

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE-A-2023-10213]

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril (véase <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213>), para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha suscitado desde antes de su propia entrada en vigor —acaecida el día 29 de abril de 2023— un intenso interés que va más allá del estrictamente jurídico.

Ello se debe en gran medida a la concepción instrumental que esta ley presenta, toda vez que la misma tiene entre sus objetivos corregir las manifiestas deficiencias observadas en la aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales introducidos por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>, bautizada como «Ley del solo sí es sí»). Así lo expresa el propio Preámbulo de la LO 4/2023 cuando afirma que «es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual». A tal efecto, la LO 10/2022 vino a modificar profundamente el panorama legal de los delitos contra la libertad sexual en España, al englobar bajo la única categoría delictiva de la agresión sexual todo comportamiento de carácter sexual no consentido, rompiendo así la tradicional distinción firmemente asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia que delimitaba nítidamente entre la agresión (con la violencia y/o la intimidación como elementos inherentes) y el abuso sexual (en consecuencia, suprimido como tipo penal autónomo al ser refundido en la reconfigurada categoría de la agresión sexual).

2. ANÁLISIS DE LA REFORMA

No obstante, lo anterior, el contenido de la LO 4/2023 no se circunscribe únicamente a la materia formalmente penal ni, dentro de esta esfera, a los delitos sexuales. Es decir, si bien ya se ha apuntado que teleológicamente esta nueva ley pretende corregir las consecuencias indeseables derivadas de la aplicación de la llamada «Ley del solo sí es sí», el legislador ha aprovechado este cauce para introducir adicionalmente otras cuestiones, si bien tales cuestiones obedecen fundamentalmente a criterios de corrección de técnica legislativa.

De esta manera, *grosso modo*, las novedades que para el articulado del Código Penal trae consigo la LO 4/2023 son las siguientes:

- Se modifica el art. 132.1 CP *in fine* relativo al cómputo de los plazos de prescripción de los delitos, si bien, se trata este de un cambio puramente formal a fin de adecuar el precepto a la nueva nomenclatura imperante de «delitos contra la libertad sexual» (de acuerdo con la nueva rúbrica del título VIII del libro II dada por la LO 10/2022), suprimiéndose la anterior referencia expresa a la indemnidad sexual.
- Se modifica el art. 173. 1 CP en relación con los delitos contra la integridad moral para corregir la anterior redacción, manifiestamente incompleta, a fin de que las personas jurídicas (de acuerdo con el vigente modelo de incriminación exhaustiva y de *numerus clausus*) también puedan ser declaradas penalmente responsables por el delito previsto en la primera frase del art. 173.1, consistente en infligir un trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral de una persona.
- Se realizan una serie de modificaciones de cierto calado (fundamentalmente en materia de marco penológico) en los delitos contra la libertad sexual, en lo que constituye el núcleo de la reforma planteada por la LO 4/2023, si bien se conserva, en una línea continuista en cuanto al fondo, la esencia de su regulación al mantener la definición del consentimiento que introdujo la LO 10/2022. Así, las principales novedades planteadas en esta materia son las siguientes:
 - Se modifica el apartado segundo del art. 178 CP a fin de refrendar la nueva configuración dual del delito de agresión sexual en el que queda inequívocamente incorporado o refundido, junto al anterior tipo básico de la agresión, el desaparecido tipo específico del abuso sexual que terminológicamente desaparece como tipo penal autónomo al ser reconducido al ámbito propio del delito de la agresión. De esta manera, el legislador señala en el art. 178.2 que

Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación [este era el anterior tipo básico de la agresión sexual con anterioridad a la reforma de 2022] 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 [siendo esta en esencia la definición de la conducta típica del abuso sexual anteriormente descrito en el art. 181.2 y 3 CP].

Asimismo, se introduce *ex novo* un apartado tercero (viéndose lógicamente en consecuencia modificada la numeración de los demás apartados del citado art. 178 CP) que contempla como circunstancia agravante de la responsabilidad penal la comisión del delito de agresión sexual con violencia o intimidación, otrora consustanciales al mero tipo básico de la agresión, o la existencia de una víctima cuya voluntad se encuentre anulada, circunstancia esta anteriormente configurada como una modalidad caracterizadora del delito de abuso sexual (definido hasta la reforma de la LO 10/2022 por la realización de conductas sexuales sin consentimiento de la víctima, pero también sin violencia ni intimidación en su comisión), imponiéndose en ambos casos una pena de prisión que puede alcanzar los cinco años. En consonancia con ello, se excluye de la potestad de aplicar el tipo atenuado previsto (con carácter facultativo para el juzgador previo razonamiento en la sentencia) en el anterior apartado tercero del art. 178, ahora apartado cuarto, cuando concurren las circunstancias agravantes descritas en el nuevo apartado tercero o cuando se trate de algunos de los supuestos agravados descritos en el art. 180 CP.

