

A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL. TURNS WITH THE TEMPORARY RIGHT

Luis Ortiz Vigil

Magistrado titular, integrante de la
Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Asturias

- I. **I. Introducción.**
- II. **¿Es tan importante contar con una Disposición Transitoria?**
- III. **Novedades de la Ley Orgánica 4/2023.**
- IV. **¿Y el futuro?**

RESUMEN:

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 por la que se modifica el Código Penal en relación con los ahora denominados delitos contra la libertad sexual ha generado dificultades interpretativas que han propiciado que la Sala 2ª del Tribunal Supremo haya dictado varias sentencias de pleno para fijar los criterios a seguir en materia de Derecho transitorio, especialmente en relación con aquellos supuestos a los que la aplicación de aquella Ley pudiera suponer una rebaja de la penalidad impuesta con ocasión de anteriores condenas impuestas bajo la vigencia de la normativa anterior. A la exposición de algunos de tales criterios se dedica la parte inicial del artículo.

A ello cabe añadir que la promulgación de la Ley Orgánica 4/2023 ha supuesto, a su vez, una relevante modificación de la reforma introducida por la mencionada Ley Orgánica 10/2022, exponiéndose, en relación con ello, las novedades que esta sobrevenida reforma implica.

Abstract:

the entry into force of Organic Law 10/2022 amending the Criminal Code in relation to the now called crimes against sexual freedom has generated interpretative difficulties that have led the 2nd Chamber of the Supreme Court to issue several plenary judgments for to set out the criteria to be followed in matters of transitional law, especially in relation to those cases to which the application of that Law could suppose a reduction of the penalty imposed on the occasion of previous sentences imposed under the validity of the previous regulations. The initial part of the article is devoted to the exposition of some of these criteria.

To this it should be added that the enactment of Organic Law 4/2023 has supposed, at the same time, a relevant modification of the reform introduced by the aforementioned Organic Law 10/2022, exposing, in relation to it, the novelties that this supervening reform implies.

Palabras clave:

Derecho temporal; Retroactividad; Artículo 2.2 Código Penal; Disposición Transitoria; Libertad sexual.

Keywords:

Temporary law; Retroactivity; Article 2.2 Criminal Code; Transitional Provision; Sexual freedom.

INTRODUCCIÓN.

Fueron muchos los meses de paciente espera los que tuvimos que padecer los juristas en general y los penalistas en particular hasta que cayó en nuestros manos el preciado ejemplar de la que, por entonces, parecía iba a ser la principal novedad editorial legislativa de la temporada. No podemos olvidar que su publicación vino precedida de una campaña promocional de la que, al menos quien esto les escribe, no recuerda precedentes similares. Era, qué duda cabe, un acontecimiento singular, al menos para todos aquellos que formamos parte de esa extraña tribu, con gustos algo extravagantes frente al común de los mortales, que dedica parte de su tiempo, a poco de que disponga de un rato libre para ello, a leer, releer e, incluso, subrayar con llamativos colores las modificaciones legales y la jurisprudencia que, a su rebufo, se produce inevitable e incesantemente.

En efecto, el día 07/09/2022 llegó, por fin, a las estanterías virtuales de todo el país el Boletín Oficial del Estado en el que se daba publicidad a la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual – comúnmente conocida como la *Ley del sí es sí* -. Recordaré siempre que aquel día la rueda de mi ratón giró a toda velocidad a la búsqueda de la Disposición Transitoria reguladora de los supuestos tenidos lugar con anterioridad a su entrada en vigor que podían verse afectados por la reforma, pero, ¡oh, sorpresa!, aquella no estaba.

He de reconocer que mi primera reacción ante la omisión advertida fue de completa sorpresa. No contaba con que, ante el muy importante número de preceptos del Código Penal que se veían afectados por la reforma y la muy sensible materia – libertad sexual – a la que aquella afectaba, no contáramos, como sí había ocurrido en otras ocasiones similares, con un instrumento de trabajo que facilitara, siquiera sea mínimamente, la ardua labor que nos

correspondería a los operadores jurídicos en los siguientes meses: nada menos que determinar si la nueva normativa debía o no aplicarse retroactivamente caso de que fuera considerada más favorable para su destinatario.

