.ª) 375/2020, de 29 de octubre; STSJ Andalucía 186/2021, de 1 de julio]; aquellos actos sexuales ejecutados por el médico sobre la paciente que solo consiente en ser explorada con fines sanitarios (SSTS 652/2022, de 27 de junio; 611/2022, de 17 de junio; 458/2016, de 26 de mayo); aquellos en los que el sujeto activo se aprovecha de que la víctima tiene los ojos vendados para intercambiarse con otra persona de forma subrepticia y sin que aquella lo advierta; o aquellos en los que se suplanta la identidad de la pareja (SSTS 2103/2002, de 12 de diciembre; 935/2006, de 2 de octubre). Se trata de casos perpetrados furtivamente aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo que ya constituían atentados contra la libertad sexual susceptibles de ser considerados delictivos.

Por último, es obligado recordar que la Resolución 48/1996 de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006; y el Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a decidir en la esfera sexual por ser una dimensión inseparable de la propia dignidad de las personas.

El consentimiento libre por parte de una persona con alguna discapacidad psíquica exige que todo contacto sexual derive de su propia autodeterminación sexual, es decir, que haya tenido en todo momento posibilidad de aceptar o rechazar la relación sexual que se le proponga en el contexto adecuado a sus circunstancias personales. Para ello será preciso ponderar si la persona con discapacidad comprende la naturaleza del acto que va a realizar y sus consecuencias, lo que la jurisprudencia ha dado en llamar madurez sexual básica (SSTS 542/2007 de 11 de junio; 612/2015, de 2 de octubre; 287/22 de 23 de marzo; 294/2022, de 24 de marzo). En consecuencia, no existirá consentimiento si responde a la prevalencia abusiva de otra persona.

En fin, como dispone la STS 596/2022, de 15 de junio, «lo que se exige es discernir si el contacto sexual mantenido por una persona con discapacidad psíquica deriva de su propia determinación o si, por el contrario, sólo

encuentra explicación en la prevalencia abusiva del acusado que, conocedor de esas limitaciones, logró hacer realidad el encuentro que le permitió satisfacer sus apetencias sexuales».

6. Subtipo atenuado por razón de la menor entidad

El nuevo artículo 178.3 CP introduce un subtipo privilegiado por razón de la menor entidad de la agresión sexual. Establece el precepto que «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».

La amplitud de los términos empleados por el legislador impide ofrecer pautas concretas acerca de lo que debe entenderse por «menor entidad» y cuáles son las «circunstancias personales del culpable» que han de tomarse en consideración a fin de valorar la aplicación de este subtipo privilegiado. En cualquier caso, se trata de un problema común a otras modalidades atenuadas por razón de la menor entidad del hecho típico, por lo que los criterios ofrecidos en su interpretación pueden ser manejados ahora como guía en la exégesis de esta nueva modalidad regulada en el artículo 178.3 CP.

La apreciación de este subtipo atenuado exige tomar en consideración la menor antijuridicidad del hecho, es decir, su mayor o menor entidad y el grado de reprochabilidad, es decir, la mayor o menor culpabilidad del responsable del delito.

A la vista de la proximidad que este subtipo presenta con la modalidad atenuada del delito contra la salud pública del artículo 368 CP (STS 967/2022, de 15 de diciembre), parece razonable tomar como referencia la interpretación que de este precepto se ha venido realizando por la jurisprudencia. A tal efecto, puede afirmarse que hasta la fecha, aunque no sin matices, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado en numerosas ocasiones que la apreciación de esta modalidad privilegiada parte necesariamente de la constatación de la menor entidad del hecho, quedando en un segundo plano todo lo relativo a las circunstancias personales del culpable. En este sentido, la STS 260/2022, de 17 de marzo, señala que «junto a la escasa entidad del hecho, el tipo reclama también la evaluación de las circunstancias personales del culpable. Si bien dicha extensión del juicio normativo obliga a dos precisiones. Una: las circunstancias personales no se sitúan en el mismo escalón valorativo que la entidad del hecho. Este ocupa una posición claramente prioritaria, hasta el punto que puede afirmarse su valor como presupuesto aplicativo. Otra: en íntima conexión con la anterior, el tipo no exige especiales circunstancias personales de merecimiento por lo que la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad del hecho, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación». (vid. SSTS 947/2022, de 13 de diciembre; 784/2022, de 22 de septiembre; AATS 663/2021, de 15 de julio; 567/2021, de 1 de julio; 326/2021, de 22 de abril; 369/2019, de 7 de febrero).

Similar interpretación se ha efectuado del subtipo atenuado de robo con violencia o intimidación del artículo 242.4 CP, señalándose que la apreciación de la menor entidad debe operar como principal criterio rector en su aplicación (v. gr. SSTS 637/2022, de 2 de junio; 573/2022, de 9 de junio; 248/2022, de 17 de marzo; 722/2021, de 22 de julio).

En definitiva, puede concluirse que la «menor entidad» del hecho opera como requisito esencial y, por lo tanto, como elemento insoslayable cuya ausencia impide la apreciación del subtipo privilegiado del artículo 178.3 CP. La menor entidad se identifica con la menor gravedad del injusto típico, asociada a su escasa ofensividad o capacidad de lesión.

Por consiguiente, solo una vez verificada la menor entidad del hecho entrarán en juego las circunstancias personales del culpable a la hora de valorar la posible atenuación. Con carácter general, bastará a tal efecto con que no conste ninguna que sea desfavorable.

Parafraseando a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las circunstancias a tomar en consideración para apreciar este subtipo atenuado deben ser, por lo general, los datos o elementos que configuran el entorno social e individual del responsable del delito, sus antecedentes, adicciones, edad, grado de formación, madurez psicológica, entorno familiar, comportamiento posterior a los hechos delictivos y posibilidades de integración en sociedad (AATS 114/2023, de 12 de enero; 982/2022, de 3 de noviembre; 362/2022, de 31 de marzo; 847/2022, de 22 de septiembre; 65/2022, de 16 de junio; 446/2022, de 21 de abril; 432/2022, de 16 de junio; 223/2022, de 3 de marzo; 798/2022, de 15 de septiembre).

En conclusión, la aplicación del subtipo atenuado por razón de la menor entidad se reservará para aquellos supuestos excepcionales en los que, no concurriendo ninguna de las circunstancias del artículo 180 CP, la escasa entidad del desvalor de acción y resultado de la conducta así lo impongan y siempre, obviamente, que las concretas circunstancias del culpable no lo impidan. Es el caso, por ejemplo, de tocamientos sorpresivos y fugaces -sin acceso carnal- y por encima de la ropa, del beso robado de forma sorpresiva u otros comportamientos de similar naturaleza.

Este subtipo privilegiado no será de aplicación al delito de violación en atención a su concreta ubicación sistemática y al elevado desvalor de acción e intensidad de la ofensa al bien jurídico protegido que resultan inherentes al artículo 179 CP.

Debe subrayarse, además, que tradicionalmente se ha considerado que la posibilidad de apreciar la menor entidad se configura como una facultad de carácter reglado y que, por tanto, no responde al mero arbitrio del órgano judicial (vid. AATS 1086/2022, de 7 de diciembre; 798/2022, de 15 de septiembre; 30/2021, de 21 de enero).

Por otro lado, como consecuencia del nuevo artículo 178.3 CP, se rechazará la posibilidad de revisar las condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 CP (antiguos abusos sexuales) al objeto de sustituir la pena de prisión por multa. La opción de castigar con pena de multa esas conductas ya se preveía en el derogado artículo 181.1 CP. De ahí que, una vez rechazada esa alternativa por el órgano judicial, deba entenderse que la decisión no es susceptible de ser modificada en un procedimiento de revisión. A tal efecto, la STS 967/2022, de 15 de diciembre, indica que «el artículo 178.3 no altera sustancialmente este aspecto, pues dispone que 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. Habiéndose impuesta la pena de prisión en el mínimo legal y, habiéndose descartado expresamente la posibilidad de optar por la pena de multa, no se trata, por lo tanto, de una previsión de la nueva regulación que pudiera considerarse más favorable, por lo que esta pretensión debe ser desestimada».

7. Agresiones sexuales sobre personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años

El derogado artículo 182.1 CP castigaba a quien, interviniendo engaño o abusando de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realizara actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.

En opinión de la doctrina y la jurisprudencia, se trataba de un tipo mixto alternativo en el que se describían dos modalidades típicas perfectamente diferenciables ejecutadas sobre sujetos pasivos con edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años: el abuso fraudulento y el abuso de confianza, autoridad o influencia.

El título VIII del libro II del Código Penal no contiene ahora ninguna modalidad delictiva que castigue de forma específica las agresiones sexuales ejecutadas sobre víctimas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. Tras la reforma operada por la LO 10/2022, los atentados contra la libertad sexual descritos en el derogado artículo 182 CP son ahora castigados, de concurrir los presupuestos para ello, con arreglo a lo previsto en el capítulo I del título VIII (arts. 178 a 180 CP), es decir, sin distinción alguna respecto a las víctimas mayores de edad.

La realización de actos de carácter sexual con una persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho mediante el abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia será subsumible ahora en el delito de agresión sexual del artículo 178 CP o, en su caso, en las respectivas modalidades agravadas de los artículos 179 y 180 CP. A tal efecto, debe recordarse que, en opinión pacífica de la jurisprudencia, dicha modalidad típica suponía el sometimiento coactivo a los actos con significación sexual ejecutados por el responsable del delito. Aun cuando la intensidad de la presión ejercida en estos casos revistiera menor entidad que la exigida en el abuso de superioridad del derogado artículo 181.3 CP, sí se reconocía la presencia de una coerción que, aunque menor, revelaba la inexistencia de un consentimiento libremente prestado por la víctima. Tal y como precisa la STS 103/2022, de 13 de enero, «el tipo penal previsto en el artículo 182 se aplica[ba] cuando el autor o bien se val[ía] de engaño o abusa[ba] de posición de reconocida confianza, autoridad o influencia para realizar actos de carácter sexual con una persona mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho años. Este tipo, al contrario de lo establecido para el prevalimiento propio del artículo 181.3 CP no menciona[ba] la necesidad de coartar la libertad de la víctima, por lo que supon[ía] una coerción menor. Requ[ería] que se abus[ase] de esa posición descrita, que deb[ía] ser manifiesta y que connota[ba] superioridad en el autor, respecto de la víctima con que se relaciona[ba]» (vid. SSTS 850/2016, de 10 de noviembre; 198/2018, de 25 de abril; 476/2022, de 18 de mayo).

Lo dicho determina que actualmente esta modalidad pueda incardinarse en las respectivas figuras típicas que ahora se recogen en el nuevo capítulo I del título VIII resultante de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Por lo que se refiere al abuso fraudulento o ejecutado mediante engaño, la jurisprudencia circunscribió su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que dicha modalidad comisiva era ejecutada sobre mayores de dieciséis y menores de dieciocho años (vid. SSTS 476/2022, de 18 de mayo; 659/2020, de 3 de diciembre; 198/2018, de 25 de abril; 850/2016, de 10 de noviembre).

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022, estos supuestos pueden integrarse ahora en el delito de agresión sexual del artículo 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los artículos 179 o 180 CP, siempre que el error ocasionado a la víctima sea de tal magnitud que, de facto, pueda concluirse que la concreta acción ejecutada por el responsable del delito nunca fue consentida por aquella.

8. Subtipo agravado de agresión sexual

El nuevo artículo 180 CP regula una serie de circunstancias que cualifican las modalidades típicas castigadas en los artículos 178 y 179 CP y que, en puridad, se configuran como subtipos agravados de agresión sexual.

1.ª Artículo 180.1.1.ª CP: Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Este supuesto de hecho se corresponde con el anteriormente regulado en la circunstancia 2.ª del derogado artículo 180.1 CP.

El fundamento de la agravación descansa en la disminución de las posibilidades efectivas de defensa para la víctima en atención a la desproporción de fuerzas, así como en el hecho de que la actuación conjunta intensifica exponencialmente el carácter degradante de la acción.

La STS 145/2020, de 14 de mayo, señala que «para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo; en cambio, no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos. Para la aplicabilidad de este supuesto agravado es preciso que el delito pudiera haberlo cometido uno solo de los agentes, pues si para la comisión del delito resultara imprescindible la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar la presente agravación» (vid. SSTS 681/2022, de 6 de julio; 456/2022, de 10 de mayo; 302/2022, de 24 de marzo; 1142/2009, de 24 de noviembre).

En los últimos años la jurisprudencia, no sin matices, ha admitido la posibilidad de aplicar este subtipo agravado a los cooperadores necesarios y cómplices siempre que la acción típica sea ejecutada por más de dos personas. En este sentido, la STS 687/2017, de 19 de octubre, señala:

«La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que al ser el cooperador alguien que colabora al hecho de otro, en esos caso siempre actuarán conjuntamente dos personas, de manera que podría entenderse en un principio que el ser cooperador en un delito de agresión sexual, en todo caso llevaría aparejada la agravación prevista en el artículo 180.1.2.º citada. Dicho de otra forma, la actuación del cooperador, por su propia existencia, siempre estaría agravada. Pero se produciría entonces una doble valoración de la misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y de otro, sin requerir otros elementos, para aplicar la agravación. Esto ocurriría cuando en el caso interviniesen solamente dos personas, el autor y el cooperador, y no cuando intervengan más, pues entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto de su propia aportación. Al primero le sería de aplicación la agravación, pues es perfectamente imaginable un autor sin cooperador. Pero no resulta así para el cooperador, pues, siempre, por su propia naturaleza supone la existencia de un autor (sea o no responsable penalmente). De manera que, en esos casos, en los que actúan solo dos personas, una en concepto de autor y otra como cooperador, la agravación del artículo 180.1.2.º solo será aplicable al autor (STS 338/2013, de 19 de abril).

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 421/2010, de 6 de mayo, y las que en ella se citan (SSTS 975/2005, de 13 de julio; 217/2007, de 16 de marzo; 439/2007, de 31 de marzo; 61/2008, de 24 de enero; y 1142/2009 de 24 de noviembre).»

En idéntico sentido, vid. SSTS 224/2017, de 22 de diciembre; 786/2017, de 30 de noviembre; 344/2019, de 4 de julio; 145/2020, de 14 de mayo; 219/2020, de 6 de febrero; 456/2022, de 10 de mayo; 681/2022, de 6 de julio.

Por el contrario, cuando solo intervienen dos personas, y una de ellas es considerada cooperadora necesaria, no será posible aplicar a esta última el subtipo agravado examinado, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución se coopera (vid. SSTS 217/2007, de 16 de marzo; 439/2007, de 31 de marzo; 61/2008, de 24 de enero y 1142/2009, de 24 de noviembre; 246/2017, de 5 de abril).

Esta modalidad agravada también se ha admitido en aquellos supuestos en los que, interviniendo tan solo dos personas, cada una de ellas es, a la vez, autora del propio hecho y cooperadora en el del otro interviniente. La STS 456/2022, de 10 de mayo, señala (en similares términos vid. STS 302/2022, de 24 de marzo):

«Se produjo la actuación conjunta de dos o más personas prevista en el artículo 180.1.2.ª CP, en cada una de las agresiones de las que los acusados fueron autores. Con independencia de que fueran cooperadores necesarios en la agresión del otro, el hecho es más grave que si la cooperación necesaria se hubiera realizado de forma distinta a la actuación conjunta en el hecho de la agresión, y es más grave por la concurrencia de una circunstancia que constituye un subtipo penal, por lo que ese subtipo debe apreciarse.»

2.ª Artículo 180.1.2.ª CP: Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Este supuesto se corresponde parcialmente con la circunstancia 1.^a del extinto artículo 180.1. CP que preveía la imposición de la pena en su mitad superior cuando la violencia o intimidación ejercidas revistieran un carácter particularmente degradante o vejatorio.

En palabras de la STS 714/2017, de 30 de octubre, «esta agravante no solo hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación a la conducta imputada. En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento» (vid. STS 987/2021, de 15 de diciembre).

