



Universidad
Zaragoza

Trabajo de Fin de Grado

Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Especial mención a la cláusula Romeo y Julieta

Autora:

María Cabrero Puerto

Directora:

Carmen Alastuey Dobón

GRADO EN DERECHO

CURSO 2021-2022

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
1.	Objeto de estudio	1
2.	Razón de la elección del tema y justificación de su interés.....	2
3.	Metodología empleada en el desarrollo del trabajo.....	3
II.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS	5
III.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	8
IV.	ESTUDIO DE LOS TIPOS PENALES ACTUALES A MENORES DE DIECISEIS AÑOS: Capítulo II bis CP	12
1.	Abuso sexual (artículo 183.1 CP).....	12
2.	Agresión sexual (artículo 183.2 CP)	19
3.	Tipo cualificado (artículo 183.3).....	24
4.	Circunstancias agravantes: tipos agravados (artículo 183.4 y 183.5 CP).....	27
V.	EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR DE DIECISÉIS AÑOS: LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA.....	33
1.	Aproximación al concepto de consentimiento sexual	33
2.	Análisis del artículo 183 quater CP: la cláusula Romeo y Julieta	36
2.1.	Justificación del precepto	37
2.2.	Naturaleza jurídica de la cláusula.....	39
2.3.	Delitos a los que se aplica	40
2.4.	Requisitos exigibles para la aplicación de la cláusula.....	41
2.5.	Efectos penológicos.....	48
VI.	CONCLUSIONES.....	49

VII. RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS	52
1. Bibliografía.....	52
2. Jurisprudencia.....	54
3. Legislación	56

LISTADO DE ABREVIATURAS

ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CENDOJ	Centro de documentación judicial
Cit.	Obra citada
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
Dir.	Director/es
Edic.	Edición
FGE	Fiscalía General del Estado
LO	Ley Orgánica
Nº.	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen
Ibid.	En el mismo lugar

I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto de estudio

En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio pormenorizado de los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años, comprendidos en el Capítulo II bis del Título VIII del Código Penal -en adelante CP- bajo la rúbrica «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años».

En consecuencia, el objetivo principal del mismo es reflejar el escenario jurídico propio de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años tipificados en el precepto 183 CP. Así mismo, es relevante para dilucidar dicho escenario referenciar la situación en torno al consentimiento sexual del menor, más concretamente, la exclusión de responsabilidad del sujeto que tenga contacto sexual con un menor de dieciséis años sustentada en el consentimiento válido de este, que el legislador ha incorporado en el artículo 183 quater CP, dada su íntima vinculación con las figuras delictivas objeto de análisis.

En el marco de este objetivo principal, pretendo alcanzar como objetivos específicos:

- Reflejar la tendencia que ha seguido el legislador en el ámbito de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años hasta llegar a la tipificación actual, a través del estudio de la evolución legislativa de tales delitos.
- Identificar el bien jurídico que salvaguardan los delitos tipificados en el artículo 183 CP y clarificar su delimitación respecto del bien jurídico de la libertad sexual.
- Analizar los elementos típicos de las conductas amparadas en el artículo 183 CP desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, así como establecer los puntos distintivos de cada uno de los tipos penales.
- Estudiar cómo actúa el consentimiento en los delitos sexuales con víctimas menores de dieciséis años, más concretamente, los requisitos establecidos en el precepto 183 quater CP relativo a la exención de responsabilidad penal, así como su alcance aplicativo.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés

La selección de esta materia como objeto de estudio del presente trabajo está fundamentada en distintas razones.

La materia objeto de análisis ha constituido el blanco del legislador en cuanto a reformas se refiere, siendo uno de los objetos penales que más alteraciones ha experimentado desde el inicio de su tipificación, tal y como queda reseñado en el siguiente epígrafe. La tendencia del legislador en cuanto a la regulación de los delitos sexuales ha sido el aumento punitivo de los mismos, expandiendo el escenario que amparan las conductas punibles que comprenden estos tipos delictivos e incrementando sus sanciones penales. A pesar de los esfuerzos que el legislador ha ocupado en esta materia, las victimizaciones a menores son las más reiteradas en el contexto de los delitos sexuales.

Hoy en día, en España, la perpetración de delitos sexuales constituye una realidad asoladora. Si bien es cierto que la tendencia de los delitos sexuales registrados ha sido al alza, el número de estos se ha visto disminuido en el año 2020 a consecuencia, principalmente, de la reciente epidemia Covid-19. Pese a ello, el colectivo más victimizado en relación a los delitos sexuales sigue siendo el de los menores de edad -de cero a diecisiete años-, representando el 49,1% de los delitos sexuales totales cometidos en 2020, porcentaje distante al que ostenta el segundo grupo de edad con mayor número de victimizaciones. De un total de 12.769 delitos sexuales registrados ese mismo año, 3.015 víctimas estaban comprendidas entre el rango de edad de cero a trece años y 3.259 entre los catorce y diecisiete años. A este respecto, el último informe elaborado por el Ministerio de Interior sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual¹ asevera que la tipología delictual, en el ámbito de los delitos sexuales, predominante en relación con menores son los abusos y agresiones sexuales, ya sea con o sin penetración². De este

¹ LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., HERRERA SÁNCHEZ, D., MARTÍNEZ MORENO, F., RUBIO GARCÍA, M., GIL PÉREZ, V., SANTIAGO OROZCO, A. M. y GÓMEZ MARTÍN, M. A., *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, Ministerio de Interior. Gobierno de España, 2020.

