



Agresiones sexuales a menores de dieciséis años en el ámbito de la (ex)pareja: art. 181.5 d) CP

Sexual assaults on minors under the age of sixteen in the context of the (ex-)partner: art. 181.5 d) CP

Javier Parrilla Vergara

Abogado. Doctor en Derecho

Universidad de Sevilla

jparrillavergara@gmail.com

ORCID 0009-0008-6279-0788

Resumen

La violencia sexual en el seno de la pareja o expareja sentimental supone un claro atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo, que nada desmerece por el mero hecho de ejecutarse en el marco actual (o pasado) de tal relación, siquiera a colación de un eventual débito conyugal. En este sentido, la actual regulación de los delitos contra la libertad sexual pena estos supuestos típicos de forma expresa, también en el caso de que la víctima sea menor de dieciséis años. Si bien, la ausencia de datos empíricos relativos a la violencia sexual en el marco de las relaciones sentimentales mantenidas por estas personas y la ausencia de mayores especificaciones jurídicas y fácticas nos habrá de llevar a plantearnos cuáles fueron las razones que llevaron al legislador a introducir en el art. 181.5 d) CP esta circunstancia agravante específica y si la misma supone un acierto desde la óptica de su pertinencia y compatibilidad con otras circunstancias tales que la circunstancia mixta de parentesco o la agravante de género y desde la perspectiva penológica.

Palabras clave: agresión sexual; menores de dieciséis años; género; parentesco.

Abstract

Sexual violence within a partner or ex-partner is a clear violation of the sexual freedom of the passive subject, which is in no way diminished by the mere fact of being committed in the current (or past) framework of such a relationship, even in relation to a possible conjugal duty. In this respect, the current regulation of offences against sexual freedom expressly punishes these cases, also if the victim is under the age of sixteen. However, the absence of evidence on sexual violence in the context of the sentimental relationships maintained by these individuals and whatever other legal or factual evidences should lead us to consider the reason which led the legislator to introduce this specific aggravating circumstance ex art. 181.5 d) CP and whether it is a right decision from the point of view of its relevance and compatibility with other circumstances such as the aggravating circumstance of kinship or the aggravating circumstance of gender, and from a penological standpoint.

Key words: sexual assault; persons under the age of sixteen; gender; kinship.

Cómo citar este trabajo: Parrilla Vergara, Javier (2025). Agresiones sexuales a menores de dieciséis años en el ámbito de la (ex)pareja: art. 181.5 d) CP. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (5), 01–21. <https://doi.org/10.46661/respublica.10940>.

Recepción: 27.08.2024

Aceptación: 14.10.2024

Publicación: 25.01.2025

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

La reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ha pretendido un verdadero cambio de paradigma en lo que respecta al tratamiento ofrecido por nuestro Código Penal a la violencia sexual, también en el caso de los menores. Consecuentemente, las modificaciones habidas en el reinaugurado art. 178 y su definición de consentimiento sexual se han hecho extensibles en igual medida al régimen de los delitos contra la libertad sexual de los menores de dieciséis años. Buen ejemplo de ello supone la identidad cuasi perfecta entre los elencos de circunstancias agravantes específicas que son de aplicación a los delitos cometidos contra los mayores y menores de la edad de consentimiento sexual.

Una atenta lectura de ambos preceptos ya indica lo que afirmamos: nuestro legislador estima necesario ofrecer una respuesta punitiva autónoma a los atentados sexuales contra los menores de dieciséis años, pese a que las agravaciones específicas (ex art. 181.5 CP) se regulan de forma homogénea, salvando la lógica excepción que supone el art. 180.1.3ª CP. Ello ya nos debe plantear un primer interrogante: ¿son situaciones fácticas que admitan tal homogeneidad? Es decir, ¿existen razones para agravar ambos atentados sexuales con idéntico fundamento?

Estas dudas cobran sentido si atendemos al tenor del art. 181.5 d) CP respecto a la agravante específica por razón de ser la víctima (menor de dieciséis años) la pareja o expareja del autor hubiera existido convivencia o no entre los sujetos del delito. Como se tendrá ocasión de poner de manifiesto, mientras parte de la dogmática asume lo inefable de incluir una agravación específica que respondiera a las necesidades impuestas por una interpretación extensiva del concepto de violencia sexual como una manifestación más de la violencia de género, en el caso de los menores de dieciséis años, hemos de mostrarnos más escépticos.

Una aproximación empírica parece ofrecer las razones para ello. Atendiendo a la primera *Encuesta Europea de Violencia de Género* realizada en el año 2022, la existencia de una muestra poco representativa de mujeres comprendidas entre los dieciséis y diecisiete años¹ dificultaría aludir a una verdadera *encrucijada* en lo que respecta a la violencia sexual ejecutada por la (ex)pareja de estas personas; pese a que no resulta factible aludir a la inexistencia de un fenómeno cada vez menos latente², la ausencia de datos al respecto (otro problema a atajar) abona la idea de que quizás el legislador peca de perezoso extendiendo en su totalidad las circunstancias del art. 180 CP a los supuestos de violencia sexual contra menores de dieciséis años³.

¹ Encuesta Europea de Violencia de Género, 2022, pág. 30, disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/EEVG.pdf> (última consulta 20/09/2024).

² El resumen ejecutivo del informe *La victimización sexual en la adolescencia: un estudio nacional desde la perspectiva de la juventud española* realizado por el grupo de investigación GREVIA de la Universidad de Barcelona financiado por el Observatorio Social de la Fundación “la Caixa” ya recoge algunas informaciones dignas de reseñarse: “La victimización sexual con contacto físico también ha sido bastante frecuente y se encuentra presente en el 9,9% (n = 397) de todos los y las participantes, siendo su forma más frecuente la violencia sexual por parte de la pareja (4,5%; n = 182)”

(VVAA, *La victimización sexual en la adolescencia: un estudio nacional desde la perspectiva de la juventud española*, Universidad de Barcelona, 2024, pág. 17, disponible en <https://goo.su/3H4uN>.(última consulta 21/09/2024).

³ Tanto es así que las principales aportaciones en la dogmática penal obvian analizar los supuestos en los que el sujeto pasivo aún no ha permeado la edad de consentimiento sexual, v.gr. FARALDO CABANA, P., “La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima”, en *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Vol. II, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pág. 1371. También, aludiendo de forma somera al supuesto de los menores de dieciséis años, vid. DÍAZ Y GARCÍA

De igual manera, aludiendo de manera específica a los menores de edad, el estudio *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España* indica la existencia de una cierta prevalencia, que a nuestro parecer tampoco permite evidenciar una palmaria necesidad de dar una expresa respuesta (en el seno de los delitos contra la libertad de los menores de dieciséis años) a este fenómeno⁴.

En este sentido, es posible aludir a como sólo el 6,4% de las menores encuestadas reconoce haber sufrido violencia sexual. De ese total, aproximadamente la mitad de ellas (55,7%) reconoce que fue a manos de la persona con la que "salen, salían, querían salir o querían salir con ellas".

Ello ya abona la idea que hemos esbozado, que no es otra que la relativa a la inexistencia de un alto número de menores de edad que son víctimas de violencia sexual por parte de las personas con las que mantienen una relación sentimental, o siguiendo la dicción elegida por el estudio, querían salir; supuestos estos últimos que habrían de quedar excluidos de la aplicación del art. 181.5 d) CP.

No sin razón, TASCÓN GONZÁLEZ⁵ ha llegado a preguntarse sobre la pertinencia de hacer extensibles los "tipos de género" al supuesto de las relaciones entre adolescentes. Aludiendo a los estudios empíricos en la materia, en especial a aquellos de ámbito

norteamericano, alcanza la conclusión de que la prevalencia en estos supuestos es cuanto menos vacilante⁶, lo que va a plantear problemas en lo que refiere a la subsunción de estos supuestos en las tipologías propias de la violencia de género. Ello, como dispone TASCÓN GONZÁLEZ, debe conducir al "rechazo de la aplicación automática en el sistema de justicia penal (...) debiéndose proceder caso por caso (...) Sólo así se respetaría el derecho a la igualdad y no discriminación"⁷.

A la ausencia de unos datos empíricos que puedan sostener la existencia de una verdadera necesidad de política criminal que tenga por finalidad penalizar la violencia sexual en el seno de una pareja sentimental con (o también, entre) un menor de dieciséis años, se unen las dificultades interpretativas de las que la redacción del art. 181.5 d) CP está aquejada. El legislador guarda silencio sobre qué se ha de entender por pareja del autor.

Tampoco nos ofrece guía alguna respecto a la razón por la cual sólo el atentado sexual contra la mujer se ve agravado en el caso del art. 180.1.4^a CP, no así en el caso del art. 180.5 CP, o bien por qué la convivencia (o su ausencia) juega un papel relevante en la configuración de la circunstancia agravante específica.