En cuanto a la cualificación por el carácter particularmente degradante o vejatorio, en la actualidad su apreciación no se encuentra conectada a la violencia ejercida. Tras la reforma operada por la LO 10/2022, no es la violencia la que tiene que ser particularmente degradante o vejatoria, sino la acción misma, vaya o no precedida o acompañada de violencia. En otras palabras, el nuevo artículo 180.1.2.^a CP exige que el acto sea particularmente degradante o vejatorio, sin requerir el ejercicio de violencia en la perpetración del delito.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2022, la jurisprudencia venía condicionando la apreciación de este subtipo agravado al hecho de que la violencia o intimidación empleadas en la ejecución de la agresión sexual fueran particularmente degradantes o vejatorias (SSTS 987/2021, de 15 de diciembre; 714/2017, de 30 de octubre; 643/2007, de 2 de octubre).

La posibilidad de apreciar este subtipo agravado se limitará a los supuestos en los que el grado de vejación, menosprecio, humillación o brutalidad a que se someta a la víctima exceda del que resulta consustancial a toda agresión sexual (SSTS 643/2017, de 2 de octubre; 62/2018, de 5 de febrero; 344/2019, de 4 de julio; 688/2020, de 30 de julio).

La modificación del precepto entronca con lo previsto en el artículo 46.f) del Convenio de Estambul, en cuya virtud los Estados parte deben incorporar como circunstancia agravante, siempre que no sea de por sí uno de los elementos constitutivo del delito, que haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad.

Por su parte, la extrema gravedad de la violencia constituye un concepto jurídico indeterminado de difícil delimitación. No obstante, debe entenderse que no se vincula al resultado efectivamente acaecido, sino a la idoneidad de la violencia, examinada desde una perspectiva ex ante para lesionar gravemente la integridad física y/o psicológica de la víctima.

Para apreciar este subtipo cualificado se exige, además de que la violencia ejercida en la ejecución del delito sea de extrema gravedad, que esa violencia preceda o acompañe a la agresión sexual, es decir, habrá de ser previa o simultánea al atentado contra el bien jurídico protegido que el precepto tutela.

3.^a Artículo 180.1.3.^a: Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.

Se trata de un supuesto sustancialmente idéntico al que regulaba el anterior artículo 180.1.3.^a CP, con la única salvedad de la sustitución de la referencia que contenía al artículo 183 CP por la que ahora se realiza al artículo 181 CP.

El fundamento de la agravación radica en la mayor desprotección de la víctima frente al ataque sexual (SSTS 588/2022, de 15 de junio; 886/2021, de 17 de noviembre; 770/2021, de 14 de octubre; 268/2021, de 24 de marzo; 221/2021, de 11 de marzo; 724/2020, de 8 de abril).

La STS 344/2019, de 4 de julio, analiza en profundidad esta modalidad delictiva (en similares términos vid. SSTS 193/2020, de 20 de mayo; 709/2020, de 18 de diciembre; 221/2021, de 11 de marzo; 770/2021, de 14 de octubre; 886/2021, de 17 de noviembre; 588/2022, de 15 de junio) e indica lo siguiente:

«El artículo 180.1 del Código Penal define unos subtipos agravados del delito de agresión sexual que por lo que se refiere al párrafo 3.^o contempla la especial vulnerabilidad de la víctima en base a cuatro circunstancias, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación [...]

La especial vulnerabilidad del párrafo 3.^o del artículo 180.1 opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de esos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de la vulnerabilidad, si no ha sido ya valorado para integrar, en el tipo básico de agresión sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero junto a la edad, el artículo 180.1.3.^o del Código Penal también contempla que la vulnerabilidad resulte de «la situación», lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes

en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción [...]

En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. El concepto de “vulnerabilidad” equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de “situación” debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad); bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción.»

4.^a Artículo 180.1.4.^a CP: Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

Esta modalidad agravada resulta novedosa a la par que coherente con el conjunto de nuestro sistema penal y, en concreto, con la especial protección prestada en otros títulos del Código Penal a la violencia que se ejerce sobre la mujer.

El fundamento de la agravación, al igual que en el artículo 153 CP, descansa en el mayor desvalor de este tipo de conductas (SSTC 41/2010, de 22 de julio; 27/2009, de 26 de mayo; 49/2009, de 19 de febrero; 95/2008, de 24 de julio).

Al igual que sucede en relación con el delito del artículo 153.1 CP, solo pueden erigirse en sujetos activos de este subtipo agravado los varones que ejerzan violencia sexual sobre las mujeres (Circular de la FGE número 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer).

En otro orden de cosas, debe precisarse que la apreciación de esta modalidad agravada impedirá, en virtud del principio non bis in idem, la aplicación de la circunstancia agravante de género del artículo 22.4.^a CP o la circunstancia mixta de parentesco (vid. SSTS 65/2023, de 8 de febrero; 887/2022, de 10 de noviembre; 986/2022, de 21 de diciembre; 23/2022, de 13 de enero; 114/2021, de 11 de febrero).

5.^a Artículo 180.1.5.^a CP: Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

Esta agravación, consistente en prevalerse de una situación convivencial, de parentesco o de superioridad sobre la víctima, es muy similar a la contemplada en el derogado artículo 180.1.4.^a CP, limitándose el legislador a alterar el orden en el que se relacionan las distintas situaciones de las que el sujeto activo del delito puede llegar a abusar.

Los requisitos para su apreciación son examinados con mayor detenimiento en el epígrafe 10 de la presente circular en relación con el artículo 181.4.e) CP.

6.^a Artículo 180.1.6.^a CP: Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

A pesar de la introducción de algunas modificaciones en la redacción de esta modalidad agravada, se aprecia una relación de correspondencia respecto a la circunstancia regulada en el derogado artículo 180.1.5.^a CP. Las novedades se circunscriben a la sustitución del término «autor» por el más correcto técnicamente de «responsable», así como al reemplazo de la previsión que indicaba que la pena resultante de la agravación se impondría sin perjuicio de la que «pudiera corresponder por la muerte o las lesiones causadas» por otra que actualmente indica que la pena por la ejecución de este subtipo cualificado tendrá lugar sin perjuicio de lo establecido en el artículo 194 bis CP.

La jurisprudencia ha venido realizando una interpretación restrictiva de este subtipo agravado, excluyendo su aplicación en aquellos supuestos en los que se produce la mera exhibición del arma o instrumento y cuando, por tanto, no se aprecie un desvalor añadido al que es inherente al tipo básico.

En este sentido, la STS 453/2017, de 21 de junio, señala lo siguiente (en similares términos vid. SSTS 749/2018, de 20 de febrero; 30/2020, de 4 de febrero):

«De otro modo, aquello que vale para constituir el elemento violencia o intimidación, el uso del arma o medio peligroso, con frecuencia el único elemento usado al respecto, se utilizaría dos veces en la punición del hecho, una

para aplicar el artículo 178 y otra para esta agravación 5.^a Por eso venimos hablando de posible vulneración del principio «non bis in idem» en estos casos.

La concreción de esta aplicación del artículo 180.1.5.^a con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza solo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo, cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5.^a Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves, como ocurre cuando se coloca un arma blanca o medio semejante junto al cuello o el abdomen, o una pistola apuntando a la cabeza, tórax o también al cuello o al abdomen. Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto.»

El fundamento de esta agravación estriba en el riesgo para la integridad física que supone el uso de este tipo de objetos, riesgo que -en opinión de la jurisprudencia- resulta de menor intensidad cuando tan solo tiene lugar la exhibición del arma y que, por lo tanto, exige un uso idóneo para aumentar de un modo relevante ese peligro.

7.^a Artículo 180.1.7.^a CP: Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química a tal efecto.

Este subtipo, que constituye una importante novedad, exige para su apreciación que el autor del delito -bien directamente, bien a través de terceros con quienes se halle concertado- sea el causante de la pérdida de la consciencia o del control sobre los propios actos que sufre la víctima (vid. STS 90/2023, de 13 de febrero).

Por consiguiente, la aplicación de esta modalidad agravada se rechazará cuando el sujeto se limite a aprovecharse de la privación de sentido provocada por la propia víctima o por terceras personas con quien no se encuentra concertado. No obstante, cuando esto suceda, nada impedirá apreciar un delito de agresión sexual con arreglo a los artículos 178 y/o 179 CP. En este sentido, la STS 583/2022, de 13 de junio, dispone:

«Se ha admitido por esta Sala la modalidad de abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido, cuando esa misma privación de sentido es provocada por la propia víctima. Así, la STS 833/2009 estimó la existencia de abusos sexuales en un supuesto de facultades mermadas por la ingesta de alcohol y cocaína por parte de la víctima. La STS 861/2009 que apreció el abuso sexual en un supuesto en el que el autor se aprovechó del estado de embriaguez y semiinconsciencia en que se encontraba la víctima, y la STS 584/2007 condenó por abuso sexual al autor que se aprovecha del estado de inconsciencia de la víctima por él previamente provocado (STS 369/2020, de 3 de julio).»

Al hilo de las anteriores consideraciones resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de apreciar un atentado contra la libertad sexual en aquellos casos en los que el sujeto pasivo, a pesar de no tener totalmente anulada su voluntad, la tiene afectada de un modo relevante, de suerte que sufre una disminución apreciable e intensa de sus facultades. Al respecto, el ATS 196/2022, de 17 de febrero (en similares términos vid. AATS 754/2021, de 29 de julio; 823/2021, de 15 de julio; 31/2022, de 16 de diciembre; 935/2022, de 20 de octubre), señala:

«Para que haya abuso sexual no se precisa una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 28.10.91, establece que si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios; y la de 15.2.94, precisa que la correcta interpretación del término «privada de sentido» exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que, en el caso presente, y tal como afirma el relato de hechos probados desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorias, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual (STS 129/2021, de 12 de febrero).»

Finalmente, el artículo 180.2 CP sigue contemplando que para el caso de concurrir dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en el apartado primero se impondrán en su mitad superior.

9. Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años

El párrafo primero del artículo 181.1 CP regula el tipo básico de agresión sexual a menores de dieciséis años en los siguientes términos: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años».

A diferencia del derogado artículo 183 CP, la regulación operada por la LO 10/2022 no distingue entre abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Esta circunstancia, unida al hecho de que el apartado segundo del artículo 181 CP prevea un subtipo agravado de agresión sexual a menores de dieciséis años en el que se castiga de forma más severa la realización de actos de carácter sexual cuando concorra alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178 CP, permite concluir que el tipo básico castiga supuestos en los que el menor haya prestado su consentimiento, aunque este sea considerado un consentimiento inválido o carente de relevancia jurídica.

En consecuencia, el tipo básico del artículo 181.1 CP sanciona aquellos supuestos en los que el responsable del delito no se haya valido en la ejecución del hecho típico de cualquier mecanismo coactivo sobre la víctima o aquellos en los que haya realizado la acción típica obteniendo previamente la aprobación del menor.

Al hilo de lo anterior, conviene recordar que la jurisprudencia ya distinguía entre «consentimiento natural» y «consentimiento jurídico» de los menores de dieciséis años. A tal efecto, la STS 811/2022, de 13 de octubre, precisa que «en estos supuestos hay presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que este puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, este se tendrá como inválido, carente de relevancia jurídica» (vid. SSTS 916/2021, de 24 de noviembre; 672/2022, de 1 de julio; 461/2020, de 17 de septiembre; 25/2022, de 14 de enero; 875/2022, de 7 de noviembre).

El artículo 178.1 CP castiga al que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, es decir, aglutina en un solo precepto y bajo un mismo *nomen iuris* la totalidad de ataques contra la libertad sexual sobre víctimas mayores de dieciséis años, con independencia del medio comisivo empleado en su ejecución, ya sea violencia, intimidación, abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como las agresiones ejecutadas sobre personas privadas de sentido o que por cualquier causa tengan anulada su voluntad.

El derogado artículo 183 CP castigaba en su apartado primero como responsable de abuso sexual al que «realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años», mientras que en el apartado segundo sancionaba como subtipo agravado los atentados contra la libertad sexual de los menores de dieciséis años ejecutados con violencia o intimidación.

Puede concluirse, por tanto, que el tipo básico de abuso sexual del derogado artículo 183.1 CP castigaba la realización de actos de carácter sexual que tuvieran por objeto a un menor de dieciséis años, con la única excepción de los supuestos en los que el sujeto activo del delito hubiera empleado violencia o intimidación al ejecutar la conducta delictiva. Por consiguiente, en este precepto tenían cabida conductas de muy diversa naturaleza cuyo único denominador común eran la edad del sujeto pasivo y la inexistencia de violencia o intimidación en la realización del hecho típico. Así, en el tipo encontraban acomodo tanto los supuestos en los que el menor hubiera consentido la realización del acto sexual como aquellos otros en los que, a pesar de no haberse empleado violencia o intimidación, el menor se hubiera visto compelido a participar del acto sexual sin su aprobación. Por consiguiente, el derogado artículo 183.1 CP sancionaba, además de los casos en los que el menor hubiera manifestado una voluntad afirmativa, aquellos otros comprendidos en los también extintos artículos 181.1 y 2 y 182 CP para el caso de ejecutarse sobre víctimas mayores de dieciséis años.

Las consideraciones anteriores permiten extraer algunas consecuencias de interés al objeto de interpretar y aplicar el nuevo artículo 181 CP:

1.^ª El nuevo artículo 181.1 CP se limita a castigar la realización de actos de carácter sexual sobre personas menores de dieciséis años cuando la víctima presta su consentimiento, aun cuando se trate de un consentimiento inválido por razón de la edad. Es decir, supuestos que de ejecutarse sobre personas mayores de dieciséis años serían atípicos. Se trata de casos que, de reunir el sujeto activo del delito los presupuestos para ello, podrían tener encaje en la causa de exclusión de la responsabilidad del artículo 183 bis CP.

2.^ª El nuevo artículo 181.2 CP castiga la imposición de actos de carácter sexual a un menor de dieciséis años sin consentimiento. Se trata de supuestos que, por lo tanto, no podrían tener encaje en el artículo 183 bis CP.

La configuración de un distinto tratamiento punitivo entre los supuestos en los que el menor hubiera prestado su consentimiento y aquellos otros en los que se hubiera visto compelido a sufrir el atentado contra su libertad sexual es plenamente coherente con el espíritu que orienta la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que castiga como agresión sexual cualesquiera atentados contra la libertad sexual de una persona, es decir, la imposición de actos de carácter sexual sin consentimiento.

Entrando de lleno en el análisis del artículo 181.2 CP, parece razonable concluir que la expresión «alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178» alude a cualesquiera conductas susceptibles de ser subsumidas en el artículo 178 CP. Y ello en atención a los siguientes argumentos:

i) No se considera acertado ofrecer un tratamiento punitivo distinto a los supuestos comprendidos en el artículo 178.1 y 2 CP.

El artículo 178.2 CP señala, a modo ejemplificativo, una variedad de supuestos que en todo caso deben considerarse constitutivos de agresión sexual. Precisamente por ello, el legislador no introduce diferencias penológicas entre los actos contemplados en el artículo 178.1 y 2 CP. Tampoco lo hacen los artículos 179 y 180 CP que, con carácter general, castigan con idéntica pena las agresiones sexuales sin hacer distinción en atención a las modalidades comisivas del artículo 178.2 CP. Este extremo revela que el legislador ha decidido castigar de igual manera los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona con independencia del medio comisivo empleado. Todo ello sin perjuicio de que el artículo 180 CP sí contempla modalidades agravadas en función de la forma de ejecución del atentado contra la libertad sexual.

Claro ejemplo de la voluntad de equiparar el tratamiento ofrecido a los supuestos que hasta la fecha se sancionaban como agresión y abuso sexual es el hecho de aglutinar bajo un mismo *nomen iuris* ambas figuras delictivas, castigándolas en un mismo precepto y con una misma pena.