² En relación con los abusos sexuales, de un total de 5.686 victimizaciones sin penetración, un 49,7% son menores comprendidos en un rango de edad de entre cero y diecisiete años y, de un total de 1.132 delitos de abuso sexual con penetración, las víctimas menores representan un 44,4%. En lo que respecta a las agresiones sexuales, de un total de 1.604 víctimas sin penetración, un 33,2% son menores y de un total de 1.425 víctimas, un 29,6% han sido víctimas de agresión sexual con penetración.

panorama estadístico se concluye que los menores de edad son las principales víctimas de los delitos sexuales, alcanzando la mitad de los mismos.

Todo ello, adicionado a la vulnerabilidad que circunvala la figura del menor, ha suscitado que la regulación de estos delitos sexuales constituya el objeto de múltiples críticas. Y es que, existen delitos que debido a la condición de las víctimas, así como al bien jurídico que salvaguardan, generan mayor alarma social por constituir transgresiones significativas de los derechos fundamentales, concretamente en el caso que nos atañe, de los derechos del infante a la protección de los cuidados y asistencias especiales que requieren, tal y como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³.

En consecuencia, dado que la problemática descrita sigue en auge, se hace preciso el estudio de este ámbito con el fin de alcanzar una situación que favorezca en mayor medida al menor. De esta forma, al ahondar en el presente ámbito de estudio, será posible motivar nuevas políticas sociales y legislativas que ofrezca una mayor protección del mismo, con el objetivo de paliar, o, al menos, minorar los múltiples problemas a los que hoy en día nos enfrentamos.

3. Metodología empleada en el desarrollo del trabajo

Para la consecución de los objetivos descritos, he seguido la metodología de la investigación científica, a través de las etapas que describiré a continuación, siempre bajo la supervisión de quien ha tutorizado este Trabajo Final de Grado, Carmen Alastuey Dobón.

En primer lugar, una vez asignada el área de Derecho Penal, así como la tutora que iba a dirigir la elaboración del mismo, procedí a la elección y delimitación del área temática por los motivos que ya he descrito.

Posteriormente, llevé a cabo la búsqueda de material bibliográfico haciendo uso de diversas bases de datos entre las que se encuentran, principalmente SciELO, Google Académico, Alcorze y Dialnet. Dada la copiosa cantidad de material que tuve a mi

³ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

alcance, llevé a cabo una selección del mismo atendiendo, en gran medida, a las publicaciones realizadas en los últimos años. No obstante, no descarté fuentes más pretéritas en el tiempo al considerarlas fundamentales para una justa elaboración del trabajo. Además, he centrado parte de la información en la búsqueda jurisprudencial, centrando el objeto de la investigación en sentencias emitidas por el Tribunal Supremo. La base de datos principal para su búsqueda ha sido CENDOJ.

Una vez seleccionado el material que consideré más útil, procedí a concretar el objeto del trabajo y estructurarlo a través del índice que guía el presente trabajo. Así, me fue mucho más sencillo llevar a cabo, de forma más organizada, la redacción del mismo.

En consecuencia, siguiendo con la sistemática evidenciada en la tabla de contenido inicial, en primer lugar, he articulado un epígrafe relativo a la evolución legislativa de los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años, subrayando las reformas que, bajo mi parecer, han supuesto las modificaciones más trascendentales, hasta la actual tipificación. Posteriormente, he destinado el tercer epígrafe a describir el escenario relativo al bien jurídico que salvaguardan los delitos objeto de estudio, dado que se trata de una materia que, aun en la actualidad, no está firmemente definida.

En tercer lugar, como eje central de la monografía, he detallado las conductas típicas relativas a abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años que se encuentran sancionadas en la legislación penal vigente, distinguiendo los elementos característicos de cada tipo delictivo, así como las circunstancias agravantes comunes a estos.

Por último, he destinado el quinto epígrafe al consentimiento sexual, dado que como se ha reflejado en el mismo, el consentimiento otorgado por un menor de dieciséis años es considerado irrelevante a efectos penales, salvo que se dé la concurrencia de ciertos requisitos recogidos en el precepto 183 quater CP, en cuyo caso es posible la exclusión de la pena. Finalmente, se dedica el epígrafe sexto a exponer las conclusiones que he extraído tras la realización del trabajo.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS

No es reciente la presencia de comportamientos sexuales que vienen tipificados como delitos sexuales. Ya desde el siglo XIX, en el Código Penal de 1848, se dedicaba un Título a estos tipos delictivos; no obstante, inicialmente, estaban contemplados bajo la rúbrica «Delitos contra la honestidad». Tales delitos quedaban tintados de una gran carga moral en tanto que se encontraban fuertemente conectados con los valores religiosos preponderantes en aquel contexto⁴.