En este sentido, el único indicio que encontramos respecto a la "necesidad" de tipificar de forma expresa los atentados

CONLLEDO y TRAPERO BARREALES, M.A., "La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad (arts. 180.1.4^o y 181.4 d) CP)", en *Estudios políticos-criminales, jurídico penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díaz Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 1360.

⁴ La totalidad de estos datos pueden ser consultados en VVAA, *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2021, págs. 67 y ss. (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaencifras/estudios/investigaciones/violencia-en-la-adolescencia/>, última consulta 07/10/2024). Resulta

curioso señalar como el 88,9% de las encuestadas refiere nunca haber sido presionada para ejecutar actividades de tipo sexual en las que no deseaba participar (*ibidem*, pág. 34).

⁵ TASCÓN GONZÁLEZ, M.M., "Una aproximación a la violencia en las relaciones de pareja entre adolescentes a la luz de los resultados de la investigación empírica" en *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 235.

⁶ "Como decíamos, los estudios de prevalencia sobre la violencia en la pareja nos ofrecen tasas muy variables sobre este particular" (*ibidem*, pág. 244).

⁷ *Ibidem*, pág. 251.

sexuales contra la pareja o expareja sentimental reside en el propio preámbulo de la LO 10/2022 en el que se alude tanto a la perspectiva de género como a la interseccionalidad como (probables) catalizadores de la reforma, entre otras, de las circunstancias agravantes específicas.

La cuestión, que no es baladí, parece reconducirse a otra cuestión nuclear: ¿acaso una mayor regulación redundaría en una mayor protección? O acaso, una hipertrofia punitivista puede ser acreedora de unos problemas interpretativos y penológicos que terminen por privar de lógica a la concreta decisión legislativa. A esta cuestión también tendremos que referirnos, incluso, desde una perspectiva eminentemente aritmética.

Con el fin de dar respuesta a todos los interrogantes soslayados habremos de remitirnos no sólo al tenor del art. 181.5 d) CP, sino a su *ratio legis* y a las consecuencias penológicas de su aparición en el elenco típico. Además como prolegómeno a lo anterior, será necesario ahondar, siquiera de forma somera, en la propia LO 10/2022 y sus sedicentes profundas reformas y en la realidad social que subyace tras las agresiones sexuales en la pareja sentimental y los constructos dogmáticos que pretendían dar una (arcaica) respuesta a ello a través del débito conyugal.

Todo ello con la sola finalidad de intentar arrojar algo de luz a la que parece una encrucijada de un carácter más legal e interpretativa que fáctica: la existencia de razones para tipificar de forma expresa la violencia sexual cometida por la pareja o

expareja de la víctima menor de dieciséis años.

2 La reforma y la *contrarreforma* del art. 181 CP

La entrada en vigor de la LO 1/2022 vino preconizada por un intenso debate social que con posterioridad permeó en el ámbito jurídico. Muchas han sido las voces autorizadas que se han posicionado a favor y en contra de la reforma⁸. En puridad, y en este sentido ya nos hemos pronunciado⁹, la LO 10/2022 ha pretendido asentar un cambio de paradigma en lo que al Derecho penal sexual se refiere en el ordenamiento español. (CARUSO FONTÁN, POMARES CINTAS, y GARCÍA ÁLVAREZ, 2024).

Junto con medidas de marcado carácter estético (y por ende, de una aparente menor utilidad), el legislador ha procedido a unificar los antiguos tipos de abusos y agresiones sexuales en un *macro* delito de agresiones sexuales, también para el caso en el que el sujeto pasivo es un menor de dieciséis años.

A la par de lo anterior, la pauta exegética del legislador pasa por unificar la totalidad de estos atentados sexuales bajo la égida de la libertad sexual, en los renombrados delitos contra la libertad sexual del Título VIII de nuestro texto punitivo.

Sobre la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual de los menores de dieciséis años no habremos de pronunciarnos en esta ocasión, sin perjuicio de que a nuestro parecer existen holgados motivos para afirmar que el bien jurídico protegido en estos atentados sexuales no es

⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Alegato contra un derecho penal sexual identitario" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, Universidad de Granada, 2019, GIMBERNAT ORDEIG, E., "Sólo sí es sí" en *Diario El Mundo*, 2020 o RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANAS, P., "Sólo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat" en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XL, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020. También, desde una perspectiva eminentemente procesal, *vid.* CAMPANER MUÑOZ, J.,

"El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)" en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 65, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

⁹ PARRILLA VERGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2024, págs. 436 y ss.

otro que la libertad sexual, en su vertiente negativa, ello al amparo de diversos argumentos tanto de corte sistemático como axiológicos *v.gr.* la capacidad de ofrecer un consentimiento sexual jurídicamente vinculante por parte de los menores al amparo del art. 183 *bis* CP (LÓPEZ PEREGRÍN, 2023).

Si bien, el tenor típico del atentado sexual contra estos menores no se ha visto alterado y salvando la unificación típica en el nuevo delito de agresiones sexuales, es el actual art. 181.5 CP el que ha sufrido mayores modificaciones.

Baste señalar, que el debate suscitado por la unificación de las anteriores delitos de abusos y agresiones sexuales, y la imposición de unas horquillas punitivas más amplias (lo que parece necesario en aras de dar cabida a los menos gravosos casos de los anteriores abusos sexuales), unido a la preceptiva aplicación del principio de retroactividad de la norma penal más favorable¹⁰, motivó una pronta y ulterior reforma de la antedicha, ahora por mor de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Contrarreforma, con una escasa relevancia en el marco de los atentados sexuales contra menores de dieciséis años y que circunscribió su protagonismo *ex art.* 181 CP a una elevación (más, si cabe) de las penas a imponer; penas que retornaban, pese a la unificación en un solo tipo delictivo, a los márgenes punitivos habidos antes de la reforma del año 2022¹¹. Además de una “cláusula de hiperagravación”¹² de dudosa utilidad, a la vista de lo gravosas de las penas a imponer.

A ello habremos de añadir la eventual conculcación del principio *ne bis in idem* ante la colisión no sólo entre las circunstancias recogidas en la tipología de la agresión sexual, sino también con aquellas propias del art. 22 CP.

De igual manera, ya con la reforma operada por la LO 10/2022, el legislador procedió a una reorganización sistemática de las circunstancias agravantes específicas contenidas con anterioridad a esta reforma; indiciario resulta como la *voluntas legislatoris* ha sido la de iniciar este elenco con la circunstancia agravante de actuación conjunta, otorgando a la misma una tática relevancia que parece servir a los intereses de ciertos sectores de la doctrina que abogaban por la necesidad de dotar de autonomía sistemática a estos supuestos típicos¹³.

Sea como fuere, y en atención a esta reorganización sistemática, el legislador

¹⁰ Sobre ello, entendemos que el criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2023 no se compadece con los principios configuradores del Derecho penal y el propio tenor del art. 2.2 CP, que entendemos posee una naturaleza preceptiva para con el legislador, habida cuenta de que nos emplaza ante un principio de corte constitucional y supranacional. Pese a que nuestro texto constitucional reconoce la irretroactividad de la ley penal en su art. 9.3, no lo hace respecto a la retroactividad de la ley penal más favorable. Sin embargo, esta opción no está huérfana de argumentos, en especial en la normativa internacional *v.gr.* el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el art. 49 de la Carta de Derechos de la UE. Sobre la aplicación del

principio de retroactividad de la norma penal más favorable *v.gr.* STEDH, Gran Cámara, de 17 de septiembre de 2009 (*Scoppola c. Italia*), o bien la STS, Sala Segunda, 86/2024 de 26 de enero (FD 3º).

¹¹ Sobre la exasperación punitiva en los delitos contra la libertad sexual de los menores de dieciséis años, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *ob cit.*, pág. 28.

¹² ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, pág. 95.

¹³ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Reus Editorial, Madrid, 2019, pág. 258.

procedió a dar entrada a dos circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño, una de las cuales inspira la presente aportación. Ahora ubicada en el art. 181.5 d) CP, el legislador ha ofrecido un espacio diferenciado (en consonancia con los atentados sexuales contra mayores de la edad de consentimiento sexual) a los supuestos en los que se hubiera cometido el delito contra aquel que sea o haya sido pareja del autor (que no, mujer), con independencia de que se pueda concretar una efectiva convivencia (art. 181.5 d) CP).

La introducción de esta nueva circunstancia agravante específica, con escaso reflejo en nuestra legislación, plantea diversos interrogantes no sólo desde la perspectiva de su utilidad práctica en aquellos supuestos en los que la víctima (e incluso puede que el victimario) sea menor de dieciséis años, sino también desde la óptica del propio principio *ne bis in idem*, atendiendo a su naturaleza híbrida, a medio camino entre la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) y la agravante de género del art. 22.4ª CP.

