

**CONCLUSIONES CIRCULAR 1/2023, DE 29 DE
MARZO, 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**



ILUSTRE COLEGIO
DE LA ABOGACÍA
DE MADRID

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN	3
II.-CONCLUSIONES.....	3

I.- INTRODUCCIÓN

Con fecha 28 de marzo se ha procedido a publicar la presente Circular como de la trascendencia de las modificaciones introducidas por Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cuya entrada en vigor fue el pasado 7 de octubre de 2022.

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.

Por ello, tal y como se recoge en la propia Circular “la trascendencia de las modificaciones implementadas aconseja la elaboración de criterios específicos sobre los aspectos fundamentales de la reforma, garantizando con ello la unidad de actuación del Ministerio Fiscal que consagra el art. 124 CE.

En el presente documento se vienen a recoger las conclusiones de dicha Circular.

II.-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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 178.3 CP

Las/los fiscales apreciarán el subtipo atenuado por razón de la menor entidad del art. 178.3 CP en aquellos casos excepcionales en los que, no concurriendo ninguna de las circunstancias del art. 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 art. 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 art. 178 CP o, en su caso, en las respectivas modalidades agravadas de los arts. 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 art. 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los arts. 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 art. 180 CP

El nuevo art. 180.1 CP mantiene las modalidades hiperagravadas del derogado art. 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 art. 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 art. 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 art. 181 CP mantiene las modalidades hiperagravadas reguladas en el derogado art. 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 arts. 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 art. 181 CP siempre que no medie violencia o intimidación ni concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 181.4 CP.

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

12.ª) La exclusión de la responsabilidad penal del art. 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 art. 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 núm. 1/2017, sobre la interpretación del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 189 ter CP que prevé la disolución de la persona jurídica conforme a lo dispuesto en el art. 33.7.b) CP.

17.ª) Disposiciones comunes

La nueva redacción del art. 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 art. 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 art. 14.4 LECrim.

19.ª) La cláusula concursal del art. 194 bis

El art. 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 art. 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:

- 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.

- 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 art. 194 bis.
- 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.
- 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.
- 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. 192.3.1 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, se atenderá a las pautas sentadas en la Circular de la FGE núm. 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 art. 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

21.ª) Revisión de sentencias firmes

- 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.

- 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 art. 2.2 CP.

- 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 a menor entidad de los arts. 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 art. 178.3 CP en los supuestos de condenas impuestas con arreglo al derogado art. 181.1 CP, conforme a las consideraciones efectuadas en el epígrafe 6 de esta Circular.

- 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

- 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.
- 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 arts. 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 Madrid a 18 de Madrid de 2023



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA BIBLIOTECA

ÁREAS PROCESALES

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

C/ SERRANO 9, BIBLIOTECA

TLF: 91 788 93 80

RESUELVE TUS CONSULTAS EN LA UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA. ACCEDE DESDE LA WEB
icam.es – ÁREA RESERVADA – FORMACIÓN BIBLIOTECA – CONSULTAS PROCESALES