En consecuencia, no sería razonable introducir en el nuevo artículo 181 CP un distinto tratamiento punitivo entre conductas consideradas anteriormente «agresiones» y «abusos sexuales». Esta distinción ya no existe y no se encuentra presente en ningún precepto del Código. En definitiva, el nuevo artículo 181 CP únicamente debe distinguir entre conductas ejecutadas con consentimiento -aunque viciado- y sin consentimiento.

ii) Desde una perspectiva gramatical la expresión «alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178» no permite excluir supuesto alguno de agresión sexual. Esta expresión equivale a todas las agresiones susceptibles de ser subsumidas en el artículo 178 CP, cualquiera que sea el medio comisivo empleado en su ejecución. Recuérdese que el artículo 178.2 CP no describe una conducta típica, sino que se limita a enunciar, a modo meramente ejemplificativo, modalidades de agresión sexual castigadas por el artículo 178.1 CP.

Por lo demás, nótese que el artículo 180.1 CP se refiere a «las agresiones del artículo 178.1 CP», extremo que revela que las modalidades de agresión sexual que describe este precepto son plurales.

iii) Desde una perspectiva teleológica puede entenderse que el distinto tratamiento que se ofrece a las conductas descritas en los apartados primero y segundo del artículo 181 CP obedece a la diferente naturaleza de ambas figuras.

Mientras que el apartado primero se limita a castigar los actos de carácter sexual ejecutados sobre menores de dieciséis años con su consentimiento, el apartado segundo introduce una modalidad agravada de agresión sexual sobre menores de dieciséis años. El distinto tratamiento punitivo que se ofrece a ambas conductas radica en que los supuestos de agresión sexual presuponen un atentado contra la libertad sexual de la víctima que no se exige en el apartado primero del artículo 181 CP. Esta circunstancia es, precisamente, la que justifica la agravación y, en consecuencia, la que impide subsumir en el artículo 181.1 CP supuestos constitutivos de agresión sexual.

En definitiva, los casos en los que la/el menor no hubiera obrado de forma voluntaria, viéndose compelida/o a someterse al acto de carácter sexual, encontrarán encaje en el artículo 181.2 CP.

En concreto, se entenderán subsumibles en el artículo 181.2 CP todos los supuestos en los que el/la menor de dieciséis años, a pesar de no haberse negado de forma expresa a la práctica sexual, no hubiera manifestado su consentimiento. Por consiguiente, los tocamientos sorprendidos y/o fugaces, ejecutados sin ofrecer oportunidad al menor de negarse a su práctica, los actos de naturaleza sexual cometidos con abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima o aquellos ejecutados sobre menores privados de sentido o cuya voluntad se encontrare anulada por cualquier causa, se considerarán, en todo caso, constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 181.2 CP.

En otro orden de cosas, debe ponerse atención al hecho de que el párrafo segundo del artículo 181.1 CP establece de forma expresa que «se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor».

El legislador zanja de este modo cualquier posible polémica acerca de si esta modalidad típica exige un contacto corporal entre el responsable del delito y la víctima. Criterio que, aunque ya se había seguido por la jurisprudencia en numerosas resoluciones (SSTS 158/2019, de 26 de marzo; 350/2022, de 10 de marzo; 741/2022, de 20 de julio), también había sido rechazado en otras (SSTS 468/2017, de 22 de junio; 1298/2018, de 18 de octubre).

10. Modalidades agravadas de agresión sexual a menores de dieciséis años

El apartado segundo del artículo 181 CP regula un subtipo agravado de agresión sexual sobre persona menor de dieciséis años. Según establece el párrafo primero del precepto «si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años».

Como decíamos en el epígrafe anterior, de la lectura conjunta de los artículos 181.1 y 2 y 178 CP se infiere que la aplicación de este subtipo agravado se condiciona a la circunstancia de que el acto de carácter sexual haya sido realizado sin el consentimiento del menor, fuera cual fuese el medio comisivo empleado.

A efectos punitivos, es irrelevante si el autor del delito empleó violencia, intimidación, abusó de su superioridad, se aprovechó de la situación de vulnerabilidad del menor o se valió de cualquier otro mecanismo para lograr someter a la víctima a sus designios, pues el legislador equipara a efectos penológicos todos los supuestos en los que el acto sexual se haya verificado sin el consentimiento del sujeto pasivo del delito. Todo ello sin perjuicio de que dichas circunstancias sí puedan ser tomadas en consideración para la individualización de la pena, es decir, al analizar el concreto grado de desvalor de acción, resultado y culpabilidad concurrentes en la acción objeto de enjuiciamiento e, incluso, al objeto de valorar la aplicación del subtipo privilegiado del párrafo segundo del artículo 181.2 CP al que posteriormente nos referiremos.

El artículo 181.3 CP contiene una modalidad hiperagravada para el caso de que el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, castigado con pena de prisión de seis a doce años en los supuestos del apartado primero, y de diez a quince años en los casos de violación.

Esta modalidad típica es sustancialmente idéntica a la regulada por el derogado artículo 183.3 CP, aunque el límite inferior del marco penológico se ha visto reducido.

Las consideraciones efectuadas en el epígrafe 4 respecto al artículo 180.1 CP son extrapolables al análisis del artículo 181.4 CP, según el cual las conductas previstas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 181 CP serán castigadas con la pena de prisión correspondiente a la modalidad ejecutada en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Artículo 181.4.a) CP: Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Esta modalidad de agravación coincide con la prevista en el derogado artículo 183.4.b) CP. A la vista del evidente paralelismo, son extrapolables las consideraciones efectuadas al analizar la modalidad agravada de agresión sexual del artículo 180.1.1.^a CP.

2.^a Artículo 181.4.b) CP: Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta modalidad agravatoria se corresponde parcialmente con la prevista en el derogado artículo 183.4.c) CP.

Se dan por reproducidas aquí las consideraciones efectuadas a propósito del artículo 180.1.2.^a CP que regula idéntica modalidad en relación con la ejecución de las figuras delictivas descritas en los artículos 178 y 179 CP.

3.^a Artículo 181.4.c) CP: Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de edad de cuatro años.

Este supuesto es plenamente equiparable al regulado en el derogado artículo 183.4.a) CP.

La ratio agravatoria de este subtipo se identifica con la reducción o eliminación de las posibilidades de defensa con las que cuenta la víctima. Tal y como señala la STS 709/2020, de 18 de diciembre, «el fundamento de la agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Así, señalábamos en la sentencia número 1113/2009, de 10 de noviembre, que la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad

o situación [...] también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias» (vid. SSTS 180/2021, de 2 de marzo; 588/2022, de 15 de junio).

La agravación por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adaptada a las singularidades presentes en los delitos contra la libertad sexual (vid. SSTS 590/2022, de 2 de junio; 588/2022, de 15 de junio; 770/2021, de 14 de enero; 221/2021, de 11 de marzo).

La aplicación de esta modalidad puede plantear dificultades cuando se suscitan dudas acerca de si la vulnerabilidad de la víctima ya ha sido tomada en consideración para valorar la concurrencia del tipo. A tal efecto, debe recordarse la plena vigencia de la regla de inherencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del artículo 67 CP, que proscribe, con fundamento en el principio *ne bis in idem*, la doble valoración agravatoria de las circunstancias que atenúan y/o agravan la responsabilidad criminal.

Al respecto, la STS 630/2016, de 14 de julio, precisa que «el precepto contenido en el artículo 181.5 CP con el artículo 180.1.3.^a plantea dificultades de aplicación cuando se remite como agravación a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad o situación y estas mismas circunstancias ya han sido ya tomadas en consideración para valorar la concurrencia del tipo de abuso con prevalimiento, en el que la diferencia de edad y el abuso de la situación de la víctima es determinante de la esencialidad del tipo. Siendo preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general non bis in idem, con rango constitucional, y la previsión agravatoria del artículo 180.1.3.^a del Código, la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias verdaderamente relevantes incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible con la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sea fundamentalmente la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico de abuso con prevalimiento y también para aplicar la agravación, no cabe esta última por infracción del non bis in idem».

Estas dificultades resultan particularmente visibles en el caso de la especial vulnerabilidad por razón de la edad de la víctima, pues precisamente el hecho de ser aquella menor de dieciséis años es el que ha determinado al legislador a ofrecer un tratamiento punitivo cualificado a las conductas descritas en el capítulo II del título VIII. Tal y como señala la STS 223/2020, de 25 de mayo, «no podemos, de un lado, tomar en cuenta la agravación fijándonos en la edad. Si el tipo entonces vigente exigía una edad inferior a los trece años (hoy, dieciséis) y la menor tenía once años, concluiríamos que siempre se daría ese abuso de superioridad, pues el autor siempre debía contar con más de dieciocho años. A mayor abundamiento, cuando el Código quiere establecer una edad por debajo de la cual ha de jugar necesariamente esa agravación fija la de cuatro años (artículo 183.4.a). La superioridad derivada de la diferencia de edad entre una menor con once años y un adulto es inherente al tipo» (vid. STS 875/2022, de 7 de noviembre; 329/2022, de 31 de marzo; 193/2020, de 20 de mayo).

Ningún problema existirá para apreciar la agravación en aquellos casos en los que, además de la edad, concurren otras circunstancias que igualmente permitan apreciar la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo de la infracción, por razón de la enfermedad o discapacidad que padezca o de cualquier otra característica de análoga significación (SSTS 590/2022, de 2 de junio; 298/2019, de 7 de junio).

Del tenor literal del artículo 181.4.c) CP se infiere que en determinadas ocasiones la edad de la víctima sí podrá ser tomada en consideración al objeto de aplicar esta modalidad agravada. De lo contrario, la previsión legal quedaría vacía de contenido, pues su apreciación por razón de la edad de la víctima jamás sería factible. Nótese que el propio legislador ya ha previsto que la agravación será imperativa cuando la víctima sea menor de cuatro años.

Aunque se trata de una cuestión no exenta de matices, puede concluirse que, por lo general, la agravación se admitirá en aquellos supuestos en los que la vulnerabilidad inherente a la edad de la víctima no sea el elemento determinante de que en el caso concreto se aprecie la inexistencia de consentimiento. De ahí que se exija, de un lado, un plus de vulnerabilidad añadido al resultante del hecho de que la víctima sea menor de dieciséis años, es decir, un grado de desarrollo psicológico o de madurez de la víctima que determinen su consideración como persona especialmente vulnerable frente a los ataques de naturaleza sexual -mayor grado de antijuridicidad que en opinión del legislador siempre está presente en los menores de cuatro años-; por otro lado, será necesario que la especial vulnerabilidad no haya sido valorada en la calificación del hecho, especialmente al apreciar la modalidad agravada del párrafo primero artículo 181.2 CP, por ejemplo, al valorar la ejecución del hecho con intimidación o abuso de superioridad.

La apreciación de este subtipo agravado por razón de la especial vulnerabilidad en supuestos de enfermedad, discapacidad u otras circunstancias similares se entenderá condicionada, por idénticas razones, al hecho de no incurrir en una doble valoración agravatoria que vulnere el principio *ne bis in idem*.

Por último, debe recordarse que la jurisprudencia ha venido exigiendo no solo que la víctima sea especialmente vulnerable, sino además que esta circunstancia sea conocida y aprovechada por el responsable del delito (vid. SSTS 10/2023, de 19 de enero; 304/2019, de 11 de junio).

4.^a Artículo 181.4.d) CP: Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.

Se trata de una novedad introducida por la LO 10/2022 que, a pesar de su aparente similitud con el artículo 180.1.4.^a CP, presenta importantes diferencias.

Así, frente a aquel supuesto, no se aprecian razones que justifiquen excluir a persona alguna del círculo de posibles sujetos susceptibles de incurrir en la modalidad prevista en el artículo 181.4.d) CP.

En el artículo 180.1.4.^a CP la cualificación se condiciona al hecho de que la conducta típica se ejecute sobre quien sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad con el responsable, aun sin convivencia, una redacción que recuerda a la ofrecida a los artículos 148.4.^o, 153.1, 171.4 o 172.2 CP. Por el contrario, el artículo 181.4.d) CP se limita a imponer la agravación en los casos en los que la víctima sea o haya sido pareja del autor, razón por la que resulta de aplicación a todas las personas, sin perjuicio de su sexo o género, o de la naturaleza heterosexual, homosexual o de cualquier otro orden de la relación sentimental.

5.^a Artículo 181.4.e) CP: Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Se trata del supuesto regulado en idénticos términos en el derogado artículo 183.4.d) CP y, que tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, también se regula de forma similar en el artículo 180.1.5.^a CP.

En cuanto al concepto de prevalimiento, la STS 278/2020, de 3 de junio, señala que «hemos de recordar que prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva [...] que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona, un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. [...] Esta Sala ha descrito el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima, y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima» (vid. SSTS 324/2022, de 30 de marzo; 233/2021, de 11 de marzo; 470/2020, de 23 de septiembre; 278/2020, de 3 de junio).

Este subtipo contiene, en realidad, tres modalidades agravatorias claramente diferenciadas: i) el abuso por el responsable del delito de una relación de superioridad con la víctima; ii) el abuso de una relación de parentesco; iii) el abuso de una relación de convivencia.

La primera de las tres modalidades, es decir, el abuso de una relación de superioridad, es la que mayores dificultades interpretativas ha venido generando. Tal y como señala la STS 324/2022, de 30 de marzo, «la relación de superioridad no puede identificarse simplemente con la diferencia de edad que distancia al sujeto activo y a la víctima, en tanto se trata de una circunstancia consustancial al propio tipo delictivo, en el que, por definición, aquélla habrá de ser menor de dieciséis años y mayor de edad el agresor. [...] Dicha superioridad evoca la idea de alguna clase de relación entre víctima y agresor, más o menos normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformado por el establecimiento, más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia. Dispone, en tales casos, el agresor de una suerte de función de control, supervisión, dirección de la persona agredida, función de la que, precisamente, se prevale para la comisión del delito» (vid. SSTS 12/2023, de 19 de enero; 389/2022, de 21 de abril).

En definitiva, el precepto exige acreditar que el responsable del delito ocupa una posición de autoridad idónea para coartar la libertad de la víctima que, justo por esa razón, facilita la ejecución de la conducta típica (v. gr. profesores, entrenadores, niñeras o cuidadores, tutores, autoridades religiosas, etc.). A tal efecto, no parece ocioso subrayar que el abuso de superioridad y el de confianza son circunstancias diferentes y no intercambiables entre sí. Como precisa la STS 377/2021, de 22 de abril, «en una es la superioridad (ascendente, autoridad, relación de supremacía) lo tenido en cuenta; y en la otra es la confianza que provoca una relajación de las precauciones defensivas. Hay ocasiones en que puede haber abuso de confianza (un vecino, v.gr.), pero no de superioridad» (vid. SSTS 324/2022, de 30 de marzo; 258/2021, de 18 de marzo).

Por lo que se refiere al abuso de relación de parentesco, la jurisprudencia mayoritaria sitúa el fundamento de la agravación en la vulneración de los deberes morales y jurídicos inherentes a las relaciones familiares. Debe subrayarse, además, que la agravación no precisa una relación de cariño o afectividad (vid. SSTS 986/2022, de 21 de diciembre; 839/2021, de 3 de noviembre; 789/2020, de 12 de noviembre; 195/2020, de 20 de mayo; 568/2018, de 19 de noviembre).

A mayor abundamiento, la jurisprudencia ha venido realizando una interpretación restrictiva del concepto «afines». En este sentido, la STS 384/2018, de 25 de julio, dispone que «solo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y la adopción), y, además, los afines, categoría a la que no se adosa correctivo alguno. Una interpretación estrictamente literal, no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor

ciertamente era tío (quinto grado de parentesco) por afinidad de la víctima. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de hermanos y sin embargo sí se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir, todos los afines, sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la ley la condición de afinidad, no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino el carácter natural o adoptivo del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Esa es la fórmula que utiliza el Código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad» (vid. SSTS 418/2019, de 24 de septiembre; 340/2020, de 22 de junio; 439/2021, de 7 de noviembre).

Por último, el abuso de una situación de convivencia es una modalidad agravatoria introducida en virtud de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Aunque se trata de una cuestión que no ha sido desarrollada por la jurisprudencia, parece lógico entender que el fundamento agravatorio debe residenciarse en la mayor facilidad comisiva que en tales supuestos encuentra el responsable del delito para ejecutar los hechos en un espacio íntimo, impidiendo o dificultando con ello el auxilio de terceros y contribuyendo a lograr la impunidad. Asimismo, el legislador toma en consideración la relajación de las medidas de defensa por parte de la víctima que en tales supuestos acontece.