Estos delitos contemplados bajo la citada denominación pretendían preservar la honestidad de la mujer a través de la tipificación de delitos tales como el delito de adulterio, de amancebamiento, estupro de doncella menor de veintitrés años, prostitución, corrupción de menores o yacimiento con una mujer por medio de violencia o intimidación -violación-, entre otros⁵.

Ya en el siglo XX, comienzan a emerger nuevos movimientos sociales pro derechos humanos que van a impulsar cambios legislativos relevantes en el ámbito objeto de estudio. En sintonía con esta nueva línea de pensamiento, se promulga la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, primer Código Penal acorde al Estado social y democrático de derecho en el que la Constitución Española había convertido a España. Con esta regulación se relega la protección de la atávica figura de la honestidad de la mujer para conferir cierta trascendencia al nuevo bien jurídico protegido, la libertad sexual, a través de la rúbrica del Título VIII «Delitos contra la libertad sexual»⁶.

Con esta nueva regulación se dio un importante salto hacia la inclusión, puesto que se introdujo como posible víctima del delito de violación al varón, incluyendo como comportamiento típico la penetración anal y bucal. Así mismo, cabe mencionar como elemento destacable, que en este CP se amparaban como supuestos de delito sexual todo comportamiento sexual que conllevara la intervención de un menor de doce años, así como personas privadas de sentido o sobre las que se actuara abusando de su trastorno

⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores: Especial referencia a agresiones y abusos sexuales», en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 23, 2020, p. 17.

⁵ GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº. 12, 2018, p. 83.

⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores...», *cit.*, p. 17.

mental. En consecuencia, esta normativa fijaba la edad de consentimiento sexual en doce años⁷, edad muy temprana bajo mi parecer.

Como bien se desprende del párrafo anterior, así como de lo dispuesto en los preceptos 181.2 y 182.2 del CP de 1995, el legislador, a pesar de no distinguir entre libertad e indemnidad sexual, estaba protegiendo con mayor intensidad a los sujetos pasivos descritos configurando un nuevo bien jurídico que no reconocía de forma directa o formal, la indemnidad sexual. De igual forma, salvaguarda distintivamente, aunque con menor intensidad, la integridad sexual de los mayores de doce y menores de dieciséis años en su artículo 183.

Posteriormente, con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se produce uno de los cambios más relevantes en el ámbito de los delitos sexuales, puesto que es la primera vez en la que el legislador, formalmente, deslinda de la libertad sexual el bien jurídico de la indemnidad sexual a través de la nueva redacción de la rúbrica del Título VIII que pasará a ser «Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual», conceptos que serán concretados en el epígrafe siguiente.

Emulando la tendencia de recomendación europea, el legislador mediante la LO 11/1999 modifica sustancialmente el contenido de los preceptos comprendidos en el Título VIII del Libro II del CP de 1995. En concreto, lleva a cabo una nueva redacción de los tipos delictivos de abuso sexual a menores con el objetivo de ampliar la protección a la indemnidad sexual de menores e incapaces⁸.

Bajo mi parecer, una de las modificaciones más relevantes que afectan al ámbito a tratar es la elevación de la edad de consentimiento sexual de los doce a los trece años, tal y como se desprende del artículo 181.2 CP. Así mismo, se incluyó, de forma expresa, esta edad en el precepto relativo a la agresión sexual de menores de trece años, edad que no estaba amparada en la redacción anterior.

De igual modo, con el objeto de lograr una armonización loable entre las legislaciones de los Estados miembros, se produjo un aumento de las penas para el delito

⁷ GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y...», *cit.*, p. 83.

⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores...», *cit.*, p. 17.

de abuso sexual a menores de trece años. No obstante, las penas relativas a las agresiones sexuales de idénticos sujetos pasivos se mantuvieron conforme a la antigua tipificación.

En esta redacción no se contemplaba la introducción de miembros corporales como penetración constitutiva de delito de agresión y abuso sexual. No obstante, esta situación dio un vuelco con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que en sus artículos 179 y 182.1, agresión y abuso respectivamente, incluía como comportamiento típico la penetración por vía vaginal o anal de la introducción de miembros corporales y objetos.

Tiempo después, por medio de la LO 5/2010 de 22 de junio, en concreto en su artículo único 45, con el objeto de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, se produce una de las reformas más relevantes en el ámbito a tratar. Se da lugar a la incorporación del Capítulo II bis en el Título VIII del Libro II bajo la rúbrica «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», capítulo que constituye el objeto principal de análisis del presente trabajo.