Parece ya evidente que la *Ley del sí es sí* pasará a la historia por muchas razones, entre otras por la llamativamente escasa vigencia formal – algo más de 6 meses y medio – que han tenido algunos de sus preceptos como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2023 a la que luego también aludiré. Ello, como es sabido, no implica, sin embargo, que, en tanto que posible ley intermedia más favorable, la *Ley del sí es sí* no pueda aplicarse a supuestos tenidos lugar hasta el día 28/04/2023, de tal modo que aún es pronto para conocer, con el debido rigor, hasta cuándo y en qué términos se producirán materiales consecuencias dimanantes de su promulgación. No faltarán autores que, en un futuro más o menos próximo, examinen y valoren tales cuestiones, alcanzando conclusiones más o menos favorables respecto a los efectos más o menos benignos que la vigencia de la consabida Ley ha podido conllevar.

Por el momento y en un ejercicio de, tal vez, ingenuo optimismo, sí que podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que la *Ley del sí es sí* ha reportado, cuanto menos, alguna consecuencia positiva. Tras un muy importante y, por qué no decirlo, apasionado debate tenido lugar tanto fuera como dentro de las salas de justicia, se ha generado, como consecuencia de la reunión del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo celebrada los días 6 y 7 de junio de 2023, un cuerpo jurisprudencial del máximo nivel en el que se tratan y resuelven de cara al futuro cuestiones esenciales que permitirán contar, en el ámbito de la justicia penal, con un modelo de transitoriedad que ofrezca al conjunto de sus destinatarios una siempre deseable seguridad jurídica. A la exposición de algunas de tales cuestiones, no obviamente con carácter exhaustivo, – puesto que ello excede con mucho las posibilidades de un artículo como el presente, – dedicaré las siguientes líneas.

II. ¿Era necesario contar con una Disposición Transitoria?

Como punto de partida, imprescindible es recordar que la promulgación de la Ley 41/2015 y la reforma del recurso de casación que su entrada en vigor supuso nos ha permitido, en relación con aquellos procedimientos penales incoados con posterioridad al día 06/12/2015, contar con pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo no solo, como hasta entonces, en relación con las sentencias dictadas por la comisión de delitos graves (castigados con pena de prisión superior a 5 años), sino también en lo que atañe a las sentencias dictadas por la perpetración de delitos menos graves (castigados con pena de prisión de hasta 5 años).

Ello permite, en la práctica, que cualquier asunto criminal no leve – se insiste, siempre que el correspondiente procedimiento se haya incoado con posterioridad al día 06/12/2015 – sea potencialmente estudiado y resuelto por no menos de 9 magistrados (delitos graves) o de 7 magistrados (delitos menos graves). El sistema penal alcanza así lo que parecen inexcusables estándares en materia de derechos humanos propios de una avanzada y moderna comunidad que se precie de serlo en la que el escrupuloso respeto a la dignidad de la persona y la presunción de inocencia constituyan valladares infranqueables inexcusablemente anudados a un modelo de convivencia en el que el valor justicia esté verdaderamente presente en nuestras vidas.

Pero es más, en supuestos como los que ahora nos ocupan en los que resulta necesario fijar criterios interpretativos ante la diversidad de opiniones que se han suscitado sobre el modo de abordar la entrada en vigor de una novedosa normativa como la que se examina, se da – como ya se había hecho en otras materias – un paso más y se acude al mecanismo de las sentencias de Pleno dimanantes de la previsión normativa contenida en el artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015. Tal sistema ha venido a superar lo que antes eran acuerdos no jurisdiccionales para la unificación de criterios y prácticas procesales – que presentaban la ventaja de abordar de forma directa cuestiones concretas –, si bien se reconocía a cualquier magistrado una libertad de criterio para resolver los concretos recursos de los que llegara a conocer en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Tal y como recuerda, entre otras, la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 501/2023, de 23/06/2023 (ECLI: ES: 2023: 2823), daba lugar a que *la independencia de los magistrados a la hora de enjuiciar y resolver los distintos procesos sometidos a su conocimiento suponía que podía decaer el esfuerzo unificador si la mayor parte de los magistrados de una Sección se posicionaban en contra de aplicar el sentido del acuerdo al resolver un asunto concreto.*

Esto hace, en definitiva, que los concretos supuestos sujetos a controversia se sometan a la consideración, estudio y resolución no solo del órgano de primera instancia y, en su caso, apelación, sino también del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo – formado, cuanto estas líneas están siendo escritas, por 15 magistrados y ello a consecuencia de la parálisis institucional por todos conocida y de imprevisible duración que impide, como es sabido, la renovación de las Salas de nuestro Alto Tribunal –, lo que determina, en fin, que, en tales supuestos y siempre que se trate de procedimientos incoados con posterioridad al día 06/12/2015, sean nada menos que 21 magistrados, tratándose de delitos graves, los que hayan examinado cada uno de aquellos supuestos sometidos a su conocimiento.