3 Del débito conyugal y la tumba de la libertad sexual

Ninguna duda parece existir respecto a la consideración de los sujetos del delito en el delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años¹⁴. Así, donde el tenor típico infiere que nos encontramos ante un delito

común (“(e)l que...”), la cuestión del sujeto pasivo parece no abonar tampoco duda alguna cuando se refiere a los menores, con independencia de su género, de dieciséis años. Si bien, el actual panorama social ya demuestra que el ejercicio de la sexualidad de nuestros menores no sólo viene mediatizado por la existencia de un contacto sexual no consentido; por el contrario, los menores demuestran deseo sexual e incluso, voluntad de establecer relaciones sentimentales (o pseudorelaciones¹⁵), lo que complica en sobremanera la calificación de los hechos, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el acto de naturaleza sexual se encuentra fuera de la taxativa redacción del art. 183 *bis* CP.

De igual manera, y pese a la prohibición legal de contraer matrimonio de estas personas, lo cierto es que la propia redacción del art. 181.5 d) CP ya nos permite concluir que la existencia de relaciones con “cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro”¹⁶ son también aplicables a los menores de dieciséis años.

Ergo, desde una perspectiva hipotética nada nos impediría considerar la posibilidad de que llegado el caso, se postule la existencia de un eventual débito conyugal en el marco de la violencia sexual propia de las relaciones con (o entre) estos menores.

¹⁴ Sobre ello ya nos hemos pronunciado en PARRILLA VERGARA, J., *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años, ob cit.*, págs. 155-161.

¹⁵ Concepto que bajo el nombre de “pseudonoviazgo” ha venido siendo manejado con asiduidad por la jurisprudencia nacional con relación a la aplicación del art. 183 *bis* CP. Sirva como ejemplo la STS, Sala Segunda, 699/2020 de 16 de diciembre. De igual manera, en la jurisprudencia de los países nuestro entorno *vid.* la Sentencia de la Corte Suprema de Casación, Sección Tercera, nº 34512/2017 de 14 de julio: “In tema di atti sessuali con minorenne, ai fini del riconoscimento dell'attenuante per i casi di minore gravità, di cui all'art. 609 - quater, comma 4, cod. pen., costituisce elemento negativo di valutazione la circostanza che gli atti sessuali si inseriscano nell'ambito di una "relazione amorosa" con il minore,

essendo tale situazione indice, da un lato, di una sostanziale prevaricazione ai danni della vittima e, dall'altro, della ripetizione degli atti sessuali per un considerevole lasso di tempo”.

¹⁶ STS, Sala Segunda, 697/2017 de 25 de octubre de 2017. En este sentido, la STS, Sala Segunda, 1974/2001 de 25 de octubre admite la viabilidad de la violación también entre dos sujetos, dice la sentencia, que “convivían maritalmente”: “El art. 178 y 179 del Código no excluyen el delito de agresión sexual, cuando la víctima es el cónyuge o persona ligada por similar vínculo de afectividad. Ni la norma legal ampara tal exclusión ni existen supuestos «derechos» a la prestación o débito conyugal, como nos tiene dicho una reiterada jurisprudencia de esta Sala, que condena la violación del cónyuge” (FD 2º).

Y ello con independencia de que la actual configuración social de las relaciones sentimentales permita aludir a una equivalencia entre el vínculo matrimonial y otras maneras de expresar la existencia de un proyecto emocional, más allá de la adopción de una forma jurídica en concreto. Piénsese en la relación sentimental mantenida por un menor de quince años y un menor de diecisiete años, que lleva desarrollándose desde que ambos cuentan con once y trece años respectivamente.

Pese a peregrina, existe la posibilidad de que atendido un vínculo afectivo distendido en el tiempo y con cierta seriedad, con independencia de que se pudiera o no adquirir la condición de casado, quepa aludir a ese débito "conyugal" en el marco de la relación sentimental y de los contactos sexuales por ambos mantenidos.

Por fortuna, aludir al débito conyugal nos remite a otra redacción del texto punitivo¹⁷, en la que la libertad estaba suplantada por una sedicente honestidad, y por una concepción mediatizada por la protección penal a esta confusa amalgama de intereses que suplantaban la condición de bien jurídico protegido en el extinto Título IX ACP. En este devenir, GONZÁLEZ RUS llegaba a aludir a como "el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, no es otra cosa que un contrato. Y el débito conyugal no es sino una de las

obligaciones o derecho que se derivan del mismo"¹⁸.

En idéntico sentido, con una vocación más sistematizadora, PORTE PETIT¹⁹ asumía las diversas posturas habidas en la doctrina contemporánea respecto al atentado sexual cometido contra el cónyuge que, como decimos, entendemos extensible también a la pareja sentimental de análoga naturaleza. Siguiendo lo expuesto por el anterior, en primer lugar, encontrábamos aquellas posturas en las que se aludía al derecho y deber de mantener relaciones sexuales en el marco de estas relaciones, sólo quedando facultado el sujeto pasivo (la mujer, dicen) a resistir el acceso no consentido en aquellos casos en los que "fuere peligroso para ella o para la prole (...) o cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer"²⁰.

Sobre ello, las palabras de POLAINO NAVARRETE resumen a la perfección el planteamiento sostenido por un nada desdeñable sector doctrinal:

"(E)l acceso sexual (...) ha de ser efectuado fuera de los límites de validez de un matrimonio jurídicamente existente y por ello al margen de la esfera de vigencia del derecho-deber a la exclusividad sexual correspondiente a cada uno de los cónyuges contratantes"²¹.

En segundo lugar, otras como MADRIGAL MARTÍNEZ-PENEDA²², postulaban que si bien

¹⁷ Sobre la existencia, hasta bien entrado el s.XXI, de las denominadas como "excepciones maritales", *vid.* FARALDO CABANA, P., *ob cit.*, pág. 1371 nota 2.

¹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., *El delito de violación en el Código penal español*, Universidad de Granada, Granada, 1982, pág. 427. Crítica con el concepto, al amparo del actual tenor del art. 68 CC, se muestra REQUEJO CONDE, C., REQUEJO CONDE, C., "Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, Universidad de Granada, 2023, pág. 16.

¹⁹ PORTE PETIT CANAUDAP, C., *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, 4º ed., Ed. Porrúa, México, 1985, págs. 52 y ss.

²⁰ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 18º ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 587 y 588.

²¹ POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

²² "(L)a convivencia sexual previa y mutuamente aceptada (...) hacen que el atentado sexual, nunca justificado, pueda ser atenuado" (MADRIGAL MARTÍNEZ-PENEDA, C., "Delitos contra la libertad

el hecho revestía de tipicidad, la existencia de un matrimonio era argumento suficiente para proceder a la atenuación de la antijuridicidad del hecho; es aquí donde el débito conyugal cobra sentido al amparo del tenor del art. 20.7º CP tal y como mantenían, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS²³.

Frente a estas posturas, encontramos un tercer (y más cabal) posicionamiento. Para DIÉZ RIPOLLÉS, incluso antes del encumbramiento de la libertad sexual como el bien jurídico protegido por nuestro actual Título VIII del Código Penal, la redacción Código Penal de 1975 o las reformas sustanciadas en el año 1983 no eran suficientes para inferir que la existencia del vínculo matrimonial bien convalidaba, bien era merecedora de una respuesta penal menos rigurosa en el marco del atentado sexual contra la pareja sentimental.

En este sentido, desechando el concepto de débito conyugal, deducía que el acceso carnal violento contra el cónyuge colmaba los requisitos de tipicidad del entonces art. 429 ACP.

En consonancia con el anterior, ORTS BERENGUER²⁴ afirmaba también como “el acceso carnal con el cónyuge, obtenido con violencia o intimidación (...) entra de lleno dentro del artículo 429 (ACP). De una parte, el dato de la honestidad-deshonestidad es y era despreciable, no desempeñando función alguna a la hora de calificar un comportamiento”²⁵.

Sin embargo, la entronización de la libertad sexual como el bien jurídico protegido tras la

reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal supuso el comienzo del fin de los argumentos relativos a la existencia del débito conyugal. Pronunciamientos (ya vetustos) del Tribunal Supremo, como su sentencia de 8 de febrero de 1996, ya exponían como la libertad sexual no podía quedar obviada por la existencia de relación conyugal (o sentimental, hemos de añadir), por lo que “no existe justificación alguna para violentar por la fuerza o mediante la intimidación la voluntad contraria del cónyuge” (FD 3º). Igualmente gráfica resulta la STS, Sala Segunda, 254/2019 de 21 de mayo que entiende imposible, y añadimos, ilusorio e irrisorio, “afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes” (FD 3º).