Entre alguna de las modificaciones principales, cabe destacar la elevación de las penas de los delitos de abusos y agresión sexual a menores, con la excepción de las penas correspondientes al delito de agresión sexual cualificada por penetración que permanecen inalteradas. Además, se incorporan nuevos delitos como el comúnmente conocido «child grooming» en el precepto 183 bis CP o el precepto 189.1 CP que introduce la nueva tipificación delictiva de la captación de niños con la finalidad de su participación en espectáculos pornográficos.

La Decisión Marco 2004/68/JAI fue sustituida por la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, cuya transposición supuso múltiples modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a través de la Ley Orgánica 1/2015.

En el ámbito de aplicación de la citada Directiva se dio un cambio legislativo en múltiples Estados miembros que se vieron obligados a endurecer las penas relativas a los delitos sexuales con víctimas menores. Además, se produjo uno de los cambios más significativos hasta la actualidad, cuya relevancia es trascendental para el análisis del

presente trabajo: se elevó la edad del consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años. Como consecuencia de ello, se modificó la rúbrica del Capítulo II bis quedando tal y como la encontramos ahora, «De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años» por medio del artículo único 96 de la citada LO 1/2015. Tal y como se desprende de la exposición de motivos, esta decisión se tomó con el objetivo de armonizar las edades de consentimiento sexual de los Estados miembros.

Conforme a lo dispuesto, todo contacto o comportamiento sexual constitutivo de algún tipo delictivo con un menor de dieciséis años debe ser considerado en todo caso un delito. No obstante, el artículo único 100 de la citada ley -LO 1/2015- incluye una excepción a través de la incorporación de la exclusión de responsabilidad contenida en el artículo 183 quater CP, que será analizada en las últimas páginas del trabajo. Cabe mencionar, además, que su redacción fue posteriormente modificada por medio de la Disposición Final 6.20 de la reciente LO 8/2021, de 4 de junio, ley orgánica que modifica, así mismo, las letras a) y d) de las agravantes contenidas en el artículo 183.4 CP.

Tal y como se infiere del presente epígrafe, uno de los asuntos que más controversia ha generado es la determinación del bien jurídico que amparaban los delitos sexuales tipificados en cada etapa legislativa. Su mutación no ha sido una cuestión baladí, puesto que ha variado desde la protección a la honestidad, en su primera tipificación, hasta la protección actual de los bienes jurídicos de la libertad e indemnidad sexual, conceptos que analizaré en el epígrafe ulterior.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de profundizar en el análisis de los tipos penales relativos al abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años, es conveniente tomar como punto de partida el bien jurídico protegido por el precepto 183 CP, puesto que la comprensión de tal concepto es fundamental a la hora de lograr una íntegra comprensión del ámbito objeto de estudio.

A este respecto, los delitos tipificados en el Título VIII del CP han experimentado múltiples reformas, incidiendo en cuestiones fundamentales tales como la edad de

consentimiento, su relevancia o la disponibilidad del mismo bien jurídico⁹. No obstante, en la actualidad, debido, principalmente, a la propia denominación del Título VIII del CP, están claros los bienes jurídicos que se encuentran tutelados en el mismo, la libertad y la indemnidad sexual.

La Constitución Española de 1978 ampara la libertad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que la misma disponga que es responsabilidad de los poderes públicos promover las condiciones óptimas para que esta sea real y efectiva. En consecuencia, el legislador ha disgregado este bien jurídico, dotando de cierta relevancia a la libre determinación en el ámbito de la sexualidad, configurando el bien jurídico de la libertad sexual. Pese a que la propia CE no alude explícitamente a este, puede ser considerado uno de los fragmentos centrales que conforman el derecho a la libertad contenido, de igual forma, en su artículo 17¹⁰.

En consonancia con ello, MUÑOZ CONDE define la libertad sexual como un arquetipo concreto del bien jurídico de la libertad, pero ejercida en el ámbito de la sexualidad. Es por ello que precisa de especial protección, no siendo suficiente la protección otorgada a la libertad¹¹. Dicha protección se fundamenta tanto en la capacidad de autodeterminación sexual propia de cada persona, como en garantizar que el ejercicio de la sexualidad se dé en un ambiente de libertad individual. Se trata, por tanto, de proteger la libre determinación de la sexualidad.

En este sentido, parte de la doctrina dispone que la libertad sexual está conformada por dos aspectos, uno positivo y otro negativo¹². Por un lado, una vertiente positiva entendida como la elección libre del individuo en la determinación de los comportamientos sexuales, es decir, la voluntariedad en participar en actos de naturaleza sexual. O lo que es lo mismo, en palabras de MONGE FERNÁNDEZ, se trata de «la libre disposición del individuo de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, y

⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.ª Delitos Sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Polaino Navarrete (dir.), tomo I, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2019, p. 245.

¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez (dir.), 7ª edic., Atelier, Barcelona, 2021, p. 131.

¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial*, 23ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 215.

