



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

PARTICULARIDADES DE LOS DELITOS SEXUALES CUANDO SON COMETIDOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD

Análisis de un caso

Autora: Elena María Bravo de Laguna Ramón

5º Derecho y Administración y Dirección de Empresas (E-3 A)

Área de Derecho Penal

Tutora: Myriam Cabrera Martín

Madrid

Junio 2024

RESUMEN

Los delitos por los que pueden responder penalmente las personas menores de edad son los contenidos en el Código Penal. No obstante, el procedimiento y las consecuencias jurídicas aplicables son los recogidos en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM). La remisión que en la calificación de las conductas se hace a las tipificaciones contenidas en el Código Penal, en muchos casos plantea dudas y desajustes cuando los responsables no han alcanzado la mayoría de edad, por lo que es esencial que las reformas legislativas que se realicen en el Código Penal tengan en cuenta su posible impacto sobre la responsabilidad penal de los menores. Precisamente esto es lo que no tuvo en cuenta la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), dando lugar a situaciones que contradecían los estándares internacionales de justicia juvenil, y que tuvieron que ser corregidas (al menos en parte) por una nueva reforma penal. El propósito de este trabajo de fin de grado es plantear y analizar algunas discordancias y cuestiones controvertidas que suscita la regulación de los delitos contra la libertad sexual cuando los responsables de los mismos son personas menores de edad, especialmente del delito de agresión sexual tipificado en el artículo 178 CP y de violación del artículo 179 CP.

PALABRAS CLAVE: menores de edad, delitos contra la libertad sexual, Código Penal, LOGILS, LORRPM, agresión sexual, consentimiento, libertad sexual, violación, principios, contradicciones.

ABSTRACT

The crimes for which underage persons can be held legally responsible are those described in the Criminal Code. However, the procedure and the applicable legal consequences are those contained in the Organic Law 5/2000 regulating the criminal liability of underage people. The remission that in the qualification of the conducts is made to the typifications contained in the Criminal Code, in many cases raises doubts when those responsible have not reached the age of majority, so it is essential that the legislative reforms to be made in the Criminal Code consider its possible impacts on the criminal liability of underage people. This is precisely what was not taken into account in the Organic Law 10/2022 regulating the integral guarantee of sexual freedom, giving rise to situations that contradicted international standards of youth justice, and which had

to be corrected (at least in part) by a new criminal reform. The objective of this paper is to study and analyze some disagreements and controversial issues raised by the regulation of crimes against sexual freedom when the offenders are underage people, especially the crime of sexual assault defined in article 178 CP and rape under article 179 CP.

KEY WORDS: underage people, crimes against sexual freedom, Criminal Code, LOGILS, LORRPM, consent, sexual assault, sexual freedom, rape, principles, contradictions.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO II. PLANTEAMIENTO DEL CASO	8
CAPÍTULO III: LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	9
1. EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL	9
1.1 Elementos del tipo básico de agresión sexual y aplicación al caso	9
<i>1.1.1 Bien jurídico protegido y descripción de la conducta típica</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2 Actos que atentan contra la libertad sexual.....</i>	<i>12</i>
<i>1.1.3 La ausencia de consentimiento.....</i>	<i>18</i>
<i>1.1.4 Elemento subjetivo de la tipicidad.....</i>	<i>24</i>
<i>1.1.5 Error de tipo.....</i>	<i>26</i>
1.2 Nuevo tipo atenuado de agresión sexual.....	28
1.3 Determinación de la pena.....	30
<i>1.3.1 Exclusiones del tipo atenuado.....</i>	<i>32</i>
CAPÍTULO IV. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES	33
1. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA LORRPM.....	33
1.1 Principios y objetivos de la LORRPM.....	34
1.2 Medidas para menores infractores.....	37
2. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LOS DELITOS SEXUALES Y LA COLISIÓN DE LA LOGILS CON LOS PRINCIPIOS DE LA LORRPM.....	37
3. DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS CORRESPONDIENTES.....	40
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA	45

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

CP: Código Penal

LORRPM: Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

LOGILS: Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

LO 4/2023: 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

MF: Ministerio Fiscal

JME: Juzgado de Menores

TS: Tribunal Supremo

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Si bien los delitos sexuales siempre han sido objeto de clamor en la sociedad, la sensibilidad que ha experimentado España con respecto a los mismos ha ido en aumento desde el resonado caso de *La Manada* en el año 2016. Con ello, el movimiento feminista adquirió un protagonismo particular en las calles solicitando a voces un cambio en la legislación penal, un sistema más punitivo que asegure el endurecimiento de las penas a los agresores sexuales, y la consiguiente adecuada y más reforzada protección a las víctimas que sufren por estos delitos, así como una modificación que remarcase y explicitase la centralidad del consentimiento, al tiempo que redujera las exigencias de prueba de su ausencia.

En aras de abordar el grave problema de la delincuencia sexual y responder ante las incesantes demandas del feminismo, en el año 2020 comienzan los primeros trámites para la modificación del Código Penal. Todo ello, termina dos años después con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS), o comúnmente conocida como la Ley del “solo sí es sí”.

Desafortunadamente, con independencia de que se haya intentado poner medidas para reducirlos, las estadísticas del Ministerio del Interior siguen reflejando un aumento sucesivo de los delitos de este contenido. En este sentido, el Informe sobre delitos contra la libertad sexual representa un sorprendente número de 1.997 agresiones sexuales más que el año anterior¹. Asimismo, junto a este problema general que sufren España y todos los países del mundo, nace otro más particular, el problema de que los protagonistas de estos delitos sean personas menores de edad.

Como ya es sabido, los delitos por los que pueden responder penalmente las personas menores de edad son los contenidos en el Código Penal. No obstante, el procedimiento y las consecuencias jurídicas aplicables son los recogidos en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM). La

¹ Ministerio del Interior (2022) *Informe sobre delitos contra la libertad sexual*. https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_contra_libertad_sexual_2022_126210034.pdf

remisión que en la calificación de las conductas se hace a las tipificaciones contenidas en el Código Penal, en muchos casos plantea dudas y desajustes cuando los responsables no han alcanzado la mayoría de edad, por lo que es esencial que las reformas legislativas que se realicen en el Código Penal tengan en cuenta su posible impacto sobre la responsabilidad penal de los menores. Precisamente esto es lo que no tuvo en cuenta la Ley del “solo sí es sí”, dando lugar a situaciones que contradecían los principios y estándares de justicia juvenil, y que tuvieron que ser corregidas (al menos en parte) por una nueva reforma penal.

Lo expuesto puede tener graves consecuencias para las personas menores de edad en conflicto con la ley, ya que la Ley de responsabilidad penal de los menores, llamada a caracterizarse por la búsqueda del superior interés del menor, la flexibilidad, la proporcionalidad y la búsqueda de la prevención y educación de los infractores, con respecto a los delitos sexuales y como consecuencia de los cambios introducidos en el Código Penal, puede llegar a producir efectos contrarios. Al análisis de la situación legislativa al respecto y de las consecuencias reales a las que la misma puede conducir, dadas sus repercusiones personales, jurídicas y sociales, se va a destinar este trabajo.

En aras de cumplir los propósitos expuestos y de plantear de una manera más elocuente y clarificadora algunas de las discordancias y cuestiones controvertidas que suscita la regulación de los delitos contra la libertad sexual cuando los responsables de los mismos son personas menores de edad, en el presente trabajo, se ha optado por plantear, como punto de partida, un caso práctico, que si bien en su conjunto es ficticio, está inspirado en una conjunción de experiencias reales observadas o narradas por adolescentes, razón por la cual puede ser perfectamente subsumible en una situación real de cualquier joven o adolescente menor de edad.

Una vez planteado el caso, se procederá a analizar el mismo en función del Código Penal Español y su tipificación de los delitos sexuales, centrando la atención en los tipos básico y atenuado del delito de agresión sexual. Este análisis concluirá con la determinación de la pena que correspondería aplicar en el caso de que el supuesto agresor fuera una persona adulta y responsable con respecto al Código Penal.

En segundo lugar, se procederá al análisis y resolución del mismo caso práctico, pero poniéndolo en relación con las disposiciones de la LORRPM, como corresponde cuando el autor de los hechos es un adolescente de entre 14 y 17 años. En este apartado es donde se pretende valorar en qué medida la regulación de los delitos sexuales y las novedades introducidas por la LOGILS en el Código penal colisionan o pueden colisionar con los principios de la LORRPM.

Por último, el trabajo concluirá con un apartado dedicado a las conclusiones y a la propuesta de ciertas modificaciones o mejoras del sistema.

CAPÍTULO II. PLANTEAMIENTO DEL CASO

Siendo probado y así se declara que, sobre las 21:00 horas del día 6 de julio de 2023, Marcos, menor de edad (diecisiete años), y Carla, menor de edad (dieciséis años), acudieron a la fiesta de fin de curso de la clase de 4º de la ESO del colegio al que ambos pertenecían, que se había organizado en la vivienda particular de Enrique, un compañero de la clase de ambos, y en la que hubo un consumo generalizado de alcohol y drogas sin la presencia de adultos.

Marcos y Carla eran compañeros de clase y unos testigos sostienen que tenían cierta complicidad diaria, que estaban sentados juntos en el pupitre, pero que “nunca había llegado a pasar nada”. En el transcurso de la fiesta, se jugó a muchos juegos entre los compañeros, como “la botella”² y “verdad o mandato”³, en los que Marcos y Carla manifestaron en público que existía cierta atracción personal y sexual entre ellos con expresiones como “si tuviese que acostarme con alguien sería con Marcos” y viceversa, llegando a rozar sus labios cuando “les tocó en el juego de la botella”.

² El juego de la botella se trata de una famosa dinámica entre jóvenes a la que se suele jugar en fiestas o reuniones de amigos. Su mecánica consiste en que todos los jugadores se sienten, formando un círculo en el suelo, con una botella vacía colocada en el centro. Un jugador se encarga de girar la botella, se espera a que deje de hacerlo y apunte a uno de los participantes. Justo después de este momento, se vuelve a girar la botella y el segundo participante que haya sido apuntado por la misma, debe besar al que fue apuntado primero.

³ El juego de “verdad o mandato” se trata, también, de un famoso juego entre jóvenes que se basa en la elección entre confesar la verdad acerca de una pregunta que haga el resto de los participantes o realizar un reto que el resto proponga.

A medida que iba avanzando la noche, los juegos terminaron, pero, según varios testigos, Marcos y Carla seguían “tonteando” sin separarse. En ese momento, según declaración del propio Marcos, como el alcohol les estaba desinhibiendo, se atrevió a sacar el tema de conversación del sexo, y empezaron a contarse los deseos que ambos tenían con el otro y lo que les gustaría probar.

Pasaron cerca de media hora hablando y fantaseando hasta que Carla propuso a Marcos ir a una habitación. Una vez dentro, de forma inmediata, Marcos procedió a realizar tocamientos por encima de la ropa a Carla, llegando a quitarle la blusa y a dejar la parte superior de su cuerpo al descubierto, mientras él se quitaba los pantalones. Fue en este momento cuando Marcos se puso delante de Carla, en gesto evidente de pretender que esta le practicase una felación, diciendo al mismo tiempo “venga, ahora puedes hacer realidad todo lo que me dijiste antes”. Carla no se muestra cómoda e intenta evitar que ocurra el sexo oral, por lo que se levanta y le dice a Marcos que prefiere que paren ahí, a lo que él responde agarrándola del brazo y tratando de que vuelva a estar cerca, le dice “venga Carla que lo estabas deseando”. Carla rápidamente se coloca la blusa, sale de la habitación y le dice a sus amigas, llorando, que se va de la fiesta y que Marcos la había intentado violar.

En relación con los hechos descritos Carla declara que propuso a Marcos entrar en la habitación porque le daba vergüenza que sus amigas los escuchasen hablar de cosas de contenido sexual y porque la música estaba muy alta y no se oían bien. Por su parte, Marcos manifiesta que él entendió que Carla le pedía entrar en la habitación para “hacer realidad lo que estaban hablando”.

