

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**Máster de Acceso a la Profesión de Abogado**

**Universidad Rey Juan Carlos**

**Modalidad On-line**



**EL CASO “LOLITA” CON OCASIÓN DE LA  
APROBACIÓN DE LA LEY DEL SOLO SÍ ES SÍ**

**Año académico 2022/2023**

**Autor: D. Alejandro Carlos Blasco Avellaneda**

**Directora: D<sup>a</sup>. María Palma Álvarez Pozo**

*Convocatoria: febrero 2023*

## **RESUMEN**

El siguiente trabajo se trata de un dictamen jurídico, cuyo relato fáctico se basa en la vieja novela “Lolita”, publicada por primera vez en 1955, que trata sobre un hombre de 40 años con trastorno parafilico y la relación amorosa que mantiene con su hijastra de 12 años.

Para responder a las cuestiones jurídicas planteadas, se ha hecho un análisis en profundidad de las principales modificaciones del Capítulo II del Título VIII del Código Penal concernientes a las agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Realizando, para ello, un recorrido pormenorizado por todos los cambios producidos en el Código Penal, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, popularmente conocida como la “Ley del solo sí es sí”, y dando respuesta a dichas cuestiones desde un punto actual de la doctrina y la jurisprudencia.

## **ABSTRACT**

The following project refers to a legal opinion, whose factual background is based on the old novel “Lolita”, first published in 1955, whose plot is about a forty-year-old man with a paraphilic disorder, who maintains a relationship with his twelve-year-old step daughter.

In order to respond to the legal questions raised, it has been done a deep analysis concerning to the main novelties introduced by the Chapter II of the Title VIII regarding to sexual assault against minors under sixteen years old. Carrying out, to accomplish this, a detailed tour through every modification introduced in the Penal Code, in occasion of the entry into force of the Organic Law 10/2022, of 6<sup>th</sup> of September, of comprehensive guarantee of sexual freedom, worldwide known as “Yes model”, and answering these questions from today’s doctrine and jurisprudence view.

## **PALABRAS CLAVE**

Agresión sexual a menores de 16 años, indemnidad, consentimiento, atenuante de confesión, inimputabilidad, eximente por trastorno parafilico, necropsia.

**KEY WORDS**

Sexual assault against minors under sixteen years old, indemnity, consent, plea for mitigating circumstances, unimputability, exculpatory circumstance due to paraphilic disorder, necropsy.

## CONTENIDO

I.	ABREVIATURAS .....	3
II.	OBJETO DEL DICTAMEN .....	4
III.	ANTECEDENTES DE HECHO .....	4
IV.	EXPOSICIÓN DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS.....	7
V.	MARCO JURÍDICO .....	7
VI.	PROPUESTA DE SOLUCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	8
A.	PRIMERA CUESTIÓN .....	8
1.	CALIFICACIÓN JURÍDICA .....	8
2.	AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN .....	20
B.	SEGUNDA CUESTIÓN.....	21
1.	REQUISITOS DE LA ATENUANTE DE CONFESIÓN DEL DELITO A LAS AUTORIDADES.....	21
2.	APLICACIÓN DE LA ATENUANTE MUY CUALIFICADA DE CONFESIÓN .....	24
3.	LA ATENUANTE ANALÓGICA DEL ART. 21. 7ª DEL C.P.....	25
C.	TERCERA CUESTIÓN .....	26
1.	LAS ALTERACIONES PSÍQUICAS EN LA IMPUTABILIDAD PENAL..	27
2.	RESPONSABILIDAD PENAL EN EL TRASTORNO PEDOFÍLICO .....	28
3.	ANÁLISIS DE SENTENCIAS .....	30
D.	CUARTA CUESTIÓN .....	32
VII.	CONCLUSIONES.....	34
VIII.	BIBLIOGRAFÍA .....	35
IX.	ÍNDICES DE SENTENCIAS.....	37

## **I. ABREVIATURAS**

<b>AP</b>	<b>Audiencia Provincial</b>
<b>Art</b>	<b>Artículo</b>
<b>CE</b>	<b>Constitución Española</b>
<b>CP</b>	<b>Código Penal</b>
<b>FGE</b>	<b>Fiscalía General del Estado</b>
<b>FJ</b>	<b>Fundamento jurídico</b>
<b>LECrim</b>	<b>Ley de Enjuiciamiento Criminal</b>
<b>LO</b>	<b>Ley Orgánica</b>
<b>LOPJ</b>	<b>Ley Orgánica del Poder Judicial</b>
<b>P</b>	<b>Página</b>
<b>PP</b>	<b>Páginas</b>
<b>SAP</b>	<b>Sentencia de la Audiencia Provincial</b>
<b>STC</b>	<b>Sentencia del Tribunal Constitucional</b>
<b>STS</b>	<b>Sentencia del Tribunal Supremo</b>
<b>TS</b>	<b>Tribunal Supremo</b>
<b>TSJ</b>	<b>Tribunal Superior de Justicia</b>

## II. OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del siguiente dictamen jurídico es dar respuesta a las cuestiones jurídicas planteadas por el autor principal de los sucesos de hechos que se expondrán a continuación, con ocasión de la entrada en vigor de la ley organica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual. Para ello, abordaremos las normas, jurisprudencia y doctrina relacionadas en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual.

## III. ANTECEDENTES DE HECHO

*Pasa a informe de este Gabinete jurídico, cuya dirección pertenece al Letrado Don ALEJANDRO CARLOS BLASCO AVELLANEDA, documentación remitida por la policía foral de Navarra, con sede en Berrioplano (Navarra) y relativa a la investigación sobre el caso LOLITA.*

De la documentación remitida resultan sucintamente expuestos los siguientes antecedentes:

**PRIMERO.** - Con fecha 1 de junio de 2020, José Gallardo Iglesias (en adelante, el investigado), natural de Badajoz, se traslada a vivir al número 12 de la calle Espolla en Sant Climent de Sescebes (Gerona) con sus tíos: Jordi y Monserrat. A los pocos días del traslado sus tíos mueren en el incendio de su propia casa, quedando ésta en ruinas, y el investigado busca alojamiento en casa de una amiga de éstos. Se traslada a vivir a la casa de Belinda Rama Vázquez y su hija Dolores Alcaide Vázquez, de 14 años, casándose con la primera el día 11 de julio de 2020, haciéndose cargo de la menor y fijando como domicilio familiar la casa de Belinda. El 22 de agosto Belinda muere en un accidente de tráfico, al cruzar por una calle sin mirar y cuya investigación quedó archivada en el expediente policial nº501/2020.

De la documentación remitida resulta sucintamente expuesto, y sin que ello suponga prejuzgar lo realmente acaecido, lo siguiente:

- Que desde que se celebró el matrimonio del investigado con Belinda y hasta la muerte de ésta no fue consumado en ninguna ocasión, debido a que el investigado le suministraba somníferos (*Temazepam 1 g*) y calmante animal (*Xilazina*) con la intención de pasar más tiempo con la menor.

- Que, con ocasión de recoger a Dolores de un campamento de verano en Irún, realizó una reserva en el Hotel Zuasti, en Berrioplano, el 25 de agosto de 2020 para poder “descansar” en el viaje de vuelta a casa a mitad de camino y allí mantuvo una relación sexual consentida con la menor.
- Que esa misma noche, la menor, aprovechando que el investigado se había quedado dormido, abandonó la habitación durante unas horas para “pasar el tiempo” paseándose por el hotel; ocasión en la cual reconoció al famoso escritor Jackie Trehorn, de 50 años, de nacionalidad americana y escritor de teatro infantil de profesión, el cual durante el tiempo que estuvo con ella intentaba seducirla para que se fuera con él indicándole la dirección y el teléfono donde podría ponerse en contacto con él.
- Que, con ocasión de las vacaciones de verano, bajo la sospecha del investigado del encuentro que hubiera tenido Dolores con Jackie Trehorn y para no despertar suspicacias, organiza un viaje por el norte de Valencia con la menor del cual se desprenden los siguientes acontecimientos:
  - El día 28 de agosto 2020 se hospedaron en el Hotel Rex (hotel con hospedaje gratis para menores de 15 años) sito en El Grau de Burriana en donde mantuvo una relación sexual consentida con la menor.
  - El día 29 de agosto de 2020 se alojaron en el Hostal América en Canet de Berenguer, y el investigado intentó mantener una relación sexual con Dolores. Como la menor no accedía, la forzó violentándola, propinándole sendos golpes en ambas mejillas y obligándole a mantener relaciones bajo la amenaza de abandonarla.
  - El día 30 de agosto de 2020 se alojaron en el Hostal Potemkin en La Poble de Farnals. El investigado intentó nuevamente mantener relaciones sexuales con Dolores, y ante la negativa de ésta, le pagó 250 euros a la menor para doblegar su voluntad, la cual accedió.

- El día 1 de septiembre regresan a su domicilio familiar. Durante todo el trayecto de vuelta Dolores había estado en contacto permanente con Jackie Treehorn, el cual intentaba embaucarla en todo momento, a la cual recomendó que se escapara de casa para deshacerse del “tirano” de su padrastro.