Todo sistema es perfectible, qué duda cabe, y ha de estar sometido a una permanente crítica constructiva que permita innovar, desarrollar y mejorar su funcionamiento, pero resulta difícil imaginar un mecanismo dotado de mayores garantías como el recién expuesto, lo que, en última instancia, hace viable preservar una recta interpretación de la normativa penal.

Fruto de esta arquitectura procesal y de la reunión, ya reseñada, tenida lugar los días 6 y 7 de junio de 2023, resultan 26 sentencias de Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo – cuya lectura me permito humildemente recomendar – y de las que podemos extraer, como ya he anticipado sin ánimo de exhaustividad, algunas conclusiones en la materia y ello al resolver varios interrogantes que permitirán al intérprete de la normativa penal desarrollar su labor en el futuro por un más claro camino cuando de aplicar normativa transitoria en general y sobre libertad sexual en particular se trate.

Así:

1/ ¿Qué recursos caben frente a una decisión de revisión o no revisión de una sentencia firme como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva legislación que se considere más favorable? ¿Y si la indicación del recurso por el órgano de instancia no es la correcta?

La Sentencia de Pleno nº 453/2023 dictada el día 14/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2820) aborda estas cuestiones y recuerda que se debe seguir el mismo régimen de impugnación que la sentencia a la que afectan y complementan de forma sobrevenida los nuevos preceptos, tal y como ya se había tenido ocasión de señalar en la sentencia nº 606/2018 dictada el día 28/11/2018 (ECLI: ES: TS: 4071) o, dicho en otras palabras, la decisión de referencia está sujeta *al mismo régimen procesal de recurribilidad al que está sometida la sentencia que se pretende modificar*.

Por lo tanto, tratándose de un procedimiento incoado con posterioridad al 06/12/2015, si la sentencia atinente a un delito grave fue dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial, el régimen de recursos será apelación ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia y, solo tras la resolución por este de aquella apelación, casación ante el Tribunal Supremo.

Este planteamiento se mantiene incluso en el supuesto de que el órgano de instancia notifique erróneamente el régimen de recursos como consecuencia de la indicación por su parte de que se debía acudir directamente a la casación, ya que esta deviene inadmisibile por aplicación del artículo 884.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; no obstante lo cual y valorando que aquella indicación errónea pudo inducir a error a la parte, se opta, a fin de conjurar cualquier riesgo de indefensión, por retrotraer las actuaciones al momento de notificación del auto objeto de recurso para que se haga la indicación correcta – apelación ante

el Tribunal Superior de Justicia en el plazo de 10 días – y pueda aquella parte realizar la actuación procesal que entienda procedente.

2/ ¿Cuál es el objeto del recurso por el que se insta la revisión de una condena ya impuesta por sentencia firme?

La respuesta dista mucho de ser sencilla en un supuesto como el que ahora nos ocupa en el que, no cabe olvidarlo, no estamos ante una mera modificación de las penas a supuestos que permanecieran inalterados en cuanto a la redacción de las conductas que se consideran punibles, sino que estamos ante una compleja reforma en el que, además de producirse cambios terminológicos – se suprime, como es sabido, la denominación *abusos sexuales* –, tienen lugar modificaciones de tal entidad como que lo que antes era elemento constitutivo de un determinado tipo penal (por ejemplo, la violencia) pase a ser una más de las circunstancias – no necesariamente presente – que pueden integrar la conducta penalmente reprochable.

La Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 473/2023, de 15/06/2023 (ECLI: ES: 2023: 2822), delimita con precisión la cuestión que se plantea y ello en los siguientes términos: *Su objeto es muy limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad. Esta idea arrastra consecuencias variadas e importantes: se rige por un criterio de competencia funcional (el órgano competente es el que dictó la sentencia, aunque como consecuencia de la revisión imponga una pena que exceda de su competencia objetiva) (i); carece de aptitud para corregir defectos que se detecten en la sentencia y no fueron objeto de impugnación (agravante o atenuante indebidamente omitidas, errores en la concreción penológica...) (ii); no está condicionado por el principio acusatorio (que ya fue respetado en el juicio inicial), aunque sí rige el principio de contradicción: ahora el Tribunal se limita a refrendar aquélla penalidad o a variarla en beneficio del reo (iii); y está condicionado por lo que se decidió en la sentencia firme cuyos pronunciamientos y argumentaciones habrán de ser respetados salvo que queden afectados por la constatación de que la nueva norma impondría, de enjuiciarse de nuevo los hechos, una solución jurídico penal menos gravosa para el condenado, en cuyo caso ha de acomodarse la sentencia anterior adaptándola, en esos exclusivos aspectos, a la nueva legislación, valorada globalmente y no de forma fraccionada o fragmentada (iv).*