CAPÍTULO III: LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

1.1 Elementos del tipo básico de agresión sexual y aplicación al caso

El tipo básico del delito de agresión sexual se encuentra regulado en el artículo 178 CP donde se establece que es “(...) responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”.

Este artículo es fruto de la reciente reforma de la Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual (en adelante, LOGILS)⁴. La reforma tuvo una importancia crucial en lo que a los delitos sexuales respecta, ya que, entre otras novedades, integra en el delito de agresión sexual todas las conductas que atentan contra la libertad sexual de otra persona y que anteriormente se distribuían entre los abusos y las agresiones sexuales⁵. Un aspecto muy importante a tener en cuenta, que la reforma introduce como novedad es que, para realizar un delito de agresión sexual, ya no es necesario que medie violencia o intimidación, poniéndose el énfasis en la ausencia de consentimiento y en el atentado contra la libertad sexual de las personas, y pasando a un segundo plano los medios utilizados para llevarlo a cabo.

En cuanto al tipo básico del artículo 178 CP, es importante aclarar que, independientemente de que la LOGILS se refiera fundamentalmente a mujeres y a personas menores de edad⁶, los tipos penales de agresión sexual estaban y continúan estando concebidos de tal manera que no existe distinción de género en relación con los sujetos activo y pasivo, esto es, tanto hombres como mujeres pueden ocupar indistintamente las posiciones de sujeto activo y de sujeto pasivo del delito. Aspecto distinto es la restricción que existe con respecto a la edad del sujeto pasivo, en la medida en que el artículo 178 sólo puede ser aplicado en relación con delitos cometidos sobre personas que hayan alcanzado los 16 años, edad genérica del consentimiento sexual en la actualidad, ya que la realización de actos *de carácter sexual con un menor de dieciséis años* se encuentra específicamente sancionada en el artículo 181 CP.

⁴ Seis meses más tarde, la LOGILS fue modificada por la Ley 4/2023, de 27 de abril, debido, entre otras razones, a determinadas consecuencias indeseadas, derivadas de la rebaja de las penas mínimas y de la aplicación de la retroactividad favorable, cuyo análisis excede del objetivo de este trabajo.

⁵ Recuérdese que, hasta la reforma, el delito de abuso sexual venía regulado en el antiguo artículo 181.1 CP, que establecía que “*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*”. Por otro lado, el delito de agresión sexual, anterior a la reforma, establecía que “*el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*”. De este modo, si bien en ambas figuras delictivas se atentaba contra la libertad sexual de otra persona, lo que conllevaba la ausencia de un consentimiento válido, la diferencia entre ellos estribaba en la necesaria utilización de violencia o intimidación en las agresiones sexuales.

⁶ El Preámbulo de la LOGILS afirma que *la norma viene justificada por una razón de interés general tan poderosa como es la necesidad de erradicar las violencias sexuales que sufren las mujeres de todas las edades y los niños*.

Nos encontramos entonces, ante la primera delimitación en nuestro caso, Carla – presunta víctima de un delito de agresión sexual– ya tiene dieciséis años⁷, por lo que procede descartar la aplicación del artículo 181 CP frente a la del artículo 178 CP.

1.1.1 Bien jurídico protegido y descripción de la conducta típica

El tipo básico contenido en el artículo 178 CP sanciona la realización de *cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*. En este caso, nos encontramos, en la descripción de la conducta típica, ante unos términos que, en atención a su falta de precisión, dificultan la delimitación, por un lado, de qué tipo de actos pueden atentar contra la libertad sexual de una persona y, por otro lado, la aclaración del concepto y los requisitos del consentimiento.

Comenzaremos, en primer lugar, por determinar qué se entiende por libertad sexual, el bien jurídico que se considera protegido en los delitos sexuales contenidos en el Título VIII del CP, y que tiene por función establecer la clave a partir de la cual se prohíben determinadas conductas que lesionan ese valor fundamental. Si bien ya desde la propia rúbrica del Título VIII CP y en la descripción de los tipos penales se hace referencia a la libertad sexual, la realidad es que este concepto no aparece definido en ningún momento en la Ley.

Para determinar su significado, tomaremos como punto de partida la definición aportada por DÍEZ RIPOLLÉS quien concibe la libertad sexual como la “pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en condiciones de libertad”, abogando por el castigo de todas aquellas conductas “en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre”⁸. HERREROS HERNÁNDEZ, establece una definición más reciente decantándose por considerar a la libertad sexual como “la autonomía y libre disposición del ámbito de la sexualidad individual”⁹. También nos encontramos con otras formulaciones como la de MARCHENA GÓMEZ, que la define como “la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del

⁷ En el año 2015, se produjo una profunda reforma del Código Penal protagonizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. Gracias a esta modificación, el legislador estableció la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años, con la pretensión de proteger en mayor medida a las personas menores de edad en un ámbito tan delicado como la libertad sexual.

⁸ Díez Ripollés, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, 2000, pp. 76.

⁹ Herreros Hernández, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n.10, 2021, p. 63.

respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad”¹⁰. Vemos, por tanto, que en un Derecho Penal que se estructura en torno a la protección de la libertad sexual, el consentimiento se posiciona como el elemento esencial a la hora de establecer esa, a veces, delgada línea que existe entre las actividades sexuales constitutivas de delito y aquellas que quedan amparadas por el libre ejercicio de la libertad sexual.

Sin embargo, después de ver las distintas concepciones que pivotan alrededor de un mismo concepto, consideramos que, si bien todas son correctas, la más adecuada es la de DÍEZ RIPOLLÉS debido, entre otras razones a que entender así la libertad sexual permite aglutinar en torno al mismo bien jurídico protegido, todos o la mayor parte de los delitos sexuales contenidos en el CP y particularmente aquellos cometidos sobre “individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos”¹¹. Además, la mayoría de la doctrina considera que “lo que se protege de una manera directa por el Derecho Penal sexual es la denominada vertiente negativa o estática de la libertad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en conductas de carácter sexual que no se han consentido válidamente, ello sin perjuicio de la posibilidad de sancionar los ataques a la vertiente positiva de la libertad sexual, entendida como el derecho de la persona a disponer libremente de sus potencialidades sexuales a través de otros tipos penales”¹².

Cabe destacar que, hasta hace poco tiempo, la libertad sexual no era el único bien jurídico protegido de los delitos sexuales, conforme al propio Código Penal que, en la rúbrica del Título VIII y en la redacción de los tipos penales aludía, conjuntamente con la libertad sexual, a la “indemnidad sexual”, concepto que hace referencia, según el Tribunal Supremo, al “derecho de esos menores a no verse involucrados en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad”¹³. Tras los relevantes cambios introducidos en el Derecho

¹⁰ Marchena Gómez, M. (1990). “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 3/1989)”, *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.2, 1990, p. 1157.

¹¹ Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 76.

¹² Cabrera Martín, M., *La victimización sexual de menores en el código penal español y la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 77.

¹³ Así lo define la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 329/2021, de 22 de abril (STS 1405/2021).

penal sexual por la reforma del Código Penal de 2015, que ya apuntaban en la misma línea, la LOGILS ha traído consigo la eliminación del concepto de “indemnidad sexual”. Esto era algo que se llevaba intentado promover por una importante parte de la doctrina, debido a que se consideraba, en palabras de la FGE, que la indemnidad sexual “no contaba con sustantividad propia frente al bien jurídico de la libertad sexual (...) así como por entender que encerraba una conceptualización ingenua de la minoría de edad e incompatible con el texto constitucional”. Añade la FGE que la eliminación del concepto del Título VIII del CP no tiene ninguna importancia en la práctica y que no influye de ninguna manera en la aplicación e interpretación de la ley¹⁴.

Una vez aclarado el concepto de libertad sexual, nos cuestionamos qué significa *atentar* contra la misma. Es aquí cuando nos encontramos ante una imprecisión por parte del legislador que ha recibido muchas críticas por la inadecuada e imprecisa técnica de describir la conducta típica a través de la mera referencia al atentado contra el bien jurídico. En este sentido, autores como MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO aclaran que, para que exista un atentado contra la libertad sexual, es necesario que se pruebe que un sujeto activo ha llevado a cabo una conducta de carácter sexual destinada a “satisfacer o excitar un ánimo libidinoso o lúbrico”¹⁵.

1.1.2 Actos que atentan contra la libertad sexual

Una vez sentada la base del bien jurídico protegido por el delito de agresión sexual, nos cuestionamos a qué actos se refiere específicamente el legislador en la redacción del tipo básico, poniendo de relieve preguntas tales como ¿es necesario el contacto físico para considerar que un acto atenta contra la libertad sexual? De ser necesario, ¿es preciso que ese contacto físico tenga lugar entre los sujetos activo y pasivo? ¿es necesaria la participación del supuesto agresor sexual en el acto? Y es que el artículo 178 CP ha suscitado y seguirá suscitando muchas cuestiones relacionadas con su definición por la falta de precisión o taxatividad que lo caracteriza.

¹⁴ 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 (BOE 5 de abril de 2023).

¹⁵ Morales Prats, F. y García Albero, R.M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en Morales Prats, F. y Quintero Olvidares, G. (Eds.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 1301.

Para facilitar su entendimiento, debemos tener en cuenta la jurisprudencia y doctrina establecida que clarifica la delimitación de dichos supuestos. En primer lugar, afirma CABRERA MARTÍN, que “lo más adecuado es considerar que la conducta típica, en el ámbito del tipo básico de agresiones sexuales del artículo 178, ha de tener algún elemento de contacto físico, entendido este en un sentido amplio e integrador, no solo de los contactos de la víctima con el sujeto activo del delito o de la víctima con un tercero, sino también de los contactos de la víctima consigo misma”. Continúa la autora señalando que dejar atrás lo anteriormente establecido “dejaría fuera del precepto, conductas que tienen igual o mayor afectación a la libertad sexual del sujeto pasivo”. Así, la autora llega a la conclusión de que todas aquellas conductas en las que no se dé un contacto físico, entendido este en el sentido amplio anteriormente indicado, no entrarán dentro de los delitos de agresión sexual, con independencia de que, en algunos casos, puedan ser sancionadas por la vía de otros preceptos penales¹⁶. A priori, vemos las respuestas a las dos preguntas planteadas anteriormente, esto es, la necesidad de que exista un contacto físico, y la posibilidad de que se produzca una agresión sexual sin necesidad de que el agresor participe de una manera activa en el acto. Aun así, seguiremos profundizando en estas dos preguntas, pues tanto en las resoluciones judiciales como en la doctrina existen opiniones muy diversas.

En cuanto a la entidad de la participación de los sujetos en los actos sexuales, la jurisprudencia parece ser bastante clara y unánime; el Tribunal Supremo establece en numerosas sentencias que el hecho de que el sujeto pasivo sea el obligado a realizar acciones sexuales sobre sí mismo también infringe el tipo penal¹⁷.

Sin embargo, en cuanto al contacto corporal, mientras que gran parte de la doctrina se decanta por lo anteriormente expuesto, autores como SAINZ-CANTERO y PARDO MIRANDA defienden que no deviene necesario el contacto entre los cuerpos de ambos sujetos intervinientes en la relación sexual y añaden que “basta cualquier tipo de comportamiento, incluso sin tocamiento o contacto físico, siempre que se aprecien la inequívoca significación sexual de la conducta que se impone y que tenga cierta gravedad

¹⁶ Cabrera Martín, M., *op. cit.* p. 80.