**SEGUNDO.** - El día 10 de septiembre 2020 con ocasión de realizar una escapada de fin de semana con dirección Berrioplano, el investigado realiza una parada en la gasolinera “Texaco”, sita en Buadella, con coordenadas X42333562, Y2860601; lugar donde Jackie Treehorn se había citado con Dolores y en un momento de despiste la menor es sustraída por aquel.

Durante el periodo de tiempo que abarca desde el 10 de septiembre al 15 de noviembre de 2020, Jackie Treehorn pudo cometer los siguientes hechos:

- Hizo presenciar a la menor varios actos sexuales de carácter grupal, sin participar en ellos.
- Realizó fotos y videos de contenido erótico de la menor para elaborar material pornográfico a cambio de dinero

**TERCERO.** - Dos años después de la desaparición de la menor, el investigado recibió una llamada de ésta, en concreto el 20 de septiembre de 2022. Dolores le explicó que vivía independizada con su pareja de 18 años y estaban pasando por un mal momento económico, el motivo de la llamada era para pedirle dinero prestado. El investigado no dudo un momento y acudió a la dirección donde se encontraba Dolores para ayudarle, la cual le refirió todo lo ocurrido hasta ahora desde su desaparición a partir del secuestro de Jackie Treehorn, así como el lugar de residencia de éste.

El 20 de noviembre de 2022 Jackie Treehorn muere asesinado en su domicilio, sito en el Mirador de Berriosuso-behatokia, a manos del investigado; en concreto fue disparado con una pistola llama 9 mm que le hizo morir al instante.

**CUARTO.** - Que el investigado adolece de un trastorno parafilico de tipo pedofilico en la modalidad de Hebefilia, de tal intensidad que le anula la capacidad de comprender el alcance ilícito de sus actos, disminuyendo su capacidad volitiva de forma grave. Esa alteración es la que le impulsa a una predisposición en orden a planificar la actividad en que la despliega.



## **IV. EXPOSICIÓN DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS**

El anterior relato está extraído de la confesión que hizo el detenido José Gallardo Iglesias en sede policial, una vez lo detuvieron a raíz del asesinato de Jackie Treehorn, en presencia de su abogado. Las preguntas que formuló el detenido fueron las siguientes:

**PRIMERA.** - ¿Qué delito se le pueden imputar al investigado por las relaciones mantenidas con su hijastra? ¿Qué pasa con las relaciones en las que había consentimiento de la menor? ¿y con las relaciones que tuvo a la fuerza?

**SEGUNDA.** - ¿la confesión ante la policía le generaría alguna ventaja frente a la pena al investigado?

**TERCERA.** - ¿podría suponer una eximente la enfermedad mental y el trastorno pedófilo?

**CUARTA.** -A raíz de la muerte violenta de Jackie Treehorn, Fiscalía manda investigar los antecedentes del investigado, toda vez que el expediente policial 501/2020 concluyó sin resultados, por lo que se manda reabrir la investigación y realizarle una necropsia a Belinda Rama Vázquez.... ¿y si, tras el resultado de la necropsia, se verifica que el investigado le administraba somnífero y calmante animal para forzarle el sueño, aunque no haya una relación causal con la muerte, se le podría imputar un delito contra la salud?

## **V. MARCO JURÍDICO**

Para la elaboración del presente dictamen se han consultado los siguientes textos normativos:

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.
- 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.
- Ley organica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual.

## **VI. PROPUESTA DE SOLUCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

### **A. PRIMERA CUESTIÓN**

La primera pregunta que se nos plantea se centra en resolver si la conducta de José Gallardo Iglesias podría resultar delictiva y, de ser así, qué delitos habría cometido.

A tenor de los hechos expuestos anteriormente, las conductas realizadas por José Gallardo Iglesias podrían encuadrarse como delictivas y, por lo tanto, constituir los delitos que se detallan a continuación. Por último, más brevemente, se detallará la forma de participación que le sería de aplicación como sujeto que podría resultar penalmente responsable conforme a los hechos probados.

### **1. CALIFICACIÓN JURÍDICA**

#### **1.1. AGRESIÓN SEXUAL A MENORES DE 16 AÑOS: APROXIMACIÓN**

Las agresiones sexuales a menores de 16 años se encuentran tipificadas, desde el 07/1/2022, en los artículos 181 a 183 *bis* del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, Ley del sólo sí es sí).

Antes de la entrada en vigor de la citada reforma, eran los artículos 183 a 183 *quater* del Código Penal, los que se ocupaban de regular los delitos de abuso y agresiones sexuales a menores de 16 años.

Con esta reforma dejan de tipificarse en el Código Penal (en adelante C.P.) los abusos sexuales, por considerarse agresión sexual<sup>1</sup>, cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento.

La Ley del sólo sí es sí establece modificaciones de gran relevancia y alcance en esta regulación, empezando por la rúbrica del título VIII, en la que el legislador opta por abandonar la referencia a la “indemnidad sexual” que se introdujo en el año 1999 (LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal). La incorporación de tal referencia suscitó en aquel momento amplias discusiones sobre su conveniencia, en particular por las dudas sobre la generalización de la idea de “intangibilidad sexual” de menores y personas con discapacidad cognitiva. Consolidando el término y su concepto en la jurisprudencia de estos últimos años, la decisión legislativa a este respecto pertenece a una opción terminológica con abundante repercusión sustantiva ulterior.

El bien jurídico “libertad sexual”, protegido en el Código Penal en su vertiente negativa como prohibición de interferencia no consentida, se considera en la doctrina y la jurisprudencia desde el prisma de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, en cuyo marco se sitúa lo que se venía denominando “indemnidad sexual”<sup>2</sup>

Paralelamente, la Ley lleva a cabo una revisión del correspondiente cuadro penológico con reducción de los límites máximos de algunas penas previstas para los delitos de este título; por ejemplo, los tipos básicos y agravados de agresión sexual y los de violación, sin perjuicio de que, como consecuencia de la referida refundición de tipos penales, algunas conductas puedan pasar a sancionarse con una pena superior por su tipificación como agresión sexual.<sup>3</sup>

Las conductas que nos ofrece el relato de hechos tienen como delito central las agresiones sexuales en la categoría de menores de 16 años, sin perjuicio de que, más adelante, se ofrezca un análisis de otros tipos agravantes dentro de los delitos contra la Libertad Sexual que José Gallardo Iglesias, en su trayectoria criminal, hubiera podido cometer.

---

<sup>1</sup> De las agresiones sexuales a menores de 16 años (12 de septiembre de 2022)  
<https://www.iberley.es/temas/agresiones-sexuales-menores-16-anos-63830>

<sup>2</sup> Dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en cumplimiento del Real Decreto 1674/1980

<sup>3</sup> ídem

## 1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN

La Constitución Española ya establece la libertad como un derecho fundamental en su articulado, concretamente en el Capítulo II, “Derechos y Libertades”, en su Sección 1ª, “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”; convirtiéndose ésta en el bien jurídico protegido en numerosos delitos, en nuestro caso, también en los delitos de agresiones sexuales.

En alusión a lo anteriormente manifestado, hemos de concretar que no es hasta la LO 3/89, de 21 de junio, momento a partir del cual cambia el título de “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la libertad sexual”, cuando se determina ese bien jurídico protegido: libertad e indemnidad sexual, dando relevancia a la protección del menor.<sup>4</sup> La libertad, en este sentido, es entendida como la capacidad de cualquier persona adulta de decidir si desea o no mantener relaciones sexuales, protegiendo, indirectamente, los derechos inherentes a la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en materia sexual<sup>5</sup>.

Además, advertimos que el Código Penal ampliaba ese bien jurídico protegido aludiendo al concepto de “indemnidad sexual”, entendida como el derecho que corresponde a toda persona a no sufrir daño, físico o moral, como consecuencia de estas actividades; el cual ha sido reducido por la actual reforma del C.P con la Ley del sólo sí es sí. De esta forma, podemos entender que la palabra *daño*, en estos casos, lleva aparejada un plus de violencia que permite solicitar, no sólo, la pertinente indemnización por daños físicos, en el caso que los hubiere; sino también por daños morales y psicológicos que indudablemente llevan aparejadas estas conductas delictivas, conductas que de ser consentidas perderían todo carácter delictivo.

Es manifiesto que en determinados delitos donde la víctima es especialmente vulnerable, como es el caso de los menores, haya una necesidad implícita y a su vez demandada socialmente de ampliar ese bien jurídico para incluir el bienestar psíquico del menor, sin

---

<sup>4</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que: “el bien jurídico no es la honestidad ni la intimidad de la persona, sino la libertad sexual de todo ser humano, como insalvable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual de la naturaleza que sea”. STS, Sala de lo Penal, nº 935/2006, de 02/10/2006, Rec 1593/2005, Ponente: Berdugo Gomez De La Torre, Juan Ramon

<sup>5</sup> Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. (10 de septiembre de 2022)  
[www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIwsTtbLUouLM\\_DzbsMz01LySVABaeFWPIAAAAA==WKE](http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIwsTtbLUouLM_DzbsMz01LySVABaeFWPIAAAAA==WKE)

que el legislador, nacional o europeo, tenga la menor intención de inferir en su desarrollo personal y sexual <sup>6</sup>.