Una importante conclusión cabe extraer a partir de esta delimitación y ello en el sentido de que no es posible corregir, en un juicio de revisión, determinados pronunciamientos que pudieron haber sido improcedentes con ocasión del enjuiciamiento primitivo y que, sin embargo, alcanzaron firmeza: piénsese, a título meramente ejemplificativo, en un inadecuado cálculo de penas o en la

omisión de una preceptiva libertad vigilada que debió haber sido impuesta en su día o, como dice la sentencia ya reseñada, *no cabe, así pues, aprovechar el incidente de revisión para rectificar o modificar puntos que, habiendo sido ya decididos, son ajenos a la reforma legislativa.*

3/ ¿Es aplicable a los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 10/2022 la Disposición Transitoria 5ª establecida con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995?

La respuesta, aparentemente sencilla, no lo es tanto, como se expone seguidamente. En principio, hemos de decir que no es aplicable. Estamos ante una ley temporal con un objeto muy determinado de aplicación, que no es otro que la adaptación de condenas como consecuencia de la entrada en vigor de lo que era entonces un nuevo Código Penal en el año 1995 que venía sustituir al Código Penal de 1973. Producida tal adaptación, aquella ley temporal carece de objeto sin que sea necesaria una formal derogación de la mentada Disposición Transitoria. Debe recordarse aquí que el artículo 4.2 del Código Civil establece que *las leyes de ámbito temporal no se aplicaran a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.*

Como dice la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 487/2023, de 21/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2828) *no es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla y aplicarla a supuestos diversos.* Ello implica, en definitiva, que, ante la falta de previsión específica en forma de Disposición Transitoria acompañante de la Ley Orgánica 10/2022 ha de estarse en sus estrictos términos a lo dispuesto en 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 estuviese cumpliendo condena* -, lo que se traduce, en la práctica, en que la circunstancia de que una pena dada esté contemplada tanto en la legislación anterior a la Ley Orgánica 10/2022 como en esta no necesariamente ha de implicar que la nueva normativa no sea considerada más favorable.

Ahora bien, tal y como recuerdan las ya reseñadas Sentencias del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 473/2023 y 487/2023, ello no significa que la reseñada Disposición Transitoria 5ª haya perdido todo valor, ya que puede ser utilizada para disciplinar aspectos procesales carentes de regulación (así, la tramitación de un recurso cuando al entrar en vigor una nueva ley ya se hubiera dictado sentencia en primera instancia) o incluso de forma analógica en algún aspecto sustantivo pero siempre de forma favorable al *reo o in bonam partem*, ya que ninguna duda se suscita respecto a que, en el ámbito sustantivo, una hipotética aplicación analógica *in malam partem* no resulta asumible en supuesto alguno.

4/ ¿Podría una Disposición Transitoria haber modificado los términos del artículo 2.2 del Código Penal?

La Sala 2ª – véanse, nuevamente, las ya reseñadas Sentencias nº 473 y 487/2023 – ofrece una respuesta afirmativa al interrogante planteado, de tal modo que es opción legislativa guardar silencio y dejar que se aplique el artículo 2.2 del Código Penal *en defecto* de aquella hipotética Disposición Transitoria o bien establecer normas específicas de transitoriedad que pueden bien ampliar la retroactividad a supuestos allí no contemplados – piénsese, por ejemplo, en que se extienda sobre aquellos supuestos de pena ya cumplida, aspecto esto no baladí, ya que podría afectar al momento de cancelación de los antecedentes penales – o restringirla acotando sus efectos, cosa que el legislador, en el concreto supuesto de la Ley Orgánica 10/2022, no ha hecho en ninguno de tales sentidos, lo que determina, como se ha anticipado, la directa y completa aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal.

Ahora bien, lo que en ningún caso podría hacer esa Disposición Transitoria es evitar que a los hechos pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación si es que esta resulta más beneficiosa y ello con la excepción de que se trate de una ley temporal que así lo establezca, puesto que así lo prevé el inciso final del mentado artículo 2.2 del Código Penal.

5/ Si en la normativa posterior a la aplicable en el momento del enjuiciamiento se establece una nueva e imperativa pena accesoria, ¿debe esta pena imponerse en el supuesto de entender procedente la rebaja de la pena principal por ser considerada la nueva normativa más favorable?