En conclusión, y sin ánimo de extendernos más en esta cuestión, no puede existir tal débito conyugal. Ni entre mayores de edad que hayan contraído matrimonio o mantengan una relación sentimental análoga a la anterior, ni en el caso de los menores de dieciséis años que pudieran, llegado el caso, mantener una relación con los visos de estabilidad y permanencia a los que habremos de aludir con posterioridad.

Asumir lo contrario, nos emplazaría en una posición atentatoria no sólo contra la igualdad de las personas sino también con el derecho a la autodeterminación sexual, que mantenemos, es extensible a las personas con independencia de su género, condición sexual o incluso, edad²⁶.

sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general” en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, págs. 486 y 487).

²³ Citado en ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 67.

²⁴ No obstante, defiende que “(...) en atención a que la habitualidad con que una pareja realiza el coito, puede llevar a la pensar a los miembros de la misma que tienen una expectativa razonable de llevar a cabo el

acto sexual, que un episodio violento -constitutivo por supuesto de delito- pueda ver atenuada su pena por razones en cierto modo similares a las que explicaban la mitigación del rigor penal” (V.V.A.A., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 30).

²⁵ ORTS BERENGUER, E., *ob cit.*, pág. 67.

²⁶ Para algunos como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y TRAPERO BARREALES la tipificación de la circunstancia agravante específica tiene por finalidad reivindicar la

4 La agresión sexual sobre la víctima que sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia (art. 181.5 d) CP)

La redacción dada por la LO 10/2022 al art. 181.5 d) CP expone la necesidad de agravar la pena impuesta al autor de la agresión sexual al menor de dieciséis años en los supuestos en los que la víctima haya sido o sea pareja del autor, con independencia de su convivencia.

En lo que respecta a su redacción, no es posible obviar la ostensible mejora técnica que el legislador ha imprimido a la presente circunstancia agravante específica respecto a la redacción dada por el prelegislador, que haciendo gala de una deficiente subsunción a los supuestos en los que el sujeto pasivo es menor de dieciséis años, aludía con indiferencia al cónyuge del menor; sujetos no legitimados para contraer matrimonio a colación del tenor del art. 46.1^o²⁷ CC.

Baste señalar que a diferencia de en el caso de los mayores de dieciséis años, el art. 181.5 d) CP alude de forma genérica a la pareja del autor, sin mencionar, como sí hace en el art. 180.1.4^a CP, a que la pareja del autor habrá de ser mujer.

Por tanto, en el caso de los menores de dieciséis años el género de la víctima no será determinante para la aplicación de la presente agravación, quedando comprendidas en su seno cualquier relación sentimental, con independencia del género de sus partícipes *v.gr.* también las relaciones homosexuales²⁸.

Si bien, la adecuación terminológica (se refiere a la pareja del menor, que no a su

cónyuge) no solventa los problemas del precepto. Y ello sin perjuicio de que la circunstancia agravante específica por razón de ser la pareja del menor, con independencia de que se acredite la convivencia, ha sido acogida con positiva valoración por parte de ciertos sectores de la doctrina que ven en ella la posibilidad de que el tribunal de enjuiciamiento imponga “una sanción penal más contundente ante un tipo de grave comportamiento que se encuentra muy arraigado en nuestra sociedad”²⁹, pese a como se mantiene, la relevancia para el caso de las personas menores de dieciséis años vaya a ser, nos aventuramos a afirmar, bastante residual.

4.1 Fundamento

Con independencia de la interpretación gramatical que se pueda realizar del precepto, lo cierto es que advertir sus aciertos y errores requiere de ahondar en su *ratio legis*. Parece ser que, tal y como señala FARALDO CABANA³⁰, la vocación del legislador nacional era la de dar respuesta al mandato contenido en el art. 46 a) del convenio de Estambul, que parece conminar a los Estados parte a tipificar como circunstancia agravante “que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que abuse de su autoridad”.

Si bien, cabría plantearse: ¿era necesaria una tipificación expresa? Y en segundo lugar, ¿resulta pertinente en el caso de los menores de dieciséis años?

inexistencia de motivos político criminales que puedan justificar la existencia de un determinado débito conyugal (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., *ob cit.*, pág. 1337).

²⁷ “No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados”.

²⁸ También partícipes de esta consideración se muestran DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., *ob cit.*, pág. 1360.

²⁹ MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal” en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: Propuestas de reforma*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 135.

³⁰ FARALDO CABANA, P., *ob cit.*, pág. 1369.

En primer lugar, y coincidiendo con lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y TRAPERO BARREALES³¹, parece ser que la intención del legislador comunitario no era la de que se incluyese de forma preceptiva una circunstancia agravante *ad hoc*.

Sobre ello GIL GIL³² se muestra especialmente vehemente al negar la obligatoriedad de la adopción de una circunstancia agravante de nuevo cuño; donde el art. 46 a) del convenio alude a "*puedan ser tomadas*", otros preceptos del mismo cuerpo legal sí que imprimen una preceptividad ausente en el caso del artículo que nos concierne *v.gr.* el art. 45 del convenio dice "*sean castigados*".

Conscuentemente parece ser que el manido argumento de las obligaciones internacionales supone un escaso aliciente en el caso del actual art. 181. 5 d) CP. Máxime si atendemos a como el Código Penal, en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022 ya establecía en la Parte General del Código Penal un régimen punitivo para este tipo de supuestos³³.

En este sentido la propia redacción del precepto, en especial en su redacción dada

por el art. 180.1.4^a CP, nos remite en primer lugar a la idea de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, si bien, y ello no es baladí, se suprime la necesidad de que se acredite la convivencia entre los sujetos. Ello nos emplaza ante una disyuntiva respecto a qué o cuál es el específico desvalor que el intérprete habrá de evidenciar a los efectos de justificar la proporcionalidad de aplicar esta circunstancia agravante específica.

La propia naturaleza de la circunstancia mixta antes mentada nos remite a una perspectiva meramente objetiva: la quiebra de las relaciones familiares derivadas de la convivencia entre los sujetos del delito. El *aliud* agravado por el art. 23³⁴ CP no es la existencia de un vínculo sentimental (no se exige que nos encontremos ante una relación sentimental³⁵) sino la existencia de una relación de parentesco o afinidad. Esta idea la abonan, entre otras, la STS, Sala Segunda, 954/2007 de 15 de noviembre que aplica el art. 23 CP al condenado en su condición de abuelo de la menor víctima del delito³⁶.

Atendida la naturaleza del art. 23³⁷ CP y la propia redacción del art. 181.5 d) CP

³¹ DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., *ob cit.*, pág. 1331.

³² GIL GIL, A., *ob cit.*, págs. 808 y 810.

³³ En este parecer, por muchos, *vid.* DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., *ob cit.*, pág. 1340.

³⁴ "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

³⁵ En este devenir se pronuncia la STS, Sala Segunda, 565/2018 de 19 de noviembre: "El Tribunal "a quo" fundamenta la agravante de parentesco como circunstancia objetivable basada en la convivencia, sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza

puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia (...) El recurrente incide en su recurso en que al afecto no estaba presente entre las partes, pero olvida el recurrente que el afecto no es una característica rigurosamente exigida por la jurisprudencia para aplicar esta agravante. En efecto, esta Sala Casacional del Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante" (FD 7^o).

³⁶ "Con relación a la circunstancia mixta de parentesco, el hecho probado refiere la relación parental existente entre el condenado, abuelo, y la víctima, nieto del anterior. Se trata de una relación familiar evidente que el Código valora como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y tenida en la jurisprudencia como agravante cuando esa relación parental actúa en los delitos de agresión personal, como es el caso y que revela una mayor culpabilidad al realizarse entre parientes" (FD 2^o).

³⁷ Sobre ello, *vid.* BONET ESTEVA, M., "La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código penal y la

encontramos unas similitudes, que de origen, ya nos debieran llevar a plantear la necesidad de la tipificación de la circunstancia agravante específica en el caso de las víctimas menores de dieciséis años. Ello pese a que para autoras como GÓMEZ NAVAJAS, la inclusión de la presente circunstancia responda a una obviada obligación de nuestro legislador para con la lucha contra la violencia de género³⁸, al menos, en una perspectiva amplia como la que consagra el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En este devenir, el primero de los problemas al que habremos de enfrentarnos será el de la falta de exigencia de convivencia (también predicable en el actual art. 180.1.4ª CP); elemento diferenciador respecto del art. 23 CP, pero a su vez, un aliciente para su uso desafortunado.