6.ª Artículo 181.4.f) CP: Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

Constituye un supuesto novedoso, a pesar de presentar cierto paralelismo con el derogado artículo 183.4.e) CP. A tal efecto, debe estarse a lo indicado al analizar el artículo 180.1.6.ª CP.

7.ª Artículo 181.4.g) CP: Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

Esta circunstancia es equivalente a la prevista en el artículo 180.1.7.ª CP, analizada anteriormente.

8.ª Artículo 181.4.h) CP: Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

El legislador mantiene como modalidad agravatoria la ejecución del delito de agresión sexual sobre menores de dieciséis años en el seno de una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

11. Subtipo atenuado de agresión sexual a menores de dieciséis años

A semejanza del subtipo atenuado regulado en el artículo 178.3 CP, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha introducido en el párrafo segundo del artículo 181.2 CP un subtipo atenuado por razón de la menor entidad de la conducta en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

En concreto, el párrafo segundo del artículo 181.2 CP establece que «en estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4».

La interpretación que se ha venido ofreciendo hasta la fecha a la locución «en estos casos» no es unívoca. Existen discrepancias acerca de si el subtipo de menor entidad circunscribe su ámbito de aplicación a las agresiones sexuales descritas en el artículo 181.2 CP o si, por el contrario, es también de aplicación en relación con las conductas incardinadas en el artículo 181.1 CP.

Aunque se trata de una cuestión no exenta de matices, se admitirá la posibilidad de aplicar indistintamente esta modalidad privilegiada a las conductas descritas en los apartados primero y segundo del artículo 181 CP, siempre que no medie violencia o intimidación ni concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 181.4 CP. Varios son los argumentos que sostienen la interpretación sentada en la presente circular:

1.º La concreta ubicación sistemática de este subtipo privilegiado de menor entidad parece sugerir que su aplicación se circunscribe a los supuestos comprendidos en el párrafo primero del artículo 181.2 CP. No obstante, este no es un argumento definitivo para rechazar de plano su aplicación, en contra de reo, a los supuestos comprendidos en el artículo 181.1 CP.

Al describir la conducta castigada en el artículo 181.2 CP el legislador toma como premisa la modalidad del artículo 181.1 CP, construyendo un subtipo agravado que sanciona las conductas del apartado primero cuando en

su ejecución se empleare alguno de los medios comisivos expresamente descritos en el apartado segundo. «Si en las conductas del apartado anterior [...]», dice el precepto. De ahí que pueda entenderse que la locución «en estos casos» comprende también a las «conductas del apartado anterior».

2.º En caso de entender que el precepto solo es de aplicación a las conductas descritas en el subtipo agravado del artículo 181.2 CP esta modalidad privilegiada quedaría prácticamente vacía de contenido.

Nótese que, por imperativo legal, este subtipo no puede ser aplicado cuando se hubiera empleado violencia o intimidación (art. 181.2 CP), cuando el acto sexual consista en acceso carnal (art. 181.3 CP), cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad [art. 181.4.c) CP], cuando sea o haya sido pareja del autor aun sin convivencia (art. 181.4.d) CP), cuando el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco [art. 181.4.e) CP] o cuando el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole cualquier sustancia idónea a tal efecto [art. 181.4.g) CP].

3.º Esta modalidad atenuada ofrece una vía a través de la que adecuar la magnitud de la pena a las circunstancias del caso concreto. Constituye una previsión legal orientada a una mejor individualización penológica en atención a las singulares circunstancias del caso concreto, tratando de evitar la imposición de penas que pudieran llegar a ser consideradas desproporcionadas. Deben entenderse de menor entidad las conductas que presenten un menor potencial lesivo para la libertad sexual de la víctima. Por consiguiente, al valorar su aplicación deberá estarse al menor desvalor de acción y/o de resultado de la conducta frente al nivel de desvalor estándar que exige el tipo básico. Atendiendo al fundamento de la atenuación, no se encuentran razones que justifiquen excluir la aplicación de este subtipo a los actos descritos en el artículo 181.1 CP de apreciarse un menor desvalor de acción y/o de resultado.

Desde una perspectiva teleológica parece razonable extender la posibilidad de apreciar este subtipo privilegiado a algunas de las conductas susceptibles de ser incardinadas en el artículo 181.1 CP, es decir, a determinados actos de carácter sexual sobre menores de dieciséis años que no reúnen los requisitos típicos del delito de agresión sexual del artículo 178 CP. Así, por ejemplo, un beso en la boca o el cuello o unos tocamientos de escasa entidad. Conductas, en definitiva, para las que la pena de dos a seis años de prisión puede llegar a considerarse desproporcionada, atendidas las circunstancias del caso.

4.º El legislador ha previsto la posibilidad de que las conductas descritas en el artículo 181.1 CP puedan llegar a ser consideradas atípicas cuando concurren las circunstancias del artículo 183 bis CP.

En consecuencia, parece acertado que entre la aplicación en toda su extensión del marco penológico contemplado en el artículo 181.1 CP (dos a seis años de prisión) y la apreciación de la causa de exclusión de la responsabilidad del artículo 183 bis CP puedan contemplarse situaciones intermedias en las que, a pesar de no concurrir la totalidad de las circunstancias exigidas por este último precepto que darían lugar a la atipicidad, subsista un fundamento atenuatorio.

5.º Por el momento este parece ser el criterio seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En concreto, la STS 967/2022, de 15 de diciembre, señala que «en estos casos, la nueva regulación contenida en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 10/2022, contiene una previsión específica para los casos de agresiones sexuales sobre personas menores de 16 años, que permite imponer la pena de prisión inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias previstas en el artículo 181.4. Esta previsión legal no existía con anterioridad a la reforma que se menciona, de manera que la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años estaba castigada como abuso sexual con la pena de 2 a 6 años (artículo 183.1 del CP). [...] En el caso, no media violencia o intimidación, ni se aprecia ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 181.4, no concurriendo por ello las causas de exclusión de la aplicación del nuevo subtipo atenuado».

Con carácter general, son aquí predicables las consideraciones efectuadas en el epígrafe 5 de la presente circular acerca de los presupuestos que permiten la aplicación de subtipo del artículo 178.3 CP, aunque con el matiz de que en este caso, al margen de la menor entidad del hecho y de las circunstancias del culpable, el precepto también exige valorar «todas las circunstancias concurrentes» y de que su aplicación no es posible cuando hubiera concurrido violencia o intimidación en la ejecución de la agresión o cualesquiera de las circunstancias descritas en el artículo 181.4 CP.

Las circunstancias que deberán valorarse para la apreciación del subtipo privilegiado podrán ser, entre otras: el lugar donde se comete la agresión, considerando más graves las agresiones que se verifican en el domicilio de la víctima, centro docente o, en general, en aquellos que frecuente por ser en los que desarrolla su vida privada, profesional o escolar; los concretos medios comisivos empleados en la ejecución; la edad de la víctima; la previsible afectación para su desarrollo o las secuelas que el hecho previsiblemente pueda ocasionar.

12. La cláusula de exclusión de la responsabilidad penal

El nuevo artículo 183 bis CP ofrece una nueva redacción a la denominada «cláusula Romeo y Julieta» que hasta la fecha contenía el derogado artículo 183 quater CP, cuya incorporación al Código Penal se produjo con la

finalidad de evitar la criminalización de las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que descubren su sexualidad y se comprometen en experiencias de esta naturaleza con personas de edad y madurez similar.

La Circular de la FGE número 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal, señala que «el propósito de este tipo de disposiciones consiste en evitar que la norma, al establecer límites de edad, pueda conllevar interpretaciones estrictas que impidan las relaciones sexuales consentidas entre personas jóvenes semejantes en edad y madurez».

Por efecto de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para aplicar esta causa de exclusión de la tipicidad el legislador pasó a exigir que, además de un similar grado de madurez psicológica, concurriera un similar grado de desarrollo físico. Esta modificación pretendía superar las críticas formuladas acerca de la imprecisión y vaguedad de la contenida previamente en aquel precepto. En cualquier caso, se trataba de una novedad que no modificó en este punto los criterios sentados en la Circular de la FGE número 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal.

En palabras de la STS 523/2021, de 17 de junio, el artículo 183 quater CPD obligaba «a tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso (STS 1001/2016, de 18 de enero)».

El precepto precisa ahora que la exclusión de la tipicidad no operará cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178. Asimismo, en lógica coherencia con el resto de la reforma, esta cláusula pasa a circunscribir su ámbito de aplicación a los delitos comprendidos en el capítulo II («De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años»), circunstancia que más que una novedad supone, en realidad, una consecuencia de la nueva sistemática ofrecida a los delitos contra la libertad sexual.

13. La ejecución de los hechos por autoridad o funcionario público

Los artículos 180.3 y 181.5 CP establecen que en los supuestos en los que el sujeto activo de cualquiera de los delitos respectivamente comprendidos en los capítulos I y II del título VIII «se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público» se impondrá, además de la pena que corresponda, la de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Conforme al artículo 24 CP, únicamente ostentan la condición de «autoridad pública» quienes por sí solos, o como miembros de órganos colegiados, ejercen mando o jurisdicción. Serán considerados «funcionarios públicos» quienes participen del ejercicio de funciones públicas en virtud de disposición legal, elección o nombramiento efectuado por la autoridad competente.

Conviene precisar que el artículo 24 CP ofrece una definición normativa, válida a los solos efectos penales, de los conceptos de autoridad y funcionario público. Definición que se aparta de la dispuesta en el orden administrativo por los artículos 8 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (SSTS 222/2022, de 9 de marzo; 278/2022, de 23 de marzo; 442/2022, de 5 de mayo).

El artículo 24 CP conecta los conceptos de autoridad y funcionario público con la noción de función pública. La participación en el ejercicio de funciones públicas es el elemento que fundamenta, junto con el título de designación, la atribución a los solos efectos penales de la condición de autoridad o funcionario público.

Aunque la delimitación del concepto de función pública tradicionalmente ha generado controversia, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias han convenido en aceptar un concepto mixto, ciertamente amplio, de función pública. Noción que comprende la totalidad de las actuaciones sometidas al derecho administrativo. Se viene manejando así un concepto funcional o material de autoridad pública y de funcionario público que, huyendo de estériles formalismos, se construye con arreglo a criterios teleológicos, por lo que, en definitiva, debe estarse a la naturaleza de las funciones efectivamente ejecutadas por el sujeto a quien se atribuye la acción (vid. SSTS 482/2020, de 30 de septiembre; 83/2017, de 14 de febrero; 447/2016, de 25 de mayo; 358/2016, de 26 de abril; 149/2015, de 11 de marzo; 421/2014, de 16 de mayo; 186/2012, de 14 de marzo).

Mención aparte merecen quienes, sin reunir la condición jurídico-administrativa de autoridad o funcionario público, participan del ejercicio de funciones públicas, incluso de manera esporádica o puntual, en virtud de la suscripción de contratos de servicio o de consultoría. Ningún obstáculo existe para atribuir la condición de funcionarios públicos a los asesores externos, jurídicos o de cualquier otro tipo, con arreglo al artículo 24 CP.

Idéntica conclusión merece alcanzarse en el caso de funcionarios sustitutos e interinos o contratados temporalmente (SSTS 186/2012, de 14 de marzo; 827/2012, de 24 de octubre; 86/2018, de 19 de febrero; 481/2019, de 14 de octubre; o 245/2020, de 27 de mayo).

En definitiva, el concepto de función pública alude al conjunto de intereses cuya tutela o prestación corresponde a la Administración, con independencia de si la gestión se ejecuta de forma directa o indirecta, es decir, por la propia Administración o a través de otros organismos o entes delegados incluso de naturaleza privada. Lo

esencial es, por lo tanto, la titularidad de la actividad o función, siendo meramente accidental la forma concreta en que se gestiona.

Delimitado el concepto penal de autoridad y funcionario público, conviene precisar que, tal y como señala la STS 274/2022, de 23 de marzo, en relación con la circunstancia agravante del artículo 22.7.^a CP, el prevalimiento de esa condición «supone que el culpable ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que como tiene dicho gráficamente la jurisprudencia en lugar de servir al cargo, el funcionario se sirve de él para delinquir». Requiere, como indica la STS 213/2017, de 29 de marzo, «reunir la condición de funcionario público y poner tal condición al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo» (vid. SSTS 128/2022, de 16 de febrero; 793/2021, de 20 de octubre; 72/2021, de 22 de septiembre; 418/2018, de 21 de junio).

14. *Corrupción de menores*

El actual artículo 182.1 CP castiga la conducta consistente en hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. Esta modalidad delictiva era regulada anteriormente en el párrafo primero del artículo 183 bis CP, que también tipificaba el hecho de determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

No solo la conducta típica es sustancialmente idéntica a la regulada con anterioridad a la reforma operada por la LO 10/2022, sino que también lo es la pena con la que se castiga que sigue siendo de seis meses a dos años de prisión.

Por otro lado, pese a que el artículo 182.2 CP sigue contemplando un subtipo agravado, este sí ha sufrido algunas modificaciones respecto a la modalidad cualificada regulada en el párrafo segundo del derogado artículo 183 bis CP.

Según establece el artículo 182.2 CP, «si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años».

La nueva redacción zanja la controversia, suscitada a causa de la deficiente redacción ofrecida al derogado artículo 183 bis CP, acerca de si la agravación era de aplicación únicamente a los supuestos en que los hechos presenciados resultasen constitutivos de abuso sexual, quedando por ello excluidos los casos de agresión sexual. Recuérdese que el párrafo segundo del derogado artículo 183 bis CP condicionaba la apreciación de la modalidad agravada al hecho de presenciar abusos sexuales, circunstancia que generaba dudas acerca de su ámbito de aplicación a los supuestos de agresión sexual.

Carece de relevancia que el artículo 182.2 CP no especifique que la agravación será de aplicación aun cuando el autor no hubiera participado en los actos de carácter sexual, puesto que el apartado primero del precepto ya establece que no es precisa la concurrencia de esta circunstancia.

Por lo demás, el subtipo agravado del artículo 182.2 CP mantiene la pena de uno a tres años de prisión anteriormente prevista en el párrafo segundo del derogado artículo 183 bis CP.

El hecho de que el artículo 182 CP omita castigar la conducta consistente en determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento sexual no implica su destipificación. Este comportamiento queda integrado ahora en el artículo 181.1 CP, que castiga con penas de dos a seis años de prisión la ejecución de actos de carácter sexual sobre menores de dieciséis años.

15. *Acoso sexual*

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, modifica la descripción típica del delito de acoso sexual del artículo 184.1 CP ampliando su ámbito de aplicación objetiva.

El artículo 184.1 CP exige que la solicitud sexual, para que sea delictiva, tenga lugar en el contexto de una determinada situación típica. La LO 10/2022 ha ampliado las situaciones típicas en las que puede enmarcarse la solicitud sexual. En concreto, añade la posibilidad de integrar en el precepto las peticiones de favores sexuales efectuadas en una situación análoga al resto de supuestos descritos en el tipo, es decir, amplía su radio de actuación a las que se produzcan en el contexto de una relación análoga a la laboral, docente o de prestación de servicios.

En otro orden de cosas, la reforma ha alterado de modo relevante el marco penológico del tipo básico de acoso sexual. Por un lado, aumenta la horquilla de las penas de prisión, que ahora pasa a ser de seis a doce meses, al igual la pena de multa, que actualmente oscila entre los diez y los quince meses. Asimismo, se introduce la preceptiva imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad por tiempo de doce a quince meses.

La modificación legislativa también alcanza al subtipo agravado de acoso sexual del artículo 184.2 CP. Se añade ahora a la descripción típica, como circunstancia que cualifica la infracción, junto al abuso de una «situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», el abuso de superioridad que se ejerce sobre las personas sujetas a la guarda o custodia del autor del delito. Todo ello sin perjuicio de mantener la agravación en los supuestos en los que la conducta se ejecute con «el anuncio o expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las

legítimas expectativas que aquella pueda tener» en el ámbito de cualquiera de las relaciones antes descritas, incluida ahora la del autor del delito con la persona sometida a su guarda o custodia.