Aborda esta cuestión, entre otras, la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 480/2023 de 20/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2819) que, recordando, anterior jurisprudencia, pone de relieve, como punto de partida, en la cuestión que nos ocupa, que *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.*

Sentado lo anterior, señala el Alto Tribunal que *si la pena principal que se rebaja lleva aparejada una pena accesoria, ésta no puede [sic] ser ignorada, pues habiéndonos decantado por la revisión, es obligado aplicar la norma en su integridad.* Ahora bien, ello ha de haber sido solicitado expresamente por alguno de los recurrentes – bien de forma directa, bien de forma adhesiva –, pues, aun en el caso de confirmarse, como es el supuesto, una pretérita revisión de la pena principal, aquella ausencia de solicitud impide imponer en casación la pena accesoria de referencia – véase la Sentencia del Pleno de la Sala 2ª del

Tribunal Supremo nº 441/2023 de 08/06/2023 (ECLI: ES: TS: 2023: 2821).

III. Novedades de la Ley Orgánica 4/2023.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual - tenida lugar el día 07/10/2022 - supuso una sustancial modificación de las penas aplicables a los delitos contra la libertad sexual, cuyas verdaderas consecuencias, ya sea en forma de reducción de la duración de las penas impuestas con anterioridad a aquella entrada en vigor, ya sea en forma de modificación de la calificación y la correlativa penalidad atinente a comportamientos pendientes de enjuiciamiento y que puedan acogerse a sus previsiones, aún están muy lejos de poder ser precisadas y habrán de ser examinadas en un futuro más o menos próximo.

En este contexto, el Boletín Oficial del Estado fechado el día 28/04/2023 ha publicado la Ley Orgánica 4/2023 - con entrada en vigor establecida para el día 29/04/2023 -, introduciendo una nueva reforma en los delitos contra la libertad sexual y modificando, una vez más, los parámetros normativos en los que ha de moverse la instrucción y ulterior enjuiciamiento de este tipo de delitos, debiendo advertirse desde ya que la reforma afecta no solo al Código Penal, sino también a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores.

Se desgranará seguidamente el impacto de la reforma de referencia en el Código Penal.

1.- Aunque ello no sea en sí mismo una novedad, resulta destacable, como punto de partida, y así lo hace, también, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2023 - lo denomina *la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual* -, que se mantiene la definición del consentimiento introducida por la Ley Orgánica 10/2022 - *sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona* -.

2.- Artículo 132.1, párrafo 3 del Código Penal: en relación con la forma de computar los plazos en materia de prescripción se sustituye la expresión *libertad e indemnidad sexual* por *libertad sexual* y ello, aparentemente - nada dice la Exposición de Motivos -, a fin de adaptar la denominación de los delitos de referencia a la nueva rúbrica del Título VIII del Libro II dimanante de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022.

3.- Artículo 178.2 del Código Penal: se suprime la expresión *a efectos del apartado*

anterior, cuya existencia generaba importantes dificultades interpretativas, permitiendo ahora sin dificultad su aplicación a cualquier agresión sexual, esté o no específicamente contemplada en el artículo 178.1 del Código Penal.

4.- Artículo 178.3 del Código Penal: la agresión sexual cometida a) mediante el empleo de violencia o intimidación o b) sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, que estaba castigada con una pena de 1 a 4 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 1 a 5 años de prisión.

5.- Artículo 178.4 del Código Penal: contempla la modalidad atenuada anteriormente prevista en el antiguo artículo 178.3 del Código Penal, si bien amplía su aplicabilidad a los supuestos previstos en el nuevo artículo 178.3 del Código Penal ya reseñados.

En este concreto supuesto, sigue llamando enormemente la atención que el legislador deje abierta la posibilidad de que pueda tener igual pena – *prisión en su mitad inferior* – el tipo básico contemplado en el artículo 178.1 del Código Penal que la modalidad atenuada contemplada en el artículo 178.4 del Código Penal y ello, particularmente, si se toma en consideración lo dispuesto en el artículo 66.1.6ª del Código Penal, cuando, aparentemente, parecería más lógico y coherente con la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria en forma de multa haber establecido la previsión de que pudiera imponerse *la pena de prisión inferior en grado* y ello de igual modo a como se establece en el ámbito de las agresiones sexuales a menores de 16 años.