¹² En este sentido GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y...», *cit.*, p. 84, MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.ª Delitos Sexuales», *cit.*, p. 247 y GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 2020, p. 272.

esto tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social». Por otro lado, está conformada, de igual forma, por un aspecto negativo relativo a la negación de participar en las propuestas de carácter sexual que no sean deseadas, un derecho a no soportar aquello que el individuo no consienta. En definitiva, se trata de un derecho defensivo que ostenta todo sujeto a no verse involucrado en un contexto sexual sin su consentimiento.

No obstante, el presente trabajo final de grado pretende abarcar un ámbito de estudio cuyo bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino la indemnidad sexual.

El ordenamiento jurídico español no reconoce la capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual a todos los ciudadanos por igual, sino que existen ciertos sujetos que legalmente la tienen limitada; estos son, conforme a la normativa vigente, los menores de dieciséis años y sujetos con discapacidad necesitados de especial protección. En estos supuestos, tal y como se desprende de la rúbrica del Título VIII del CP, el bien jurídico tutelado deja de ser la libertad sexual para pasar a ser la indemnidad sexual¹³.

Para BOLDOVA PASAMAR una de las justificaciones por las que se desliga la indemnidad sexual de la libertad sexual, tipificándola como bien jurídico autónomo, es el mayor contenido de lo injusto que ostentan los actos de carácter sexual realizados con menores. Según el autor, en estos supuestos se vulnera tanto la referida indemnidad, es decir, el derecho a no verse envuelto en actos sexuales sin un consentimiento válido, como el futuro desarrollo de la personalidad en la esfera sexual del menor, es decir, el derecho a que su formación sexual no resulte afectada por actos de carácter abusivo y/o dañoso¹⁴.

Los mismos razonamientos parece realizar la jurisprudencia mayoritaria. Tal y como se desprende de los pronunciamientos del TS¹⁵, se trata de una protección de mayor alcance que la libertad sexual, puesto que los sujetos pasivos titulares de dicho bien jurídico, dada su indisponibilidad, no pueden ejercer en el ámbito sexual de manera informada y autónoma.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 216.

¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2022, p. 201.

¹⁵ Sentencia 674/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de diciembre de 2018, sentencia 476/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de mayo de 2006 y sentencia 826/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de diciembre de 2017.

En este sentido, tal y como se desprende de la STS 28 de abril de 1998 el amparo jurídico de este bien jurídico como independiente de la libertad sexual debe justificarse, por un lado, como parte de un derecho a no participar en actos de carácter sexual sin consentimiento, entendiendo este como el válidamente prestado, así como el derecho al libre desarrollo de la sexualidad del individuo sin intervención de terceros que pueda dar lugar a perturbaciones en el mismo¹⁶.

Tal y como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia del 6 de mayo de 2021¹⁷, la indemnidad sexual debe ser entendida como parte del derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, «sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida».

Una vez delimitado el concepto de indemnidad sexual, cabe hacer una pequeña mención a los sujetos pasivos concretos titulares de este bien jurídico. En cuanto a los menores, estos deben ser sujetos menores de dieciséis años, edad a partir de la cual, como veremos más adelante, se entiende que es válido el consentimiento sexual libremente prestado¹⁸. Dicha protección, tal y como afirma el TS en su sentencia del 1 de octubre del 2007¹⁹, tiene su fundamento en el bienestar psíquico del menor en cuanto que constituye una condición ineludible para su normal evolución y desarrollo sexual. Por otro lado, también son titulares de la indemnidad sexual los discapacitados necesitados de especial protección con el objeto de evitar que sean utilizados con fines sexuales dado que, igualmente, carecen de autonomía para su comportamiento en el ámbito sexual²⁰. Todo ello dado que se trata de sujetos cuya personalidad se encuentra estancada debido a las carencias que presentan en sus capacidades intelectuales y/o volitivas. En consecuencia, no se trata tanto de preservar su adecuada evolución respecto de su madurez sexual, sino de salvaguardar su normal proceso de socialización²¹.

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la ya citada STS del 1 de octubre de 2007²², ambos sujetos, con independencia de si son titulares por su condición de menores

¹⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 273.

¹⁷ Sentencia 395/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de mayo de 2021.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 216.

¹⁹ Sentencia 796/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 2007.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 217.

²¹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 202.

²² Sentencia 796/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 2007.

o por ser incapaces al padecer una discapacidad, requieren de una especial protección por no presentar la madurez necesaria para decidir acerca de sus comportamientos en un ambiente lascivo. Es por ello que resulta irrelevante que autoricen o no tales prácticas sexuales, puesto que tal consentimiento, como veremos en páginas posteriores, a efectos jurídicos resulta irrelevante.

IV. ESTUDIO DE LOS TIPOS PENALES ACTUALES A MENORES DE DIECISEIS AÑOS: Capítulo II bis CP

En el presente epígrafe abordaré alguno de los tipos delictivos que sanciona el Código Penal en su capítulo II bis, capítulo introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio y modificado por la LO 1/2015 de 30 de marzo, como abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, concretamente los comportamientos delictivos tipificados en el precepto 183 del CP. En este mismo capítulo se tipifican otras figuras delictivas además del citado artículo 183 CP que no son objeto de análisis del presente trabajo por razones de espacio.