¹⁷ Las SSTS núm. 1397/2009, de 29 de diciembre (STS 8483/2009), en la que el agresor sexual se realizaba masturbaciones mientras que el sujeto pasivo era obligado a desnudarse y enseñar sus zonas íntimas; y núm. 377/2018, de 23 de julio (STS 3040/2018).

o trascendencia”¹⁸. Asimismo, en el ámbito jurisprudencial nos encontramos con ciertas resoluciones que suscitan dudas razonables al respecto; en este sentido, el Tribunal Supremo distingue entre algunos delitos de índole sexual que requieren contacto físico y otros en los que simplemente se requiere una intención de que el sujeto pasivo visualice las acciones sexuales. Este es el caso del delito de exhibicionismo que, en palabras del Tribunal Supremo, “sin duda alguna se refiere a acciones sexuales que no recaen sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino que se realizan para que éste las perciba visualmente”, mientras que “el tipo del art. 181 requiere que esa acción sea ejecutada sobre el cuerpo del sujeto pasivo”¹⁹. Así como el caso en el que el Tribunal Supremo condenó al acusado por un delito de abuso sexual en el que no medió contacto físico alguno entre él y el sujeto pasivo²⁰.

No obstante lo anterior, en este trabajo nos decantamos por la visión de CABRERA MARTÍN junto con la mayoría de la doctrina, por lo que podemos concluir que es necesario algún tipo de contacto físico, pero entendido en sentido amplio, lo que implica que no ha de ser necesariamente contacto físico entre la víctima y el agresor; puede tratarse de un contacto entre la víctima y un tercero, o la víctima consigo misma²¹.

Profundizando un poco más en las conductas que pueden encuadrarse en el delito de agresión sexual, resulta interesante tratar aquellos casos donde la jurisprudencia también castiga como reos de agresión sexual a personas que realizan tocamientos –sorpresivos o fugaces–, no siendo necesario que se proyecten sobre zonas corporales objetivamente sexuales²². Así lo confirma la FGE citando distintas situaciones

¹⁸ Pardo Miranda, M., “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital*, n. 11, 2023, p.5.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1696/2003, de 19 de diciembre (STS 8308/2003).

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 158/2019, de 26 de marzo (STS 1373/2019), que cita a su vez la STS 450/2018, de 10 de octubre estableciendo que “*la tipicidad en el delito de abuso sexual no requiere el contacto corporal entre dos sujetos. Lo relevante es el ataque a la libertad e indemnidad sexual llevado a cabo sin su consentimiento o contra un menor (...). Cuando hemos referido la exigencia de un contacto físico o corporal, entre los sujetos activo y pasivo ha de ser entendida como realización conjunta del hecho, sin la exigencia de un contacto corporal*”.

²¹ Cabrera Martín, M., *op. cit.*, p. 80.

²² La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 182/2024, de 28 de febrero, (STS 1596/2024), considera que “*el delito hoy de agresión sexual, en la vertiente anterior de abuso sexual, incorporado al art. 178 del Código Penal, presenta las siguientes características: a) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual, cuya variedad es múltiple siempre que no represente un acceso carnal, agrediendo así la libertad sexual del sujeto pasivo. Como señala la STS 364/2019, de 19 de mayo, no es necesario que el contacto se proyecte sobre determinadas zonas del cuerpo de un mayor significado sexual, si la conducta lo tiene; b) que ese elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquel siempre que estas se impongan a personas incapaces de consentir libremente (...)* La doctrina de esta Sala, como ya lo hemos

merecedoras de reproche penal como “*los tocamientos sorprendivos o fugaces sobre zonas erógenas aun cuando se realicen por encima de la ropa, los besos en la boca, aunque no los denominados ósculos, o los tocamientos sobre zonas no erógenas cuando las circunstancias del caso justifiquen apreciar un atentado contra la libertad sexual*”²³.

Con la finalidad de aclarar la situación de aquellos tocamientos sobre zonas no erógenas, es importante subrayar que se estará a las circunstancias particulares de cada caso. Por ejemplo, en el caso de Marcos y Carla, suponiendo que los tocamientos hubiesen sido sobre la espalda o las piernas de Carla, se puede ver con claridad que iban acompañados de unas intenciones claramente sexuales por parte de Marcos, evidenciadas por la situación en la que se encontraban, los comentarios que iban surgiendo por su parte para poder mantener relaciones sexuales, su actitud ante la situación en la habitación y el hecho de que quite la ropa a Carla. Independientemente de lo anterior, la realidad es que los tocamientos de Marcos fueron sobre zonas sexuales y con una intención claramente sexual, debido a que le quitó la blusa y él se quitó los pantalones

Por otro lado, nos encontramos con otra delimitación de los actos que entran dentro del tipo básico del artículo 178 CP si dirigimos la mirada hacia los actos descritos en el artículo 179 CP. En este sentido, se describen determinadas conductas como “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías” de tal manera que se puede llegar a la conclusión de que todos aquellos actos constitutivos del tipo agravado de violación, castigado por el artículo 179 CP, no formarán parte del tipo básico del artículo 178 CP.

Para un mayor entendimiento, consideramos necesario aclarar qué se entiende por acceso carnal e introducción de miembros corporales u objetos. La doctrina y jurisprudencia vienen aclarando que el acceso carnal consiste en la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal. De lo expuesto, puede deducirse que, del delito de violación por acceso carnal, al ser necesaria la existencia de penetración del

así expresado con anterioridad, ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la conducta”.

²³ Circular 1/23, de 29 de marzo, *op. cit.*

Por otro lado, para facilitar el entendimiento de la cita, conforme al Diccionario de la RAE entendemos como zonas erógenas todas aquellas partes del cuerpo susceptibles de crear excitación sexual o que sean sensibles a la misma. Por su parte, se consideran ósculos todos aquellos besos que se dan como muestra de respeto o afecto (Real Academia Española, s.f.).

órgano sexual masculino, solo puede ser sujeto activo el hombre, pero no es así. Esta cuestión la aclaró el Tribunal Supremo cuando estableció que “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”²⁴, y lo confirma la jurisprudencia subsiguiente al establecer que “*el acceso carnal sucede tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, cuando introduce el pene, como cuando la víctima es la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad, introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo*”²⁵.

Lo expuesto resulta de gran relevancia debido a que la conducta de Marcos no se acaba en los tocamientos de este a Carla sin su consentimiento. Y es que, la solución del caso da un giro completo al tener en cuenta la petición de una felación e insistente retenimiento por parte de Marcos. Estas circunstancias dificultan la resolución debido a que nos podríamos encontrar ante una tentativa de violación castigado por el antes comentado artículo 179 CP²⁶. Nos referimos al delito de violación en grado de tentativa porque, atendiendo a los hechos probados, el pretendido acceso carnal de Marcos por la vía bucal de Carla no se llegó a consumir, pero sí a intentar²⁷. Asimismo, se debe tener en cuenta el hecho de que Marcos trató de retener a Carla, empleando fuerza –agarrándola del brazo– para que volviese y le practicase la correspondiente felación. Por tanto, podemos comprobar que se cumple con los elementos del tipo del artículo 179.1 CP, esto es, el acceso carnal por vía bucal. Hecho que no se dio finalmente porque Carla logró salir de la habitación y que Marcos la soltase, algo que podemos considerar como evento ajeno a la voluntad del agresor que provocó que el delito no tuviese lugar. Lo que se debe estudiar con más detenimiento, de cara a determinar si nos encontramos ante el apartado 1 o 2 del artículo 179 CP es si la retención de Marcos a Carla se podría considerar violencia, o no. En este caso, al estar ante una retención parcial y en donde Marcos

²⁴ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión el día 25 de mayo de 2005.

²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1295/2006, de 13 de diciembre (STS 8772/2006).

²⁶ Conforme al artículo 179 CP: 1. *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, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.* 2. *Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.*

²⁷ Conforme al artículo 16.1 CP: “*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”.

únicamente agarró del brazo a Carla, supondremos que estamos ante unos actos que no suponen violencia. Por consiguiente, en este caso, nos encontramos ante un delito descrito en el artículo 179.1 CP.

1.1.3 La ausencia de consentimiento

El consentimiento constituye la clave o piedra angular de los delitos contra la libertad sexual, siendo un aspecto del que se ha encargado expresamente la Ley del “solo sí es sí”, convirtiendo en necesaria, no sólo la acreditación de la ausencia de consentimiento, sino la falta de un consentimiento emitido en los términos establecidos por el propio artículo 178 CP.

En este sentido, señala dicho artículo, *“solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”*. Por consiguiente, lo más importante a la hora de valorar la existencia del consentimiento es si ambas personas involucradas en la relación sexual tienen la clara y libre intención de mantenerla y así lo hayan expresado. Sin embargo, el concepto de consentimiento siempre ha conllevado grandes problemas interpretativos a la hora de precisarlo en relación con la resolución de los casos concretos, lo que ha quedado reflejado en la jurisprudencia existente al respecto. A modo de ejemplo, la STS 1295/2006 establece que *“por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben de ser considerados como explícitos. De modo que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado, y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención “la voluntad de la persona”, pudiera servir a dichos efectos, o dar una pista interpretativa al respecto”*. Así las cosas, el Tribunal Supremo concluye que es esencial partir de las circunstancias particulares del caso y extraer de los elementos probatorios la concurrencia, o no, de consentimiento. Asimismo, se ha establecido que ni el silencio, ni el hecho de que no exista resistencia por parte de la víctima, ni aquellos casos en los que el sujeto pasivo se encuentra durmiendo, son señales de consentimiento²⁸. En sentido similar, la STS 344/2019 establece que *“el no decir “no”*

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 196/2023, de 21 de marzo (STS 1400/2023).

*en este tipo de situaciones no equivale, ni mucho menos, a consentimiento válido. De la misma manera, tampoco el silencio guardado por la víctima significa que sí, si el conjunto de las circunstancias concurrentes permite concluir lo contrario*²⁹.

Nos resulta especialmente relevante destacar que esta visión del consentimiento asumida por muchas sentencias es, en gran medida, con el sentido de la reforma penal de la Ley del “solo sí es sí”, que ha pretendido integrar en la sociedad “un modelo positivo o de afirmación del consentimiento”, sobre la base esencial de que “el silencio pasivo, sin actos que manifiesten claramente la voluntad de participar en el encuentro sexual, no puede interpretarse como consentimiento”³⁰.

Pues bien, aunque no encontremos una solución exacta y aplicable a todas las situaciones, compartimos la acertada definición de consentimiento válido que establece ACALE SÁNCHEZ, “*libre es pues el consentimiento voluntario que se emite sin que exista causa alguna que lo esté predeterminando*”³¹.

En cuanto al caso concreto en torno al cual se articula este trabajo, como gran parte de los supuestos que llegan a los tribunales, presenta una situación compleja en la que es difícil determinar la existencia o no de consentimiento y, en su caso, el alcance y/o los límites del mismo. Por un lado, asumimos que existió voluntariedad por parte de Carla de entrar en la habitación con Marcos, ya que fue ella quien se lo propuso. También quedó probado que mantuvieron mucha cercanía durante toda la noche en la fiesta, que existió un beso por parte de ambos en el “juego de la botella”, y que Carla realizó en el juego de “verdad o mandato” confesiones como “si tuviese que acostarme con alguien de aquí sería con Marcos”. No obstante, ¿lo anteriormente probado implica necesariamente que existe consentimiento de realizar actividades sexuales con Marcos dentro de la habitación y en esa noche? ¿Tiene lógica que Carla haya propuesto a Marcos entrar en una habitación porque “la música estaba muy alta y le daba vergüenza que sus amigas la escuchasen”? ¿Resulta razonable la explicación de Marcos cuando manifiesta que si realmente Carla hubiese querido seguir hablando le hubiese propuesto ir a la cocina o al pasillo, en vez de a una habitación? El beso que se dieron al jugar a la botella ¿constituye un motivo

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio (STS 2200/2019), FJ 3.