6.- Artículo 179.2 del Código Penal: la agresión sexual consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 178.3 del Código Penal ya reseñados, que estaba castigada con una pena de 4 a 12 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 6 a 12 años de prisión.

7.- Artículo 180.1 del Código Penal (I): se suprime, en la circunstancia 5ª, la expresión por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, lo que se traduce en la extensión de la modalidad agravada a los supuestos de prevalimiento de una situación de parentesco, ya sea este más próximo o más lejano (por ejemplo, ahora, a diferencia de la situación anterior, se aplicaría la agravación al supuesto de una víctima que fuera prima carnal de la persona responsable).

8.- Artículo 180.1 del Código Penal (II): se sustituye, en la circunstancia 7ª, la expresión *el autor* por la expresión *la persona responsable*, lo que permite extender la modalidad agravada a cualquiera de los supuestos de responsabilidad

criminal previstos en los artículos 27 y siguientes del Código Penal, esto es y tratándose de personas físicas, estemos ante autores o cómplices.

9.- Artículo 180.1 del Código Penal (III): la agresión sexual prevista en el artículo 178.3 del Código Penal en la que esté presente alguna de las 7 modalidades agravadas contempladas en el artículo 180.1 del Código Penal, que estaba castigada con una pena de 2 a 8 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 5 a 10 años de prisión.

10.- Artículo 180.1 del Código Penal (IV): la agresión sexual prevista en el artículo 179.2 del Código Penal en la que esté presente alguna de las 7 modalidades agravadas contempladas en el artículo 180.1 del Código Penal, que estaba castigada con una pena de 7 a 15 años de prisión, ahora está sancionada con una pena de 12 a 15 años de prisión.

11.- Artículo 180.1 del Código Penal (y V): elimina la antigua exclusión de la aplicación del artículo 180.1 del Código Penal para el supuesto de que las circunstancias correspondientes hubieran sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 y 179 del Código Penal –había generado muy importantes dificultades interpretativas ya que, por ejemplo, puede llegarse a entender que un supuesto en el que la falta de consentimiento propiciada por una situación de vulnerabilidad de la víctima venga exclusivamente determinada por una situación de discapacidad, no resultaría aplicable el tipo agravado - y establece ahora que cuando para la apreciación de la agresión sexual se haya tenido en cuenta de forma simultánea, por un lado, alguna de las circunstancias previstas en los artículos 178 y 179 del Código Penal y, por otro lado, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 180.1 del Código Penal, el legislador parece optar de forma un tanto confusa por entender aplicable el precepto que contenga pena más grave y ello mediante una llamativa remisión a lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal, cuando es lo cierto que la literalidad de tal precepto (*en defecto de los criterios anteriores*) no excluye la toma en consideración de las reglas contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8.

12.- Artículo 181.2: se limita su aplicación a los supuestos contemplados en el artículo 178.2 y 3, ello se traduce, indirectamente, en que, en el ámbito de las agresiones sexuales a menores de 16 años, dentro de las modalidades no agravadas por el artículo 181.4 y 5 del Código Penal, hay que distinguir dos supuestos:

a) Si no concurre supuesto alguno del artículo 178.2 (violencia, intimidación, abuso de situación o vulnerabilidad, víctima con voluntad anulada o acto

A VUELTAS CON EL DERECHO TEMPORAL

cometido sobre persona privada de sentido o de cuya situación mental se abusare): se aplica el artículo 181.1 del Código Penal y el supuesto está castigado con una pena de 2 a 6 años de prisión.

Esto supone que los supuestos de agresión sexual a menores de 16 años sin acceso carnal ni introducción y no agravada que se reconducen exclusivamente al supuesto contemplado en artículo 178.1 del Código Penal se castigan con menos pena que la prevista en la redacción anterior (5 a 10 años de prisión).

b) Si concurre algún supuesto del artículo 178.2 del Código Penal: se aplica el artículo 181.2 del Código Penal y el supuesto ahora está castigado con una pena de 6 a 12 años de prisión, lo que supone un incremento respecto a la pena establecida por el antiguo artículo 181.2 (5 a 10 años de prisión).

13.- Artículo 181.3 del Código Penal: sustituye el antiguo artículo 181.2 párrafo 2 del Código Penal en términos tales que de la modalidad atenuada que se establece se excluyen los supuestos de violencia, intimidación, víctima con voluntad anulada o concurrencia de las circunstancias del nuevo artículo 181.5 del Código Penal.

14.- Artículo 181.4 del Código Penal (I): la agresión sexual a menores de 16 años consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando estemos ante el supuesto establecido en el artículo 181.1 del Código Penal ya reseñado, que estaba castigada con una pena de 6 a 12 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 8 a 12 años de prisión.