Este artículo 183 CP presenta cierto paralelismo con los comportamientos típicos contemplados en el Capítulo I del CP relativo a las agresiones sexuales, así como al Capítulo II del mismo referente a los abusos sexuales, más concretamente a los artículos 178, 179, 180 y 181 CP. No obstante, cabe apuntar como punto de partida la mayor diferencia a la cual ya he hecho alusión, la condición del sujeto pasivo, siendo personas mayores de edad, y, por ende, el bien jurídico protegido.

1. Abuso sexual (artículo 183.1 CP)

Artículo 183.1 CP: *1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.*

El primero de los delitos que tipifica el precepto objeto de análisis constituye el tipo básico de abuso sexual a menor de dieciséis años. Tal y como se desprende de la redacción del mismo, el comportamiento típico consiste en la realización de cualquier acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años. No obstante, esta redacción se dio con la ya citada reforma de la LO 1/2015. Con anterioridad a esta, se tipificaba la

realización de actos que vulnerasen la indemnidad sexual del menor, cuya edad de consentimiento encontraba su límite en los trece años.

En opinión de RAMOS VÁZQUEZ, esta nueva redacción, que relega la antigua mención del bien jurídico, parece destapar una nueva incógnita respecto a este ²³. Por su parte, el Tribunal Supremo²⁴ se ha pronunciado al respecto afirmando que el cambio realizado debe entenderse como una corrección semántica, y que, por tanto, no existe distinción en cuanto al bien jurídico protegido, que continúa siendo la indemnidad sexual²⁵. Bajo mi parecer, esta nueva y actual redacción es mucho más específica en tanto que precisa el carácter sexual del acto y delimita el sujeto pasivo a los menores de dieciséis años.

En cuanto al estudio del elemento objetivo del tipo, cabe hacer ciertas apreciaciones que han generado múltiples controversias, las cuales han suscitado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se pronuncien al respecto. El comportamiento típico coincide en su plenitud con el descrito en el artículo 181 CP relativo a abusos sexuales cuyo sujeto pasivo es un mayor de edad. No obstante, a diferencia del abuso sexual a mayores de edad, el cometido a menores de dieciséis años incluye tanto los supuestos en los que el autor actúa con el consentimiento del menor como sin él. Ello debido a que el consentimiento proferido por un menor de dieciséis años es intrascendente, puesto que resulta nulo por razón de edad al tratarse, la indemnidad sexual, de un bien jurídico indisponible. Sin embargo, pueden existir excepciones en las que el consentimiento del menor sea válido cuando concurren las circunstancias amparadas por el precepto 183 quater CP²⁶, que será analizado en páginas siguientes.

A pesar de ello, sigue sin definirse el concepto de abuso sexual al no quedar conceptualizado el término «actos de carácter sexual». En consecuencia, debe llevarse a cabo un análisis pormenorizado tanto de la interpretación judicial como de la doctrina.

²³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 103.

²⁴ Sentencia 652/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 3 de noviembre de 2015, sentencia 320/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de julio y sentencia 301/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 2016.

²⁵ GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17: Agresión y abusos sexuales», en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I)*. Delitos contra las personas, en Álvarez García (dir.), 3ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 1178.

²⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 309.

Cabe apuntar que dicha interpretación será congruente con el contexto social del momento, variando conforme a los ideales sociales, culturales, así como conforme a la moral sexual.

La opinión doctrinal dominante considera relevante para determinar el comportamiento típico amparado por el precepto partir de dos perspectivas, una negativa y una positiva.

La delimitación negativa parece estar más o menos clara. Por un lado, queda evidenciada la ausencia de violencia e intimidación en el comportamiento sexual, ya que son conceptos claves que difieren la aplicación del tipo respecto de una agresión sexual²⁷. Por otro lado, el contacto sexual tampoco puede consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, puesto que en tal caso sería constitutivo del tipo agravado²⁸, como veremos en páginas siguientes.

Por el contrario, parece mucho más difuso determinar la delimitación positiva, es decir, las conductas que deben ser amparadas por el concepto «actos de carácter sexual». Si bien es cierto que del mismo precepto se desprende que el comportamiento debe tener cierto tinte sexual, no quedan claros los actos que sí pueden ser incluidos en este.

En este sentido, parece inequívoco el hecho de considerar aquellos actos en los que se vean involucrados los órganos genitales, tanto de la víctima como del victimario, como actos de carácter sexual²⁹. Serían, por ejemplo, la realización de masturbaciones o tocamientos superficiales en el pubis o pene.