³⁰ Circular 1/23, de 29 de marzo, *op. cit.*

³¹ Acale Sánchez, M.L. *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023, p. 1208.

suficiente para hacer pensar a Marcos que Carla quiere realizar actos más serios, sexualmente hablando, con él? ¿Es suficiente con que Carla y Marcos hayan participado voluntariamente en juegos y conversaciones sexualizadas, y que se hayan dicho en ellas qué cosas les gustaría hacer juntos, para llegar a la conclusión de que Carla quería mantener en ese momento relaciones con Marcos? En el caso de que la respuesta a estas preguntas sea negativa ¿tendría algún posible sustento la alegación de que Marcos haya interpretado lo contrario?

Nos encontramos ante un caso realmente complejo por la cantidad de preguntas que nos podemos plantear y las distintas valoraciones que puede realizar cada persona. En este sentido, Carla declara que “no se estaba tomando la conversación tan en serio”, y que nunca expresó ni verbalmente ni con otro tipo de señales explícitas que quería mantener relaciones sexuales con Marcos. Por el contrario, Marcos defiende con rotundidad que él creía que Carla quería, que desde que le pidió ir a una habitación estaba convencido de que mantendrían las relaciones previamente habladas. Asimismo, Marcos, en su declaración, establece que Carla no le dijo en ningún momento que parara de tocarla, lo que le llevó a pensar que quería pasar a niveles más avanzados. Por tanto, nos preguntamos seriamente ¿hay consentimiento de Carla, o no? En caso de haberlo, ¿reuniría los requisitos exigidos por el artículo 178 CP?

Para facilitar la respuesta a esta cuestión, resultan muy interesantes las consideraciones de la FGE acerca de la concurrencia del consentimiento estableciendo que “la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por tanto, se considerarán no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento”³². De esta manera, podemos ver una interpretación del consentimiento por parte de la FGE en la que no existe cabida ni validez para suposiciones del mismo en el ámbito de las relaciones sexuales, siendo necesaria así una verificación que será responsabilidad del sujeto activo.

³² Circular 1/2023, de 29 de marzo, *op. cit.*

No obstante, en la actualidad, y el caso planteado puede ser un ejemplo, ello puede conducir a muchos errores a la hora de interpretar y comunicar el consentimiento, situaciones en las que uno de los intervinientes en la relación sexual entiende que existe consentimiento cuando la realidad es completamente diferente. En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ analiza detalladamente este tipo de circunstancias a través de un trabajo que trata los errores que están apareciendo con respecto al consentimiento y las consecuencias que no se han tenido en cuenta a la hora de establecer la rigurosa definición que ofrece el artículo 178 CP del mismo. De esta manera, el autor se refiere a todas aquellas “situaciones en las que el hombre cree que hay actos de la mujer que significan un sí y actúa honestamente convencido de ello” como “zonas de penumbra”, poniendo en el centro el grave problema de la comunicación e interpretación. De esta manera, expresa su preocupación por el posible aumento de absoluciones al sostener que los errores incrementarán considerablemente al chocar la rigurosa definición de consentimiento con los argumentos que un individuo puede presentar a la hora de demostrar que pensaba (por error) que el otro interviniente estaba consintiendo las relaciones. En otras palabras, este autor considera que “el error va a ser la alegación más exitosa en los casos de agresión sexual”³³. De hecho, basa dicho trabajo en la Sentencia de 6 de abril de 2022 de la Audiencia Provincial de Castelló, que absuelve a un mayor de edad de un delito de agresión sexual en unos términos muy parecidos a los de nuestro caso³⁴.

Asimismo, resulta interesante el estudio de ÁLVAREZ MEDINA acerca de estas situaciones, sobre todo, cuando establece la necesidad de diferenciar entre lo que todos entendemos por consentimiento y lo que realmente significa el consentimiento sexual. En este sentido, la autora establece la importancia de esclarecer lo que se consiente y respecto de quién se consiente, debido a que son dimensiones de los actos sexuales que encuentran su sentido en un ámbito contextual y relacional. Asimismo, nos muestra la gran diferencia que existe entre las *relaciones pre-sexuales* y las *relaciones propiamente sexuales*. Esto

³³ Ramos Vázquez, J.A., “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí””, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 34, 2023, p. 293.

³⁴ Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castelló de 6 de abril de 2022 citada por el autor, absuelve a un mayor de edad por incurrir en un error al interpretar que la presunta víctima tenía consentimiento de mantener las relaciones sexuales descritas en los hechos, y lo fundamenta en que “*el número de llamadas cruzadas aquella noche y el hecho de que aceptase a última hora reunirse con él y, sobre todo, el que a sabiendas de las intenciones sexuales del acusado para con ella, aceptase introducirse con él en una cabina de aseo prevista para caballeros, [...] [cuando] no había necesidad de entrar a orinar juntos, como la acusada ha mantenido*”. Así, concluye la Audiencia Provincial estableciendo que “*puede considerarse razonable entender que el acusado, pensara lo contrario y actuara en consecuencia*”.

nos resulta muy interesante debido a que muchos de los casos que llegan a los tribunales se deben a mezclar ambos conceptos y sacar conclusiones de que las relaciones sexuales tienen cabida y razonamiento por el mero hecho de que en las relaciones pre-sexuales haya existido reciprocidad. En sus propias palabras, la autora establece que “el pasaje de los intercambios pre-sexuales a las intenciones propiamente sexuales puede no producirse y, por tanto, no basta constatar los primeros para esperar o confirmar la presencia de las segundas”³⁵. Se demuestra así la existencia de los problemas de comunicación entre los intervinientes, destacando la importancia y frecuencia que tienen en el ámbito juvenil.

Esto se vuelve aún más complicado cuando se trata de un caso en el que las personas se conocen y conciertan un encuentro, tienen una relación anterior a la sexual, una primera cita, o sin ir más lejos, nuestro caso concreto, dos adolescentes que van a la misma clase del colegio, con clara atracción mutua, que dan lugar a situaciones pre-sexuales, como besos, conversaciones y tocamientos, entre otras cosas. En estos casos, se necesita analizar el transcurso de la relación, de tal manera que los tribunales puedan dilucidar si los actos sexuales fueron forzados, o no, por parte del sujeto activo. Sin embargo, es una tarea que se vuelve muy complicada debido a la cantidad de desacuerdos que existen a la hora de establecer si una determinada acción merece la calificación de manifestación del consentimiento sexual, o no. En estos casos, la autora, anteriormente citada, propone una doble interpretación del consentimiento. Por un lado, el consentimiento como disposición bilateral, una situación en la que se busque reciprocidad y cooperación a la hora de progresar a las relaciones sexuales. Por otro lado, el consentimiento como permiso unilateral, en el que se busque, en caso de duda, una autorización para avanzar.

Asimismo, concluye estableciendo que la justicia debe evolucionar, y propone a los tribunales un estudio de las diferencias de género en el ámbito sexual, cerciorándose a su vez de que ambos intervinientes están debidamente protegidos y respetados. De esta manera, cuando haya que averiguar la existencia del consentimiento en el sujeto pasivo mediante el contexto que los envuelve, se tengan en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres, entre sus distintas concepciones de las relaciones sexuales y maneras de concebir el placer. Lo que nos lleva a concluir que lo que se propone, entre otras cosas,

³⁵ Álvarez Medina, S., “La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 47, 2023, p. 356.

es que no haya una victimización generalizada de la mujer ni una asumida culpabilidad del hombre, y que se trate rigurosamente caso por caso, de manera que se puedan cubrir las *zonas de penumbra*.

Volviendo al caso de Marcos y Carla, nos encontramos con un contexto en el que reina el silencio y las suposiciones de una libre progresión de las relaciones pre-sexuales a las sexuales por parte de Marcos. En este sentido, procedemos a aclarar cómo resuelve la jurisprudencia aquellos casos de silencio por parte de la mujer y la interpretación subjetiva del hombre acerca de su consentimiento. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, se pronuncia acerca del consentimiento citando a su vez la doctrina establecida por el Excmo. Sr. Magistrado D. Vicente Magro Servet *“el consentimiento debe vislumbrarse, en consecuencia, mediante actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten que admite el contacto sexual, con lo que el silencio no puede entenderse como consentimiento. Debe desprenderse de actos o gestualización que la mujer admite el contacto sexual, por lo que no cabe la presunción del consentimiento por el autor, ni la deducción del autor de que la víctima acepta a tener el contacto sexual. Es importante destacar, como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo, que la circunstancia de que un hombre haya tenido acceso carnal con una mujer no supone una especie de carta blanca para tenerlo cuando él quiera, sino que cada acto es individual sin servir de consentimiento tácito que la mujer ya haya aceptado antes a tener contacto sexual con esa persona, por lo que no existe presunción de aceptación y consentimiento por existencia de relaciones sexuales previas consentidas”*³⁶.

De la misma manera, el Tribunal Supremo se pronuncia acerca del consentimiento expreso y la no cabida de las interpretaciones subjetivas que se susciten como excusa ante un delito de agresión sexual. En palabras del Tribunal Supremo, *“si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas. Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última”*³⁷.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 27/2024 de Madrid, de 12 de enero (SAP M 1/2024).

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2020, de 14 de mayo (STS 882/2020).

Por todo lo expuesto, consideramos que no existe consentimiento ni expreso ni tácito por parte de Carla, que el hecho de haber mantenido conversaciones previas acerca de lo que le gustaría probar o hacer en el plano sexual no le da a Marcos la potestad para disponer de la libertad sexual de Carla, ni mucho menos de interpretar que está legitimado para ello. Además, nada hubiese costado haber preguntado previamente si quería, efectivamente, hacer realidad lo hablado.

1.1.4. Elemento subjetivo de la tipicidad

Antes de definir el dolo y ver en qué situaciones se puede considerar que este concurre, es importante hacer dos aclaraciones. En primer lugar, tener claro que si se considera que existe error de tipo se elimina la tipicidad dolosa y, en segundo lugar, saber que la diferencia entre ambos va a depender del modelo de consentimiento que se tenga en cuenta a la hora de valorar el caso, esto es, un modelo que señala la existencia del delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo (“yes model”) o un modelo que determina el delito cuando se realice la conducta haciendo caso omiso a la oposición de la víctima (“no model”)³⁸. En el caso de España, el legislador ha optado por determinar la existencia de dolo siempre que el autor actúe sin haberse preocupado por obtener el consentimiento previo del otro interviniente, independientemente de que este último no hubiese realizado ningún acto para evitarlo.

Una vez aclarado lo anterior, pasamos a destacar que, para poder apreciar un delito de agresión sexual, se necesita la concurrencia de dolo por parte del sujeto activo, entendiendo que actúa dolosamente quien sabe lo que hace (elemento intelectual) y quiere hacerlo (elemento volitivo). En este sentido, es importante aclarar que el elemento intelectual del dolo se refiere únicamente a conocer los elementos del tipo, no a las posibles intenciones o motivos lascivos del sujeto activo³⁹. En otras palabras, para entender que el autor actúa con dolo, solo hará falta que sepa que la conducta que está realizando voluntariamente atenta contra la libertad sexual de otra persona que no ha prestado su consentimiento. Por ello, la FGE impone en su doctrina la necesidad de que el supuesto agresor indague diligentemente y de manera responsable el consentimiento

³⁸ Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el que se ha aprobado el Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

³⁹ Circular 1/2023, de 29 de marzo, *op. cit.*

de la otra persona antes de realizar algún acto de contenido sexual⁴⁰. Sin embargo, no solo existe este tipo de dolo, el directo, también nos encontramos ante la posibilidad de que el sujeto activo actúe con dolo eventual. Este es el caso en el que el autor ve el resultado de su acción como poco probable, pero lo acepta en caso de que se produzca. La diferencia entre los dos tipos de dolo más frecuentes ante los que nos podemos encontrar la refleja correctamente el Tribunal Supremo cuando establece que *“quien conoce el peligro concreto de la realización del tipo y obra sin hacer algo para impedir su concreción, obra con dolo directo, o con dolo eventual cuando manifiesta una actitud indiferente respecto a su realización”*⁴¹.