- En el ámbito del delito de violación, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se incorpora al art. 179 un apartado segundo que introduce la misma agravante descrita *supra*, relativa al empleo de violencia o intimidación como medio comisivo o a la circunstancia de hallarse la víctima privada de voluntad. En ambos casos el marco penológico aplicable será de seis a doce años.
- Respecto de los tipos agravados del art. 180 CP, se reajustan las penas a fin de contemplar las circunstancias agravantes contempladas en los dos artículos precedentes relativas al empleo de violencia o intimidación o a la víctima con la voluntad anulada. Además, por otra parte, se modifica la circunstancia del apartado quinto, sustituyendo la anterior redacción de «ascendiente o hermano» por la mucho más amplia circunstancia de prevalimiento por convivencia o parentesco, de alcance más omnicompreensivo. Asimismo, el apartado séptimo sustituye el término autor por el de persona responsable.
- En cuanto a las agresiones sexuales a menores de 16 años, las modificaciones operadas en el art. 181 se conducen fundamentalmente a lograr un cierto paralelismo con las agresiones sexuales ordinarias en aras de dotar al articulado de mayor cohesión interna. Así, se incorpora la agravante del empleo de violencia o intimidación o de víctima con la voluntad anulada, circunstancias ambas que se excluyen de la posibilidad de apreciación de un tipo atenuado, al tiempo que se incluyen las previsiones descritas en el art. 180 CP dentro de los tipos agravados del apartado quinto del art. 181. Además, la reforma señala expresamente que en caso de concurso de leyes entre los tres primeros apartados y algunas de las circunstancias agravantes del apartado quinto de este precepto, se recurrirá al principio de alternatividad ex. art. 8. 4 CP (*a priori*, de carácter supletorio salvo mención *ad hoc*, como en el presente supuesto),

que declara como norma de aplicación preferente aquella que imponga una pena de mayor gravedad.

- Finalmente, se incluyen modificaciones en relación con el delito de pornografía infantil y corrupción de menores del art. 189 bis CP, a fin de que este contemple la reestructuración que la Ley 10/2022 operó en la estructura del título VIII del libro II CP al modificar la rúbrica del capítulo II, relativo anteriormente a los abusos sexuales y correspondiente actualmente a las agresiones sexuales a menores de 16 años, anteriormente englobadas a su vez dentro del desaparecido capítulo II bis. De este modo, la actual literalidad del precepto contempla la actual distribución interna del nuevo articulado evitando así preocupantes omisiones.
- Asimismo, más allá de estas reformas operadas en el contenido del Código Penal, de la propia rúbrica de la LO 4/2023 se desprenden otras materias objeto de reforma, íntimamente conectadas no obstante a las cuestiones ya señaladas.

- Modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>)

Se produce una modificación del apartado tercero del art. 14 de la LECRIM con el objeto de atribuir competencias a los Juzgados de lo Penal (o en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal en su ámbito respectivo) para conocer de los delitos contra la libertad sexual cuando la pena prevista para el delito en cuestión no exceda de los cinco años de pena de prisión o sea una pena de multa cualquiera que sea su cuantía. A tal efecto, con arreglo a la disposición transitoria cuarta de la LO 4/2023, esta modificación competencial en la LECRIM será aplicable a aquellos procesos que estén siendo objeto de tramitación al tiempo de la entrada en vigor de la LO 4/2023, salvo que en el procedimiento en cuestión se hubiera dictado ya auto de apertura de juicio oral.

- Modificaciones en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2000-641>)

El apartado segundo del art. 10 de la LO 5/2000 (en el ámbito de las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas) se modifica con el objeto de incorporar expresamente en el catálogo de delitos habilitantes para decretar una medida de internamiento en régimen cerrado una referencia a los arts. 178, 179, 180 y 181 CP, al tiempo que se suprime el apartado c) del citado art. 10.

3. APLICACIÓN DE LA LEY: RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL REO

Finalmente, quisiera realizar unas consideraciones relativas a la aplicación de la ley y a la entrada en vigor de sus disposiciones. Con arreglo al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable derivado de los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y del art. 2.1 CP, las disposiciones de la LO 4/2023 solamente se aplicarán a hechos cometidos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor (recuérdese, el día 29 de abril) siempre que resulten más favorables para el reo, ex art. 2.2 CP. A tal efecto, la disposición transitoria primera de la ley establece que «para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrán en cuenta las penas que corresponderían al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código Penal en su redacción anterior a esta ley orgánica y las del Código Penal modificadas por la presente ley orgánica y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad», siendo necesariamente en este procedimiento revisor oído el reo.

Asimismo, respecto de la cuestión de la revisión de sentencias firmes derivada de las reformas introducidas por la LO 10/2022 (y que ha suscitado una gran controversia, hasta el punto de determinar, como se ha indicado *supra*, la aprobación de la propia LO 4/2023), la disposición transitoria segunda delega en el CGPJ la posibilidad de designar como órganos revisores de sentencias firmes a los Juzgados de lo Penal o a secciones de las Audiencias Provinciales, si bien ello se realizará «aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial», indicando además que no se procederá a la revisión cuando la pena impuesta esté suspendida o ejecutada ni cuando el penado se encuentre ya en fase de libertad condicional ni cuando la pena impuesta con arreglo a la redacción anterior fuera exclusivamente una pena de multa.

* Todos los enlaces ofrecidos han sido objeto de última consulta el día 29/09/2023.

Cecilia CUERVO NIETO
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
España
u135160@usal.es