Sea como fuere, y de nuevo volviendo a la no resuelta cuestión de su fundamento, parece ser que la intención del legislador era la de proporcionar una circunstancia agravante específica, con raigambre en las "razones de género"³⁹. Sin perjuicio de su pertinencia, en especial, en los supuestos del art. 181 CP.

búsqueda de criterios para su aplicación" en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, págs. 101-120.

³⁸ GÓMEZ NAVAJAS, J., "Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima" en *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, Ed. Colex, A Coruña, 2023, págs. 182 y 183.

³⁹ FARALDO CABANA, P., *ob cit.*, pág. 1370.

⁴⁰ Sobre ello, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer ya incidía en la necesidad de una aplicación taxativa de los presupuestos típicos de estas tipologías *v.gr.* excluyendo las relaciones homosexuales, y dando cabida en su seno a las relaciones paralelas ("*La protección penal reforzada que dispensan los citados preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven*

A diferencia de lo ocurrido con los supuestos típicos del art. 180.1.4ª CP, el ámbito objetivo de su homónimo del art. 181 CP recoge todo el arco etario, desde el nacimiento (con especial énfasis punitivo en los menores de cuatro años) hasta la edad de consentimiento sexual. Esto ya parece abocar hacia un reducido marco de supuestos en las que la agravación del art. 181.5 d) CP será de aplicación.

Lo anterior ha de ponerse en consonancia con la preceptiva aplicación del principio de taxatividad y la prohibición de la analogía *in malam partem*, que supone la interdicción de una laxa aplicación del precepto⁴⁰. En estos supuestos será la existencia de una relación de pareja (tal y como menciona el precepto) con algún viso de estabilidad lo que habrá de servir como fundamento de la agravación. Las dudas habidas en este extremo habrán de conducir a la ausencia de aplicación de la agravación por mor del principio *in dubio pro reo*.

En este sentido y pese a que la pauta exegética e interpretación del art. 23 CP requiere de una convivencia, siquiera relativa⁴¹, deviene esencial considerar que sin perjuicio de la convivencia, sí que se habrá de requerir de una cierta estabilidad en la misma⁴², y esto

una relación caracterizada por su intensidad emocional") o a las mujeres transexuales ("(...) aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento (...) pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género"). El documento puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00006> (última consulta 30/09/2024)

⁴¹ STS, Sala Segunda, 824/2022 de 19 de octubre: "En este contexto se excluye del análisis de la aplicación de esta agravante cuestiones subjetivas basadas en el afecto o el "no afecto", siendo el elemento de la convivencia en la relación de pareja el determinante para la aplicación de la agravante. No se trata, con ello, de que pueda excluirse si el afecto no existe, aunque exista convivencia, o, incluso, en casos de maltrato en el seno del hogar. Si hay convivencia como dato objetivo la agravante debe operar" (FD 8º).

⁴² La STS, Sala Segunda, 673/2024 de 26 de junio ya dispone la incompatibilidad entre ambas

con una especial significación: en aras de dotar de una mayor certidumbre a la aplicación de la circunstancia agravante específica con el fin de sentar un límite taxativo a su aplicación que impida un uso desahogado de la misma.

Sin embargo, hemos de considerar el art. 181.5 d) CP a la luz de los supuestos a los que aplica: los atentados sexuales cometidos por la pareja sentimental del menor de dieciséis años, lo que como *supra* referimos supone una circunstancia cuanto menos extraña por cuanto como se mantiene, la relación sentimental (obviada la convivencia por expreso mandato del legislador) habrá de poseer una estabilidad que nos emplaza ante supuestos de *pseudonoviazgo* (GARCÍA ÁLVAREZ, 2024).

Por todo ello, la pareja a la que el art. 181.5 d) CP se refiere no puede entenderse en clave de una relación esporádica, mucho menos, fortuita, sino que habrá (y ello es la mayor garantía de una aplicación taxativa) de evidenciarse, como dice la STS, Sala Segunda, 569/2021 de 30 de junio, que nos encontramos ante relaciones “en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, al menos parcial, y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar, mostrando la realidad social que muchas relaciones de

noviazgo, más o menos fugaces, carecen de las características necesarias para que puedan ser consideradas como relaciones de afectividad” (FD 2º).

Por consiguiente, a diferencia de los supuestos contenidos en el art. 23 CP, la aplicación de la agravante del art. 181.5 d) CP debe suponer de forma inexcusable la existencia de una relación de pareja sentimental con cierta vocación de estabilidad en la que el sujeto pasivo sea menor de dieciséis años.

No obstante, el fundamento de la circunstancia contenida en el art. 181.5 d) CP no se agota en la existencia de una relación con independencia de la naturaleza de sus partícipes *v.gr.* familiar, laboral... En este sentido, parece ser que la pauta del legislador era dotar de un mayor desvalor a los atentados sexuales cometidos en el seno de la (ex)pareja sentimental.

A nuestro parecer, esta idea trasciende la vocación del art. 23 CP y su concepto objetivo. En esta ocasión parece que el legislador pretende dar una respuesta penal agravada a los supuestos en los que se acredita una manifiesta imposición de roles estereotipados de género en el ámbito sexual en la (ex)pareja.

Es, en puridad, la comisión del atentado sexual en el marco de la pareja con la finalidad, no sólo de satisfacer el lúbrico deseo del autor, sino también con el fin de perpetuar una dominación sobre la víctima⁴³, lo que sin

circunstancias, el art. 23 CP y la agravación específica: “En efecto, el nuevo art. 180.1.5ª establece desde la reforma de 2021 como subtipo agravado el prevalimiento de una relación de convivencia. Aquí concurrió esa circunstancia indudablemente. Tal subtipo agravado en un buen número de ocasiones no será compatible con el dimanante de una relación matrimonial o asimilable. Será inherente. Pero en supuestos de ruptura matrimonial, ya consumada o llevada a cabo de facto, puede cobrar autonomía propia la agravación. Serán casos singulares, pero perfectamente imaginables. Eso sucede aquí: la convivencia marital se había roto ya como consecuencia de denuncias por maltrato. Una absolución facilitó al recurrente instalarse de nuevo en

la vivienda común, pero lo hizo imponiendo la convivencia a la víctima. De hecho, según refiere el hecho probado, dormían en habitaciones separadas. El acusado se dirigió a la ocupada por la víctima, donde también se encontraba un hijo menor, para perpetrar la agresión” (FD 2º).

⁴³ Por muchas, *vid.* la STS, Sala Segunda, 794/2022 de 4 de octubre: “En escasas ocasiones esta Sala ha dispuesto de un relato fáctico tan asertivo en la descripción de un hecho humillante, denigratorio y lesivo de la dignidad de una persona que, después de haber sido agredida, es compelida a servir el desayuno y a elegir la modalidad de la siguiente agresión, evidenciando, con esas expresiones, una conducta denigratoria de la mujer, actuando con poderío de

duda nos remite a la circunstancia agravante recogida en el art. 22.4^º CP.

La circunstancia agravante de género⁴⁴ vería la luz de la mano de la LO 1/2015 con el ánimo de “poner el acento en el plus de gravedad que se confiere a cualquier acto ejecutado en base a móviles que encuentran su fundamento en la idea de discriminación”⁴⁵. En tanto, tal y como ponía de manifiesto la STC, Sala Segunda, 176/1995 de 11 de diciembre, las actitudes de naturaleza machista “está(n) en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales” (FD 4^º).

Si bien, no sería hasta el año 2015 que el legislador nacional, bajo auspicios del propio convenio de Estambul⁴⁶, escindiría el *sexo*⁴⁷ (recogido en la original redacción del texto punitivo) del *género*, hecho que contaría con

la aprobación mayoritaria de la doctrina científica. En este sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS afirma como “el sexo (es) “género” y el género la “especie”. Consecuentemente entiende que la discriminación por razón de sexo lo es también relativa al género de la víctima, “pero no a la inversa, esto es, no toda discriminación por razón de sexo es también de género”⁴⁸. En consecuencia, donde la circunstancia del art. 23 CP posee una naturaleza eminentemente objetiva, la circunstancia agravante de género posee un marcado elemento subjetivo⁴⁹ que dificulta su aplicación como así señala la STS, Sala Segunda, 565/2018 de 19 de noviembre:

“Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la

dominación hacia la mujer a la que le ordena servir el desayuno tras la agresión sexual y como antesala de otra, a la que se le ofrece una posibilidad de opción, absolutamente deleznable, en el contexto en que se realiza (...) En este motivo la disensión se contrae únicamente a la aplicación de la agravante de discriminación por razón de género que, como se ha dicho, debe partir del hecho declarado probado y éste es claro en la descripción de una situación objetiva de desigualdad de género que proyecta una pretendida supremacía machista y en la cual se manifiestan estereotipos de conducta que cosifican a la mujer, relegándola al papel de mero instrumento de placer y de servicio al varón. El hecho probado es claro y no deja lugar a dudas, después de la agresión le ordena que le ponga el desayuno y, a una de ellas, le da la opción de elegir la modalidad de una nueva agresión” (FD 5^º).