Asimismo, se incrementan las penas con las que el precepto castiga esta modalidad, que pasan a situarse en un marco de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses. De ese modo, se aumenta la horquilla penológica asociada a la pena de prisión, se suprime la posibilidad de castigar el hecho alternativamente con multa y se incorpora, como pena privativa de derechos, la preceptiva imposición de la pena de inhabilitación especial en los términos indicados.

Por otro lado, la LO 10/2022 adiciona un subtipo agravado de nuevo cuño, que pasa a regularse en el artículo 184.3 CP con el siguiente tenor: «Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2».

Esta modalidad típica y la regulada en el artículo 443.2 CP se distinguen principalmente por la concreta configuración que ambos preceptos ofrecen al sujeto activo del delito. Frente al artículo 184.3 CP, el artículo 443.2 CP constituye un delito especial que exige que el autor reúna las específicas características que el artículo 24 CP describe.

Además, el delito de solicitación sexual por funcionario público no exige, al contrario que el acoso sexual del artículo 184 CP, que la acción desarrollada por el sujeto activo llegue a provocar una «situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante» para la víctima. En otras palabras, mientras que el delito del artículo 443 CP es de mera actividad y se consume desde el momento en que el funcionario realiza la solicitud, el delito de acoso sexual del artículo 184 CP constituye un delito de resultado.

En el caso de que la conducta sea simultáneamente susceptible de ser subsumida en ambos preceptos (artículos 184.3 y 443.2 CP) se apreciará un concurso de normas a resolver, con arreglo al artículo 8.4.^a CP, en favor del delito de solicitación sexual por funcionario.

Por último, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ofrece una nueva configuración a la modalidad agravada de acoso sexual por razón de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (art. 184.4 CP), introduciendo algunas mejoras técnicas respecto a la regulación anterior.

En primer lugar, se sustituye la expresión «víctima especialmente vulnerable» por la más acertada de «víctima en situación de especial vulnerabilidad».

Asimismo, se modifican las causas que pueden ser fuente de dicha situación que pasan de ser la «edad, enfermedad o situación» de la víctima a las de «edad, enfermedad o discapacidad».

También se alteran las penas, pues el precepto castiga ahora los hechos con la pena correspondiente a la concreta modalidad típica ejecutada en su mitad superior.

16. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como señala la Circular de la FGE número 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, «la reforma del art. 31 bis no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código».

En virtud de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se suma a ese catálogo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer el delito de acoso sexual (art. 184.5 CP).

Asimismo, se modifica el artículo 189 ter CP, que ya contemplaba la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran cometer cualquiera de los delitos comprendidos en el capítulo V del título VIII del libro II CP («De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores»). Se añade ahora un apartado d) que prevé la disolución de la persona jurídica conforme a lo dispuesto en el art. 33.7.b) CP.

17. Disposiciones comunes

La nueva redacción del artículo 190 CP amplía los supuestos en los que resulta posible la aplicación de la denominada reincidencia internacional.

Con arreglo a la redacción del precepto anterior a la reforma, la posibilidad de valorar a efectos de reincidencia las condenas impuestas por un juez o tribunal extranjero quedaba limitada a los delitos comprendidos en el capítulo V del título VIII del libro II del Código Penal, es decir, a los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores previstos en los artículos 187 a 189 CP (vid. SSTS 240/2020, de 26 de mayo; 874/2014, de 27 de enero). Tras la reforma, esa posibilidad se extiende ahora a la totalidad de los delitos comprendidos en el título VIII del libro II del Código Penal, es decir, a todos los delitos contra la libertad sexual.

En consonancia con lo anterior, se modifica la ubicación sistemática del artículo 190 CP, que pasa del capítulo V al capítulo VI del título VIII, residenciándose entre las «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores».

En otro orden de cosas, el artículo 191.1 CP establece una condición objetiva de perseguibilidad en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual consistente en condicionar la incoación del proceso penal a la previa interposición de denuncia de la persona agraviada o su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, bastando con la denuncia del Ministerio Fiscal cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

No parece ocioso recordar que la jurisprudencia ha venido flexibilizando esta exigencia. Así, la STS 311/2020, de 15 de junio, señala que «no es necesario una denuncia escrita y formal, bastando con una comunicación verbal (STS 272/2001, de 19 de febrero). [...] Debe tenerse por cumplido este requisito cuando el perjudicado se persona en las actuaciones para ejercer la acusación o cuando, conociendo la existencia del proceso, no se opone al mismo. También se ha dicho que la mera anuencia pasiva a la prosecución del proceso convalida la inexistencia de denuncia inicial (STS 1341/2000, de 20 de noviembre). [...] La falta de denuncia formal se subsana o convalida si hay constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con la continuación del proceso penal, exteriorizando con su conducta procesal esa voluntad» (vid. SSTS 891/2022, de 11 de noviembre; 600/2022, de 28 de abril; 355/2021, de 29 de abril; 340/2018, de 6 de julio).

La reforma del artículo 191.1 CP acomoda el tenor del precepto a la eliminación del binomio agresión-abuso sexual. Por tanto, se elimina toda referencia al delito de abuso sexual, limitándose a aludir a los delitos de agresión y acoso sexual.

Al margen de las importantes novedades introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, del nuevo tenor literal del artículo 192.3 CP se infiere que tras la modificación operada por la LO 10/2022 la imposición de la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad (sobre los hijos presentes o futuros), tutela, curatela, guarda o acogimiento, pasa a ser imperativa cuando el reo haya sido declarado responsable de cometer cualesquiera de los delitos de los capítulos I (arts. 178-180 CP) o V (arts. 187-189 ter CP) del título VIII, siempre que la víctima fuera menor de edad. Su imposición también será preceptiva cuando el sujeto haya sido declarado responsable de cometer cualesquiera de los delitos del capítulo II (arts. 181-183 bis CP) del título VIII. Por lo demás, la imposición de estas penas seguirá siendo facultativa, al igual que la de la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, cuando el reo haya sido declarado responsable de cualesquiera otros delitos comprendidos en el título VIII del libro II, incluidos los delitos comprendidos en los capítulos I y V cuando la víctima no fuera menor de edad.

Debe subrayarse, además, que las penas de privación de la patria potestad e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 192.3 CP) son actualmente mucho más gravosas, pues se ha pasado de una duración de entre seis meses y seis años a otra de cuatro a diez años (vid. STS 20/2023, de 19 de enero).

Por otro lado, la reforma del artículo 194 CP modifica el carácter facultativo de la pena de clausura de los locales o establecimientos en los que se hubieran ejecutado cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VIII, que ahora pasa a ser una sanción de obligada imposición. No obstante, se mantiene el carácter facultativo de su adopción como medida cautelar.

18. Competencia objetiva en los delitos contra la libertad sexual

La disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, introdujo importantes novedades en el artículo 192 CP. En concreto, para los responsables de los delitos comprendidos en el título VIII del libro II CP el párrafo segundo del artículo 192.3 CP pasó a contemplar la preceptiva imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión, oficio o actividades, fueran o no retribuidas, que conllevaran 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 respectivamente impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave.

A pesar de no ser una novedad introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las especiales implicaciones prácticas de esta cuestión, en concreto en lo que se refiere a la determinación de la competencia objetiva para conocer de los delitos contra la libertad sexual, aconsejan su análisis en la presente circular.

Con carácter general, la competencia de los órganos judiciales en el orden penal se determina en base a la gravedad del delito y, más en concreto, a la gravedad de las penas asociadas al delito. Sin embargo, esta regla se excepciona en determinados supuestos en los que el ordenamiento jurídico establece de modo expreso que la competencia corresponde a los juzgados o tribunales de una determinada clase (competencia *ratione materiae*) o cuando se atribuye a un determinado órgano judicial por razón de una concreta cualidad o condición personal del sujeto pasivo del delito (competencia *ratione personae*).

El artículo 14.3 y 4 LECrim atribuye a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito ha sido cometido la competencia para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale pena de inhabilitación por tiempo superior a diez años. A tal efecto, la competencia objetiva de los tribunales penales se

determina, sin perjuicio de las especialidades *ratione materiae* y/o *personae*, en atención a la pena prevista en abstracto para el tipo o tipos penales por los que se formule la más grave de las acusaciones y no, por lo tanto, a la pena concretamente solicitada por las acusaciones (vid. SSTS 733/2022, de 15 de julio; 159/2022, de 23 de febrero; 1008/2018, de 5 de julio).

La más elemental prudencia aconseja que la competencia objetiva se determine con arreglo a la pena en abstracto a fin de conjurar el riesgo de que hipotéticas modificaciones en la acusación que pudieran introducirse al formular las conclusiones definitivas pudieran provocar nefastas consecuencias procesales a causa de resultar desbordada la competencia objetiva del órgano de enjuiciamiento (vid. SSTS 531/2022, de 27 de mayo; 40/2022, de 20 de enero; 929/2021, de 30 de noviembre). Como señala la STS 247/2021, de 17 de marzo, «la tensión entre el principio general de adecuación de la competencia en garantía del proceso justo y el efecto vinculatorio, *prima facie*, que genera la decisión de apertura obliga a buscar una fórmula de compatibilidad basada en un estándar de máxima prudencia».

La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión, oficio o actividad que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad que establece el párrafo segundo del artículo 192.3 CP es una pena principal (vid. SSTS 42/2020, de 10 de febrero; 458/2016, de 26 de mayo; 1069/2012, de 2 de diciembre). No en vano, se encuentra expresamente prevista en el libro II del Código Penal y se rige por lo dispuesto en el artículo 42 CP (sección 3.ª del capítulo I del título III CP: De las penas privativas de derechos) y no por los artículos 54 y ss. CP (sección 5.ª del capítulo I del título III: De las penas accesorias). CP. Por más que su imposición se condicione al hecho de que el responsable del delito sea condenado a una pena privativa de libertad, en el caso de producirse esa eventualidad, su aplicación resulta preceptiva.

Con carácter general, al margen de las penas accesorias y de la legislación penal especial, las penas con las que el legislador castiga los delitos aparecen concretadas en la parte especial del Código Penal. Algunos delitos están castigados con penas únicas y otros con penas de distinta naturaleza configuradas entre sí de forma acumulativa y/o alternativa. La distinción entre penas únicas, acumulativas y alternativas no pasa inadvertida para el legislador a la hora de regular la competencia objetiva. En concreto, el artículo 14.3 LECrim precisa que la competencia del juez de lo penal no se limita al enjuiciamiento de las causas por delitos castigados con penas de duración no superior a cinco años de prisión o a los castigados con penas de multa con independencia de su cuantía, sino que establece de forma expresa que su competencia objetiva se extiende a los delitos castigados con cualesquiera otras penas, cualquiera que sea su naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de diez años.

La lectura sistemática de los apartados tercero y cuarto del artículo 14 LECrim permite concluir que las audiencias provinciales deben considerarse competentes para conocer de las penas privativas de derechos superiores a diez años, con independencia de si su imposición se prevé como pena única o como pena acumulativa o alternativa con penas de distinta naturaleza.

El hecho de que la competencia objetiva se determine con arreglo a la pena prevista en abstracto para el más grave de los delitos por el que se formula acusación es coherente con la posibilidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las partes de introducir modificaciones en la acusación al formular las conclusiones definitivas.

En el caso de delitos castigados con penas alternativas nada impide que al momento de formular las conclusiones definitivas las acusaciones puedan modificar su petición inicial, interesando el castigo por una pena de distinta naturaleza, siempre que se trate de una de las previstas por el Código Penal con carácter alternativo para el concreto delito.

Todos los delitos regulados actualmente en el título VIII del libro II del Código Penal se encuentran castigados con pena de prisión, bien como pena única, bien como alternativa o acumulativa junto con otras penas de distinta naturaleza. De ahí que, en abstracto, todos los delitos contra la libertad sexual sean susceptibles de ser castigados con la pena de inhabilitación especial prevista en el párrafo segundo del artículo 192.3 CP. Por ello, fuera de los casos en los que la competencia objetiva para conocer del asunto corresponda a la Audiencia Nacional (art. 65 LOPJ), a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 71.3 LOPJ) o a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1.2.º LOPJ), las/los fiscales sostendrán que la competencia objetiva para conocer de los delitos contra la libertad sexual corresponde a las Audiencias Provinciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 LECrim. Todo ello sin perjuicio de los supuestos en los que la competencia corresponda al Tribunal del Jurado (art. 5.2 LOTJ).

El hecho de que la pena más grave interesada por las acusaciones en sus escritos de conclusiones provisionales sea pena de multa resultará irrelevante, pues la competencia objetiva debe ser fijada, como se ha señalado, con arreglo a la pena en abstracto.

Por último, debe recordarse que conforme al artículo 14 bis LECrim «cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior [14 LECrim] el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica».

19. La regla concursal del artículo 194 bis CP

El artículo 194 bis CP introduce una nueva regla concursal en cuya virtud los delitos contra la libertad sexual deben ser castigados sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los concretos actos de violencia física o psíquica cometidos en su ejecución.

Por consiguiente, las lesiones efectivamente ocasionadas al ejecutar el atentado contra la libertad sexual no están absorbidas en su totalidad por el delito de agresión sexual perpetrado. Como regla general, cuando se produzca un resultado lesivo, las/los fiscales calificarán de forma autónoma las lesiones físicas y/o psíquicas aunque se encuentren instrumentalmente conectadas con el delito contra la libertad sexual cometido. No en vano, la integridad física y/o psíquica no constituye el bien jurídico protegido por los artículos 178 y ss. CP. Por el contrario, los posibles maltratos de obra se entenderán absorbidos en el delito contra la libertad sexual por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual.

En tales supuestos, se apreciará un concurso real de delitos entre la agresión sexual y el respectivo delito de lesiones. Respecto de este particular, mientras la jurisprudencia no mantenga lo contrario y a la vista de las similitudes con el artículo 194 bis CP, serán de aplicación los criterios sentados en la interpretación de la cláusula concursal del artículo 242.1 CP (vid. SSTS 201/2009, de 28 de febrero; 84/2010, de 18 de febrero; 241/2019, de 9 de mayo).

Por lo que se refiere a las lesiones psíquicas, el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha sido tradicionalmente restrictivo. La jurisprudencia ha considerado que, por lo general, deben entenderse consumidas en la agresión sexual, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil (vid. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003; SSTS 778/2022, de 22 de septiembre; 99/2022, de 9 de febrero; 62/2018, de 5 de febrero; 721/2015, de 22 de octubre).

Sin embargo, el nuevo artículo 194 bis CP precisa que los delitos contra la libertad sexual serán castigados sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los concretos actos de violencia psíquica cometidos en su ejecución.

De ahí que, atendida la sustantividad de las lesiones psíquicas frente a la agresión sexual y, en particular, el hecho de hallarnos ante distintos bienes jurídicos en juego, sea razonable ofrecer idéntico tratamiento jurídico a las lesiones que se causen con independencia de su carácter físico o psíquico.

Como consecuencia de la entidad autónoma del delito de lesiones psíquicas ex artículo 194 bis CP, las/los fiscales extremarán la cautela a fin de hacer aflorar esas lesiones durante la fase de instrucción, recabando aquellas fuentes de prueba que sean precisas para acreditar la concurrencia de los elementos típicos de este delito, particularmente en lo que respecta a la entidad, características y resultado del menoscabo psíquico producido y a la necesidad del tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico para su más adecuada sanación o más pronta mejoría. Debe tenerse en cuenta que cabe apreciar el delito de lesiones en aquellos supuestos en los que el tratamiento no se haya dispensado, pero sí se acredite la ineludible relación de necesidad entre aquel y la sanidad de la lesión causada. Relación que puede trazarse cuando se constata que la falta del primero ha impedido o dificultado extraordinariamente obtener la segunda (STS 99/2022, de 9 de febrero).

