



APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

AMAYA MERCHÁN GONZÁLEZ

CANTABRIA

TRANSITORIEDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

.-¿Qué regulación ha de aplicarse a los delitos contra la libertad sexual?- La aplicación de la Ley penal intermedia: la Ley del solo sí es sí en los delitos contra la libertad sexual.

Análisis de la Sentencia de la Sala de lo Penal Sección 1 del Tribunal Supremo nº 428/2023 del 01 de junio de 2023 (ROJ: STS 2490/2023 - ECLI:ES: TS:2023:2490).

I-INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual han sido objeto de una profunda modificación, primero por la conocida Ley del solo sí es sí; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y posteriormente, para paliar los efectos de reducción de condenas ya impuestas, por la 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.

De manera que el panorama legislativo actual es la existencia de tres regulaciones de los delitos contra la libertad sexual, lo que puede plantear problemática en su aplicación, que debe de solventarse partiendo de dos principios básicos del derecho penal; que la ley penal aplicable es la vigente a fecha de comisión del hecho y que la ley penal más favorable es de aplicación con carácter retroactivo.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia nº 428/2023 de 1 de junio, en el que el supuesto de hecho consistía en la condena como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto y penado en el art. 183.1º del CP vigente antes de las modificaciones legislativas, a una persona con discapacidad que da un beso en la comisura de los labios a una niña de 7 años, trata como tema relevante la aplicación de la Ley penal intermedia, concretamente la problemática que plantea

la Disposición Transitoria. 1ª de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, en relación con la apreciación de un subtipo privilegiado introducido por la ley posterior, cuando para el tipo básico se contemplaba igual penalidad en la antigua y la posterior.

Analizando los diferentes motivos del recurso el TS aborda dos cuestiones fundamentales:

1-El beso como acto de connotación sexual: doctrina asentada de la Sala sobre tocamientos fugaces in consentidos de carácter sexual, e innecesariedad de que concurra ánimo lascivo en el dolo del autor.

2- La Ley penal intermedia: problemática que plantea la Disposición Transitoria. 1ª de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril que establece que *"los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley orgánica se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión"*, y aplicación, no obstante, de la LO 10/2022, en atención al principio de que *"la ley intermedia más favorable desplaza tanto a la anterior como a la posterior perjudiciales"*.

Pasemos a desgranarlos.

II-EL BESO COMO ACTO DE CONNOTACIÓN SEXUAL E INNECESARIEDAD DE QUE CONCURRA ÁNIMO LASCIVO EN EL DOLO DEL AUTOR.

En los hechos probados de la sentencia recurrida se relata que el condenado, en un parque, *"le dijo a Gema (menor de 16 años) que se acercara y le diera un beso, a lo que Gema se negó, cogiéndola seguidamente del brazo, alzándola a su nivel y besándola en la comisura de los labios, movido por un deseo de satisfacción sexual"*.

Partiendo de tales hechos probados el TS confirma que un beso puede ser constitutivo de un acto de carácter sexual y que no es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto específico consistente en actuar con deseo libidinoso.

En relación con lo primero, **el beso como acto de carácter sexual**, el TS señala que:

-El contenido objetivo del tipo penal de los abusos sexuales es la realización de actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, de manera que perjudica su intimidad y su indemnidad sexual.

-Que como se indicaba en la STS nº 345/2018, de 11 de julio, o la nº 231/2015, de 22 de abril o la nº 55/2012, de 7 de febrero, entre los requisitos del delito de abuso sexual, ha de concurrir *"un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significativa sexual"*, y, como se decía en la STS nº 632/2019, de 18 de diciembre, en interpretación del art. 183 CP, *"según el tenor literal del precepto, un solo tocamiento, si es in consentido, puede ser suficiente para la consumación del tipo delictivo"*.

-Entre los actos de alcance sexual hay que incluir, sin duda, el beso que reúna esas connotaciones, toda vez que en coherencia con la primera acepción del término "besar" que proporciona el Diccionario de la RAE, es "tocar u oprimir con un movimiento de labios, a impulso del amor o del deseo o en señal de amistad o reverencia", con lo que puede hablarse de distintos tipos de beso, uno como de afecto, de cariño, de saludo, de amistad, y, en segundo lugar, los besos de connotación y contenido sexual.