⁴⁴ Sobre ello nos pronunciamos en PARRILLA VERGARA, J., “La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2019.

⁴⁵ ARROYO DE LAS HERAS, A., “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancias agravantes” en *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1997, pág. 107.

⁴⁶ Según su artículo tercero, el género hace referencia a “los papeles, comportamientos, actividades y

atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, lo que en opinión del legislador “puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”.

⁴⁷ Para RUEDA MARTÍN “la distinción planteada y que se reproduce en la discriminación por razón del sexo femenino y por razón de género no expone diferencias sustanciales entre ambos conceptos, puesto que los términos género y sexo no se distinguen por su diferente significado, uno al que se le atribuye un componente valorativo social -el género- y al otro al que se le atribuye una simple característica biológica -el sexo-” (RUEDA MARTÍN, M.A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, 2019, pág. 25).

⁴⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20, 2018, págs. 18 y 19.

⁴⁹ Crítica con la interpretación que realiza la jurisprudencia sobre ello, entendiendo y aplicando la misma desde una óptica eminentemente subjetiva se muestra FARALDO CABANA, P., *ob cit.*, págs. 1387 y 1388.

intención -manifestada por actos de violencia-, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo” (FD 8º).

Sin embargo, pese a que el legislador opta por aludir a la mujer, cuyos intereses son objeto de tutela, entre otros, por el propio convenio de Estambul, el art. 181.5 d) CP se refiere de forma genérica a la pareja. En este caso, el argumento sobre el fundamento del art. 22.4ª CP habría de decaer.

Cabría preguntarse por qué. A nuestro parecer, todo ello resultado de una deficiente técnica legislativa que por no pecar de escueta y, en ocasiones, dotada de lógica política-criminal, opta por incluir la circunstancia agravante específica sin atender a las particularidades que el propio legislador imprime a los delitos contra la libertad sexual de los menores de dieciséis años.

Además de esta orfandad de fundamentos específicos para su tipificación, tampoco resulta descabellado afirmar como la nueva cualificación del art. 181.5 d) CP coherente los caracteres esenciales de los arts. 22.4ª y 23 CP, lo que a su vez poseerá incidencias en el campo de la prohibición que impone el principio *ne bis in idem*. No cabría aplicar la circunstancia agravante específica a la par que una o ambas circunstancias agravantes⁵⁰, con los efectos que ello pudiera tener en el marco penológico, como se dirá.

A todo lo anterior se han de adicionar los problemas probatorios⁵¹ que la aplicación de

la presente circunstancia agravante específica va a conllevar en plenario.

Tomando en consideración el salto penológico que supone la aplicación del art. 181.5 CP difícilmente encontraremos supuestos en los que la defensa del acusado (o acusada, en el caso del art. 181.5 d) CP) asuma la existencia de la relación sentimental.

Ello va a suponer que el tribunal de enjuiciamiento se habrá de ver abocado a requerir de corroboraciones periféricas que puedan sustentar la pretensión acusatoria de agravar la conducta por la existencia de una relación sentimental entre los sujetos del delito *v.gr.* testifical de conocidos y/o familiares, prueba documental sobre las conversaciones entre la sedicente pareja, publicaciones en redes sociales a este respecto, etc.

4.2 Cuestiones penológicas

Como se ha tenido oportunidad de poner de manifiesto, parte de la doctrina coincide en evidenciar como la introducción de la presente circunstancia agravante específica responde a la necesidad de dar una respuesta penal proporcionada (y más gravosa) a los supuestos en los que el atentado sexual se comete en el seno de una pareja sentimental heterosexual, en el caso de las víctimas que ya han permeado la edad de consentimiento sexual, o bien, una relación sentimental de cualquier naturaleza en el caso de los menores de dieciséis años.

Piénsese en el atentado sexual *v.gr.* violento (a efectos de excluir la eventual virtualidad del art. 183 *bis* CP) que se comete por un sujeto que cuenta ya con dieciocho años, respecto de su pareja sentimental de sólo quince años. Es más, de la (hipotética) prueba practicada se

⁵⁰ En ello coincide, CRUCES NAVAJAS, J., *ob cit.*, pág. 194.

⁵¹ Para FARALDO CABANA el problema probatorio se circunscribe más bien a la existencia de relaciones sexuales previas entre los sujetos del delito, lo que pudiera coadyuvar a deslindar los supuestos no consentidos en lo que se advirtiera una conducta típica

(FARALDO CABANA, P., *ob cit.*, pág. 1382). Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y TRAPERO BARREALES el problema, como parece más lógico, va a reconducirse a considerar qué es una pareja sentimental en especial en el caso de los menores de dieciséis años (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M.A., *ob cit.*, pág. 1361).

infiere que (i) el catalizador del atentado sexual es la ruptura de la relación sentimental, que (ii) el sujeto activo remitió mensajes de texto en los que decía “si no eres mía, no vas a ser de nadie” y que a su vez, la testifical practicada corrobora la declaración de la víctima respecto a cómo (iii) el sujeto activo mantenía a su pareja, menor de edad, en un clima de supervisión que es compatible con el mantenimiento de roles de género machistas, por ejemplo, incitando a la misma a dejar los estudios y a quedarse en casa aprendiendo como gestionar las labores domésticas.

Llegado el caso, el tribunal de enjuiciamiento no encontraría motivos para no agravar la conducta *ex art.* 181.5 d) CP. Sin embargo, ello nos conduce a plantear una última cuestión: ¿era necesaria desde el punto de vista penológico tal agravación?

Si nos remitimos al régimen punitivo anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022, el tribunal de enjuiciamiento podría (en sede de determinación de la pena) agravar de igual manera la pena a imponer a colación del tenor del art. 66.1.3^a CP imponiendo la pena en su mitad superior.

En consecuencia, una vez evidenciada la existencia de una relación de dominación entre los sujetos del delito en la que se pretendían perpetuar los roles de género, el tribunal de enjuiciamiento podría haber agravado la conducta del autor por mor del art. 22.4^a CP y por ende, la pena a imponer sería en la mitad superior. Idéntica solución a la preconizada por el actual 181.5 CP.

En este sentido, hemos de señalar como el ámbito de aplicación del art. 181.5 d) CP y la circunstancia agravante de género del art.

22.4^a CP no serían del todo compatibles. No es posible obviar como la agravante de género responde a la perpetuación de unos roles de género que el propio convenio de Estambul, como la jurisprudencia nacional que lo desarrolla, infieren es de aplicación a la relación varón-mujer. Pero, ¿cabría aplicarse a los supuestos de violaciones inversas ejecutadas por una mujer (victimario) sobre una víctima que sea un varón⁵³?

Pese a que desde una perspectiva objetiva, al menos en el caso de los menores de dieciséis años, cabría plantear tal cuestión, no hemos de olvidar que el híbrido fundamento de la circunstancia agravante específica nos privaría de evidenciar el elemento (propio del art. 22.4^a CP) y que parece desprenderse de la *ratio legis* del precepto: castigar de forma más severa los atentados sexuales que tienen su raigambre en la violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex pareja sentimental.

Por tanto, pese a la (loable) vocación del art. 181.5 d) CP, lo cierto es que en casos en los que encontramos una relación sentimental entre varones o entre mujeres, la aplicación del art. 22.4^a CP estaría vedada, no así la circunstancia agravante específica; distinto será la procedencia y/o necesidad político criminal de dar una respuesta punitiva agravada a las agresiones sexuales en el ámbito de relaciones sexuales entre parejas del mismo sexo, hecho que, a diferencia del régimen sentado por el art. 173.2 CP, no alcanza a este tipo de parejas.

Pero además, si atendido el supuesto de hecho anterior, se concretase una situación de convivencia estable, la conducta se podría haber agravado también⁵⁴ por cuenta del art.

⁵² “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas (...) 3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”.

⁵³ Supuestos que, en la práctica, pese a escasos, se han venido denominando violaciones inversas, *v.gr.* pareja sentimental que obliga a su pareja a realizarle sexo oral

en su vagina o que insta, pese a la expresa negativa del varón, a que la penetre por alguna de las vías prescritas por el art. 181.4 CP en las modalidades típicas. Por el contrario, la redacción dada por el tenor del art. 180 CP nos privaría de tal posibilidad al aludir de forma expresa a la mujer, que no a la pareja sentimental.