El concepto «violencia psíquica» es impreciso y, por ello, de compleja delimitación. La STS 556/2020, de 29 de octubre, señala que «la violencia psíquica supone la imposición de una restricción de cualquier naturaleza que opere sobre la psique del sujeto pasivo, restringiendo su opción de actuar libremente como individuo». Puede afirmarse que, con carácter general, constituyen actos de violencia psíquica las conductas susceptibles de ser calificadas como lesiones psíquicas, amenazas, coacciones, torturas y delitos contra la integridad moral, así como los delitos contra el honor.

Tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la LO 10/2022 ni la violencia ni la intimidación constituyen un elemento del tipo de agresión sexual. No obstante, aun cuando no sean más que algunos de los posibles medios comisivos (art. 178.2 CP), parece lógico que su empleo debe tener reflejo en el análisis del concreto desvalor de la conducta y, por lo tanto, en la individualización de la pena. La amplitud de las horquillas penológicas, particularmente en el caso de los artículos 179 y 180 CP, aconseja que el concreto medio comisivo empleado en la agresión sexual sea valorado para concretar la pena a imponer (vid. STS 128/2023, de 27 de febrero).

El legislador ha tomado en consideración la especial intensidad de la violencia y/o intimidación ejercidas por el sujeto activo del delito al configurar las modalidades hiperagravadas de violencia de extrema gravedad [arts. 180.1.2.^a y 181.4.b) CP], de uso de armas u otros medios igualmente peligrosos [arts. 180.1.6.^a y 181.4.f) CP] y de anulación de la voluntad de la víctima mediante el suministro de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto [arts. 180.1.7.^a y 181.4.g) CP]. Asimismo, el uso de violencia o intimidación ha sido tomado en consideración expresamente para excluir la aplicación del subtipo de menor entidad del artículo 181.2 CP.

Sobre este particular resultan de interés las consideraciones que se realizan en la STS 61/2023, de 7 de febrero:

«La legislación reformada (arts. 178, 179 y 180 CP) establece un arco que oscila entre siete y quince años. Se trata del mismo máximo. El suelo, en cambio, es sensiblemente inferior. Ello es, en parte, lógica secuela de la unificación de los anteriores abusos con las agresiones sexuales.

Esa equiparación no explica totalmente el nuevo mínimo. En este supuesto no es simple efecto de que la misma tipicidad abrace ahora también hechos menos graves. Es elemento del subtipo agravado el uso de un arma. El empleo de violencia o intimidación es, por tanto, inescindible del subtipo. Así, pues, son los mismos hechos pero ahora el legislador los sanciona de forma menos severa.

El artículo 194 bis es de imposible aplicación por ser inherente al delito objeto de condena la intimidación.

No es acogible el argumento defensivo a tenor del cual la agravación por el uso del arma decaería por ser inherente a la tipicidad -uso de intimidación-. Es obvio que ni el tipo básico exige intimidación (solo ausencia de consentimiento) ni toda intimidación requiere el empleo de armas. No hay duda de la aplicabilidad del nuevo artículo 178.1.6.º CP [sic].»

Por lo tanto, las posibles amenazas o coacciones instrumentalmente conectadas a las modalidades hiperagravadas no pueden ser castigadas en relación de concurso de delitos. De entenderse que todo acto de violencia física o psíquica susceptible de ser incardinado en otro tipo penal debe ser necesariamente castigado en relación de concurso de delitos con los artículos 178 y ss. CP, se alcanzarían soluciones poco razonables desde una perspectiva lógico-sistemática, pues el marco penológico previsto para las modalidades hiperagravadas, cuyo fundamento agravatorio radica en la especial intensidad de la violencia o intimidación empleadas, resultaría equivalente de facto -por aplicación del artículo 194 bis CP- al previsto para las agresiones sexuales en las que la violencia o intimidación empleadas fuesen de menor intensidad, atendida la posibilidad de castigar de forma autónoma las amenazas y/o coacciones.

En cualquier caso, aunque se trata de una cuestión no exenta de matices, en tanto la jurisprudencia no establezca lo contrario, las/los fiscales sostendrán que las amenazas y coacciones serán susceptibles de castigarse de forma autónoma cuando su ejecución se sitúe claramente fuera de la estructura del tipo de agresión sexual.

Como regla general, solo cabrá apreciar un concurso de delitos entre las amenazas o coacciones y el delito contra la libertad sexual cuando aquellas no constituyan el instrumento empleado para intimidar a la víctima a fin de doblegar su voluntad y lograr la realización del acto sexual (vid. STS 61/2023, de 7 de febrero). En otro caso no cabrá apreciar una antijuridicidad distinta e independiente a la que castigan los artículos 178 y ss. CP, debiendo apreciarse un concurso de normas a resolver con arreglo a la regla de la consunción (art. 8.3.ª CP). No en vano, el bien jurídico protegido por estos tipos penales entronca con el que tutelan los artículos 169 a 172 CP, pues los delitos contra la libertad sexual se encargan de proteger una esfera concreta de la libertad. De ahí que pueda concluirse que el delito de agresión sexual abarca en estos casos el completo desvalor de las posibles amenazas o coacciones.

Recuérdese que tradicionalmente se ha considerado que las amenazas quedan absorbidas por el mayor desvalor de los delitos que tutelan aspectos específicos de la libertad de obrar siempre que aquellas se encuentren instrumentalmente conectadas con estos y formen parte de su proceso comisivo.

Así, por ejemplo, se ha entendido que las amenazas quedan absorbidas en el delito de detención ilegal si forman parte de la dinámica comisiva empleada para colocar a la víctima en situación de privación de libertad ambulatoria o para mantenerla en ella (SSTS 1080/2010, de 20 de octubre; 255/2013, de 29 de septiembre; 195/2021, de 24 de marzo). También quedan absorbidas por el delito de asesinato u homicidio cuando forman parte de su dinámica comisiva (STS 415/2022, de 28 de abril). Asimismo, se ha venido interpretando que cuando a la amenaza de ocasionar un mal le sigue la ejecución del delito en cuestión nos encontramos ante una progresión delictiva en la que el delito posteriormente cometido absorbe el íntegro desvalor de acción y de resultado de la amenaza (SSTS 527/2022, de 27 de mayo; 892/2021, de 28 de abril; 1232/2017, de 27 de julio).

Como corolario de lo anterior, debe recordarse que es jurisprudencia reiterada que las amenazas quedarán absorbidas por el mayor desvalor del otro delito en aquellos casos en los que se utilicen para afectar a la libertad de obrar específicamente protegida en determinados ámbitos, como es el caso de delitos de agresiones sexuales o cuando la intimidación constituye un elemento adicional para la concurrencia de un tipo delictivo determinado, como es el caso de los delitos de robo (SSTS 170/2019, de 28 de marzo; 710/2016, de 21 de septiembre; 396/2008, de 1 de julio).

En aquellos supuestos en los que la violencia psíquica revista extrema gravedad, excediendo de la instrumentalmente necesaria para la ejecución del delito de agresión sexual, también se apreciará un concurso de normas entre las amenazas o coacciones y el subtipo agravado del artículo 180.1.2.ª CP a resolver con arreglo a la regla de la consunción (art. 8.3.ª CP).

Similares consideraciones deben efectuarse al analizar la relación entre la agresión sexual y el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP.

En opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia todo atentado contra la libertad sexual afecta de un modo relevante a la dignidad de la víctima, resultando gravemente degradante y vejatorio (vid. SSTS 987/2021, de 15 de diciembre; 688/2020, de 30 de julio; 344/2019, de 4 de julio). Sin embargo, esa consideración no ha impedido

que el legislador tipifique como modalidad agravada los supuestos en los que la agresión sexual va precedida o acompañada de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Hasta la fecha coexistían en la jurisprudencia dos interpretaciones parcialmente opuestas acerca de la relación entre el delito de agresión sexual, la modalidad agravada por razón del carácter particularmente degradante o vejatorio y el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP (STS 714/2017, de 30 de octubre).

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha entendido que la posibilidad de aplicar esta modalidad agravada se circunscribía a los supuestos en los que el carácter particularmente degradante o vejatorio era predicable de la violencia o intimidación ejercidas en la ejecución de la agresión sexual (STS 758/2022, de 15 de septiembre; 688/2020, de 30 de julio; 344/2019, de 4 de julio). Sin embargo, la nueva redacción del artículo 180.1.2.^a CP introduce una importante modificación, pues el precepto no exige ahora que el carácter degradante o vejatorio sea predicable de la violencia o intimidación ejercidas, sino que es el propio acto el que debe reunir esas características.

Puede concluirse, por tanto, que actualmente cuando la ofensa contra la integridad moral no sea plenamente absorbida por el delito de agresión sexual, fruto del carácter particularmente vil o humillante del atentado irrogado a la víctima, se apreciará un concurso de normas entre el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP y la modalidad agravada de agresión sexual del artículo 180.1.2.^a CP a resolver con arreglo al artículo 8.3.^a CP en favor de esta última. Por el contrario, cuando el atentado contra la integridad moral se encuentre desconectado de la agresión sexual, no apreciándose una relación instrumental entre ambos, procederá apreciar, conforme al artículo 194 bis CP, un concurso real de delitos.

20. Aplicación retroactiva de las normas favorables y revisión de condenas

La revisión de sentencias por efecto de la modificación del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, al igual que la de los procedimientos en trámite, ha de partir necesariamente del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Este principio se encuentra proclamado en el artículo 2.2 CP, según el cual «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo».

En sentido similar, el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta».

Igualmente, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa que «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se podrá imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

Con motivo de la modificación del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se hace necesario ofrecer pautas que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal precisando en qué supuestos procede la revisión de las sentencias firmes y de las definitivas.

20.1 Aspectos comunes a la revisión de sentencias firmes y definitivas

A fin de valorar qué ley resulta más beneficiosa, las/los fiscales tomarán en consideración la totalidad de las normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal. Por lo tanto, se aplicará aquella versión que sea en su conjunto más favorable al reo, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito, rechazando los que le perjudiquen (STC 131/1986, de 29 de octubre). La comparación entre la normativa anterior y posterior a la reforma ha de hacerse mediante un análisis que tome en consideración las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, siempre que estas resulten objetivamente idóneas para incidir en la determinación de la pena (v. gr. circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, apreciación de la continuidad delictiva, formas imperfectas de ejecución). Por consiguiente, para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la nueva ley se hará de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y vigentes de forma simultánea. A tal efecto, los/las fiscales únicamente tomarán en consideración los elementos recogidos en la sentencia objeto de examen, analizándola con pleno respeto a los hechos declarados probados en la misma.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la aplicación de los nuevos tipos penales derivada de la reforma introducida por la LO 10/2022. En este sentido, la STS 20/2023, de 19 de enero, señala que «esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual

el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse qué régimen es más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo, no es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad. En resumen, como señala la STS 630/2010, de 29 de junio, entre otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración del hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal» (en relación con la reforma operada por la LO 10/2022, vid. SSTS 987/2022, de 21 de diciembre; 37/2003, de 26 de enero).

En los supuestos de concurso ideal o medial de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la normativa resultante de la modificación y la anterior. En ningún caso será admisible calificar alguno o algunos de los delitos que conforman el concurso con arreglo a los preceptos que se derogan y otros con arreglo a los derivados de la reforma. A tal efecto, las/los fiscales tendrán en cuenta la nueva regla concursal prevista en el artículo 194 bis CP.

Cuando deba practicarse la revisión y así se inste ante los órganos judiciales, los/las fiscales expresarán la concreta pena que consideran procedente imponer en atención a las características y circunstancias del caso concreto, tal y como aparecen recogidas en los hechos declarados probados de la sentencia firme. También tomarán en consideración las valoraciones que en materia de individualización de la pena se contengan en la sentencia objeto de revisión.

En caso de reducción de la pena de prisión por efecto de la revisión, procederá valorar la imposición de la pena de libertad vigilada (art. 192.1 CP), de la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como para empleo o cargo público (art. 192.3.I CP) y de la 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 (art. 192.3.II CP).

En cuanto a la posibilidad de otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad revisada, las/los fiscales se atenderán a las pautas de la Circular de la FGE número 3/2015, en la que se especifica que «si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (Circulares 1/1996 y 1/2004)».

Similar criterio se seguirá en relación con la expulsión sustitutiva del artículo 89 CP, de modo que también procederá su revisión cuando la pena finalmente impuesta no sea superior a un año de prisión. En tales casos, las/los fiscales optarán por la ejecución en territorio español de la pena impuesta, salvo que el penado solicite que se mantenga el pronunciamiento sobre la expulsión.

Conocerá de la revisión de la sentencia firme el juez o tribunal competente para conocer de la ejecución.

20.2 Revisión de sentencias firmes

La revisión de sentencias firmes presenta importantes singularidades frente a la de las sentencias definitivas. El Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de retroactividad de las normas penales se encuentra implícito en el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables consagrado en el artículo 9.3 CE (SSTC 85/2006, de 27 de marzo; 116/2007, de 21 de mayo). Parecidas consideraciones ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 7 CEDH (vid. STEDH de 22 de mayo de 2012, asunto Scoppola c. Italia).

La retroactividad de las disposiciones penales favorables también alcanza en nuestro ordenamiento jurídico a las sentencias firmes siempre que estas no hayan sido totalmente ejecutadas (art. 2.2 CP).

La aplicación retroactiva de la nueva norma afecta tanto a los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor pendientes de enjuiciamiento como a los que hayan sido ya sentenciados. No así, por razones evidentes, a las condenas ya ejecutadas, sin perjuicio de que en un futuro la aplicación retroactiva de la nueva norma pueda tenerse en cuenta a efectos de reincidencia.

En estos supuestos, los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 118 CE) deben informar la interpretación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. A colación de esta afirmación, la STC 83/2022, de 27 de junio, dispone (pese a su extensión, resulta procedente la transcripción de la cita por esclarecedora):

«(i) La protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes mantiene una vinculación dogmática con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) [...]

(ii) Esa intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica, pues, de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes, se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales (STC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2).

(iii) El principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se proyecta en una doble vertiente: La primera asegura a quienes han sido

parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en su seno no han de ser alteradas o modificadas al margen de los cauces legales establecidos para ello [...] La segunda se concreta en la constatación de que si el derecho garantizado por el artículo 24.1 CE comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico e insoslayable ha de ser el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes [...]

(iv) Queda vedado a los jueces, al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en el caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia [...]

(v) El principio de intangibilidad no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de las cosas juzgadas formal y material, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que la resolución judicial firme ha resuelto.»

Por consiguiente, puede concluirse que, frente a las sentencias definitivas o asuntos en tramitación, la revisión de sentencias firmes presenta matices singulares a causa de la fricción que en tales casos se produce entre los principios de retroactividad de la norma penal más favorable y los de seguridad jurídica e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Para abordar el análisis de esta cuestión, es necesario advertir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido interpretando de modo recurrente que, con carácter general, el principio de retroactividad de la norma penal más favorable (art. 7 CEDH) solo alcanza a las resoluciones que no han adquirido firmeza (vid., entre otras muchas, SSTEDH de 18 de octubre de 2022, asunto Morck Jensen c. Dinamarca; de 24 de mayo de 2022, asunto Sinan Cetinkaya y Agyar Cetinkaya c. Turquía; de 4 de noviembre de 2021, asunto Shabelnik c. Ucrania; de 18 de febrero de 2020, asunto Jidic c. Rumanía; de 12 de julio de 2016, asunto Ruban c. Ucrania). Todo ello sin perjuicio de admitir la posibilidad de que la retroactividad pueda extenderse también a las resoluciones judiciales firmes allí donde el ordenamiento jurídico así lo prevea de un modo expreso (vid., por todas, STEDH n.º 33427/2010, de 12 de enero de 2016, Gouarré Patte c. Andorra).

En consecuencia, de su propia jurisprudencia puede extraerse que para el TEDH la retroactividad en las sentencias firmes no forma parte del contenido esencial del principio de retroactividad de la norma penal más favorable proclamado por el artículo 7 CEDH. Por consiguiente, conforme a la doctrina del TEDH, nada impide la introducción de diferencias en el tratamiento de la revisión de sentencias definitivas y en el de las sentencias firmes (véase al respecto la STEDH de 30 de noviembre de 2021, asunto Artsruni c. Armenia).