-De manera que un beso en contra de la voluntad de quien lo recibe puede ser un acto de carácter sexual, habiéndose superado ya la jurisprudencia que venía a considerar como falta de las antiguas vejaciones leves determinados hechos de menor entidad, como besos o tocamientos efectuados de forma rápida y fugaz en los senos, genitales o glúteos; y ello sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de la acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Mientras que en relación con la **exigencia de un elemento subjetivo específico** cómo el ánimo lascivo, lúbrico o libidinoso, el TS lo rechaza, indicando que el delito contra la libertad sexual requiere de dolo, entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad, de manera que, en cuanto se trata de un acto de contenido sexual realizado de manera consciente y voluntaria, se está hablando de una actuación atentatoria a la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido.

En este sentido, recuerda que en la STS 785/2021, de 15 de octubre se decía, con cita de la STS 613/2017, que la satisfacción del apetito sexual no es elemento necesario del tipo, ya que lo relevante es que la acción enjuiciada en sí misma considerada constituya un ataque a la indemnidad sexual de la víctima, cualquiera que fuese la intención del agente.

Por tales consideraciones el TS rechaza como motivo de recurso la alegación por el recurrente de la **predeterminación del fallo**, al contenerse en los hechos probados la expresión, "*movido por un deseo de satisfacción sexual*", señalando que los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son:

a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.

b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.

d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.

e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

Partiendo de lo anterior concluye el TS que la referida expresión contenida en los hechos declarados probados, "movido por un deseo de satisfacción sexual" es una expresión que no ha sido empleada el legislador para definir el delito por el que se condena, de manera que la motivación o el móvil de la acción no es necesario para definir el delito, ni siquiera puede considerarse causal del fallo, ya que, aun suprimida, el hecho no dejaría de ser delito, y, a mayor abundamiento, dicha expresión puede comprenderse sin esfuerzo alguno por cualquier persona profana.

III- LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL INTERMEDIA; LA LO 10/22 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2022, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

El recurrente interesaba la aplicación, por entenderla más beneficiosa, de la regulación dada a los delitos sexuales por la LO 10/2022, de 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual, interesando por ello la reducción de la pena de prisión impuesta a un año.

El TS considera que no obstante la entrada en vigor de **la LO 4/2023, de 27 de abril, cuya disposición transitoria primera** establece que "*los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley orgánica se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión*", no exime de aplicar el mandato imperativo del art. 2.2 CP del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, lo cual implica que se hace necesario efectuar una comparación entre la normativa aplicada, el CP de 1995 antes de la regulación dada a los delitos sexuales por la LO 10/2022, de 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual y esta regulación, que constituye ley penal intermedia al haberse promulgado y entrado en vigor la LO 4/2023, de 27 de abril; y ello a fin de determinar si es más beneficiosa para el condenado.

Es decir, el TS entiende que, de estarse a lo ordenado en la disposición transitoria primera de la LO 4/2023, de 27 de abril, (aplicación de la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho) respecto de los hechos cometidos cuando estaba vigente la normativa anterior a la LO 10/2022, se estaría eludiendo los efectos favorables de aplicar esta ley intermedia, que no debería perder su vigencia en lo que fuera favorable al reo, puesto que la ley intermedia más favorable desplaza tanto a la anterior como a la posterior perjudiciales.

Como decía en la STS 320/2018, de 29 de junio, : "**la ley penal intermedia más beneficiosa debe ser aplicada porque el espíritu humanitario y el texto del artículo 2.2 del C. Penal no lo impiden. Y no solo ello sino que, además "el artículo 2.2 del Código Penal permite la retroactividad de la ley penal más favorable, con tal amplitud y generosidad que, aunque al entrar en vigor la nueva ley hubiera recaído sentencia firme, sería factible la retroacción favorable a la aplicación de la Ley penal intermedia cuando sea más beneficiosa para el reo al no registrarse jurisprudencia reciente de signo contrario"**.