No obstante, el terreno del dolo eventual es más ambiguo, debido a su posible fricción, en determinadas ocasiones, con la apreciación errónea por parte del sujeto activo, aquellos casos en los que éste establezca que desconocía que el sujeto pasivo no consentía aquellas relaciones de carácter sexual. En este sentido, cabe traer a colación la interesante jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, en la que se trata la delgada línea que existe entre el dolo eventual y el error de tipo. En sus propias palabras, el Tribunal Supremo establece que *“el acusado no intentó aclarar la edad de la víctima, lo que puede ser debido a un error o a la representación de una edad de la que se despreocupa – indiferencia respecto al elemento típico referido a la edad, que incardina en el dolo eventual, que haría típica la conducta. (...) esta descripción fáctica no es subsumible en un error de tipo, porque no describe desconocimiento del hecho sino indiferencia hacia el mismo, que es un concepto distinto y con consecuencias jurídicas también distintas. (...) Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, como decíamos en la STS 527/2015, de 22 de septiembre, asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito”*⁴².

Por otro lado, resulta muy interesante la concepción que PUENTE RODRÍGUEZ introduce acerca del dolo y la nueva reforma del CP. En este sentido, como ya hemos

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 411/2014, de 26 de mayo (STS 2092/2014).

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 390/2018, de 25 de julio (STS 3067/2018).

adelantado previamente, el apartado 1 del artículo 178 CP introduce la necesidad de una manifestación libre del consentimiento que exprese la voluntad de la persona de realizar actos sexuales. En este sentido, con la nueva reforma, el dolo del sujeto activo no se circunscribe únicamente al conocimiento de la ausencia de consentimiento, va un paso más allá. El dolo se apreciará cuando no exista una manifestación *clara* de consentimiento, algo que se sabe a la perfección por parte de los intervinientes en la relación sexual.

En conclusión, en nuestro caso concreto, a Marcos no le será suficiente con defender que consideraba que existía consentimiento. Ahora, con la nueva reforma del CP, Marcos tendrá que probar que también consideraba que ese consentimiento era una manifestación libre capaz de expresar la voluntad libre de Carla. Así lo resume GONZÁLEZ TASCÓN, estableciendo que “si no se puede constatar con claridad la voluntad favorable al acto sexual, la acción será típica”⁴³.

1.1.5. Error de tipo

Por todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que quien comete un error con respecto al consentimiento o a la edad del sujeto pasivo no actúa con dolo, ya que no tiene conocimiento acerca de dos elementos del tipo, edad y/o consentimiento. Así las cosas, se abre paso a la apreciación de un error de tipo, entendido por la doctrina y jurisprudencia como aquel en el que autor desconoce lo que hace.

Para este tipo de circunstancias, el legislador prevé en el artículo 14.1 CP lo siguiente: “*el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”.

Nos resulta importante destacar, dentro del error vencible, la expresión “en su caso”, debido a que solo se podrá castigar con el tipo imprudente en aquellos casos en los que el delito admita la comisión imprudente, posibilidad que en el delito de agresión

⁴³ González Tascón, M. M., “El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal”. *Estudios Penales Y Criminológicos*, n. 43, 2023, p. 27.

sexual no existe. Consecuentemente, un error de tipo vencible en relación con una presunta agresión sexual daría lugar a la impunidad del sujeto activo. Ello ha generado un debate muy interesante que está teniendo lugar en la actualidad: la posible introducción de un tipo penal imprudente de agresión sexual.

Esto guarda estrecha relación con lo tratado acerca de la ausencia de consentimiento, con las zonas de penumbra que RAMOS VÁZQUEZ denomina, unas zonas muy difíciles de navegar por parte de los tribunales en aras de clarificar la existencia, o no, de consentimiento. Así, el autor establece que, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castelló anteriormente tratada, de existir un tipo imprudente en la regulación de las agresiones sexuales, se podría dar la posibilidad a una condena por error vencible. No obstante, al no existir éste, la víctima únicamente podrá aspirar a ver resarcida la responsabilidad civil. Del mismo modo, LASCURAÍN SÁNCHEZ hace un llamamiento al legislador penal en aras de introducir un tipo penal imprudente de agresión sexual, de manera que determinadas lagunas legales queden cubiertas. En este sentido, establece que el hecho de no tener regulado el tipo específico de atentado imprudente “nos está llevando a dos consecuencias perniciosas: o bien la impunidad de conductas altamente reprobables, o bien, aún peor, el intento judicial de evitar lo anterior catalogando como dolos lo que en realidad son imprudencias, con quiebra del principio de culpabilidad”⁴⁴. Asimismo, nos encontramos ante una figura que ya es utilizada en varios Estados como por ejemplo Suecia, Islandia, y Canadá, entre otros.

En sentido contrario, después de realizar una extensa revisión de los diferentes argumentos en contra y a favor y de la introducción de un tipo imprudente en las agresiones sexuales, PUENTE RODRÍGUEZ establece que la inclusión de la imprudencia en estos casos solo daría lugar al castigo de conductas que hoy no se castigan. De esta manera, el problema no solo vendría con lo anteriormente expuesto, sino con la manera en la que se presta el consentimiento. En sus propias palabras, “la tipificación de la agresión sexual imprudente no hace solo que cada uno deba preocuparse del consentimiento del otro, sino que cada parte deba, a su vez, preocuparse de manifestar de forma que no dé lugar a dudas su propio consentimiento”. Por otro lado, este autor

⁴⁴ Lascuraín, J.A., “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, *Almacén de Derecho*, 2023 (disponible en <https://almacendederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>; última consulta 9/03/2024).

defiende firmemente que no resulta necesaria la introducción de la imprudencia, entre otras cosas, porque ya la redacción que ofrece la reforma del CP es válida. Con la reforma que introdujo la Ley del “solo sí es sí”, el hecho de que los elementos del tipo penal que tiene que abarcar el dolo se haya ampliado y con ello, las exigencias a la hora de probar la manifestación de un consentimiento libre por parte de la otra persona involucrada en la relación sexual, el lugar que ocuparía el tipo imprudente sería casi insignificante. En este sentido, el autor señala a que será más difícil que haya equivocaciones en cuanto al consentimiento claro y libre expresado mediante actos⁴⁵.

Como conclusión, después de haber tratado la dificultad de distinguir entre el error de tipo y el dolo eventual, algo que podría pasar en la resolución de este caso ante los tribunales, asumiremos que no existe error por parte de Marcos, simplemente indiferencia a la hora de recabar información acerca del consentimiento de Carla, por tanto, dolo eventual.

1.2 Nuevo tipo atenuado de agresión sexual

Tras haber analizado el consentimiento y las principales figuras que pueden traerse al caso, procede preguntarnos acerca de la posibilidad de estar ante un delito de agresión sexual en su modalidad atenuada. Antes de entrar al caso, resaltaremos las principales cuestiones de este tipo atenuado, ya que este configura una de las novedades de la Ley del “solo sí es sí”, no existía con anterioridad a la misma. El CP lo redacta en el apartado 4º del artículo 178 de esta manera: *“el órgano sentenciador, razonándolo en sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”*. Nos encontramos ante una modalidad de delito que llama enormemente la atención, ante la gran novedad de la reforma del CP en 2022 que permite optar por una pena de multa en lugar de la prisión, en caso de encontrarse ante una menor entidad del hecho y unas circunstancias del culpable favorables.

⁴⁵ Puente Rodríguez, L., “Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente”. *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, n. 25, 2023, p. 32.

Pues bien, asumiendo que queda descartada la presencia de violencia o intimidación, nos cuestionamos en qué supuestos específicos se puede apreciar una menor entidad del hecho y qué circunstancias personales del culpable ha de tener en cuenta el juez encargado de resolver el caso. Para ello, haremos referencia a la doctrina establecida, nuevamente, por la FGE, donde se establece que la menor entidad del hecho debe interpretarse en relación con la gravedad del injusto típico, debiendo concurrir a su vez poca lesividad u ofensividad. Asimismo, la menor entidad del hecho constituye el presupuesto necesario para que los tribunales puedan entrar a valorar las circunstancias personales del culpable. Acerca de estas circunstancias nos encontramos con reciente jurisprudencia que las interpreta. Traemos al caso la reciente sentencia del Tribunal Supremo donde se aclara lo que debe entenderse por circunstancias personales del autor, estas son, entre ellas, *“los datos o elementos que configuran el entorno social e individual del responsable del delito, sus antecedentes, adicciones, edad, grado de formación, madurez psicológica, entorno familiar, comportamiento posterior a los hechos delictivos y posibilidades de integración en sociedad”*⁴⁶.

La FGE nos ofrece algunos ejemplos representativos de una menor entidad del hecho en aquellos casos en los que la víctima sea tocada de manera repentina y efímera a una persona, no mediando acceso carnal alguno, por encima de la ropa, así como los besos robados u otras conductas afines. Estas declaraciones nos llevan a concluir que acerca los tocamientos en el caso de Marcos y Carla, suponiendo que no existía consentimiento por parte de la menor, se podría considerar una menor entidad del hecho. En este sentido, el juez sentenciador, al concurrir el presupuesto necesario de menor entidad, podría valorar las circunstancias personales de Marcos y, consecuentemente, encuadrar los hechos probados dentro de un tipo atenuado de delito de agresión sexual. En este sentido, atendiendo a los criterios establecidos anteriormente por el Tribunal Supremo acerca de las circunstancias personas del autor, en el caso de Marcos, podríamos encontrarnos con un grado de madurez similar al de Carla, así como una edad y un entorno social muy parecido. Por otro lado, no consta en la redacción de los hechos un mal comportamiento posterior a los hechos delictivos. Con todas estas circunstancias, posiblemente, se pueda conseguir la consideración del tipo atenuado y la opción de optar por una multa o pena de prisión, de conformidad con el artículo 178.4 CP.

⁴⁶ Auto del Tribunal Supremo núm. 798/2022, de 15 de septiembre (ATS 13747/2022).

Sin embargo, como señalamos antes, nos encontramos ante un delito de violación en grado de tentativa, conducta típica del artículo 179 CP, para el cual no es posible apreciar la modalidad atenuada del tipo para el caso de que el juez estime que existe una menor entidad del hecho y que las circunstancias personales del autor pueden apoyar la aplicación del artículo 178.4 CP. Todo ello sería posible para el caso de que los actos de Marcos se hubiesen reducido a los tocamientos iniciales que entran dentro del artículo 178 CP. Es aquí cuando Marcos, en caso de ser adulto, podría optar por una pena de multa en lugar de verse sometido únicamente a la pena de prisión. Todo ello siempre que no se considere que la retención parcial de Carla por parte de Marcos no se considere violencia ni se de ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 180 CP.

Por tanto, en este caso, si Marcos fuese adulto no tendría la posibilidad de optar entre una pena de prisión y una multa, sino deberá estar al castigo establecido por el artículo 179.1 CP.

1.3 Determinación de la pena

Como hemos podido comprobar a lo largo del trabajo, la solución del caso da un giro completo al tener en cuenta la petición de una felación e insistente retenimiento por parte de Marcos. Estas circunstancias dificultan la resolución debido a que nos podríamos encontrar ante una tentativa de violación⁴⁷. Nos referimos al delito de violación en grado de tentativa porque, atendiendo a los hechos probados, el pretendido acceso carnal de Marcos por la vía bucal de Carla no se llegó a consumir, pero sí a intentar⁴⁸. Asimismo, se debe tener en cuenta el hecho de que Marcos trató de retener a Carla, empleando fuerza –agarrándola del brazo– para que volviese y le practicara la correspondiente felación. Por tanto, podemos comprobar que se cumple con los elementos del tipo del artículo 179.1 CP, esto es, el acceso carnal por vía bucal. Hecho que no se dio finalmente porque Carla

⁴⁷ Conforme al artículo 179 CP: 1. *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, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.* 2. *Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.*

⁴⁸ Conforme al artículo 16.1 CP: *“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.*

logró salir de la habitación y que Marcos la soltase, algo que podemos considerar como evento ajeno a la voluntad del agresor que provocó que el delito no tuviese lugar. Lo que se debe estudiar con más detenimiento es si la retención de Marcos a Carla se podría considerar violencia, o no.