A propósito de esta cuestión, la mayor parte de dudas que pudieran plantearse en relación con la revisión de sentencias firmes ya fueron abordadas en el Decreto del Fiscal General del Estado de 21 de noviembre de 2022, así como en anteriores circulares de la Fiscalía General del Estado aprobadas con ocasión de otras reformas legales.

Tradicionalmente, se ha admitido que, con independencia de que se vean modificados los límites máximo y mínimo de la pena establecida en un tipo penal por efecto de una reforma, si la pena impuesta antes de la modificación legislativa es también susceptible de serlo con arreglo a la nueva redacción no habrá lugar a la revisión de la sentencia condenatoria, pues esta no se considerará más favorable para el reo.

El hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio que incorporen esa regla de forma expresa en nada altera la posibilidad de aplicar dicho criterio.

A tal efecto, debe recordarse que las disposiciones transitorias de las leyes penales que introducen modificaciones legislativas carecen de virtualidad para limitar y, mucho menos contradecir, lo dispuesto en los artículos 49 CDFUE, 9.3 CE, y 2.2 CP. Por ello, debe entenderse que esas disposiciones se limitan a ofrecer una interpretación auténtica del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que consagran los citados preceptos, precisando los términos en que estos deben ser interpretados a la hora de determinar qué norma debe ser considerada más favorable para el reo en la sucesión normativa.

Asimismo, debe insistirse en que en el proceso de revisión de sentencias condenatorias firmes, junto al principio de retroactividad de la ley penal más favorable, también deben ser valorados los principios de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de seguridad jurídica.

En consecuencia, nada impide que el criterio contenido en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resulte de aplicación a las revisiones instadas en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (vid. SSTs 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio).

No quiere decirse con ello que la D.T. 5.ª de la LO 10/1995 sea susceptible de ser analógicamente aplicada a las revisiones que traen causa de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Posibilidad que, no obstante, la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo ha llegado a admitir de forma expresa en la STS 338/2015, de 2 de junio:

«En principio tal aplicación no es factible al no haber entrado aún en vigor referida reforma -lo hará el próximo 1.7.2015-, y no darse los supuestos previstos en la disposición transitoria 4.ª [sic] LO 1/2015, que puede aplicarse

de forma analógica en ausencia de la previsión específica en la LO 2/2015. Pero ello no impide que esta Sala casacional, cumpliendo su función nomofiláctica, pueda efectuar algunas consideraciones sobre la naturaleza del nuevo precepto y la posibilidad de su aplicación en las apreciaciones jurídicas de revisión de sentencias firmes, a realizar por el tribunal de instancia tomando como referencia las Disposiciones Transitorias 1^a, 2^a y 3^a de la LO 1/2015, de 31.3.»

Lejos de mantenerse en la presente circular la aplicación analógica de la D.T. 5.^a de la LO 10/1995, lo que se sostiene es que la regla contenida en esta disposición transitoria se limita a plasmar la interpretación auténtica efectuada por el legislador acerca de los términos en los que procede aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable a las sentencias condenatorias firmes, regla que precisa que si la pena a la que el reo fue condenado es imponible con arreglo a la nueva norma no será factible su revisión por no ser considerada la nueva norma más beneficiosa para el reo.

Recientemente, el propio legislador se ha encargado de despejar las dudas que pudieran suscitarse sobre este particular al precisar en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, lo siguiente:

«Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.»

En relación con los preámbulos de las normas legales, la jurisprudencia ha señalado (v. gr. SSTS 113/2022, de 10 de febrero; 340/2021, de 23 de abril; 339/2021, de 23 de abril; ATS 294/2019, de 14 de marzo) que, aunque carente de valor normativo, la exposición de motivos, conjuntamente con su tramitación parlamentaria, constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas (SSTC 15/2000, de 20 de enero; 193/2004, de 4 de noviembre; 68/2007, de 28 de marzo). De ahí que las consideraciones efectuadas en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, acerca de la naturaleza y valor jurídico del criterio sentado en la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995, tengan un innegable valor para resolver la cuestión objeto de análisis.

Por tanto, nada impide trasladar lo que en puridad no es más que un criterio hermenéutico -consolidado a través de sucesivas reformas legislativas- a los supuestos que ahora examinamos. Esta interpretación conjuga los principios de seguridad jurídica e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes con el principio de retroactividad de la ley más favorable, resultando plenamente respetuosa con la jurisprudencia del TEDH. Por lo demás, la constitucionalidad y compatibilidad de esta pauta interpretativa con el resto del ordenamiento jurídico nunca ha sido puesta en entredicho.

Entender que este criterio no es de aplicación por el mero hecho de haber sido omitida la aprobación de una disposición transitoria ad hoc conduciría irremediablemente a ofrecer un distinto tratamiento jurídico a situaciones objetivamente equivalentes.

Ante la ausencia de una disposición transitoria en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, podemos hallarnos ante la paradoja de que los reos condenados por sentencia firme cuyas condenas deban ser revisadas por efecto de esta reforma puedan verse privilegiados frente a otros reos cuyas condenas no se revisaron bien porque las reformas penales sí contaron con una disposición transitoria, bien porque, pese a no contar con ella, los tribunales la aplicaron analógicamente, o frente a reos que puedan verse afectados por futuras reformas del Código Penal que cuenten con una disposición transitoria (v. gr. D.T. 2.^a de la LO 14/2022; D.T. 2.^a de la Proposición de ley orgánica para la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual).

Por consiguiente, las y los fiscales informarán en sus dictámenes que la revisión de sentencias firmes, por razón de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no será admisible cuando la pena impuesta fuera imponible con arreglo a la nueva regulación, a pesar de que esta regla no se halle expresamente prevista en la citada ley orgánica. A tal fin, expondrán de forma clara que este criterio no resulta de una aplicación analógica de las disposiciones transitorias de otras leyes, sino del hecho de hallarnos ante una pauta consolidada que trae causa de la interpretación auténtica efectuada por el legislador al abordar la necesidad de conjugar los principios de retroactividad de la norma penal más favorable y los de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de seguridad jurídica. Asimismo, las y los fiscales pondrán especial énfasis en subrayar que se trata de un

criterio que, lejos de haber sido modificado, ha sido reiterado en la D.T. 2.^a de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

Este parece ser el criterio seguido por la STS 127/2023, de 27 de febrero, en la que se indica:

«El artículo 2.2 del Código Penal dispone el efecto retroactivo de las disposiciones más favorables para el reo. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó la redacción original del Código Penal vigente, contenía unas disposiciones transitorias que hacían referencia a la revisión de sentencias firmes y a la aplicación de la nueva regulación a hechos ya enjuiciados, aunque en sentencias que todavía no habían alcanzado firmeza. Dejando a un lado la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de aplicación directa de estas normas, orientadas específicamente a la aplicación de la Ley Orgánica 10/1995, a la aplicación de otras normas posteriores, es posible atender al criterio contenido en las mismas, reiterado en modificaciones posteriores del mismo Código Penal. De dicho criterio, que resulta del examen de aquellas, se desprende, en primer lugar, que, para establecer cuál es la disposición más favorable, habrá de tenerse en cuenta la pena que corresponde al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código (o de una u otra ley, si se entiende con carácter más general). Además, que cuando se trata de la revisión de sentencias firmes, se aplicará la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, y que, en esos mismos casos, en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable la nueva ley cuando la duración de la pena impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a la nueva regulación.

Por el contrario, cuando se trate de sentencias no firmes, el recurrente en casación que aún no lo haya formalizado, podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo código.»

Criterio que también parece entreverse en la STS 993/2022, de 22 de diciembre, cuando señala:

«En el preceptivo examen de la potencial retroactividad en favor del reo, debemos advertir que nos encontramos, no ante la revisión de una sentencia firme, que tradicionalmente con el Código Penal de 1995 conlleva peculiaridades en orden al alcance de esa retroactividad, sino ante un procedimiento, donde aún no obra sentencia firme, que se conoce en virtud de recurso, con la singularidad adicional derivada de que en el lapso de su tramitación ha entrado en vigor una modificación de las normas que han motivado la condena recurrida.»

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS 967/2022, de 15 de diciembre; 993/2022, de 22 de diciembre; 45/2023, de 1 de febrero; 65/2023, de 8 de febrero; 84/2023, de 9 de febrero. En particular, la reciente STS 128/2023, de 27 de febrero, precisa:

«Como informa el Ministerio Fiscal, no estamos ante un supuesto de revisión de sentencias firmes, sino en la aplicación directa de la nueva ley al haber entrado la nueva norma en vigor pendiente el recurso de casación. Supuesto donde no estamos constreñidos al único supuesto de que pena impuesta no entre en la horquilla que la nueva norma comporta; la comparación para determinar si resulta favorable, se hará en concreto (no por horquillas), teniendo en cuenta en su integridad las disposiciones de los dos Códigos y valorando la pena que se impondría en cada caso, de modo que a diferencia de lo que sucede en los supuestos de revisión de sentencias firmes, en estos casos opera plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, así como todas las circunstancias que pueden influir en la ejecución y determinar una mayor o menor gravosidad.»

El hecho de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo reconozca «peculiaridades» en la revisión de sentencias firmes supone admitir la existencia de distintos criterios de revisión en función del carácter firme o definitivo de la condena, extremo que alude a la posibilidad de entender que en aquellos casos en los que la pena impuesta también fuera imponible con arreglo a la regulación resultante de la reforma no procederá la revisión de la condena.

Ya en el pasado la Sala Segunda del Tribunal Supremo admitió este criterio en la STS 298/2017, de 27 de abril, cuando señaló -en relación con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo- lo siguiente que resulta de interés:

«Según el artículo 2.2. del Código Penal, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Por otro lado, nada impide que los criterios contenidos en las disposiciones transitorias primera y segunda de la LO 1/2015, aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos.»

La jurisprudencia ha señalado (por todas, STS 536/2016, de 17 de junio) que «la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013, de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible

en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo» (vid. SSTS 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 266/2013, de 19 de marzo; 884/2011, de 22 de julio 42/2011, de 9 de mayo).

No obstante, la propia STS 536/2016, de 17 de junio, dispone que «como excepción deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria [...] provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad. Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación» (vid. STS 405/2016, de 11 de mayo).

Tampoco se revisarán las sentencias en las que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en el caso de que se revoque la suspensión antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida, al igual que los casos en que el penado se encuentre en periodo de libertad condicional. Se entenderán comprendidos en este supuesto, además de aquellos en los que la pena privativa de libertad esté suspendida condicionalmente (arts. 80 y ss. CP), los casos de suspensión de la pena durante la tramitación de un indulto (art. 4.4 CP) y aquellos otros en los que la suspensión sea acordada por el Tribunal Constitucional (art. 56 LOTC).

Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes podrán interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra la sentencia condenatoria. En este sentido, la STS 606/2018, de 28 de noviembre, dispone que «este esquema trasladado a los procedimientos incoados bajo la vigencia de la reforma procesal de 2015 se traduciría en la apelabilidad de las resoluciones de una Audiencia ante el Tribunal Superior de Justicia antes de la ulterior casación. En las dictadas por los Juzgados de lo Penal los recursos procedentes serían apelación ante la Audiencia y posteriormente casación solo a través del artículo 849.1.º LECrim, lo que es acorde además con la naturaleza de estas decisiones. La jurisprudencia ha asumido esta tesis que se puede considerar consolidada y ya bien cimentada desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pese a carecer de explícito soporte legal. La recurribilidad en casación de este tipo de resoluciones cuando emanan de una Audiencia Provincial (o Nacional) como tribunal de instancia fue el criterio propugnado por la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado en pauta interpretativa coincidente con la ya postulada por ciertos precedentes jurisprudenciales (por todas, SSTS 626/1995, de 5 de mayo y 77/1995, de 25 de enero). No ha sido cuestionada en ninguna de las sucesivas reformas del Código Penal de 1995 (por todas y entre muchas, STS 538/2012, de 25 de junio). En la actualidad, como hemos sugerido antes, habría que admitir la intercalación de una apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (o Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional)».

Tratándose de la revisión de sentencias firmes, debe entenderse que es preceptivo el traslado al Ministerio Fiscal y al resto de acusaciones personas, para que informen sobre la procedencia de la revisión y, en su caso, los términos de la misma, al igual que lo es la audiencia al reo para que se pronuncie sobre la propuesta, audiencia esta que se entenderá suficientemente cumplimentada mediante la incorporación al procedimiento de las alegaciones formuladas por la representación del condenado.

En definitiva, las/los fiscales se atenderán a las siguientes pautas:

1.ª Cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Como regla general, no procederá la revisión de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia también sea susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal.

Excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta regla provoque resultados manifiestamente desproporcionados, sí cabrá promover la revisión de las sentencias firmes. Dicha posibilidad deberá reservarse para los supuestos en los que resulte notorio que de haber sido enjuiciados los hechos bajo la vigencia de la nueva regulación la pena de prisión que hubiera correspondido imponer sería, indudablemente, de una duración muy inferior.

En estos casos, los fiscales serán especialmente cautelosos a la hora de examinar la equivalencia entre el tipo penal derogado y el vigente, debiendo tener en cuenta la introducción de las nuevas circunstancias agravatorias que puedan ser de aplicación conforme a la modificación introducida por la LO 10/2022.

2.ª Se admitirá la revisión de sentencias firmes cuando, por resultar imperativa la aplicación de la pena superior o inferior en grado o la imposición de la pena en su mitad superior o inferior, la concreta pena a que el reo fue condenado no fuera imponible con arreglo a la nueva regulación. Todo ello, obviamente, siempre que la pena que proceda imponer en virtud de la reforma operada por la LO 10/2022 sea considerada más beneficiosa.

En estos supuestos, cuando la pena a la que fue condenado el responsable del delito no fuese susceptible de ser impuesta con arreglo a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, deberá admitirse su revisión cuando la nueva ley sea considerada más beneficiosa de conformidad con el artículo 2.2 CP.

3.^a Con carácter general, siempre que concurran los presupuestos señalados en la presente circular, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2.II CP.

No obstante, se rechazará la posibilidad de revisar las condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 CP (antiguos abusos sexuales) al objeto de sustituir la pena de prisión por multa. La opción de castigar con pena de multa esas conductas ya se preveía en el derogado artículo 181.1 CP. De ahí que, una vez rechazada esa alternativa por el órgano judicial, deba entenderse que la decisión no es susceptible de ser modificada en un procedimiento de revisión. A tal efecto, la STS 967/2022, de 15 de diciembre, indica que «el artículo 178.3 no altera sustancialmente este aspecto, pues dispone que el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión, en su mitad inferior o multa de 18 a 24 meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Habiéndose impuesto la pena de prisión en el mínimo legal y, habiéndose descartado expresamente la posibilidad de optar por la pena de multa, no se trata, por lo tanto, de una previsión de la nueva regulación que pudiera considerarse más favorable, por lo que esta pretensión debe ser desestimada».

4.^a Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes podrán interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra la sentencia condenatoria.

20.3 Revisión de sentencias definitivas

Cuando la sentencia condenatoria no hubiera adquirido firmeza se entenderá que las partes pueden invocar y el órgano judicial aplicar los preceptos de la nueva ley cuando sean más beneficiosos para el reo, sin otra limitación que la resultante, en su caso, de la necesaria vinculación a los hechos declarados probados en sentencia.

En los procedimientos por hechos no enjuiciados que hubieran sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma. Por consiguiente, en estos casos la determinación de la norma penal más favorable deberá hacerse caso por caso, sin que sea posible seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito.

No obstante, al igual que en los supuestos en los que ya hubiera recaído sentencia firme, cuando el procedimiento se siga por más de un delito también será posible tratar de forma autónoma aquellos que se encuentren entre sí en relación de concurso real. Por el contrario, en los casos de concurso ideal o medial de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la normativa resultante de la modificación y la anterior.

La regla general será la aplicación de la normativa vigente al momento de los hechos, aunque se aplicará la regulación derivada de la reforma en caso de considerarse más beneficiosa para el responsable del delito.