15.- Artículo 181.4 del Código Penal (y II): la agresión sexual a menores de 16 años consistente en acceso carnal o introducción de miembros u objetos, cuando estemos ante el supuesto previsto en el artículo 181.2 del Código Penal ya reseñado, que estaba castigada con una pena de 10 a 15 años de prisión pasa a estar sancionada con una pena de 12 a 15 años de prisión.

16.- Artículo 181.5 del Código Penal (I): se suprime, en la circunstancia e), la expresión *por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines*, se traduce en la extensión de la modalidad agravada a los supuestos de prevalimiento de una situación de parentesco, ya sea este más próximo o más lejano (por ejemplo, ahora se aplicaría, a diferencia de la situación anterior, la agravación al supuesto de una víctima que fuera prima carnal de la persona responsable).

17.- Artículo 181.5 del Código Penal (II): se sustituye, en la circunstancia g), la expresión *el autor* por la expresión *la persona* responsable, ello permite extender

la modalidad agravada a cualquiera de los supuestos de responsabilidad criminal previstos en los artículos 27 y siguientes del Código Penal, esto es y tratándose de personas físicas, estemos ante autores o cómplices.

18.- Artículo 181.5 del Código Penal (y III): introduce la novedosa previsión de que cuando para la apreciación de la agresión sexual sobre menores de 16 años se haya tenido en cuenta de forma simultánea, por un lado, alguna de las circunstancias previstas en el artículo 181.1, 2 y 3 del Código Penal y, por otro lado, alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 181.5 del Código Penal, el legislador parece optar de forma un tanto confusa por entender aplicable el precepto que contenga pena más grave y ello mediante una llamativa remisión a lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal, cuando es lo cierto que la literalidad de tal precepto (*en defecto de los criterios anteriores*) no excluye la toma en consideración de las reglas contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8.

Llama la atención que no mencione – sin explicación alguna en la Exposición de Motivos – el artículo 181.4 del Código Penal (acceso carnal o introducción y ello a diferencia de lo establecido en el ámbito de las agresiones sexuales sobre no menores de 16 años), lo que se puede traducir en que:

a) En el caso de que, habiendo acceso carnal o introducción y por aplicación del principio non bis in idem, se excluya la aplicación del artículo 181.5 del Código Penal, la horquilla punitiva, en un supuesto del artículo 181.4 del Código Penal sería, según los casos, de entre 8 y 12 años de prisión (supuestos del artículo 181.1 del Código Penal) o 12 y 15 años de prisión (supuestos del artículo 181.2 del Código Penal).

b) En el caso en el que, habiendo acceso carnal o introducción, no se excluya la aplicación del artículo 181.5 del Código Penal la horquilla punitiva, en un supuesto del artículo 181.4 del Código Penal sería, según los casos, de entre 10 años y 1 día y 12 años de prisión (supuestos del artículo 181.1 del Código Penal) o 13 años, 6 meses y día y 15 años de prisión (supuestos del artículo 181.2 del Código Penal).

19.- Artículo 181.6 del Código Penal: se eleva la pena a una nueva mitad superior, en el supuesto de concurrencia de 2 o más circunstancias del artículo 181.5 del Código Penal.

20.- Artículo 181.7 del Código Penal: reproduce el contenido del antiguo artículo 181.6 del Código Penal.

21.- Artículo 189 bis del Código Penal: se sustituye la expresión *II bis* por el término *II*, lo que implica que a partir de ahora se penalizan las conductas de distribución o difusión pública de determinados contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de agresiones sexuales contra menores de 16 años, toda vez que el capítulo *II bis* del Título VIII del Código Penal al que se refería el precepto fue suprimido por la Disposición Final 4ª.9 de la Ley Orgánica 10/2022.

La reforma del Código Penal tenida lugar lleva consigo, en definitiva, tres importantes novedades a considerar a primera vista y ello, obvio resulta decirlo, sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial que pueda irse produciendo a partir de la efectiva aplicación de los preceptos de referencia:

1/El tipo básico de la agresión sexual no agravada sin acceso carnal o introducción ve incrementada su penalidad hasta los 5 años de prisión, superando así el criterio de la Ley Orgánica 10/2022, que había fijado el tope punitivo de tal supuesto en los 4 años de prisión, en aquellos supuestos en los que concurra violencia o intimidación o en los que la víctima tenga su voluntad anulada.