⁵⁴ Sobre la compatibilidad de ambas circunstancias agravantes, *vid.* la citada STS, Sala Segunda, 565/2018 de 19 de noviembre: “Con respecto a la compatibilidad

23 CP, lo que según el art. 66 CP dotaría de mayores razones para adecuar la proporcionalidad de la pena más cercana al máximo legal imponible. Con la entrada en vigor de la actual redacción, la respuesta punitiva sería la misma: la horquilla penológica oscilaría desde la mitad superior hasta el límite máximo.

Los escenarios penológicos son innumerables. Así, en casos en los que se acreditase la situación de pareja estable (con independencia de la convivencia) la pena a imponer, salvando la concurrencia de dos o más circunstancias agravantes específicas del art. 181.5 CP, sería la mitad superior, siendo dudosa (por razón del principio *ne bis in idem*) la posibilidad de aplicar una eventual circunstancia agravante por razón de género del art. 22.4ª CP, que en su caso, y sólo para el binomio varón-mujer y victimario-víctima, permitiría aplicar la pena en su mitad superior, lo que ya nos debe recordar a la redacción del art. 181.6 CP introducido por la LO 4/2023.

A nuestro parecer, la introducción de la circunstancia agravante específica del art. 181.5 d) CP, procede a unificar dos circunstancias agravantes genéricas (arts. 22.4ª y 23 CP) en un solo precepto, lo que *de facto* dificultaría *ex art.* 67 CP la apreciación de más de dos circunstancias agravantes a los efectos de imponer la pena en su grado superior tal y como posibilita el art. 66.1.4ª⁵⁵ CP.

entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento (...) Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el

Ello tampoco se compadece en su totalidad con la necesidad (o no) de agravar las ya de por sí gravosas penas a las que se someten a los atentados sexuales contra los menores de dieciséis años, máxime cuando el resultado no era el que quizás tenía previsto el legislador siempre tendente a enervar la penología en estas tipologías delictivas:

	Penas de prisión en abstracto	Penas tras aplicar el art. 181.5 d) CP	Penas resultante de aplicar el art. 66.1.4ª CP
Art. 181.1 CP	2 - 6	4 - 6	6 - 7½
Art. 181.2 CP	5 - 10	7 ½ - 10	10 - 12 ½
Art. 181.4 CP	8 - 12	10 - 12	12 - 15

Nota: Elaboración propia

5 Conclusiones

La existencia de violencia sexual en el seno de la pareja o incluso, la expareja, sentimental es una realidad incontestable a la que nuestro legislador ha procedido a dar una respuesta punitiva expresa (y agravada) respecto de los ataques básicos a la libertad sexual que consagran, entre otros, los arts. 178, 179 y 181

ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer” (FD 8º).

⁵⁵ “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas (...) 4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurre atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”.

CP. Si bien, como se ha tenido a bien señalar, la técnica legislativa ha sido la de aplicar de forma mimética esta agravación a la totalidad de atentados sexuales ahora embebidos en el renombrado Título VIII de nuestro Código Penal.

Una primera aproximación al fenómeno de la violencia sexual, en especial, en su palmaria manifestación como violencia de género aconsejaría de forma cautelara este tratamiento diferenciado al que la nueva regulación dada por la LO 10/2022 aboca a los atentados sexuales en nuestro texto punitivo.

Esta parece ser la pauta exegética de nuestro legislador, que ya en antecedentes legislativos, *v.gr.* LO 1/2004, atendían de forma somera a esta violencia como una manifestación de la violencia de género. Hecho que a su vez se compadece con más recientes obligaciones del estado español por mor del convenio de Estambul, que ya reconoce sin ambages la violencia sexual como violencia de género (VILLA SIEIRO, 2024).

Lejos quedan ya ideas tan claramente desfasadas como la del débito conyugal, que pervierten el matrimonio o la relación de análoga naturaleza en un mero negocio jurídico en el que los sujetos del delito adquieren derechos y deberes de indudable contenido sexual, y por ende, personalísimos, mediatizados por dicha relación.

Bastante vehemente se muestra la doctrina y jurisprudencia actual, de la que volvemos a tomar el axioma que resume con mayor claridad el sentir generalizado en esta materia: el matrimonio no debe ser la tumba de la libertad sexual.

Sin embargo, más allá de esta genérica aproximación, la materia requiere de una mayor profundización, en especial, si atendemos a como el legislador ha hecho extensible esta circunstancia agravante específica (art. 180.1.4^a CP) también a los supuestos en los que la víctima es menor de dieciséis años a través del ya mentado art. 181.5 d) CP.

A diferencia de los datos recogidos por las estadísticas manejadas, lo cierto es que en el caso de los menores de dieciséis años, la existencia de una relación sentimental con visos de estabilidad y con una seriedad que permita afirmar la creación de un clima que reconozca la necesidad de una agravación del atentado sexual, se estima peregrina.

En los supuestos contemplados por el art. 181.5 d) CP nos hemos de enfrentar ante la existencia de supuestos en los que el sujeto pasivo mantiene una relación sentimental con una persona mayor de la edad de consentimiento sexual, como a su vez, aquellos casos en los que la edad entre ambos sujetos es coincidente o inferior en el caso del sujeto activo; casos, de los que habremos de excluir la inimputabilidad del art. 19 CP y la declaración contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Por tanto, *a limine* el elenco de supuestos será cuanto menos, reducido.

Ello lo viene a ratificar la inexistencia de datos que permitan sustentar una verdadera inferencia de esta manifestación de violencia de género en los menores de dieciséis años. Cuestión diferente será la de advertir si ello se compadece con la realidad social o con la necesidad de replantear el método de estudio o la relevancia que ha de prestarse a este fenómeno.

Sea como fuere, datos o no, el legislador ha estimado oportuno extender a los atentados sexuales contra menores de dieciséis años la circunstancia agravante específica de cometer el delito sexual contra estas personas cuando el autor sea o haya sido pareja del autor, conste o no la convivencia entre ambos.

La primera y más notoria diferencia entre los regímenes sentados por los arts. 180 y 181.5 CP es la relativa al género del sujeto pasivo. Tal y como acertadamente señala parte de la doctrina, parece que el interés del legislador por tipificar de forma expresa estos supuestos respondía a la necesidad de luchar contra una manifestación específica propia de la violencia de género; es decir, de una violencia contra las mujeres.

De ahí, que el art. 180.1.3^a alude de forma expresa a tal género. Pero ¿por qué no lo hace el art. 181.5 d) CP? *De facto* el precepto permitiría, y nada aconseja *contrario sensu*, que la circunstancia agravante específica pueda ser de aplicación a las relaciones homosexuales en toda su variedad, a saber, varón-varón y mujer-mujer.

Esta diferencia ya nos resulta indiciaria de la deficiente técnica legislativa que subyace tras la réplica (cuasi total) que encontramos entre el art. 180 CP y su semejante para el caso de los menores de dieciséis años.

Presumir la existencia de idénticas realidades político criminales resulta incluso temerario. Si el hecho típico fuera idéntico, el legislador no hubiera procedido a la ya lejana escisión de los atentados sexuales atendiendo a la edad del sujeto pasivo, ni tampoco hubiera consagrado un régimen punitivo agravado en el caso de que el sujeto pasivo no hubiera alcanzado aún la edad de consentimiento sexual.

Ergo, en nada se explica ni la necesidad, ni la pertinencia de mimetizar esta circunstancia agravante específica en el caso de los atentados sexuales contra menores de dieciséis años.

De esta orfandad de datos empíricos (cualquiera sea la razón) y de razones de política criminal, nace su complejo (de sostener) fundamento. Ya se ha señalado que a diferencia del art. 180.1.4^a CP, el presente no responde, en su totalidad, a los supuestos de violencia sexual en parejas sentimentales heterosexuales (varón, agresor, y víctima que es mujer) por los que las razones aducidas en este sentido han de decaer (FERNÁNDEZ VIDAL, 2024).

Una interpretación literal nos lleva a concluir que la presente agravación posee una naturaleza híbrida, con los problemas que ello va a conllevar, con total seguridad, desde la óptica del principio *ne bis in idem*. La existencia de una relación sentimental nos emplazaría de forma cautelar ante lo que ya es objeto de tutela por el art. 23 CP: la

circunstancia mixta de parentesco. Si bien, a diferencia de la anterior, con un marcado carácter objetivo, no se requiere de la efectiva convivencia entre los sujetos del delito. Sin duda, el legislador pretende (de nuevo) atenuar un problema de índole probatorio, que en el caso de los menores de dieciséis años, adquiere mayor empaque: no se estima factible la existencia de menores de dieciséis años con la autonomía o capacidad económica para asumir una convivencia con una pareja sentimental.

En consonancia con lo anterior, pareciera que la *voluntas legislatoris* no es otra que la de ampliar (quizás de forma desmedida) el ámbito de aplicación a un cambiante escenario social en el que las relaciones sentimentales son cada vez menos normativas.