Un caso parecido que nos sirve de ilustración es el que resuelve el Tribunal Supremo, donde establece que *“consta en los hechos probados que el recurrente ya se había bajado los pantalones y había realizado los actos concurrentes para la comisión del hecho delictivo, que es lo que motiva la aplicación de la tentativa y la rebaja de la pena en un grado”*⁴⁹. Esto es importante porque en los hechos del caso que nos ocupa, Marcos se había bajado también los pantalones y, por las palabras que decía, deja claro que quería forzar a Carla para que le practicase una felación. Asimismo, en otra sentencia, el Tribunal Supremo establece que *“la tentativa por la que ha sido condenado el recurrente supone realizar todos los actos preparatorios y, además, comenzar con la fase de ejecución del delito, pero sin llegar a consumarlo. (...) debe existir la voluntad de cometer el delito y la ausencia de un desistimiento voluntario, en cuyo caso se trataría de un delito intentado. No existe ese desistimiento, sino que fue la conducta de las menores la que impidió que “continuara” los actos, no que tan siquiera los iniciara. (...) El recurrente dio inicio a la ejecución del delito por actos exteriores”*⁵⁰.

Si utilizamos la jurisprudencia expuesta para interpretar mejor nuestro caso, podemos concluir que Marcos ha realizado un delito de agresión sexual (violación) en grado de tentativa, ya que tenía voluntad de cometerlo y no desistió, sino que fue la conducta de Carla lo que logró que no se llegase a consumir. Asimismo, nos preguntamos si cabe la posibilidad de encuadrar y separar, por un lado, los tocamientos previos de Marcos a Carla en el delito de agresión sexual y, por otro lado, el intento de la práctica de la felación, como tentativa de violación. La respuesta nos la da ACALE SÁNCHEZ cuando establece que *“los distintos actos de significación sexual que hayan tenido lugar en el marco de ejecución no van a ser castigados separadamente, porque se entiende que forman parte del mismo acto sexual, con independencia de que sean tenidos en consideración como criterios de determinación judicial de la pena”*. Continúa la autora estableciendo que *“los actos de tocamiento sobre el cuerpo de la víctima antes o durante*

⁴⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 732/2023, de 5 de octubre (STS 4117/2023).

⁵⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 482/2023, de 21 de junio (STS 2874/2023).

la realización de la penetración, por ejemplo, no pueden ser valorados penalmente de forma separada”. Caso distinto sería aquel en el que el agresor hubiese realizado los actos en tiempos diferentes, siendo posible considerar muchas acciones típicas⁵¹.

Por todo lo expuesto, al ver que Marcos intentó hacer lo posible para recibir una felación por parte de Carla, pero no habiéndolo conseguido y dando por hecho que no existe error por parte del sujeto activo ni que se haya empleado violencia, la pena que se le impondría si este fuese adulto sería, de conformidad con el artículo 62 CP, “*pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*”. En este sentido, si atendemos al artículo 179.1 CP. La pena de tipo que debemos tener como referencia es una pena de prisión de 4 a 12 años. Por tanto, en este caso particular, al no considerarse mucho el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, supondremos que la pena inferior en un grado a la del delito consumado, esto es, una pena de prisión de 2 a 4 años menos un día, con intento de acceso carnal por vía bucal, de conformidad con el artículo 70 CP⁵².

1.3.1 Exclusiones del tipo atenuado

En este momento, proponemos al lector un breve giro de los acontecimientos. Supongamos que Marcos y Carla acudieron a la fiesta habiendo mantenido durante todo ese curso académico una relación de noviazgo, en la que ambos aseguran no haber mantenido relaciones sexuales completas, pero sí una relación de afectividad conocida por todos los que estaban allí. Efectivamente, nos encontramos ante la 4ª circunstancia del artículo 180.1 CP, una circunstancia que agrava los hechos objeto del delito, esta es, “*cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”.

⁵¹ Acale Sánchez, M.L., *op. cit.*, p. 1216.

⁵² Los pasos que hemos seguido para llegar a este resultado son, en primer lugar, ver qué pena correspondería para el caso de que el delito se hubiese consumado, esto es, atendiendo al artículo 179 CP, la pena de prisión de cuatro a doce años. En segundo lugar, atendiendo al artículo 70.1.2º, “*la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día (...)*”.

Otra opción es la de que Marcos hubiere cometido estos hechos junto con un amigo de la clase, en cuyo caso nos encontraríamos ante la primera circunstancia del artículo 180.1 CP, “*cuando los hechos de cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*”.

Ejemplos como los que acabamos de citar excluirían por completo la posibilidad de apreciar una modalidad atenuada del delito de agresión sexual, lo que nos lleva a la pena que calculamos antes, esto es, la pena de prisión de 2 a 4 años, menos un día, por un delito de violación en grado de tentativa, sin posibilidad de pena de multa.

CAPÍTULO IV. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

1. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA LORRPM

No debemos olvidar que nos encontramos ante dos menores de edad, Carla y Marcos tienen dieciséis y diecisiete años, respectivamente. Esto nos sitúa en una posición distinta ya que, si atendemos al artículo 19 CP, la persona menor de dieciocho años que cometa un hecho delictivo estará exenta de la responsabilidad criminal que se desprende de dicho Código, y “deberá responder con arreglo a lo dispuesto en ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Esta es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM), la cual entra en vigor en el año 2000 con el fin de “exigir la responsabilidad de personas mayores de catorce años y menores de dieciocho⁵³ por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”, tal y como establece en su artículo 1.1⁵⁴.

En este caso, la primera conclusión que podemos sacar acerca de las consecuencias que recibirá Marcos por cometer un delito tipificado en el Código Penal es que responderá de acuerdo con el procedimiento y las medidas establecidas en la LORRPM.

⁵³ Cabe destacar que, dentro de este grupo de edad, nos encontramos con otros dos subgrupos, estos son, los menores que tienen catorce o quince años y los que tienen dieciséis o diecisiete años. Esta división, como veremos más adelante, se establece con el propósito de aumentar o reducir las posibilidades de flexibilidad y proporcionalidad de las medidas impuestas a los menores.

⁵⁴ Antes de sumergirnos en la aplicación de esta ley, debemos tener en cuenta que la calificación de un hecho como “falta” fue eliminada del Código Penal a través la reforma que se llevó a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1.1 Principios y objetivos de la LORRPM

Antes de seguir con la resolución del caso, vemos necesaria la contextualización de la LORRPM, ley por la cual responden los menores de edad infractores, ya que el hecho de que estos tengan que responder por una vía distinta a la de los adultos y de que les sean impuestas otras medidas tiene su adecuada explicación.

En primer lugar, con respecto a la naturaleza de la LORRPM, que ha sido objeto de numerosos debates, ya que existen corrientes que ponen en duda la naturaleza penal de la responsabilidad exigida a los menores de edad⁵⁵. No obstante, la mayor parte de la doctrina española, la FGE⁵⁶, y la propia LORRPM en su Exposición de Motivos resuelven cualquier duda con respecto a este debate, dejando clara su naturaleza *formalmente penal y materialmente sancionadora-educativa* y hablando a su vez de “Derecho penal de menores”. Por consiguiente, podemos afirmar que la principal característica sobre la que se configura la LORRPM es su naturaleza sancionadora-educativa, algo que muestra una clara diferencia entre el sistema penal de los adultos y el de los menores de edad, por encontrarse estos últimos en plena etapa de crecimiento y desarrollo. Esta es una de las razones por las que el legislador desarrolla el Derecho penal de los menores llevando por bandera el superior interés del menor y su adecuada reinserción, a través de la adopción y ejecución flexible de las medidas adecuadas para cada caso concreto, siendo estas de corte preventivo-especiales, más que represivas. Todo ello teniendo en cuenta, además, la necesaria compatibilización con los principios comunes que garantiza la justicia, y el interés de la víctima del delito, aspectos esenciales e indiscutibles del Derecho penal⁵⁷. No obstante lo anterior, es necesario resaltar, en relación con la naturaleza de esta Ley, que como establece CABRERA MARTÍN, “ha de tenerse en consideración que el

⁵⁵ Así, Jiménez Díaz establece que, en ocasiones, “*hay quien defiende que aunque la LORPM diga que regula una responsabilidad que es penal, realmente no es así, alegando como justificación que los autores del Anteproyecto aceptaron en su día llamar penal a un tipo de responsabilidad que no lo es, únicamente para evitar que las competencias en esta materia correspondieran a las Comunidades Autónomas en lugar de al Estado, con las disfunciones que dicha atribución de competencias hubiera supuesto*” (Jiménez Díaz, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-19, 2015, p. 21).

⁵⁶ En la circular 1/2000, de 18 de diciembre relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores (BOE de 18 de diciembre de 2000), la Fiscalía General del Estado introduce a la LORRPM dentro de “todas aquellas leyes de naturaleza penal”.

⁵⁷ Martínez Rodríguez, J.A., *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, J.B. Bosch, Barcelona, 2015.

contenido de las reformas que ya desde su entrada en vigor han afectado a esta ley, y singularmente las operadas en los años 2003 y 2006, en gran medida han desvirtuado su sentido primigenio, apreciándose una clara orientación hacia una justicia juvenil cada vez más basada en la retribución y en la prevención general”⁵⁸.

En segundo lugar, al ser el núcleo de la comentada Ley, cabe hacer especial referencia a qué se entiende exactamente por “superior interés del menor”. Para ello, nos valemos de la doctrina establecida por la FGE, en la que se establece que este principio “*no pivota tanto sobre la inexorabilidad de la respuesta sancionadora como sobre la recuperación del menor para la sociedad, con la consiguiente orientación educativa de las medidas y de su ejecución, dirigidas a facilitar a su destinatario el proceso de formación como persona responsable, respetuosa con los bienes jurídicos ajenos y socialmente competente*”⁵⁹. Y es que, de esta manera, lo que se busca no es proporcionar un castigo duro a los menores infractores, sino apostar y velar por su reintegración social y por la capacidad de cambiar que estos tienen.

Asimismo, más adelante, declara la FGE que este principio tiene distintas vertientes en la propia LORRPM, que son, el principio de flexibilidad, tanto en la elección como en la ejecución de las medidas aplicables; la desinstitucionalización, referida a la utilización en última instancia de las medidas de privación de libertad; y la desjudicialización, buscando minimizar la necesidad de la intervención de los tribunales, a través de programas, formaciones, mediación, conciliación, entre otros⁶⁰. Adicionalmente, resulta relevante destacar que la LORRPM pivota a su vez alrededor de los principios de oportunidad y proporcionalidad adecuados. A continuación, realizaremos un desglose de los mismos para conocerlos en profundidad y presentar las bases sobre las que se asienta la ley de los menores.

En cuanto al principio de flexibilidad, el legislador español hace referencia fundamentalmente a una flexibilidad, adaptabilidad en la aplicación de las medidas correspondientes al menor infractor. Este principio encuentra su razón de ser en el artículo

⁵⁸ Cabrera Martín, M., “Determinación y revisión judicial de medidas para adolescentes en España” en Couso Salas, J., Cillero Bruñol, M., y Cabrera Martín, M. (Eds.), *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes*, Thomson Reuters, Chile, 2019, p. 97.

⁵⁹ La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores (BOE de 16 de noviembre de 2011).

⁶⁰ *Ibid.*

13 de la Ley, donde el legislador permite que el Juez de menores pueda, una vez cumplidos los pertinentes requisitos, dejar sin efecto la medida impuesta, reducir la correspondiente duración, o sustituirla por otra más adecuada. Todo ello siempre teniendo por bandera el superior interés del menor. Por otro lado, con este principio también se pretende que, en el momento de adoptar y ejecutar medidas ante un hecho delictivo cometido por un menor de edad, el juez tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada caso atendiendo a las mismas de una manera flexible⁶¹. BLANCO BAREA señala que la gran consecuencia de este principio de flexibilidad en las medidas es que los menores experimentan la motivación de progresar y tener mejores comportamientos⁶².