Se trata de delitos dolosos donde el autor pretende satisfacer sus deseos sexuales a través de conductas que buscan agredir sexualmente a las víctimas. Esto es lo que la Jurisprudencia denomina “ánimo lúbrico o libidinoso”, evidenciando la voluntad de realización del delito <sup>7</sup>.

Sin embargo, es el propio Tribunal Supremo (en adelante, TS) el que, con ánimo de precisar este término, afirma que: “esta Sala se ha pronunciado también en reiteradas ocasiones indicando que en el delito de abuso sexual el ánimo libidinoso, aunque es normal que concurra, no es un requisito del tipo y, por tanto, su inexistencia no determina la ausencia de tipicidad de la conducta”. Alegando para ello la necesidad de que concurra en el sujeto activo el elemento subjetivo de dolo, es decir, cuando tiene conciencia y voluntad de la realización del tipo <sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> En este sentido, el Considerado nº 20 de Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, especifica que: “no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación”

<sup>7</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, SAP CR 360/2019, de 14/03/2019, nº de Resolución 9/2019, Ponente: Mónica Céspedes Cano: “... el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.”

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23/07/2019, nº de Resolución 378/2019, Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina: “Sirva de ejemplo la STS 897/2014, de 15 de diciembre, con cita de otra anterior número 494/2007, de 8 de junio, en la que se afirmaba que “(...) el tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica, a su vez, la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente la que lo explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que sea suficiente que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima (...)”.

No obstante, tras la reforma del Código Penal operada por Ley del sólo sí es sí, se da una nueva redacción a la rúbrica del Título VIII del Libro II, que pasa a denominarse “Delitos contra la libertad sexual”, suprimiendo, de este modo, la referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por los tipos del Título, incorporada por la LO 11/1999. La eliminación de la referencia a la indemnidad sexual no viene acompañada de un cambio regulatorio significativo en la tipificación de los ataques sexuales contra menores. No se modifica la irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 años, salvo en los casos en que el autor del delito sea de edad próxima al sujeto pasivo (art. 183 *bis* CP), por lo que el cambio de rúbrica del título no pretende expresar una ampliación del ámbito de la libertad sexual (positiva) de los menores de edad. Cabría considerar que la sustitución de la denominación del bien jurídico protegido (libertad en lugar de indemnidad) respecto de los delitos sexuales contra menores no variaría sustancialmente la situación actual; pues es posible sostener, como ha hecho algún sector doctrinal, que estos delitos protegen la libertad sexual de los menores en su dimensión de libertad *in fieri*, en el sentido de preservar las condiciones necesarias para el libre desarrollo de su personalidad, con el fin de que pueden ejercer al llegar a la mayoría de edad, con plenitud, su autodeterminación individual en la esfera sexual. Ahora bien, la supresión de la indemnidad sexual como bien jurídico supone hacer abstracción de una consolidada doctrina jurisprudencial sobre este concepto. Además, no parece ajustarse a los usos lingüísticos afirmar que, en el supuesto de agresión sexual agravada, cuando el sujeto pasivo sea menor de cuatro años (art 181.4 c), el bien jurídico tutelado es la libertad sexual del menor <sup>9</sup>.

Con el concepto “indemnidad” o “intangibilidad” sexual, se pretendía dar fundamento valorativo a determinadas figuras en las que generalmente, por determinadas características del sujeto pasivo, era dudoso apreciar una auténtica lesión a la libertad sexual: bien por entenderse que, por la edad del sujeto pasivo o su situación de enfermedad o incapacidad, éste carecía de libertad sexual; o bien, sólo eran titulares de una libertad sexual condicionada por su propia situación <sup>10</sup>

Hasta aquí, tenemos una aproximación a los delitos sexuales sin entrar en la especificación de los delitos cometidos contra menores de 16 años, que a continuación se

---

<sup>9</sup> Quincuagésimo novena conclusión del INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021

<sup>10</sup> Sistema de Derecho penal: Parte especial, Lorenzo morillas cuevas. Editorial Dykinson, 3ª edición 2020

expondrá y que nos servirá para analizar la conducta de José Gallardo Iglesias y comprender cómo operan los órganos enjuiciadores en estos casos.

### **1.3. TIPOS DELICTIVOS CONCERNIENTES A MENORES**

El artículo 181 C.P. proyectado tipifica las agresiones sexuales a menores de 16 años. La redacción del tipo básico, contenida en el apartado 1, mejora técnicamente la regulación del artículo 183.1 C.P. que lo regulaba hasta la reforma. La literalidad del tipo antiguo “el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”, ha podido plantear dudas acerca de si se trata de un delito de propia mano, del que se excluyen aquellos actos sexuales que no impliquen contacto entre el sujeto activo y pasivo. Se trataba de dudas doctrinales que no han llegado a plantearse en nuestra jurisprudencia, para quien las formas comisivas del delito admiten tanto el contacto directo del sujeto activo con el menor, como los supuestos en que no concurra contacto corporal ni contigüidad física alguna (STS 301/2016, de 12 de abril). La nueva regulación deja claro, ahora, que el tipo incluye los actos de carácter sexual que realice el menor con un tercero, o sobre sí mismo a instancia del autor <sup>11</sup>.

#### **1.3.1. TIPO BÁSICO**

El tipo básico del delito de agresión sexual a menores de 16 años está contenido en el Art. 181.1 del C.P: “El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de dos a seis años”; es decir, se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero, o sobre sí mismo, a instancia del autor. Se abandona la vieja fórmula de la violencia e intimidación, siendo suficiente para la consumación del hecho que el autor le inste a que haga sobre sí mismo los actos sexuales, o a que lo haga con un tercero. Ambos comportamientos integran la conducta contenida en el art. 181 C.P.

La gran novedad de la Ley del sólo sí es sí es la unificación entre los tipos de agresión y abusos sexuales. Ésta no ha sido del todo acogida, pues la opción por el tratamiento unitario de todos los actos de ataque sexual puede tener un efecto de desprotección de las

---

<sup>11</sup> Consideraciones particulares INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021

víctimas, pues para el sujeto activo del delito, no tendrá mayores consecuencias si emplea un medio comisivo más lesivo que otro de intensidad menor.

El legislador, con buen criterio, no ha querido trasladar esta indiferenciación valorativa a las agresiones sexuales contra menores de 16 años. El art. 181 C.P. distingue entre un tipo básico con pena de prisión de dos a seis años (apartado 1), y un tipo agravado para los casos en que en la realización de actos sexuales con un menor de 16 años concurra “alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el art. 178”. Esto es, las señaladas en el art. 178.2 C.P. “violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido, o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad<sup>12</sup>”

La primera circunstancia, esto es la utilización de “violencia o intimidación”, encuentra el fundamento de la agravación que propicia, en la más probable pluriofensividad del hecho; pues determina el aumento de pena, cuando la violencia o intimidación utilizadas para la realización del hecho revistan una cierta entidad. Contenido que este añade al injusto propio de las agresiones sexuales, una afectación evidente de la integridad moral del sujeto, de forma que es necesario que la violencia o intimidación impliquen una humillación añadida (SSTS 21 de febrero 2007:24 de octubre 2007: 30 de noviembre de 2012; 24 de septiembre 2014<sup>13</sup>).

En cuanto a la segunda de las circunstancias, “cuando se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido, o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”, el núcleo esencial de la agravación radica en la especial “vulnerabilidad” del sujeto pasivo. Por lo que hay que entender una situación obediente a las circunstancias del sujeto pasivo, que los hace más susceptibles de verse lesionados en su libertad sexual; no coincidiendo exactamente con su mayor o menor indefensión, ni dependiendo de la mayor capacidad lesiva del atacante<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Consideraciones particulares INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021

<sup>13</sup> Sistema de Derecho penal: Parte especial, Lorenzo morillas cuevas. Editorial Dykinson, 3ª edición 2020

<sup>14</sup> ídem



Trasladándolo al caso práctico, los hechos relatan la comisión sucesiva de los elementos del tipo referentes a las agresiones sexuales a menores de 16 años del código penal, sin perjuicio de las circunstancias agravantes que puedan concurrir en un mismo delito o delito continuado que a continuación expondremos.

### **1.3.2. TIPO AGRAVADO**

Las circunstancias agravantes vienen expuestas en el punto cuarto del art. 181 C.P.