Consecuentemente, privar del requisito de la convivencia supone un necesario elemento en aras de la aplicabilidad de la circunstancia agravante específica, que entendemos, no debe suponer un aliciente a su aplicación desahogada de la misma. Se ha de requerir de algún viso de estabilidad, en tanto, si la relación sentimental cobra un específico protagonismo en el seno del art. 181.5 d) CP ello debe evidenciarse con alguna certeza. De nuevo, si la convivencia no será el criterio que tomar en consideración, lo habrán de ser otros indicios que permitan al tribunal de enjuiciamiento inferir la existencia de un nexo sentimental (que no familiar, como alude el art. 23 CP) entre los sujetos del delito: un compromiso social generador de unas expectativas de futuro entre las personas implicadas, en este caso, en el atentado sexual.

Por tanto, una circunstancia objetiva como es la contenida en el art. 23 CP excede la propia naturaleza del art. 181.5 d) CP; no se habla de parentesco, circunstancia inexorable, sino de relación sentimental.

Elemento subjetivo que nos remite de forma (imperfecta) a la circunstancia cuarta del art. 22 CP: la agravante de género. No nos resulta descabellado afirmar que la razón de penar de

forma autónoma el atentado sexual en la pareja sentimental responde a la necesidad de evitar la perpetuación de los estereotipos de género a los que alude el art. 1 del convenio de Estambul. Esto cobra especial sentido a tenor del art. 180.1.3ª CP, pero ¿qué ocurre en el supuesto de hecho del art. 181.5 d) CP?

Como se ha expuesto, la propia redacción del precepto (que de forma expresa excluye el término mujer) nos conduce a concluir que el género resulta inocuo en el caso de los menores de dieciséis años. A resultados de lo anterior, una vez atendida a la interpretación actual del art. 22.4ª CP y el propio fundamento de tal circunstancia en el tenor del convenio de Estambul, resulta complejo cohonestar su aplicación en supuestos de relaciones homosexuales, en especial, en aquellas mantenidas entre dos hombres.

No cabe advertir, desde la exclusiva óptica de la interpretación del art. 22.4ª CP, un trato desigual en lo que por el mero género es igual. Y ello salvando la pertinencia de este argumento, que debería ser matizado en páginas que exceden la naturaleza y temática del presente.

Así, nos encontramos ante una circunstancia agravante específica a medio camino entre el art. 23 CP y (una imperfecta interpretación del) art. 22.4ª CP, lo que, como se ha dicho, va a conllevar numerosos problemas en sede del principio *ne bis in idem*. Y lo que ya abona la compleja aplicación de la presente, en especial, en el caso de los menores de dieciséis años. Sin una relación sentimental con visos de estabilidad, el atentado sexual habrá de reconducirse al tipo concreto, ya sea al tipo básico, al agravado del art. 181.2 CP o al supuesto típico del acceso carnal o introducción de objetos.

Como se ha venido manteniendo, tampoco desde una perspectiva penológica la aplicación del art. 181.5 d) CP nos conduce a resultados satisfactorios, al menos, si asumimos la necesidad de exacerbar la pena en el caso de que el atentado sexual sea cometido en el seno de la (ex)pareja sentimental. Si lo que se pretendía era agravar

los supuestos en los que, siguiendo la propia exposición de motivos de la LO 10/2022, mujeres y niñas son víctimas de violencia sexual ahora, dentro de la pareja sentimental, la solución penológica dada por el art. 66 CP sería más gravosa que la actualmente prescrita por el art. 181.6 CP para el caso de los menores de dieciséis años.

Otra razón más para negar la viabilidad de la aplicación en el caso de las personas menores de dieciséis años. Si la aplicación del art. 180.5 d) ya invalida la agravación del art. 23 CP y en su caso, del art. 22.4ª CP la pena a imponer será la de la mitad superior que prescribe el art. 181.6 CP. El único escenario en el que se advierte que la respuesta punitiva quedaría agravada respecto al régimen anterior sería el de las relaciones homosexuales en las que el art. 22.4ª CP quedaría privado de aplicación, y ello, de nuevo, salvando la posibilidad que ofrece el art. 66.1.3ª CP en sede de aplicación de la pena.

Todas estas razones, que estimamos, no son pocas, nos permiten inferir los problemas interpretativos en los que el legislador nos emplaza con el nuevo art. 181.5 d) CP. Si la violencia en la pareja o expareja sentimental del menor de dieciséis años es una realidad criminológica que requiere de una respuesta penal agravada o quién sabe, si acaso autónoma, la solución no reside en el actual tenor de este precepto, y mucho menos en replicar de forma idéntica lo que resulta procedente e incluso, necesario, para los mayores de dieciséis años.

La juventud, y su encrucijada, merecen una respuesta adecuada a las necesidades dimanantes de la violencia sexual, también en el seno de sus parejas y exparejas sentimentales.

Referencias

ACALE SÁNCHEZ, María. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas: especial referencia a los delitos de agresión y abusos sexuales*, Reus Editorial.

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. (2004). *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Ed. Atelier.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. (1997). “Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancias agravantes”, en *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- CAMPANER MUÑOZ, Jaime. (2022). “El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas)”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 65, Ed. Aranzadi Thomson Reuters.
- CARUSO FONTÁN, Viviana, POMARES CINTAS, Esther y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2024). Introducción al monográfico especial sobre “Debates jurídico-criminológicos sobre la Ley 10 2022 de 6 de septiembre, también conocida como Ley del ‘solo sí es sí’”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 9-11. <https://doi.org/10.46661/respublica.10308>.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. (1975). *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 18º ed., Ed. Bosch.
- BONET ESTEVA, Margarita. (2001). “La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código penal y la búsqueda de criterios para su aplicación”, en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y TRAPERO BARREALES, María Anunciación. (2023). “La cualificación de las agresiones sexuales y la violación a la esposa, exesposa o mujer con análogos vínculos de afectividad (arts. 180.1.4º y 181.4 d) CP)”, en *Estudios políticos-criminales, jurídico penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díaz Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (2019). “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, Universidad de Granada.
- FARALDO CABANA, Patricia. (2021). “La agravación de los delitos contra la libertad sexual por ser o haber sido el autor esposo o pareja de la víctima”, en *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Volumen II, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.
- FERNÁNDEZ VIDAL, Josefa. (2024). La violencia sexual: factores de riesgo, perfil del agresor y marco normativo. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4) 104-17. <https://doi.org/10.46661/respublica.9523>.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2024). El debate sobre la relevancia de la cláusula del Art. 183 Quater Cp, en el caso de “La Arandina”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 51-61. <https://doi.org/10.46661/respublica.10268>.
- GIL GIL, Alicia (2023). “La agravante de ser o haber sido la esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual”, en *Estudios políticos-criminales, jurídico penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díaz Ripollés*, Ed. Tirant lo Blanch.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. (2020). “Sólo sí es sí”, en *Diario El Mundo*.
- GÓMEZ NAVAJAS, Justa. (2023). “Agresión sexual por parte del cónyuge, pareja o expareja de la víctima”, en *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, Ed. Colex. <https://doi.org/10.69592/978-84-1359-899-4-CAP6>
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. (1982). *El delito de violación en el Código penal español*, Universidad de Granada.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. (2023). ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1) 9-24. <https://doi.org/10.46661/respublica.8051>.

- MADRIGAL MARTÍNEZ-PENEDA, Consuelo. (1998) “Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995. Planteamiento general”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. (2018). “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20.
- MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. (2022). “Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: Propuestas de reforma*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- ORTS BERENGUER, Enrique. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*, Ed. Tirant lo Blanch.
- PARRILLA VERGARA, Javier. (2024). *El delito de agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, J.M. Bosch Editor. <https://doi.org/10.2307/jj.20522953>
- PARRILLA VERGARA, Javier. (2019). “La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J.M. Bosch Editor. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.5>
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. (1985). *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, 4º ed., Ed. Porrúa, México.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo y FARALDO CABANAS, Patricia. (2020). “Sólo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XL, Universidad de Santiago de Compostela.
- REQUEJO CONDE, Carmen. (2023). “Los nuevos tipos cualificados del delito de agresión sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, Universidad de Granada.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (2019). “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21, Universidad de Granada.
- TASCÓN GONZÁLEZ, María Marta. (2022). “Una aproximación a la violencia en las relaciones de pareja entre adolescentes a la luz de los resultados de la investigación empírica” en *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- VILLA SIEIRO, Sonia Victoria. (2024). La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género después de la aprobación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral sobre la violencia sexual. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4). 118-38. <https://doi.org/10.46661/respublica.9546>.
- V.V.A.A. (2011). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Tirant Lo Blanch.