De conformidad con lo anterior el TS pasa a realizar la comparación de la ley vigente a fecha de comisión del hecho; el CP antes de la reforma operada por la LO 10/22 con esa ley intermedia, que es la LO 10/2022 concluyendo que es más beneficiosa.

A tal efecto, en el traslado dado a las partes, la defensa alegaba que la LO 10/2022 es más favorable ya que los hechos que han sido subsumidos en el art. 183.1, CP anterior a dicha reforma, con arreglo a dicha ley lo serían en el art. 181CP, que remite su contenido al art. 178 CP, y que correspondería una rebaja de la pena impuesta en aplicación del párrafo segundo del art. 181.2° CP conforme al cual, en la redacción dada por la LO 10/22, *.."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"*.

Frente a tal alegación, responde el Ministerio Fiscal que no procedería la reducción, porque, no sería de aplicación el párrafo II del apdo. 2 del art. 181 CP, ya que el mismo se refiere a la conducta al párrafo anterior, esto es del párrafo I del propio apdo. 2, y éste se remite a las modalidades de agresión sexual del art. 178 CP por lo que se trata de una modulación de la pena para los actos más graves de agresión sexual cometidos sobre menores de 16 años, para los que la pena es de cinco a diez años.

El TS discrepa de la argumentación del Ministerio Fiscal cuando dice que el privilegio punitivo del pf II del apdo. 2 del art. 181, solo puede ir referido a las conductas del pf I del propio apdo. 2, que son las más graves, por remisión al art. 178, porque, si leemos ese pf I, parte de referirse a las del apartado anterior, que es relativo a todo acto de carácter sexual básico, esto es, sin concurrencia de circunstancias específicas de agravación, que son aquellas en las que medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4 CP.

De manera que no hay razón para excluir del privilegio punitivo a cualquiera de los actos sexuales del art. 181, por cuanto que el apdo. 2 no deja de ser un subtipo agravado que se apoya en el apdo. 1, que abarca la realización de cualquier acto de carácter sexual con menor de 16 años, excepto cuando son los únicos que exceptúa el propio apdo. 2; los realizados mediando violencia o intimidación o concurriendo las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4CP., lo que, dicho de manera más resumida, salvo estas excepciones expresas, cabrá la posibilidad de aplicar indistintamente la modalidad privilegiada a los demás actos de carácter sexual, sean del apdo. 1 o del apdo. 2 del art. 181CP.

Esta fue la posición adoptada por la Sala en STS 967/2022, de 15 de diciembre de 2022, en que se decía que *"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"*, que aplicó, teniendo en cuenta las características de los tocamientos, que consistieron en actos fugaces.

Y es criterio que también se encuentra en la Circular de la Fiscalía General del Estado 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, que pone como algunos ejemplos en que sería susceptible seguirse *"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".

En el caso concreto el condenado lo fue por el tipo básico de abuso sexual del anterior art. 183.1 CP; por lo tanto, no se apreció la concurrencia de violencia o intimidación que hubiera llevado el hecho a la anterior agresión sexual del art. 183.2 CP, con lo que su parangón con la LO 10/2022 no puede ser otro que con su tipo básico del art. 181.1, de manera que se le pueda aplicar el nuevo subtipo atenuado del apdo. 2, del art. 181 CP.

El paso siguiente es plantearse si, en el concreto caso cabe que así sea y se entendió que sí, partiendo de las consideraciones que la sentencia de instancia realizaba a la hora de individualizar la pena, que consideraba que procedía imponer la pena mínima establecida en la ley por cuanto - decía la sentencia- *el hecho reviste menor trascendencia dentro de los abusos sexuales a menores* y teniendo en cuenta la propia dicción del tipo atenuado, que será de aplicación "en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable".

Y es por ello por lo que concluye mantener la condena como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años, si bien reduciendo la pena de prisión a la de un año, aplicando con carácter retroactivo el nuevo subtipo atenuado del apdo. 2, del art. 181 CP previsto en la ley penal intermedia al considerarla más favorable, y añadiendo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento toda vez que la adaptación de la condena a la LO 10/2022 lleva aparejada la aplicación del art.192.3 CP que prevé la imposición con carácter imperativo de tales penas para tal delito.