- a) Cuando los hechos se cometan por actuación conjunta de dos o más personas: la comisión del hecho por dos o más delincuentes encuentra su fundamento, no solo en la mayor indefensión de la víctima que se provoca, sino también en la mayor lesividad que suele acompañar a este tipo de actuaciones. Aunque, ciertamente, no se exige que todos los partícipes realicen las conductas sexuales prohibidas, aun cuando sea lo más frecuente, sino que baste que actúe de forma concertada y conjunta, incluso con un reparto de funciones en el desarrollo de la conducta típica. Cabe señalar que de ser varios de los partícipes quienes realizan estos actos sexuales sobre la misma víctima, y aun cuando existe cierto debate sobre todo a nivel jurisprudencial, habrán de entenderse cometidos tanto delitos como agresiones, de los que responderán los copartícipes como autores cuando protagonizan el acto; y al menos como cooperadores necesarios de los cometidos por sujetos distintos, apreciándose la agravación solo cuando se imputa a título de autor (SSTS 4 octubre 2011; 10 diciembre 2014; 28 mayo 2015)
- b) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia: la novedad responde a la incorporación de lo previsto en el art. 46.a) del Convenio de Estambul. La nueva circunstancia agravante específica, a la vista de la evolución jurisprudencial, viene a consolidar normativamente la aplicación conjunta que se venía haciendo de la agravante genérica de género y la mixta de parentesco cuando el delito se produce en el ámbito de la relación de pareja, en el que se produce una relación estructural de dominación, y además concurre el plus de culpabilidad del autor por el desprecio a la comunidad de convivencia <sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> septuagésimo quinta conclusión del INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021

- c) Cuando el autor se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano: la comisión con prevalimiento de una relación de superioridad o de una relación de parentesco señala la concurrencia de un único fundamento, el prevalimiento de una relación de superioridad que puede surgir de cualquier condición o circunstancia; y especialmente cuando la misma derive de la relación de parentesco (lo que mantiene en cierta forma el tabú del incesto) por ser el agresor ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción o afines con la víctima. Para su apreciación, como ha señalado la doctrina, no basta con la existencia de una relación de superioridad o de parentesco entre el sujeto activo y su víctima, sino que será necesario además el aprovechamiento de dicha superioridad, de forma añadida a la constatación de la violencia o intimidación inherentes al tipo (SSTS 4 octubre 2011; 10 diciembre 2014; 28 de mayo 2015).
- d) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades: es el último apartado del artículo 183 del C.P., el cual obliga a aplicarse como agravante según mandato de la normativa europea, ya que el artículo 5 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa<sup>16</sup> establece como sanciones y circunstancias agravantes “que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva según la definición de la Acción Común 98/733/JAI”<sup>17</sup>. Esta cualificación se justifica porque la delincuencia organizada suele actuar con frecuencia en relación con delitos que afectan a menores (abusos, prostitución, trata de seres humanos, pornografía, corrupción de menores, etc.).

En este punto podemos observar, claramente, como los elementos del tipo del delito encajan perfectamente con una o algunas de las circunstancias agravantes de los delitos sexuales a menores de 16 años. Como, por ejemplo, cuando se ha utilizado violencia o intimidación o se ha prevalido de una posición de superioridad por parentesco.

---

<sup>16</sup> decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 diciembre 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Diario Oficial de la Unión Europea) L 13/44 de 20 de enero 2004.

<sup>17</sup> Acción Común de 21 diciembre 98, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea

### 1.3.3. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

El nuevo tipo atenuado del apartado 3 del artículo 178 C.P. castiga las conductas en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando concurren agravantes.

El concepto “menor entidad del hecho”, empleado en el artículo 178.3 C.P., proyectado adolece de imprecisión y falta de taxatividad (¿la menor entidad se refiere al tipo de acto sexual, al medio comisivo, al tipo subjetivo de injusto?), lo que deja un amplísimo margen interpretativo al aplicador de la norma, que puede comprometer la observancia del principio de legalidad penal (art. 25 CE). Debe destacarse en este punto que ni siquiera se exige en el precepto proyectado que los hechos, no se realicen mediante los medios comisivos del párrafo segundo, cuya concurrencia parece que no debería dar lugar a la apreciación de “menor entidad”<sup>18</sup>.

## 1.4. EL CONSENTIMIENTO

### 1.4.1. EVOLUCIÓN SOCIAL-LEGISLATIVA

Como es sabido, tradicionalmente el bien jurídico protegido en los delitos sexuales fue la honestidad, y no pasó a ser la libertad sexual hasta la reforma del C.P. de 1989. Desde entonces se entiende que “no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida<sup>19</sup>. Por tanto, la regulación de los delitos sexuales ya giraba en torno al consentimiento<sup>20</sup>, el cual adquiere una nueva definición a raíz de la entrada en vigor de la Ley del sólo sí es sí. Dando cumplimiento al convenio de Estambul, del cual se deduce que *“no existirá consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*.

---

18 INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Consideración 214 a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>19</sup> Asúa Batarrita, Adela, 1998. “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en Análisis del código penal desde la perspectiva de género, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz, p. 2

<sup>20</sup> Rueda Soriano, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre.

A lo largo del debate social generado sobre los delitos sexuales, se ha producido un cambio desde el modelo del “no es no” pedido en los inicios del debate, al modelo de “sólo el sí es sí” que parece configurarse en la actualidad. En realidad, ambos modelos definen el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, siendo que diferentes países europeos han optado por uno y otro. El “no model”, adoptado en Alemania, tipifica la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. De otro lado, el “yes model”, adoptado en Gran Bretaña y Suecia, entiende que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo <sup>21</sup>.

Por todo ello, de “una nueva concepción de la libertad sexual como aspecto inherente a la libertad genéricamente considerada, se deriva que las relaciones sexuales son fruto de una voluntad consciente y libremente manifestada, solo legitimada cuando medie un consentimiento expreso, debiendo procederse a un cambio en la interpretación, pasando del no es no” al “solo sí y la presencia del sí es consentir”, al modo de los textos internacionales, y de otros códigos penales de nuestro ámbito cultural<sup>22</sup>.

Sin embargo, algunas voces críticas entienden que esta definición de consentimiento no va a acabar con los problemas de prueba que tradicionalmente plantea la violencia sexual, porque la acusación tendrá que seguir probando que el acusado cometió un acto contra la libertad sexual sin contar con el consentimiento de la víctima. Pero sí potenciará la revictimización, pues el debate girará sobre la existencia de todos los elementos que componen la definición, lo que puede provocar que el interrogatorio se centre en el modo en que la víctima suele prestar su consentimiento sexual para aclarar el alcance de la cláusula circunstancias concurrentes<sup>23</sup>

#### **1.4.2. EDAD DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL**

Desde el derecho penal sexual más antiguo como en el modelo surgido en el C.P. del 1995, se entendía que determinados sujetos, esencialmente las personas privadas de sentido, quienes padecían trastornos mentales, y sobre todo los menores de cierta edad (normalmente entre los 12 y 14 años) y los incapaces: o bien carecían de libertad sexual

---

<sup>21</sup> CGPG, 2021. Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero, p. 76-77

<sup>22</sup> Monge Fernández, Antonia, 2020. “Las manadas” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p.296

<sup>23</sup> Rueda Soriano, Yolanda, 2020. “El desenfocado debate sobre el consentimiento en la ley de libertad sexual. El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza”, El País, 29 de diciembre.

por no contar con los mínimos intelectivos, cognitivos y volitivos para desarrollar en plenitud su autodeterminación en el plano sexual, o bien solo eran titulares de una libertad condicionada o relativizada por su propia situación <sup>24</sup>.

Respecto a ellos, se cambiaba el sistema de intervención penal: si para los mayores capaces de ejercitar la libertad sexual de que son titulares sólo se tipificaban conductas que “violentaban o viciaban” el ejercicio de su libertad sexual, respecto a menores, incapaces o personas privadas de sentido se establecía una general prohibición de involucrarlos en conductas, comportamientos o situaciones de naturaleza sexual. Esta general prohibición se fundamentaba en el entendimiento, calificado generalmente como “presunción”, de que en tales sujetos se produce la ausencia de libertad sexual por falta de capacidad para ejercerla, o en otros casos, de que tal ejercicio se ve en todo caso condicionado, por lo que, salvo muy contadas excepciones, la posible anuencia del sujeto pasivo a la realización del comportamiento sexual debía presumirse inválida y por ende ineficaz en sí misma.

Se establecía así una suerte de “protección penal cualificada”, no tanto de la libertad sexual del sujeto, libertad de la que se presumía que carecía o no podía ejercitar en plenitud, en base al establecimiento de una prohibición general de cualquier contacto de orden sexual, sino de otros derechos, intereses o valores que, vinculados al ámbito del desarrollo de la sexualidad pudieran verse afectados por comportamientos ajenos impuestos de forma violenta, o arrancados sin tales medios. Intentando evitar además que cualquier persona pueda ser convertida en un puro objeto de disfrute o explotación sexual.

La situación tras la aprobación de la Ley del sólo sí es sí no ha variado, en el bien entendido de que se ha redimensionado el contenido y significado de la libertad sexual. Y por ello como del aumento de la “edad del consentimiento sexual” en la reforma de 2015<sup>25</sup> (que ha de entenderse como “edad por debajo de la cual de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor), y que ha pasado de 13 a 16 años, que introdujo el art. 183 quater en el C.P. antiguo como novedad, mejorado en la Ley del sólo sí es sí en su art. 183 bis del C.P. en que se reconoce

---

<sup>24</sup> Sistema de Derecho penal: Parte especial, Lorenzo morillas cuevas. Editorial Dykinson, 3ª edición 2020

<sup>25</sup> 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.

la capacidad del menor de consentir libremente, y con ello se le reconoce como titular de la libertad sexual, si bien se limita o condiciona la eficacia de dicho consentimiento que la persona a la que se presta consentimiento libre sea próxima por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica al menor que consiente<sup>26</sup>.