En cuanto al principio de oportunidad, nos valdremos de la definición que realiza GIMENO SENDRA, que establece que es “la facultad que el ordenamiento procesal confiere al Ministerio Fiscal para que, no obstante la sospecha de la comisión de un delito público, puede dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que efectúe una reducción sustancial de la pena a imponer al acusado (...)”⁶³, que tiene su fundamento en el artículo 18 LORRPM y es perfectamente compatible con el principio de legalidad.

Por último, para comentar el principio de proporcionalidad, nos valdremos de lo expuesto por CABRERA MARTÍN, ya que refleja cómo este principio ha ido adquiriendo forma a lo largo de los años y reformas. En un primer momento, la proporcionalidad era objeto de algunos debates a lo largo de los años, debido a que, antiguamente, no se consideraba oportuno aplicar la proporcional entre el hecho y la sanción por considerar que no cumplía con la naturaleza educativa pretendida con la ley. Sin embargo, a medida que se ha ido reformando el texto de la ley, se ha llegado a la conclusión de que “el interés superior del menor es perfectamente compatible con la pretensión de una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”⁶⁴. Continúa la autora estableciendo que “la comprensión por parte del menor del rechazo social que merece su comportamiento, propia de la proporcionalidad con la infracción,

⁶¹ Así lo refleja el apartado artículo 7.3 LORRPM: “*Para la elección de medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...)*”

⁶² Blanco Barea, J. Á., “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”. *Revista Estudios Jurídicos*, n. 8, 2008, p. 15.

⁶³ Gimeno Sendra, V., *La simplificación de la justicia penal y civil*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

⁶⁴ Cabrera Martín, M., *op. cit.*, p. 100.

también resulta necesaria para su adecuado proceso de formación y para la finalidad de prevención especial”⁶⁵.

Como podemos comprobar, todos los principios que han sido comentados tienen un mismo objetivo, este es, cumplir con el necesario superior interés del menor y educarlo para que puedan desarrollarse adecuadamente en sociedad y no reincidan como delincuentes. Asimismo, este interés no puede ser el único, no podemos olvidar que la LORRPM también cumple con otro principal objetivo, que es salvaguardar los intereses de las víctimas perjudicadas y de la sociedad. Para poder compatibilizar ambos propósitos, desarrollan un amplio elenco de medidas y principios que se adaptarán a las circunstancias de cada caso.

1.2 Medidas para menores infractores

Como ya hemos comentado anteriormente, en la Ley de menores no se hace referencia a sanciones, sino a medidas, y es el Título II el que regula aquellas medidas susceptibles de ser impuestas a los menores que, de conformidad con el artículo 7 LORRPM, nos encontramos con un amplio catálogo de medidas que serán impuestas por el Juez de menores, después de atender las circunstancias de cada menor y cada caso.

Antes de determinar cuál será la medida aplicable a nuestro caso, es importante tener en cuenta la advertencia que realiza el legislador en el artículo 8 LORRPM con respecto a la imposición de medidas, el principio acusatorio. En este sentido, el Juez de Menores no tiene facultad para imponer una medida privativa de libertad más dura que aquella que le hubiese sido impuesta por el mismo hecho a un sujeto mayor de edad con arreglo al Código Penal. En otras palabras, ante la comisión del mismo delito, al menor infractor no se le podrá exigir más responsabilidad penal que al adulto.

2. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON LOS DELITOS SEXUALES Y LA COLISIÓN DE LA LOGILS CON LOS PRINCIPIOS DE LA LORRPM

Una vez se tienen en cuenta todas las medidas posibles ante las cuales se puede encontrar un menor infractor de un hecho delictivo y los principios ante los cuales estas

⁶⁵ *Ibid.* p. 101.

medidas deben adaptarse, pasamos al estudio de las disposiciones específicas relacionadas con los delitos sexuales en la LORRPM. Antes de comenzar, resulta relevante señalar que este apartado estará estrechamente relacionado con la LOGILS, ya que esta ha traído consigo la reforma de algunos aspectos de la LORRPM.

En primer lugar, uno de los más destacados ha sido la introducción del artículo 7.5 LORRPM, que impone la obligación de someter a los menores infractores de un delito previsto en los Capítulos I y II del Título VIII CP a unos programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad. En este sentido, COLÁS TURÉGANO critica la infracción del principio de flexibilidad que caracteriza a la LORRPM, y establece que “tras la reforma desaparece la flexibilidad en este punto, no siendo comprensible que ante otras modalidades de violencia no se adopten medidas de similar finalidad”. Es por ello por lo que propone una modificación del mismo y una vuelta al régimen anterior, donde “la misma o similar ya se venía implementando por la jurisprudencia, fiando al examen de las circunstancias particulares del menor y del hecho la necesidad de su imposición”⁶⁶.

Por otro lado, nos encontramos con otra deficiencia que tuvo lugar con la Ley del “solo sí es sí”, ya que ésta introdujo el tipo atenuado con la opción de pena de prisión y pena no privativa de libertad, como es la de multa, y al mismo tiempo no modificó la LORRPM. Consecuentemente, como antes de esta modificación, el artículo 10 LORRPM establecía la obligatoriedad de un régimen de internamiento cerrado para todos aquellos menores infractores de cualquiera de los delitos comprendidos entre los artículos 178 y 183 CP, sin distinguir entre los apartados del artículo 178 CP, para el caso de que el menor infractor estuviese ante un delito del artículo 178.4 CP era obligatoria la medida de régimen de internamiento cerrado. Hablamos de deficiencia porque el hecho de imponer la obligatoriedad de un internamiento cerrado para todos los delitos de naturaleza sexual, en primer lugar, incumple con los principios de la LORRPM, tanto de flexibilidad, como de proporcionalidad e interés superior del menor y, en segundo lugar, incumple con la propia LORRPM, con su principio acusatorio. En otras palabras, con la LOGILS, los

⁶⁶ Colás Turégano, M.A. (2023). “Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del “solo sí es sí” (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-26, 2023, p. 35.

adultos en el delito de agresión sexual atenuado podían optar por una pena de prisión o por una pena de multa, mientras que para los menores era obligatoria la pena privativa de libertad.

Ante esta situación, como se quebraba con todos los principios de la LORRPM, se tuvo que recurrir a una modificación, a una contrarreforma de la Ley del “solo sí es sí”, que modificó determinadas cuestiones como el artículo 10 LORRPM, ya que, tal y como establece en su Preámbulo, la reforma del CP produjo un problema de coordinación con los artículos correspondientes a los delitos sexuales cometidos por menores de edad, estableciendo, en ocasiones, penas más graves que a los mayores de edad.

Pues bien, la corrección consistió en modificar el apartado 2 del artículo 10 de la LORPM, que es donde se regulan las medidas necesarias para los menores infractores y se estableció la obligatoriedad del internamiento cerrado para aquellos delitos descritos en los artículos 178.2 y 178.3, 179, 180 y 181.2, 181.4, 181.5 y 181.6 CP. En este sentido, en palabras de COLÁS TURÉGANO, “se limita pues el internamiento cerrado a los casos en los que concurre en la agresión sexual violencia o intimidación o la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, supuestos de acceso carnal y tipos agravados siendo la víctima mayor o menor de dieciséis años”⁶⁷. De esta manera, gracias a esta contrarreforma, todos aquellos menores de edad que se encuentren ante un delito de agresión sexual en su modalidad atenuada ya no responderán por el artículo 10 LORRPM, por lo que no se quebrará el principio acusatorio ni habrá penas más leves para los adultos que para los menores.

Sin embargo, la reforma de la LORRPM protagonizada por la LOGILS no se termina en lo anteriormente expuesto, sino que nos encontramos con otra novedad para aquellos menores infractores de delitos sexuales. Esto es, la introducción del artículo 19.2 LORRPM, donde se establece que *“cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del CP, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y educación para la igualdad”*. Nos encontramos entonces con una serie de limitaciones a la hora de acceder a las medidas extrajudiciales por parte de los menores infractores de delitos de índole sexual. Ante esta limitación, consideramos

⁶⁷ *Ibid.* p. 22.

que se está infringiendo con la naturaleza sancionadora educativa de la LORRPM, debido a que se está prohibiendo una de las soluciones, a nuestro juicio, más restaurativas y educativas que puede haber. Asimismo, podemos ver como se está trasladando al ámbito de los menores de edad lo establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que veda la mediación en su artículo 44. A nuestro juicio, toda prohibición taxativa no es buena, y menos aún en el terreno de los menores de edad, que son casos en los que el Juez tiene que estudiar las circunstancias concretas, donde tiene que primar la flexibilidad y adaptabilidad a la hora de establecer distintas medidas posibles.

Como comentamos anteriormente, todos los principios a los que hicimos referencia en la exposición general de la LORRPM se están viendo infringidos con las novedades introducidas por las modificaciones sucesivas de la Ley. Esto es, por un lado, los ya comentados principios de flexibilidad y superior interés del menor y, por otro lado, el principio de oportunidad, que queda limitado por el artículo 19.2 LORRPM anteriormente expuesto. Esto se debe a la imposición de un sistema punitivo más duro para los delitos sexuales al centrar la atención especialmente en la protección más exclusiva de las víctimas de este tipo de delitos. En este sentido, se está restringiendo cada vez más la flexibilidad y adaptabilidad que deben tener los jueces de menores en cada caso. Como consecuencia, nos encontramos con un sistema penal de menores menos centrado en la prevención y educación y más centrado en la dureza de las sanciones, sobre todo, en lo que respecta a los delitos contenidos en los Capítulos I y II del Título VIII del CP. Todo ello se ve aún más perjudicado al encontrarnos con que la LOGILS, al modificar el CP, no tuvo en cuenta cómo podía afectar a las medidas ni a los principios de la LORRPM.

3. DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS CORRESPONDIENTES

Para determinar de una manera adecuada la medida que le corresponderá a Marcos, es necesario recordar que nos encontramos, para el caso de que el autor fuese adulto, estaríamos ante un delito de violación en grado de tentativa castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años.

Sin embargo, como Marcos tiene 17 años, la medida que le corresponde cumplir se impondrá atendiendo a la LORRPM y, en palabras del Juzgado de Menores de Ceuta,

“atendidas y valoradas sus circunstancias específicas, de tal manera que respondan de los hechos que han cometido pero al mismo tiempo que dicha medida les ayude a conseguir la finalidad educativa que debe de acompañar a toda resolución del Juzgado de Menores, en evitación de toda nueva infracción, teniendo como última razón de ser, examinadas las circunstancias familiares y sociales de los menores y su concreta personalidad, el superior interés de los mismos”⁶⁸.

Si tenemos en cuenta las circunstancias de Marcos, que su edad y su grado de madurez es muy parecido al de Carla, que ambos pertenecen al mismo círculo de personas y de ambientes, suponiendo que no tienen malas circunstancias familiares, y que ambos acudieron a la fiesta libremente, ingirieron alcohol y llegaron a la habitación de la misma forma, podríamos estar ante una menor entidad de los hechos. Así las cosas, suponiendo que lo anteriormente expuesto es favorable, a Marcos, según el artículo 10 LORRPM le correspondería una medida de régimen de internamiento de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. Asimismo, otro aspecto que debemos tener en cuenta es la medida accesoria y obligatoria que ya comentamos anteriormente que impone el artículo 7.5 LORRPM, de someterse a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

La Ley del “solo sí es sí” nace con tres objetivos principales, estos son, reforzar la protección de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, endurecer las penas de los delincuentes sexuales, y poner en el centro de todo caso el consentimiento libre de las personas ante cualquier situación que comprometa su libertad sexual. Sin embargo, si bien estos objetivos han sido bien recibidos e implementados, esta Ley ha traído consigo numerosos desafíos que han sido traducidos en una gran cantidad de debates doctrinales y sociales.