En definitiva, las/los fiscales se atenderán a las siguientes pautas:

1.^a Cuando la sentencia condenatoria no hubiera adquirido firmeza se entenderá que las partes pueden invocar y el órgano judicial aplicar los preceptos de la nueva ley cuando sean más beneficiosos para el reo, sin otra limitación que la necesaria vinculación, en su caso, a los hechos declarados probados en sentencia.

En los procedimientos por hechos no enjuiciados que hubieran sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma. Por consiguiente, en estos casos la determinación de la norma penal más favorable deberá hacerse caso por caso, sin que sea posible seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito.

2.^a Con carácter general, siempre que concurran los presupuestos señalados a tal efecto en la presente circular, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2.II CP.

No obstante, por los motivos indicados anteriormente, se rechazará la posibilidad de revisar las condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 CP (antiguos abusos sexuales) al objeto de sustituir la pena de prisión por multa.

21. Conclusiones

1.^a El enfoque de género como principio normativo vinculante.

El enfoque de género, íntimamente conectado con los principios constitucionales de dignidad e igualdad, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico de carácter normativo y, por ello, de obligado cumplimiento, que informa la interpretación y aplicación del derecho y la valoración de la prueba.

2.ª Supresión de la distinción entre abusos y agresiones sexuales.

La reforma del título VIII del libro II del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, suprime la figura del abuso sexual y, en consecuencia, la distinción entre agresión y abuso sexual que establecía el Código Penal de 1995.

Las conductas anteriormente consideradas «abuso sexual» pasan ahora a integrarse en la categoría «agresión sexual» que regula el capítulo I del título VIII, figura que aglutina las distintas modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, con independencia del método empleado por el autor para doblegar su voluntad.

3.ª El delito de agresión sexual del artículo 178 CP.

Constituye agresión sexual todo acto que atente contra la libertad sexual de otra persona siempre que se lleve a cabo sin su consentimiento. A diferencia de la regulación derogada, esta calificación jurídica no se condiciona al uso de violencia o intimidación, que actualmente son algunas de las modalidades de comisión a través de las que puede ejecutarse la conducta típica.

La nueva regulación del delito de agresión sexual, lejos de gravitar en torno a los conceptos de violencia, intimidación o abuso de superioridad, se construye sobre el concepto de consentimiento, que aparece como la auténtica piedra de toque del sistema. La existencia o no de consentimiento en la realización de actos con significación sexual constituye el elemento nuclear a fin de valorar la posible subsunción de la conducta en el artículo 178 CP.

4.ª El tipo subjetivo del delito de agresión sexual.

El tipo de agresión sexual no contiene ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que para su apreciación basta con el dolo del sujeto activo del delito consistente en el conocimiento y voluntad de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante la realización de actos con significación sexual, con independencia del ánimo que le mueva y de la concurrencia de móviles lascivos.

5.ª La nueva regulación del consentimiento.

La ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal.

La cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP incorpora una inferencia lógica: si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca, mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió, deducción que puede ser desvirtuada.

Para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por tanto, se considerarán no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento.

6.ª Subtipo atenuado de agresión sexual del artículo 178.3 CP.

Las/los fiscales apreciarán el subtipo atenuado por razón de la menor entidad del artículo 178.3 CP en aquellos casos excepcionales en los que, no concurriendo ninguna de las circunstancias del artículo 180 CP, el desvalor de acción y resultado de la conducta enjuiciada sea de escasa entidad y las concretas circunstancias del culpable no lo impidan.

En ningún caso será de aplicación esta modalidad atenuada a los supuestos de violación del artículo 179 CP.

7.ª Agresiones sexuales sobre personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.

La realización de actos de carácter sexual con una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años mediante el abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia -que castigaba el derogado art. 182 CP- se considerará subsumible ahora en el delito de agresión sexual del artículo 178 CP o, en su caso, en las respectivas modalidades agravadas de los artículos 179 y 180 CP.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022, los supuestos de abuso fraudulento o mediante engaño pueden integrarse en el delito de agresión sexual del artículo 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los artículos 179 o 180 CP, siempre que el error ocasionado a la víctima sea de tal magnitud que, de facto, pueda concluirse que la concreta acción ejecutada por el responsable del delito nunca fue consentida por aquella.

8.ª Subtipo hiperagravado de agresión sexual del artículo 180 CP.

El nuevo artículo 180.1 CP mantiene las modalidades hiperagravadas del derogado artículo 180.1 CP e introduce otras nuevas, en concreto: que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad (art. 180.1.2.ª CP); que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 180.1.4.ª CP); que el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química (art. 180.1.7.ª CP).

9.ª Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años.

El apartado primero del artículo 181 CP castiga la realización de actos de carácter sexual sobre menores de dieciséis años cuando la víctima presta su consentimiento, aunque este sea considerado un consentimiento inválido o carente de relevancia jurídica.

El apartado segundo del artículo 181 CP regula un subtipo agravado de agresión sexual sobre menores de dieciséis años. Se trata de casos en los que la/el menor no hubiera obrado de forma voluntaria, viéndose compelida/o a someterse al acto de carácter sexual, fuera cual fuese el medio comisivo empleado.

10.ª Modalidades hiperagravadas de agresión sexual sobre menores de dieciséis años.

El apartado cuarto del artículo 181 CP mantiene las modalidades hiperagravadas reguladas en el derogado artículo 183.4 CP e introduce algunas nuevas, en concreto: que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad [art. 181.4.b) CP]; que la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia [art. 181.4.d) CP]; que el responsable haga uso de armas u otros instrumentos peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 CP [art. 181.4.f) CP].

11.ª Subtipo atenuado de agresión sexual sobre menores de dieciséis años por razón de la menor entidad.

Las/los fiscales aplicarán esta modalidad privilegiada de agresión sexual a las conductas descritas en los apartados primero y segundo del artículo 181 CP siempre que no medie violencia o intimidación ni concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 181.4 CP.

Además de la menor entidad del hecho y de las circunstancias del culpable, el artículo 181.2.II CP exige valorar «todas las circunstancias concurrentes».

12.ª La exclusión de la responsabilidad penal del artículo 183 bis CP.

Esta cláusula circunscribe su ámbito de aplicación a los delitos comprendidos en el capítulo II del título VIII del libro II del Código Penal («De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años»).

La exclusión de la tipicidad no operará cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178.

El similar grado de desarrollo o madurez que determina la atipicidad debe darse tanto a nivel físico como psicológico, circunstancia que no modifica los criterios sentados en la Circular de la FGE número 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal.

13.ª Agresión sexual cometida por autoridad o funcionario público

Cuando el sujeto activo de los delitos comprendidos en los capítulos I y II del título VIII se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público se le impondrá, además de la pena que corresponda, la de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Esta circunstancia se apreciará cuando el responsable del delito ponga la condición de autoridad o funcionario público al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y/o menor riesgo.

14.ª Corrupción de menores.

El artículo 182.1 CP castiga al que haga presenciar actos de carácter sexual a un menor de dieciséis años, aunque el autor no participe en ellos.

El artículo 182.2 CP prevé un subtipo agravado de corrupción de menores cuando los actos presenciados sean constitutivos de agresión sexual. Aunque no se especifique expresamente, la agravación se aplicará aun cuando el autor no hubiera participado en los actos de carácter sexual.

La conducta consistente en determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual queda subsumida actualmente en el artículo 181.1 CP.

15.ª Acoso sexual.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha ampliado las situaciones típicas en las que puede enmarcarse la solicitud de favores sexuales. En concreto, amplía su radio de acción a las peticiones sexuales efectuadas en el contexto de una relación análoga a la laboral, docente o de prestación de servicios.

La modificación legislativa también alcanza al subtipo agravado de acoso sexual del artículo 184.2 CP. Se adiciona como circunstancia que cualifica la infracción, junto al abuso de una «situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», el abuso de superioridad que se ejerza sobre las personas sujetas a la guarda o custodia del autor del delito.

La LO 10/2022 añade un subtipo agravado de nuevo cuño, regulado en el artículo 184.3 CP, que será de aplicación cuando la conducta típica hubiera sido ejecutada en centros de protección o reforma de menores, centros de internamiento de personas extranjeras o cualesquiera centros de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal.

Se ofrece una nueva configuración a la modalidad agravada de acoso sexual por razón de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (art. 184.4 CP), introduciendo algunas mejoras técnicas respecto a la regulación anterior.

16.ª Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El artículo 184.5 CP regula de forma expresa la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer el delito de acoso sexual.

Asimismo, se añade un apartado d) al artículo 189 ter CP que prevé la disolución de la persona jurídica conforme a lo dispuesto en el artículo 33.7.b) CP.

17.ª Disposiciones comunes.

La nueva redacción del artículo 190 CP amplía los supuestos en los que resulta posible la aplicación de la reincidencia internacional a la totalidad de los delitos comprendidos en el título VIII del libro II del Código Penal, es decir, a todos los delitos contra la libertad sexual.

La reforma del artículo 194 CP modifica el carácter facultativo de la pena de clausura de los locales o establecimientos en los que se hubieran ejecutado cualquiera de los delitos comprendidos en el título VIII, que ahora pasa a ser una sanción de obligada imposición. No obstante, se mantiene el carácter facultativo de su adopción como medida cautelar.

18.ª Competencia objetiva.

Al margen de los casos en los que la competencia corresponda al Tribunal del Jurado, a la Audiencia Nacional, a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo, las/los fiscales sostendrán que la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual tipificados en el título VIII del libro II del Código Penal corresponde a las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 LECrim.

19.ª La cláusula concursal del artículo 194 bis.

El artículo 194 bis CP introduce una nueva regla concursal en cuya virtud los delitos contra la libertad sexual serán castigados sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los concretos actos de violencia física o psíquica cometidos en su ejecución.

Como regla general, cuando se produzca un resultado lesivo, las/los fiscales calificarán de forma autónoma las lesiones físicas y/o psíquicas aunque se encuentren instrumentalmente conectadas con el delito contra la libertad

sexual cometido. Por el contrario, los posibles maltratos de obra se entenderán absorbidos en el delito contra la libertad sexual por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual.

Como consecuencia de la entidad autónoma del delito de lesiones psíquicas ex artículo 194 bis CP, las/los fiscales extremarán la cautela a fin de hacer aflorar esas lesiones durante la fase de instrucción, recabando aquellas fuentes de prueba que sean precisas para acreditar la concurrencia de los elementos típicos de este delito.

Las/los fiscales solo interesarán que las amenazas y coacciones se castiguen de forma autónoma cuando su ejecución se sitúe claramente fuera de la estructura del tipo de agresión sexual.

20.^a Aspectos comunes a la revisión de sentencias firmes y definitivas.

En la revisión de sentencias firmes y de asuntos en tramitación afectados por la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las/los fiscales seguirán las siguientes pautas:

i) A fin de valorar qué ley resulta más beneficiosa, las/los fiscales tomarán en consideración la totalidad de las normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal. Por lo tanto, se aplicará aquella versión que sea en su conjunto más favorable al reo, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito, rechazando los que le perjudiquen.

ii) En los supuestos de concurso ideal o medial de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la regulación derogada y la vigente tras la reforma operada por la LO 10/2022. No será admisible calificar alguno o algunos de los delitos que conforman el concurso con arreglo a los preceptos que se derogan y otros conforme a los derivados de la reforma. A tal efecto, las/los fiscales prestarán especial atención a la nueva regla concursal del artículo 194 bis CP.

iii) Las/los fiscales priorizarán el examen de los procedimientos que con motivo de la revisión efectiva de la pena pueda dar lugar a la excarcelación de la persona condenada.

iv) Cuando deba practicarse la revisión y así se inste ante los órganos judiciales, los/las fiscales cuidarán de expresar la concreta pena que consideran procedente imponer en atención a las características y circunstancias del caso concreto, tal y como aparecen recogidas en los hechos probados de la sentencia firme. También tomarán en consideración las valoraciones que en materia de individualización de la pena se contengan en la sentencia objeto de revisión.

v) En caso de reducción de la pena de prisión por efecto de la revisión, procederá valorar la imposición de la pena de libertad vigilada (art. 192.1 CP), de la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad sobre los hijos presentes y futuros, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como para empleo o cargo público (art. 192.3.I CP) y de la 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 (art. 192.3.II CP).

vi) En cuanto a la posibilidad de otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad revisada, se atenderá a las pautas sentadas en la Circular de la FGE número 3/2015, en la que se especifica que «si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (Circulares 1/1996 y 1/2004)».

Similar criterio se seguirá en relación con la expulsión sustitutiva del artículo 89 CP, de modo que también procederá su revisión cuando la pena finalmente impuesta no sea superior a un año de prisión. En tales casos, las/los fiscales optarán por la ejecución en territorio español de la pena impuesta, salvo que el penado solicite que se mantenga el pronunciamiento sobre la expulsión.

vii) Conocerá de la revisión de la sentencia firme el juez o tribunal competente para conocer de la ejecución.

21.^a Revisión de sentencias firmes.

i) Cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Como regla general, no procederá la revisión de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia también sea susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal.

Excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta regla provoque resultados manifiestamente desproporcionados, sí cabrá promover la revisión de las sentencias firmes. Dicha posibilidad deberá reservarse para los supuestos en los que resulte notorio que de haber sido enjuiciados los hechos bajo la vigencia de la nueva regulación la pena de prisión que hubiera correspondido imponer sería, indudablemente, de una duración muy inferior.

En estos casos, los fiscales serán especialmente cautelosos a la hora de realizar la correcta equivalencia entre el tipo penal derogado y el vigente, debiendo tener en cuenta la introducción de las nuevas circunstancias agravatorias que puedan ser de aplicación conforme a la modificación introducida por la LO 10/2022.

ii) Se admitirá la revisión de sentencias firmes cuando, por resultar imperativa la aplicación de la pena superior o inferior en grado o la imposición de la pena en su mitad superior o inferior, la concreta pena a que el reo fue condenado no fuera imponible con arreglo a la nueva regulación. Todo ello, obviamente, siempre que la pena que proceda imponer en virtud de la reforma operada por la LO 10/2022 sea considerada más beneficiosa.

En estos supuestos, cuando la pena a la que fue condenado el responsable del delito no fuese susceptible de ser impuesta con arreglo a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, deberá admitirse su revisión cuando la nueva ley sea considerada más beneficiosa de conformidad con el artículo 2.2 CP.

iii) Con carácter general, siempre que concurren los presupuestos para ello, es decir, cuando el hecho por el que el responsable del delito fue condenado se encuentre en los límites de la tipicidad atendida la escasa ofensividad de la conducta, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2, párrafo segundo, CP. Y ello sin perjuicio de la necesidad de atender a las restantes pautas ofrecidas en la presente circular.

No obstante, en todo caso se rechazará la revisión de las sentencias firmes con arreglo al subtipo atenuado del artículo 178.3 CP en los supuestos de condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 CP, conforme a las consideraciones efectuadas en el epígrafe 6 de esta circular.

iv) Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes podrán interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra la sentencia condenatoria.

22.ª Revisión de sentencias definitivas.

i) Cuando la sentencia condenatoria no hubiera adquirido firmeza se entenderá que las partes pueden invocar y el órgano judicial aplicar los preceptos de la nueva ley cuando sean más beneficiosos para el reo, sin otra limitación que la necesaria vinculación, en su caso, a los hechos declarados probados en sentencia.

En los procedimientos por hechos no enjuiciados que hubieran sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma. Por consiguiente, en estos casos la determinación de la norma penal más favorable deberá hacerse caso por caso, sin que sea posible seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito.

ii) Con carácter general, siempre que concurren los presupuestos para ello, es decir, cuando el hecho por el que el responsable del delito fue condenado se encuentre en los límites de la tipicidad atendida la escasa ofensividad de la conducta, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2, párrafo segundo, CP. Y ello sin perjuicio de la necesidad de atender a las restantes pautas ofrecidas en la presente circular.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la interpretación de los delitos contra la libertad sexual tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las/los Sras./es. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente circular.

Madrid, 29 de marzo de 2023. El Fiscal General del Estado, Álvaro García Ortiz.