## **2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

La participación de José Gallardo Iglesias como autor se sostiene en la realización del tipo delictivo, de manera directa e individual; conclusión a la que llegamos tras analizar el C.P. que en su art. 28 ofrece un concepto claro e inequívoco de la autoría en los siguientes términos:

“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”

Llegamos a esta conclusión tras un análisis de la doctrina en la que para llegar a ella habría que apoyarse en un criterio objetivo-material; esto es, el criterio del dominio del hecho. Según este criterio es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización, quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado como autor<sup>27</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la teoría de la imputación objetiva, se parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural; se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante.

El comportamiento de José Gallardo Iglesias es peligroso, es decir, crea un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, como es la “libertad in fieri” de la víctima.

En relación con la mencionada conducta típica del delito, “hay que precisar que existe homogeneidad entre el hecho real cometido y los elementos normativos que describen y

---

<sup>26</sup> Revista: Sistema penal crítico 2021, Universidad de Salamanca, área de Derecho Penal, p.143-146

<sup>27</sup> Derecho Penal, parte general, Francisco Muñoz Conde 10ª edición, Valencia 2016, p.460

fundamentan el contenido material del injusto” (STS, de 19 de mayo de 2015, rec. nº153/2014)

## **B. SEGUNDA CUESTIÓN**

La segunda cuestión se centra en analizar la posible existencia de circunstancias atenuantes en los tipos delictivos analizados en la cuestión anterior, y de ser así, con que intensidad se aplicarían éstas, dada las características propias del caso en cuestión.

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han interpretado las circunstancias modificativas en una clave muy subjetiva, cercana en ocasiones al Derecho penal de autor, para ir pasando poco a poco a entender que las razones por las cuales se produce una agravación o una atenuación de la pena responden a un incremento o reducción del injusto o de la culpabilidad o que la modificación que se introduce en la pena se debe a razones político-criminales, como es el caso de las atenuantes postdelictivas. Apareciendo por consiguiente una falta total de coherencia a la hora de valorar una circunstancia como básica o muy cualificada, y resultando muy difícil de deslindar, pues situaciones prácticamente idénticas en unas ocasiones son consideradas como una circunstancia en su vertiente básica y en otras en la cualificada, con las consecuentes diferencias penológicas que ello puede generar.

La práctica jurisprudencial de las circunstancias modificativas se caracteriza por una excesiva elasticidad interpretativa, lo que se tratará poner de relieve en relación con la atenuante de colaboración con la justicia del art. 21.4ªCP; para poder apreciar y aplicar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, es necesario establecer unos criterios unitarios y coherentes o se acabarán desdibujando los límites que permiten apreciar las diferencias entre una atenuante en su modalidad básica, cualificada o analógica.

La necesidad de dejar claros los límites no es una cuestión caprichosa, pues la aplicación de la ley tal y como la ha establecido el legislador, constituye una garantía para el ciudadano, la establecida por el principio de legalidad.

### **1. REQUISITOS DE LA ATENUANTE DE CONFESIÓN DEL DELITO A LAS AUTORIDADES**

El Código penal establece en su art. 21 4.ª que se atenuará la pena del delito cometido cuando se dé la circunstancia “de haber procedido el culpable, antes de conocer que el

procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.” Se trata de una atenuante de carácter postdelictivo, cuyo fundamento radica en la idea de fomentar que el infractor colabore con la justicia, y promover con ello, a través de la atenuación de la pena, que el culpable del delito facilite la puesta en marcha de la persecución penal o, si ésta ya se ha iniciado, pero aún no hay ningún sospechoso, que pueda verse agilizada con la aportación de la identidad del autor<sup>28</sup>. La confesión, por tanto, ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal<sup>29</sup>.

Para que pueda concederse la atenuación del art. 21. 4ª C.P. existen unos requisitos que deben concurrir en la conducta de confesión:

- ha de ser veraz y ajustada a la realidad<sup>30</sup>.
- ha de producirse ante las autoridades competentes para perseguir el delito,
- ha de cumplirse un requisito cronológico, pues ha de tener lugar antes de que el infractor sepa que el procedimiento se dirige contra él.

La exigencia de este último requisito se basa en que, si las autoridades ya conocen la existencia del delito y la identidad de quien lo cometió, la confesión prestada carece de valor auxiliar a la investigación en el que se basa el fundamento de esta atenuante<sup>31</sup>. Por ello es necesario que el autor de la infracción tome la decisión de contar a las autoridades la comisión de su delito cuando aquellas aún no tienen conocimiento de este o, incluso conociéndolo, y habiéndose iniciado el procedimiento, no tienen aún ningún sospechoso<sup>32</sup>. Es importante señalar que las motivaciones del infractor al ir a confesar no son relevantes: pueden deberse tanto al arrepentimiento como a la mera búsqueda del beneficio atenuatorio (por ejemplo, teme haber dejado huellas y que acaben

---

<sup>28</sup> Campo Moreno, “Arrepentimiento: alcance jurídico penal en el 'iter criminis' y en la responsabilidad criminal”, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, t. VII, p. 302; FARALDO CABANA (“La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995”)

<sup>29</sup> STS 394/2002 de 8 de marzo (ROJ 1676/2002); STS 613/2006 de 1 de junio (ROJ 3989/2006); SAP Madrid 179/2010 de 3 de mayo (ROJ 5919/2010); SAP Madrid 31/2010 de 5 de marzo (ROJ 3275/2010); SAP Valencia 236/2013 de 24 de abril (ROJ 1513/2013);

<sup>30</sup> 3 STS 356/2008 de 4 de junio (ROJ 3352/2008); STS 87/2012 de 17 de febrero (ROJ 1413/2012); STS 112/2015 de 12 de febrero (ROJ 738/2015); Las Palmas 66/2018 de 22 de febrero (ROJ 3/2018).

<sup>31</sup> STS 790/2008 de 18 de noviembre (ROJ 6442/2008), que admitió la atenuante en un caso en el que el infractor sólo conocía que se habían incoado unas diligencias destinadas a investigar los hechos.

<sup>32</sup> Es lo que sucedió en la SAP Vizcaya 10/2015 de 12 de febrero (ROJ 201/2015): la investigación policial había comenzado sin que lo supiera el autor y, cuando fue al domicilio de la víctima y vio en él a la policía, les dijo “no busquéis, que soy yo”.



encontrándolo, de modo que decide confesar porque sabe que de ese modo la pena será menor por la aplicación de la atenuante 21. 4ª C.P.)<sup>33</sup>

Si no se cumplen los tres requisitos, no cabrá apreciar esta atenuante; como mucho, en situaciones excepcionales, podrá acudirse a la atenuante analógica del art. 21.7ª.

En el caso de que sí se cumplan los tres requisitos y, además, la confesión implique una colaboración excepcional a la persecución del delito, podremos estar ante una atenuación muy cualificada.

En nuestro caso concreto, es evidente que al investigado se le podría aplicar la atenuante del art. 21. 4ª C.P, pues cumple con todos y cada uno de los requisitos exigibles para poder apreciar este tipo de atenuante. En primer lugar, cumple con el requisito de la veracidad y el ajuste a la realidad del relato fáctico, expresándolo con todo detalle y sinceridad, siguiendo con que la confesión se realiza *motu proprio* ante las autoridades competentes de manera libre y voluntaria, y en tercer lugar se cumple el requisito cronológico, el de proceder ante las autoridades antes de que el delito fuera perseguido por éstas.

Es cierto que se cumplen todos los requisitos exigidos para poderse apreciar la atenuante, pero también es cierto que los hechos se confiesan años después de la comisión de éstos y a raíz del asesinato de Jackie Treehorn. Es posible pensar que él investigado confesó ante las autoridades por miedo a que se descubriera a raíz del delito de asesinato, el delito continuado perpetrado a través de los años, por lo que se podría pensar que si no hubiese cometido el delito de asesinato nunca el investigado se hubiera entregado a las autoridades y por consiguiente nunca hubiera salido a la luz la actividad delictiva que habría estado desarrollando durante años.

Siendo cierto todo lo anterior, no es menos cierto que si el investigado no hubiera confesado no se hubieran descubierto los delitos consumados por el ahora asesinado Jackie Treehorn, por lo que también se podría pensar que estuviéramos ante una atenuante cualificada de confesión que desarrollamos en el punto siguiente.

---

<sup>33</sup> En 1995 desapareció de la circunstancia atenuante de confesión y de la de reparación del daño (CP art.21.5ª) la expresión “arrepentimiento espontáneo”; prescindiéndose así de los factores subjetivos propios de ese sentimiento o actitud de arrepentimiento y, con ello, de la relevancia de las motivaciones del autor a la hora de confesar la infracción o reparar el daño causado (SAP Sevilla 83/2000 de 21 de julio (ROJ 3521/2000))

## 2. APLICACIÓN DE LA ATENUANTE MUY CUALIFICADA DE CONFESIÓN

Una vez cumplidos los requisitos que se expusieron en el apartado anterior, para poder aplicar la atenuante de confesión de la infracción como muy cualificada debe existir un plus, algo adicional que permita al juez no sólo mantenerse en el límite inferior de la pena del delito concreto, sino poder incluso descender uno o dos grados. En otras palabras, deben darse todos los elementos de la atenuante genérica básica de confesión y algo más. A la hora de fundamentar qué se entiende por atenuante cualificada, puede considerarse jurisprudencia mayoritaria, la que considera que para apreciar la existencia de esta atenuación debe concurrir “una especial intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado”<sup>34</sup>. El supuesto paradigmático sería aquel en el que el autor no sólo confiesa los hechos, sino que, por ejemplo, aporta adicionalmente pruebas decisivas para el procedimiento o para la identificación de otros partícipes<sup>35</sup>.