2/La modalidad comisiva perpetrada, cuya punibilidad, en todo caso, habrá de partir de una ausencia de consentimiento de la víctima, habrá de ser examinada caso a caso para la determinación de si concurren o no determinadas circunstancias adicionales cuya ausencia o presencia condicionará el establecimiento de una u otra penalidad, según los casos.

3/ Salvo alguna concreta excepción, con carácter general, la reforma implica, en la mayoría de los supuestos, un aumento de la duración de las posibles penas privativas de libertad a imponer y ello tomándola en comparación con la establecida por la Ley Orgánica 10/2022.

A todo lo anterior cabe añadir que se modifica el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal modo que, en su párrafo 2, se establece una excepción para el caso de los delitos contra la libertad sexual en cuanto a la competencia objetiva para el enjuiciamiento, lo que implica, en la práctica, no tener en cuenta las penas de inhabilitación contempladas en el artículo 192 del Código Penal para la determinación de aquella competencia y volver al tradicional modelo de distribución del enjuiciamiento entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021. La modificación recién expuesta se aplica a los procesos que el día 29/04/2023 se encontraran en tramitación, salvo que ya se hubiera dictado auto de apertura de juicio oral.

En este ámbito, resulta, cuanto menos, llamativo que el mantenimiento de la

redacción de los artículos 795.1 y 801.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tratarse, en todo caso, de delitos castigados con penas distintas a la prisión de duración superior a diez años y contempladas en el artículo 192 del Código Penal, sigue impidiendo, igual que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, la hipotética celebración de juicios rápidos en supuestos castigados con pena de prisión no superior a 5 años. Ello imposibilita, en la práctica diaria de los juzgados de instrucción, alcanzar sentencias de conformidad en la materia con un triple efecto: sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, impide a los condenados alcanzar una hipotética rebaja de pena dimanante de la conformidad y sitúa a la víctima en un escenario de re victimización.

No es esta una nueva problemática sino que, ya en abril de 2022 y en el nº 1 de esta misma revista (El nuevo artículo 192.3 del Código Penal y el aleteo de la mariposa, páginas 30 y 31), CLAUDIO GARCÍA VIDALES advertía que *se cercena, del mismo modo, la posibilidad de utilizar la transformación en diligencias urgentes durante la tramitación de diligencias previas que se prevé en el art. 779 LECrim. Se pierde así una posibilidad notablemente interesante, a mi entender, para dotar de celeridad a los procedimientos penales cuando han requerido una investigación previa prolongada, evitando la apertura de la fase intermedia del proceso.*

Finalmente, cabe mencionar que, con el objetivo de que los menores de edad, en algunos casos, no tengan penas más graves que los mayores de edad, se da nueva redacción al artículo 10.2 de la Ley Orgánica 5/2000.

IV. ¿Y el futuro?

Concluyo, amables lectores.

Creo que lo vivido en los últimos meses ha de permitirnos, cuanto menos, plantearnos, como sociedad, varios aspectos de capital importancia que podrían hacer progresar sustancialmente nuestro modelo de vida en común.

1/ Acometer una reforma penal, particularmente si se trata de modificar los delitos contra la libertad sexual, exige pausa, reflexión, serenidad y un concienzudo y riguroso estudio de sus consecuencias.

2/ Las controversias penales y las dificultades interpretativas que la aplicación de la normativa reguladora puede llevar aparejada han de dilucidarse no mediante acaloradas discusiones, grandes titulares de prensa o beligerantes proclamas, sino mediante el recto análisis de cada caso concreto por parte de quien constitucional y legalmente tiene encomendada esa función.

3/ Cualquier actuación pública que se lleve a cabo en este ámbito nunca debería olvidar que, en este tipo de conductas, siempre hay, cuanto menos, una víctima en relación con la que resulta de todo punto previsible que la confusión, las voces en alto tono, el ruido que se genera sobre algo que ya fue en su día juzgado tras un largo proceso le genere, nuevamente, inquietud, lo que debería llevar a la prudencia y al sosiego ante el riesgo de una siempre indeseable – y, en algunos casos, evitable – re victimización.

Si han llegado hasta aquí, tal vez quiera decir que, sin apenas darse cuenta, podrían haber pasado a formar parte – si es que no eran integrantes ya – de esa extraña tribu lectora de la que les hablaba al comienzo. Me atrevo por ello a recomendarles que, si tienen oportunidad, perseveren en su conducta, ya que ello puede contribuir a que, poco a poco, se reflexione más y más siempre en pro de una mejor convivencia.