En este trabajo, nos hemos centrado en dar luz a uno de los mayores desafíos que ha traído la Ley, esto es, las particularidades y discordancias que aparecen cuando los responsables de los delitos sexuales son personas menores de edad. Como sabemos, los delitos ante los cuales responden los menores de edad son aquellos que aparecen en el

⁶⁸ Sentencia del Juzgado de Menores de Ceuta núm. 82/2023, de 14 de junio (SJME CE 2/2023).

Código Penal, por tanto, la regulación de este texto legal es aplicable tanto a la sexualidad de los adultos como a la de los menores. Esto implica la necesidad de que todo cambio que se produzca en el Código penal conlleve el correcto análisis de su impacto en el Derecho penal de menores, de lo contrario se estaría abriendo paso a graves incoherencias y quebramientos de principios esenciales del Derecho.

Para ello, se ha realizado un recorrido a lo largo del delito de agresión sexual, aclarando qué se entiende con cada parte que conforma la conducta típica, de manera que encontremos una interpretación clara que permita resolver el caso que proponemos como apoyo al trabajo. Este consiste en que los protagonistas son dos personas menores de edad, Carla y Marcos, de dieciséis y diecisiete años respectivamente, se ven envueltos en una relación de contenido sexual que pone en duda la existencia de consentimiento por parte de la menor. De esta manera, se va dando la solución al caso tratando el mismo delito en el Código Penal y en la LORRPM tras la entrada en vigor de la comentada reforma.

1. Actos que atentan contra la libertad sexual de una persona

La reforma protagonizada por la Ley del “solo sí es sí” ha tenido una importancia crucial en lo que a los delitos sexuales respecta. Sin embargo, nos seguimos encontrando con una falta de precisión que dificulta la delimitación de matices como, en primer lugar, qué tipo de actos pueden atentar contra la libertad sexual y, en segundo lugar, cuándo se entiende que existe consentimiento.

En este sentido, se llega a una primera conclusión, y es que todo acto que atente contra la libertad sexual debe comportar algún tipo de contacto físico, pero entendiendo esto en sentido amplio. En otras palabras, no es necesario el contacto corporal entre el agresor y la víctima, sino que también forma parte de la conducta típica el contacto entre la víctima y un tercero, o de la víctima consigo misma. Por otro lado, existe un segundo aspecto que nos ayuda a delimitar los actos que atentan contra la libertad sexual del artículo 178 CP, esto es, dirigir la mirada hacia la conducta típica del artículo 179 CP. En este artículo, se describen actos como el “acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal”, o “la introducción de miembros corporales u objetos”. De esta manera, podemos llegar a la conclusión de

que todos los actos constitutivos del tipo de violación no formarán parte del tipo básico del artículo 178 CP.

2. La ausencia de consentimiento

Como pretende la Ley del “solo sí es sí”, el consentimiento se ha convertido en la piedra angular de todos los delitos contra la libertad sexual. No obstante, éste siempre ha comportado graves problemas interpretativos a la hora de precisarlo. Esto se debe, principalmente, al modelo que ha adoptado España a la hora de valorar estos delitos, esto es, estableciendo el límite de la existencia de delito en que se haya obtenido, o no, un consentimiento afirmativo. Dentro de tal afirmación, nos encontramos con numerosas conclusiones implícitas que ha tratado, mayoritariamente, la jurisprudencia y la FGE.

La primera conclusión es que, ni el silencio pasivo, ni el hecho de que no exista resistencia por parte de la víctima, ni aquellos casos en los que el sujeto pasivo se encuentra durmiendo, son señales de consentimiento. Lo que nos lleva a afirmar que será necesario algún acto que exprese claramente la voluntad de participación en la relación sexual que tenga lugar, y que, por supuesto, no existirá lugar ni validez para suposiciones ni interpretaciones subjetivas acerca del mismo. Sin embargo, los modos en los que se está desarrollando sociológicamente la sexualidad no están poniendo las cosas fáciles, se están suscitando muchas dudas que dan lugar a “zonas de penumbra”, a casos en los que uno de los intervinientes considera, sinceramente, que hay actos del otro que demuestran reciprocidad, cuando la realidad no es así. Aquí es donde surgen los problemas de comunicación y de interpretación, que están siendo tan difíciles de resolver en los tribunales. Para ello, se propone una distinción entre las *relaciones pre-sexuales* y las *relaciones sexuales*, que deje claro que el hecho de que haya existido reciprocidad para determinados actos preparatorios no da la potestad para confirmar la reciprocidad en los actos propiamente sexuales. Y es que, nada cuesta preguntar previamente si la otra persona está de acuerdo en mantenerlas, en lugar de dar rienda suelta a interpretaciones subjetivas que dificultan la resolución de los distintos casos.

3. Nuevo tipo atenuado de agresión sexual y principales discordancias con la LORRPM

La introducción de la modalidad atenuada de agresión sexual que permite optar por una pena de multa en lugar de la prisión, en caso de encontrarse ante una menor entidad del hecho y unas circunstancias del culpable favorables, supone una de las grandes novedades de la LOGILS. No obstante, también ha sido protagonista de uno de los mayores desafíos que ha puesto en entredicho al Código Penal y a la LORRPM, ya que se introdujo este tipo en el Código Penal sin modificar previamente la LORRPM –que establecía como medida obligatoria para todos los menores infractores de delitos comprendidos entre los artículos 178 y 183 CP un régimen de internamiento cerrado–. De esta manera, para un mismo delito castigado por el artículo 178.4 CP, los adultos podían optar por una pena no privativa de libertad, mientras que los menores estaban obligados a la privación de libertad. Afortunadamente, la LO 4/2023 llevó a cabo una contrarreforma que corrigió esta deficiencia. Con este ejemplo y con los comentados anteriormente, la justicia española fue testigo de cómo se comprometieron los pilares mediante los cuales se sustenta la LORRPM –el superior interés del niño, la flexibilidad, la oportunidad y la proporcionalidad– al priorizar la respuesta a la sociedad de un endurecimiento de las penas y una protección más fuerte a las víctimas de delitos sexuales sin tener en cuenta las consecuencias negativas.

En este trabajo no se pone en duda en ningún momento la oportunidad ni la necesidad de la Ley del “solo sí es sí”. Estamos de acuerdo en que los delitos sexuales forman parte de un grupo de delitos indeseables para cualquier ciudadano y que, cuantas más medidas se tomen para regularlos, mejor. No obstante, sí consideramos que todas aquellas reformas legislativas que se quieran tramitar para conseguirlo, sobre todo con asuntos tan delicados como el que nos ocupa, no se deben realizar de manera urgente y sin haber estudiado previa y detenidamente las consecuencias que puede acarrear consigo.

Es precisamente en esta cuestión donde debemos hacer hincapié. La diferencia entre las necesidades de un adulto y de una persona menor de edad no son las mismas, ni su capacidad de aprender ni enfrentarse a un castigo. Asimismo, es importante tener en cuenta que nos encontramos ante personas en pleno estado de desarrollo mental y personal, que no necesitan unas medidas más represivas ante un delito para no volver a cometerlo, sino una ley que cumpla con su naturaleza sancionadora-educativa, un legislador que tenga en cuenta el colectivo ante el cual se encuentra. Para conseguirlo, consideramos que se debe poner en el centro la base principal mediante la cual se sustentó la LORRPM en su momento, el superior interés del niño, principio mediante el cual todas

las medidas que tomen con respecto a los menores de edad deben estar pensadas para su correcto desarrollo personal y en sociedad. Por tanto, insistimos en que es esencial que las reformas legislativas que se realicen en el Código Penal tengan en cuenta su posible impacto sobre la responsabilidad de los menores para no hacer cumplir a los mismos determinadas medidas que están o deberían estar pensadas exclusivamente para adultos.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE de 13 de enero de 2000).

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (BOE de 7 de septiembre de 2022).

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 de 28 de abril de 2023).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 329/2021, de 22 de abril (STS 1405/2021).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1397/2009, de 29 de diciembre (STS 8483/2009).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 377/2018, de 23 de julio (STS 3040/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1696/2003, de 19 de diciembre (STS 8308/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 158/2019, de 26 de marzo (STS 1373/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 182/2024, de 28 de febrero, (STS 1596/2024).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio (STS 2200/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1295/2006, de 13 de diciembre (STS 8772/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 196/2023, de 21 de marzo (STS 1400/2023).

Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 27/2024 de Madrid, de 12 de enero (SAP M 1/2024).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2020, de 14 de mayo (STS 882/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 411/2014, de 26 de mayo (STS 2092/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 390/2018, de 25 de julio (STS 3067/2018).

Auto del Tribunal Supremo núm. 798/2022, de 15 de septiembre (ATS 13747/2022).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 732/2023, de 5 de octubre (STS 4117/2023).

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 482/2023, de 21 de junio (STS 2874/2023).

Sentencia del Juzgado de Menores de Ceuta núm. 82/2023, de 14 de junio (SJME CE 2/2023).

3. OBRAS DOCTRINALES

Acale Sánchez, M.L. *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023.

Álvarez Medina, S., “La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 47, 2023, pp. 349-380.

Blanco Barea, J. Á., “Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español”, *Revista Estudios Jurídicos*, n. 8, 2008, pp. 1-28.

Cabrera Martín, M., *La victimización sexual de menores en el código penal español y la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 75-80.

Cabrera Martín, M., “Determinación y revisión judicial de medidas para adolescentes en España” en Couso Salas, J., Cillero Bruñol, M., y Cabrera Martín, M. (Eds.), *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes*, Thomson Reuters, Chile, 2019, pp. 95-125.

Colás Turégano, M.A. (2023). “Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del “solo sí es sí” (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25-26, 2023, p. 1-39.

Díaz-Maroto y Villarejo, J., “La ley sobre responsabilidad penal de los menores en España”. *Nuevo Foro Penal*, n. 101, 2023, pp. 1-54.

Díez Ripollés, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 6, 2000, pp. 69-101.

González Tascón, M. M., “El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal”. *Estudios Penales Y Criminológicos*, n. 43, 2023, pp. 1-47.

Herreros Hernández, I. “Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico: una visión desde la perspectiva de género”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n.10, 2021, pp. 60-69.

Jiménez Díaz, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Crimonología*, n. 17-19, 2015, pp. 1-36.

Lascuraín, J.A., “Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve”, *Almacén de Derecho*, 2023 (disponible en <https://almacenederecho.org/critica-al-proyecto-de-reforma-de-los-delitos-sexuales-nueve-enmiendas-nueve>; última consulta 9/03/2024).

Marchena Gómez, M. (1990). “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 3/1989)”, *La ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.2, 1990, pp. 1150-1162.

Martínez Rodríguez, J.A., *Comentario a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, J.B. Bosch, Barcelona, 2015.

Morales Prats, F. y García Albero, R.M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en Morales Prats, F. y Quintero Olvidares, G. (Eds.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 1269-1405.

Pardo Miranda, M., “El delito de agresión sexual. Reflexión con ocasión de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”. *El Criminalista Digital*, n. 11, 2023, pp. 1-17.

Puente Rodríguez, L., “Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente”. *Revista Electrónica De Ciencia Penal y Crimonología*, n. 25, 2023, pp. 1-42.

Ramos Vázquez, J.A., “Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí””, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 34, 2023, pp. 282-297.

4. OTROS RECURSOS

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión el día 25 de mayo de 2005.

Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, por el se ha aprobado el Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

Circular 1/2000, de 18 de diciembre relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores (BOE de 18 de diciembre de 2000).

Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores (BOE de 16 de noviembre de 2011).

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

Ministerio del Interior (2022) *Informe sobre delitos contra la libertad sexual*.
https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_contra_libertad_sexual_2022_126210034.pdf