Por otro lado, en la jurisprudencia también encontramos la apreciación de la atenuante cualificada de confesión pese a no concurrir uno de los requisitos legales, como es el elemento cronológico lo cual podría conducir, bajo ciertas circunstancias, a la apreciación de una atenuante analógica<sup>36</sup>.

También se ha considerado que lo que permite apreciar la especial cualificación es la concurrencia con otra atenuante, como la de la reparación del daño<sup>37</sup>.

En definitiva, la existencia de disparidad de criterios y de falta de rigor a la hora de apreciar cuándo una atenuante de confesión debe considerarse como básica o cualificada, lo que no sólo resta seguridad jurídica, sino efectos penológicos muy desiguales ante supuestos semejantes, todo ello por la ausencia de un criterio unificador.

Siguiendo en la línea del punto anterior, y realizando un análisis en profundidad de los sucesos de hecho confesados por el autor, Don José Gallardo Iglesias, se llega a la

---

<sup>34</sup>STS 471/1998 de 26 de marzo (ROJ 2027/1998); SAP Santa Cruz de Tenerife 758/2002 de 8 de julio (ROJ 1871/2002);

<sup>35</sup>SAP Madrid 451/2000 de 28 de octubre (ROJ 14756/2000); SAP Asturias 156/2004 de 9 de junio (ROJ 2094/2004);

<sup>36</sup>SAP Barcelona 705/2001 de 26 de septiembre (ROJ 8706/2001)

<sup>37</sup> STS 1948/2001 de 29 de octubre (ROJ 8380/2001); SAP Sevilla 83/2000 de 21 de julio (ROJ 3521/2000)

conclusión de que al confesar los hechos no solo aporta las pruebas necesarias para enjuiciarlo, sino que adicionalmente aporta otras pruebas decisivas en el procedimiento para poder identificar a otros autores de otros delitos, como es el asesinado Jackie Treehorn que, como se relataba en los Antecedentes de hecho habría sido autor del delito de corrupción de menores y tenencia de material pornográfico de menores para su divulgación.

Por todo lo aportado, debemos afirmar que al investigado se le podría aplicar, según la valoración del órgano enjuiciador, una atenuante de confesión en su modalidad de muy cualificada, dado el plus adicional proporcionado al procedimiento.

### **3. LA ATENUANTE ANALÓGICA DEL ART. 21. 7ª DEL C.P.**

Tal y como se ha tratado de mostrar en el apartado anterior, podría apreciarse una atenuante analógica de la circunstancia 21. 4ª si, faltando alguno de sus requisitos<sup>38</sup>, cabe apreciar identidad de fundamento con la atenuación por confesión. Así, no podría darse si falta el requisito de veracidad, pues en tal caso desaparece toda semejanza con la atenuante de referencia. Respecto del segundo de los requisitos, si la confesión no se hace ante instancias policiales o judiciales, como es lo habitual, pero tiene lugar ante alguien que reviste en otro sentido carácter de autoridad, estaríamos igualmente ante una atenuante básica de confesión (no sería necesario acudir a la atenuante analógica), esto sucedería si un delito fiscal se confiesa ante funcionarios de la Agencia Tributaria<sup>39</sup>.

Más dudosos son los supuestos en los que la confesión tiene lugar ante la víctima o ante terceros. Si es ante la víctima, tiene que quedar claro que se inicia a partir de ésta, y debido a la confesión, el proceso penal<sup>40</sup>.

En el caso de que la confesión sea ante terceras personas podemos imaginar, por ejemplo, que una persona le confiesa a un amigo que ha cometido un delito y este informa a la policía, quien pone en marcha el procedimiento. En un caso como este, en mi opinión, no cabría la apreciación de la atenuante de colaboración con la justicia salvo que el autor encargara a ese amigo, ante la imposibilidad de hacerlo él mismo, que acudiera a las autoridades<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> SAP Albacete 22/2007 de 17 de octubre (ROJ 972/2007)

<sup>39</sup> Solaz Solaz, La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario, nº 14, 2015, p. 84.

<sup>40</sup> STS 78/2017 de 9 de febrero (ROJ 440/2017)

<sup>41</sup> Solaz Solaz, La Ley Penal. Revista de Derecho penal y penitenciario, nº 14, 2015, p. 84

En el caso de que el elemento que falte sea el elemento cronológico, cabría diferenciar tres supuestos de hecho, los cuales podrían encajarse perfectamente en la atenuante básica de confesión, donde falta algún elemento para la apreciación de la atenuante muy cualificada, pero, aun así, favorece la investigación del procedimiento penal. Estos supuestos son:

- Que la confesión tenga lugar una vez abierto el procedimiento, pero sin autor conocido
- Que la confesión tenga lugar no solo cuando el procedimiento esté abierto, sino que además se dirija contra un infractor concreto, pero este lo ignore.
- Que la confesión se produzca en un procedimiento ya iniciado contra un infractor conocido y que además este lo sepa.

En los dos primeros supuestos podrían apreciarse una atenuante básica de confesión, no así en el último supuesto, en el cual no se cumplen los requisitos del art. 21. 4ª, pues quien confiesa no lo hace “antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él”, sino después de conocerlo, con lo que la confesión no aporta nada que las autoridades no supieran ya en relación con la existencia del delito y la identidad del sospechoso.

### **C. TERCERA CUESTIÓN**

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y el grado de madurez suficientes para poder ser motivado en sus actos por los mandamientos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

Quien carece de esta capacidad bien por no tener la madurez suficiente o bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos por más que estos sean típicos y antijurídicos. Tradicionalmente aparece la imputabilidad como una limitación de la responsabilidad penal, pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podían ser tratados cómo los adultos o los sanos. La pena para ellos debía ser sustituida por otras medidas (reformatorios, centros psiquiátricos). La doctrina clásica buscó una base común, en los

comportamientos delictivos de ambos sujetos y halló un nexo común en la libertad de voluntad<sup>42</sup>.

Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo; el que carece de esta capacidad, no actúa libremente y por eso, no puede ser considerado culpable de lo que hace.

Esta tesis aglutina todas las capacidades humanas en dos planos básico, el intelectual y el volitivo que, junto con otra serie de factores, deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de la culpabilidad, estos son los factores psíquicos y socioculturales. Por tanto, la capacidad de culpabilidad no solo puede reducirse a la libertad de voluntad o libre albedrío basadas únicamente en las facultades intelectivas y volitivas, sino de algo mucho más complejo. En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas<sup>43</sup>.

Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que se corresponde con lo que es llamado en la psicología la motivación, la capacidad de motivación a nivel individual.

La capacidad para motivarse por los mandatos normativos es lo que constituye la esencia del elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida en que esa capacidad no haya llegado a desarrollarse por falta de madurez, por defectos psíquicos de cualquier origen o por trastornos transitorios, no podrá hablarse de culpabilidad<sup>44</sup>.

## **1. LAS ALTERACIONES PSÍQUICAS EN LA IMPUTABILIDAD PENAL**

La circunstancia 1ª del artículo 20 del Código Penal declara exento de responsabilidad criminal al que “al tiempo de cometer la infracción penal a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. El Código Penal utiliza a la hora de regular esa eximente una terminología poco científica que nada dice sobre qué tipo de anomalía o alteración psíquica puede incluirse en ella. Aunque dé la apariencia de que este artículo pudiera parecerse a un cajón

---

<sup>42</sup> Derecho Penal. Parte general 11ª Edición, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Valencia 2021

<sup>43</sup> Ídem

<sup>44</sup> Ídem

de sastré donde cupieran todo tipo de eximentes, sin embargo, el código penal pone el acento en el efecto psicológico que deben producir estas alteraciones psíquicas: impedir la comprensión de la ilicitud del hecho o la actuación conforme a dicha comprensión.

El efecto psicológico constituye una perturbación de las facultades intelectuales o volitivas y esa perturbación debe incidir en la comprensión de la ilicitud del hecho o en la capacidad de orientar la conducta conforme a dicha comprensión. Si la perturbación no es plena, sino parcial, la imputabilidad no quedará completamente anulada, pero sí disminuida, recibiendo el tratamiento de una eximente incompleta, o de una circunstancia atenuante.

Cualquier alteración del proceso socializador, en el cual el individuo se desarrolla como persona, afecte o no a las facultades intelectivas o volitivas, debe, pues, ser tenido en cuenta a la hora de formular cualquier juicio de valor sobre el comportamiento de un individuo, tanto más a la hora de afirmar o negar su capacidad para ser declarado culpable y en consecuencia castigado por la comisión de un delito<sup>45</sup>.

Por todo ello parece un acierto que el Código Penal utilice conceptos que nada tiene que ver con la nosología psiquiátrica. los términos de “anomalía o alteración psíquica” o “trastorno mental transitorio” son realmente desde el punto de vista científico poco precisos, pero esa misma vaguedad permite al juez poder incluir en las respectivas eximente a personas que se encuentran en situaciones tan diversas como la del oligofrénico o la del esquizofrénico paranoico.

En conceptos tan amplios como el de anomalía o alteración psíquica o el de trastorno mental caben, pues, todas las diversas formas de trastorno mental tales como la pedofilia o la pederastia, pero también según ya se ha explicado, aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevante en la determinación de la imputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reducibles al concepto de enfermedad mental<sup>46</sup>.

## **2. RESPONSABILIDAD PENAL EN EL TRASTORNO PEDOFÍLICO**

La pedofilia es una problemática que causa gran repulsa y alarma en la sociedad y se encuentra definida clínicamente como el trastorno caracterizado por la presencia de

---

<sup>45</sup> Derecho Penal. Parte general 11ª Edición, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Valencia 2021

<sup>46</sup> DSM V-R Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, quinta edición

deseos y fantasías sexuales intensas y recurrentes que producen excitación y que tienen como objeto sexual a un menor de 13 años.

Existen discrepancias tanto en la comunidad científica como en el ordenamiento jurídico español acerca de la responsabilidad penal de las personas pedófilas, aunque los estudios más recientes parecen indicar la existencia entre otros de alteraciones cerebrales asociadas al control de impulsos en el cerebro de estas personas aspectos que apoya la hipótesis de que sus capacidades volitivas se encuentran mermadas y por ende que su imputabilidad se encuentra disminuida<sup>47</sup>.

En el DSM V-R (2020) se realiza una diferenciación entre la preferencia sexual por menores prepúberes (pedofilia) y el trastorno pedofílico, el cual se encuentra recogido como “una excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno a más niños prepúberes, generalmente menores de 13 años”. Esa atracción debe haberse mantenido en el tiempo durante al menos seis meses y ha debido ocasionar un deterioro en la esfera personal del que lo realiza. Dentro del grupo de personas pedófilas debe distinguirse entre pedófilos y hebefílicos, éstos últimos escogen a menores de más de trece años.

En cuanto a la forma de actuar del pedófilo, no suelen utilizar la violencia para perpetrar su actividad delictiva, sin embargo, sí que hacen uso de algún tipo de manipulación o engaño bastante<sup>48</sup>. Tampoco muestran altos niveles de impulsividad, lo que se corresponde con los datos acerca de la premeditación de la mayoría de los delitos sexuales contra menores, los cuales expresan que entre el 70% y el 85% de dichos delitos son premeditados<sup>49</sup>.

Respecto a la imputabilidad de las personas pedófilas existe gran controversia en torno a su clasificación como alteración psíquica o no. Desde algunos sectores científicos no se considera como un trastorno mental, dado que en el momento de la comisión del delito son plenamente conscientes de sus actos y muchos de ellos lo hacen premeditadamente. Además, muchos pedófilos no consideran su conducta como un trastorno mental y no les

---

<sup>47</sup> La pedofilia y sus repercusiones en la responsabilidad penal - Navarro Pecci, Laura. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2020

<sup>48</sup> Becerra, J.A. (2009). Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 2(4), 190 – 196

<sup>49</sup> Acuña, M.J. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31(4), 57 – 69.

genera un malestar clínicamente significativo, criterio que debe cumplirse para que una patología sea considerada como un trastorno mental.

Por el contrario, algunos autores defienden que los pedófilos sufren déficits en la inhibición de conductas, por lo que podría entenderse que su capacidad volitiva se encuentra alterada. Así, algunos pedófilos manifiestan que sus fantasías y el sentimiento de no poder controlarlas les produce malestar y, en ocasiones, invierten gran parte de su tiempo y actividad en satisfacer dichos impulsos, lo que les lleva a sufrir un deterioro laboral y social. Si se tienen en cuenta estos aspectos, la pedofilia podría alterar las capacidades volitivas de la persona y considerarse un trastorno mental, por lo que la imputabilidad podría verse alterada e incurrir en una eximente incompleta o en una atenuante analógica, modificándose así la responsabilidad penal<sup>50</sup>.

### **3. ANÁLISIS DE SENTENCIAS**

La doctrina jurídica actual coincide en que los pedófilos difícilmente podrán obtener una causa de inimputabilidad completa, puesto que muchos de los delitos que cometen son premeditados en todos los detalles y llevado a cabo paulatinamente, comenzando por generar una relación de confianza con el menor hasta planear un encuentro a solas. Resultaría extraño que un impulso incontrolable sea el responsable de todos esos actos durante la totalidad de ese lapso de tiempo, entre el primer contacto con el menor, y la consumación del delito. Es por ello, que normalmente en los casos de pedofilia se aboga por una disminución de la responsabilidad bien mediante una atenuación analógica, la cual se aplica en casos donde existe una alteración de la capacidad cognitiva o volitiva, pero de carácter mínimo; o bien por una eximente incompleta, por la cual, aunque no se anule su imputabilidad, la alteración psíquica actúa con mayor intensidad sobre la conducta del individuo<sup>51</sup>.

La STS 478/2019, de 14 de octubre, realiza un análisis sobre la trascendencia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad, en especial la pedofilia, el cual pivota sobre dos presupuestos fundamentales; por un lado, que no todo trastorno de este tipo, manifestado a través de desviaciones sexuales, debe llevar aparejado, sistemáticamente, una exención y/o atenuación de la responsabilidad penal, y, por otro, consecuencia de lo

---

<sup>50</sup> Trabazo, V. y Azor, F. (2009). La pedofilia: un problema clínico, legal y social. *EduPsykhé*, 8(2), 195 – 219.

<sup>51</sup> Armaza, E.J. (2011). *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso* (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco, España.



anterior, que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar su incidencia.

Sigue diciendo que “no basta con la existencia del trastorno, sino que para poder apreciarse una causa de negación o de limitación de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante”

En la STS 803/2010 del 30 de septiembre; se establece que la pedofilia es entendida psiquiátricamente como un trastorno sexual, por el cual los individuos afectados preservan completamente su capacidad de obrar, entender y querer. Solamente se aprecia una disminución de imputabilidad en casos graves donde la pedofilia se encuentre asociada a otro trastorno o anomalía psíquica como la toxicomanía, el alcoholismo o la neurosis depresiva.

La STS 1433/2000 de 25 de septiembre, declara que solamente el objeto de deseo se ve modificado por la pedofilia, aspecto que no impide la actuación de los mecanismos de control de la conducta. El único aspecto sobre el que el control de la conducta se encuentra limitado es la elección del objeto del comportamiento sexual. La realización o no de actos de carácter sexual es una decisión voluntaria del individuo pedófilo.

La STS 379/1997 de 23 de marzo, por su parte alega que la pedofilia será objeto de disminución de la imputabilidad solamente en los casos en los que esté relacionada con otros trastornos o anomalías que impulsen dicha tendencia sexual.

En la STS 1323/1995 de 5 de mayo, se sostiene que las personas afectadas por un trastorno de la personalidad asociado a la pedofilia tienen limitada en mayor o menor medida su libertad interna, llegando incluso a anularse. Por tanto, se debe apreciar una atenuación de la pena (exención de responsabilidad, eximente incompleta o atenuante genérica), siempre y cuando se hayan analizado y valorado correctamente las circunstancias confluyentes en cada caso por parte de los profesionales pertinentes. En estos casos se aplicará una eximente incompleta o una atenuante analógica, en función de en qué grado esté afectada la capacidad volitiva de la persona.

se ha comprobado que la pedofilia es un fenómeno influido por multitud de factores y sobre el que aún se desconocen varios aspectos.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia, existen bases sólidas para fundamentar la afectación de la culpabilidad e imputabilidad de las personas diagnosticadas con pedofilia, como se ha considerado en ocasiones en multitud de Sentencias, apreciando la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, como la atenuante analógica o la eximente incompleta, siempre y cuando se haya estudiado el caso en profundidad y los peritos hayan verificado la existencia de una afectación en las capacidades volitivas de la persona. Por lo que para que esta conducta lleve aparejada una “rebaja penal”, deberá analizarse el caso concreto de forma minuciosa y ver hasta donde se encuentran mermadas las capacidades volitivas y cognitivas del autor y si éste ha perpetrado el delito contra su voluntad, es decir empujado por impulsos involuntarios como consecuencia de otra enfermedad mental más grave o si por el contrario ha accedido voluntaria y premeditadamente a la realización del delito, consecuencia ésta última que no llevaría aparejada ninguna atenuante de la pena.

Lo que, si queda claro a la luz del estudio de la doctrina jurisprudencial, es que el trastorno pedófilo por sí solo no es motivo suficiente para la atenuación de la pena, es necesario para ello que esté relacionada con otros trastornos o anomalías que impulsen dicha tendencia sexual. Y lo que sí es más que evidente, es que de ninguna manera el trastorno pedófilo pueda suponer una eximente completa de la responsabilidad penal que libere al autor del delito.

#### **D. CUARTA CUESTIÓN**

En el art. 8 del C.P. se contiene una regla, de relativo valor interpretativo, que se refiere a los casos en los que el delito cometido puede ser enjuiciado aparentemente, al mismo tiempo, por varios preceptos legales, pero realmente sólo uno de ellos es aplicable, es lo que se ha venido llamando concurso de leyes, que realmente es considerado más un problema de interpretación de la ley penal aplicable que de concurrencia de varias leyes.

En el caso que nos atañe, podríamos considerar que cada acción por separado constituye un delito, y en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación (art. 73 C.P.; (al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas

correspondientes a las diversas infracciones). Pero este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limitase de algún modo, a penas draconianas<sup>52</sup>.

Es por ello, que en el caso concreto el investigado podría verse inmerso en una pluralidad de delitos, que ahora analizaremos. Depende en todo caso de si existe vinculo causal entre, el suministro de somníferos y calmante animal, y el resultado de muerte de Belinda Rama Vázquez.

Si obviáramos este nexo causal, es evidente que el reproche penal sería mucho menor, y por supuesto no existiría el mencionado concurso de leyes. Pero en los delitos de resultado, la relación de causalidad es el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad por el resultado producido. Para resolver casos tan complicados como éste es necesario acudir a las teorías más importantes de la relación causal.

En primer lugar, según la teoría de la equivalencia, en la que, suprimiendo mentalmente la causa, obtendríamos el mismo resultado. Es evidente, que por esta teoría no se le podría imputar al investigado el homicidio de Belinda, dado que no hay una relación natural entre el suministro de somníferos y la muerte de ésta. Sin embargo, según la teoría de la adecuación, en la que no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado, llegamos a la conclusión, de que si podría haber cierta relación, ya que, si Belinda no se hubiera encontrado en estado de intoxicación, no hubiera puesto su vida en riesgo cruzando un semáforo en rojo o atravesando la calle cuando venía un coche a toda velocidad.

Pero yendo un poco más allá, es probable que el investigado no tuviera prevista la muerte de Belinda, pero si, de algún modo, asumió las consecuencias del suministro diario de sustancias que provocan cuanto menos sueño (suministrado en pequeñas dosis) o intoxicación (en caso de sobredosis). Esto la colocaría en una situación tal, que podría alejarla de la realidad y a asumir ciertos riesgos: como cruzar una calle cuando el semáforo estaba en rojo, o atravesarla a la vez que pasa un coche a toda velocidad, decisión que de haber estado en plena posesión de sus facultades no habría tomado.

Por lo que, de producirse los hechos de este modo, podríamos estar hablando de un posible delito de homicidio por imprudencia grave, con la concurrencia de dolo eventual; además,

---

<sup>52</sup> Derecho Penal, parte general, Francisco Muñoz Conde 10ª edición, Valencia 2016, p.500

de un posible delito de lesiones o contra la salud pública, depende de la sensibilidad del órgano juzgador. Sin embargo, si nos remitimos al tenor del art. 8º ap.3º C.P “el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”; por tanto, el delito de lesiones o el de salud pública quedaría subsumido en el delito de homicidio.

## VII. CONCLUSIONES

El espíritu inspirador de la ley organica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual es el desarrollo para todas las violencias sexuales de todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaba con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y *transversal* las violencias sexuales. Adoptando la *interseccionalidad* como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto, y poniendo las bases para asegurar la prevención de la violencia dando una respuesta efectiva a las víctimas y sancionando proporcionalmente al daño de estas conductas delictivas

Todo ello encontró su impulso con la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que en su objetivo 5 establece entre sus metas eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado; así como con la asunción de compromisos internacionales, como la ratificación del Convenio de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (convenio de Lanzarote); el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la nueva definición del consentimiento, de obligado cumplimiento, impuesta por el Convenio de Estambul, entre otros compromisos internacionales.

La gran novedad que introduce esta ley como hemos visto en las cuestiones jurídicas es la *indiferencia* entre abuso y agresión sexuales, que supone, o esta parte así lo cree, una merma del principio de proporcionalidad penal en virtud del cual las penas han de ser necesarias y proporcionadas a la gravedad del delito cometido. Cuestión ésta, que no es baladí, ya que la aplicación de esta reforma del Código Penal puede conllevar que conductas menos graves tengan una mayor pena y conductas más graves tengan una menor pena.

En este sentido llama especialmente la atención la reducción de penas para los delitos más graves contra la libertad sexual, ya que la aplicación del art. 2 C.P. sobre el efecto retroactivo de aquellas leyes que favorezcan al reo, conduce irremediabilmente a la rebaja de la pena e incluso a la excarcelación de auténticos criminales.

Otra modificación relevante es el abandono del término “indemnidad sexual”, considerando solo como bien jurídico a proteger la “libertad sexual” para todos los sujetos. Olvidando el término indemnidad sexual se desprotege a los potenciales destinatarios de ésta, es decir, a los menores de 16 años; por lo que cabe pensar que erradicando este término y dándole cabida a la libertad sexual de los menores se puede estar dejando la puerta abierta a comportamientos pedófilos como el del justiciable de nuestro dictamen jurídico.

por todo ello considero que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual no protege más, ni protege mejor a las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual. Incluso en nuestro caso concreto es posible que ni José Gallardo Iglesias reciba el reproche penal que merece, ni Lolita pueda evitar la *victimización secundaria*, mediante el derecho a la *reparación* que lleva por bandera la tan novedosa ley del solo sí es sí.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Acuña, M. J. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. Medicina legal de Costa Rica.

Arán, F. M. (2016 9ª edición). *Derecho penal, parte general*. V Dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en cumplimiento del Real Decreto 1674/1980alencia: Tirant Lo Blanch.

Armaza, E. J. (2011). El tratamiento Penal del delincuente imputable peligroso (tesis doctoral). Universidad del País Vasco, España.

Batarrita, A. A. (1998). *Las agresiones Sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso político: análisis del C.P. desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gazteiz: Emakunde- Instituto de la Mujer.

- Becerra, J. A. (2009). Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales. *Revista de psiquiatría y salud mental*, 190-196.
- Cabana, P. F. (1997). La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código penal de 1995. *Anuario Da Facultade de Dereito Da Universidade Da Coruña*, 237-258.
- Conde, F. M. (2021). Sistema Penal Crítico Universidad de Salamanca. *área de Derecho Penal*, 143-146.
- Cuevas, L. M. (2020). *Sistema de Derecho Penal: Parte Especial*. Madrid: Dykinson, S.L.
- DSM V-R Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, quinta edición.* (s.f.).
- Estado, C. d. (2021). *Dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en cumplimiento del Real Decreto 1674/1980*.
- Fernandez, A. M. (2020). *"Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Judicial, C. G. (25 de febrero de 2021). *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía De La Libertad Sexual. Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ*. Madrid.
- Moreno, J. C. (2020). Arrepentimiento: alcance Jurídico penal en el "iter criminis" y en la responsabilidad criminal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 15-32.
- Pecci., L. N. (2020). La pedofilia y sus repercusiones en la responsabilidad penal . . Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Salamanca, U. d. (143-146). *Revista: Sistema de Derecho Penal crítico* , 2021.
- Solaz, E. S. (2015). La Ley Penal. *Revista de Derecho Penal y penitenciario n° 14*, 84.
- Soriano, Y. R. (29 de Diciembre de 2020). El desenfocado debate sobre el consentimiento en la Ley de Libertad Sexual: El delito sexual suele plantear problemas de prueba. Pero esos problemas no se solucionan con una definición legal que revictimiza. *El País*.
- Victoria Trabazo Arias, F. A. (2009). *La pedofilia*. Madrid: EduPsykhé.

## **IX. ÍNDICES DE SENTENCIAS**

STS 1323/1995, de 5 de mayo

STS 379/1997, de 23 de marzo

STS 471/1998, de 26 de marzo

STS 1433/2000, de 25 de septiembre

STS 1948/2001, de 29 de octubre

STS 394/2002, de 8 de marzo

STS 613/2006, de 01 de junio

STS 935/2006, de 02 de octubre

STS 159/2007, de 21 de febrero

STS 889/2007, de 24 de octubre

STS 356/2008, de 04 de junio

STS 790/2008, de 18 de noviembre

STS 803/2010, de 30 de septiembre

STS 994/2011, de 4 de octubre

STS 87/2012, de 17 de febrero

STS 968/2012, de 30 de noviembre

STS 607/2014, de 24 de septiembre

STS 864/2014, de 10 de diciembre

STS 897/2014, de 15 de diciembre

STS 112/2015, de 12 de febrero

STS 300/2015, de 19 de mayo

STS 355/2015, de 28 de mayo

STS 301/2016, de 12 de abril

STS 78/2017, de 9 de febrero

STS 378/2019, de 23 de Julio

STS 478/2019, de 14 de octubre

SAP Sevilla 83/2000, de 21 de julio

SAP Madrid 451/2000, de 28 de octubre

SAP Barcelona 705/2001, de 26 de septiembre

SAP Santa Cruz de Tenerife 758/2002, de 8 de julio

SAP Asturias 156/2004, de 9 de junio

SAP Albacete 22/2007, de 17 de octubre

SAP Madrid 179/2010, de 3 de mayo

SAP Madrid 31/2010, de 5 de marzo

SAP Valencia 236/2013, de 24 de abril

SAP Vizcaya 10/2015, de 12 de febrero

SAP Las Palmas 66/2018, de 22 de febrero

SAP Ciudad Real 360/2019, de 14 de marzo