No obstante, existen otros actos que no presentan ese claro contenido sexual, como pueden ser los besos o los tocamientos en otras partes del cuerpo como la tripa, un brazo o incluso una palmada en las nalgas por encima del pantalón. En tales supuestos, tanto parte de la doctrina³⁰ como de la jurisprudencia³¹, están de acuerdo en que es necesario

²⁷ Véase el artículo 183.2 CP.

²⁸ Véase el artículo 183.3 CP.

²⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.ª Delitos Sexuales», *cit.*, pp. 248 y 249, RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra...», *cit.*, p. 133.

³⁰ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra...», *cit.*, p. 140; GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores...», *cit.*, p. 28 y GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17: Agresión...», *cit.*, p. 28.

³¹ Sentencia 702/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 2013 y sentencia 87/2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del 11 de febrero de 2011.

atender al elemento subjetivo, es decir, debe tenerse en cuenta si el autor ha actuado con ánimo lúbrico o no, entendido este como «la tendencia a excitar o satisfacer los impulsos sexuales propios o de terceros»³². Se trata de actos cuya ambivalencia origina dudas acerca del carácter sexual de los mismos, en consecuencia, el ánimo libidinoso es entendido como un elemento determinante.

No obstante, tal y como afirma RAGUÉS I VALLÉS³³, el TS en alguna resolución ha rechazado este ánimo lúbrico como elemento del tipo. En este sentido, cita la Sentencia 107/2019 del 4 de marzo de 2019³⁴ en la que se afirma que la satisfacción sexual del sujeto no es un elemento del tipo puesto que «cabe atender contra el bien jurídico protegido [...] sin que el sujeto activo tenga como finalidad su satisfacción sexual, siempre que el significado sexual de la conducta sea establecido de forma indiscutible». A pesar de ello, no es cuestión baladí, puesto que permite un margen menor de error en la valoración del comportamiento en aquellos supuestos en los que se dé cierta incertidumbre acerca su la naturaleza sexual.

Me serviré para ejemplificar esta cuestión del acto constitutivo de un beso. Así pues, el TS en su sentencia 490/2015³⁵ excluyó la aplicación del tipo al entender que no concurre carácter sexual inequívoco en el supuesto en el que un abuelo besó en varias ocasiones a su nieta en la boca. En este sentido, el Tribunal afirmó que no constituye comportamiento típico un beso fugaz en la boca, puesto que son frecuentes en ciertos ámbitos familiares y sociales y, por ende, no implican necesariamente un comportamiento libidinoso. Por el contrario, en su ATS del 18 de diciembre de 2014³⁶, sí se consideró como comportamiento típico un beso en la boca con introducción de lengua por parte del sujeto activo, al considerarse que presentaba carácter inequívocamente sexual.

Queda en evidencia, por tanto, que es posible la aplicación del tipo delictivo en múltiples conductas de distinto grado de afección al bien jurídico protegido. En consecuencia, parece claro que habrá que determinar el contexto concreto en el que se desarrolla la conducta típica, así como las características que lo circundan para poder conferir la subsunción de la conducta al tipo descrito.

³² BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 203.

³³ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra...», *cit.*, p. 134.

³⁴ Sentencia 107/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 4 de marzo de 2019.

³⁵ Sentencia 490/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de mayo de 2015.

³⁶ Auto 2100/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de diciembre de 2014.

Y es que, tal y como afirma RAMOS VÁZQUEZ, de la jurisprudencia aplicativa del artículo 183 CP se infiere la dilatada tendencia de expandir la noción del abuso. En consecuencia, este considera que al observar las concretas características del contexto en el que se desarrolla el presunto abuso, sería posible lograr erradicar o, por lo menos mitigar la mecanización existente en un contexto sexual en el que se ve involucrado el sujeto pasivo del bien jurídico³⁷. En consonancia, el autor entiende que la aplicación del tipo debe de ser mucho más restrictiva en tanto que considera que ciertas conductas que, bajo su parecer, no presentan lesividad suficiente del bien jurídico, no deben ser subsumibles en el tipo³⁸.

Una vez delimitado el concepto indeterminado de actos de carácter sexual, es necesario determinar si la realización de estos actos requiere o no el contacto directo entre víctima y victimario.

Hasta la reforma de 2015, el debate acerca de este ámbito estaba en pleno auge debido a la redacción del precepto. La doctrina se encontraba dividida, siendo, tal y como afirma RAMOS VÁZQUEZ, la mayoritaria³⁹ aquella que consideraba que no era requisito necesario el contacto físico con el menor para la concurrencia del tipo. En consecuencia, conforme a tal pensamiento quedaban amparados por el tipo comportamientos como, por ejemplo, los actos de carácter sexuales que el menor -en ese momento, menor de trece años- realizara sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero⁴⁰.

No obstante, tras la citada reforma, la cuestión parece haber dado un giro de 180 grados. Con la modificación por parte del legislador de la redacción del tipo, se han esclarecido parte de los interrogantes que cercan este debate. Así pues, tal y como se desprende del mismo artículo 183.1 CP, el comportamiento típico está constituido por actos de carácter sexual realizados *con* un menor. En consecuencia, parece evidente que el contacto físico entre el sujeto activo y pasivo constituye un elemento del tipo.

³⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 110 y 111.

³⁸ *Ibid.*, p. 115.

³⁹ En este sentido cita RAMOS VÁZQUEZ a autores como GÓMEZ TOMILLO, ORTS BERENGUER O MONGE FERNÁNDEZ en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, cultura..., cit.* p. 123.

⁴⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29. Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el Código Penal Español*. <https://docplayer.es/97274905-El-menor-victima-en-el-contexto-de-la-directiva-2012-29.html> [11/05/2022].

En esta línea de pensamiento se encuentra la opinión de varios autores⁴¹, así como la de RAMOS VÁZQUEZ, quien justifica tal afirmación en tres razones. El primer argumento que utiliza es de tipo lingüístico, puesto que el autor entiende que el legislador por medio de la preposición *con* ha querido hacer referencia al medio, es decir, entiende que es quien utiliza a un menor para llevar a cabo conductas sexuales a través de una acción directa sobre él mismo. En segundo lugar, por una razón sistemática, en cuanto a que al incluir el contacto físico como elemento del tipo se evita la desnaturalización de otros preceptos que el legislador ha incluido en la normativa penal. En tercer y último lugar, por una razón de tipo político criminal, puesto que considera que incluir el contacto físico como elemento del tipo de este precepto permite medir la respuesta penal ante comportamientos que suponen una lesividad distinta respecto del bien jurídico lesionado⁴². Por consiguiente, cabe rechazar la autoría mediata del tipo⁴³.

En consecuencia, conforme a esta opinión doctrinal, los actos que no conllevan contacto directo entre víctima y victimario no quedan amparados en el concepto de abuso sexual. Por ende, si el menor realiza actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, estos deberán ser constitutivos del tipo previsto en el artículo 183 bis párrafo 1 CP⁴⁴, que parece limitarse a las conductas de abuso sexual que lesionen el bien jurídico de la indemnidad sexual, cuando no comporten contacto corporal entre sujeto activo y pasivo. Con esta interpretación se impide la superposición del artículo 183.1 CP y el 183 bis CP evitando, así, la desnaturalización de este último⁴⁵.

Es interesante destacar que la polémica sigue abierta, puesto que el legislador ha tipificado explícitamente conductas que no requieren este contacto corporal en el ámbito de las agresiones sexuales, obviando este hecho en el de los abusos sexuales. Así, como reflejaré en el epígrafe siguiente, se castiga en el precepto 183.2 CP el compeler a un menor a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo cuando concurra violencia o intimidación.

⁴¹ En este sentido cita RAMOS VÁZQUEZ autores como TAMARIT SUMALLA o RODRÍGUEZ MESA en RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 123.

⁴² RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 124 y 125.

⁴³ GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17...», cit., p. 1180.

⁴⁴ *El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

⁴⁵ RAGÜES I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra...», cit., p. 146.

No obstante, aunque en mayor proporción los abusos sexuales a menores de dieciséis años se llevan a cabo *con* el menor, es decir, mediando contacto corporal, la jurisprudencia ha aceptado la concurrencia del tipo sin necesidad de contacto corporal cuando esta es compelida a realizar los comportamientos sexuales a través de internet. Estas situaciones se han visto altamente acentuadas debido al creciente uso de las nuevas tecnologías que han permitido nuevas formas de comunicación dando lugar a un espacio virtual⁴⁶.

Así, el TS entiende que el desarrollo de las tecnologías digitales y las nuevas formas de comunicación han dado paso a nuevas formas de contacto en las que la distancia física no ha supuesto un impedimento para que se den comportamientos que vulneren la indemnidad sexual de forma totalmente realista. Es por ello que nada impide que la realización de tales actos constituya un delito de abusos sexual, siempre y cuando queden delimitados los espacios correspondientes de los distintos tipos del CP⁴⁷.

Por último, respecto del elemento subjetivo, cabe apuntar que no se requiere como elemento del tipo el ánimo libidinoso o lascivo, puesto que nada se dice en la redacción del tipo. En consecuencia, la doctrina jurisprudencial del TS ha excluido este ánimo por considerar que el propio acto sexual ya vulnera *per se* la indemnidad sexual del menor⁴⁸. Por ende, basta como elemento subjetivo la presencia del dolo por parte del sujeto activo, el cual debe amparar el acto sexual en sí mismo, así como la edad de la víctima⁴⁹. En esta misma línea de argumentación se mueve el pensamiento mayoritario doctrinal. Así, RAMOS VÁZQUEZ⁵⁰ propone obviar los elementos subjetivos para centrarse en el carácter sexual de la conducta, así como en la lesividad del bien jurídico lesionado, que son los elementos que claramente comprende el tipo.

Dicha interpretación queda extendida de forma generalizada para todos los delitos del Título VIII, puesto que el TS entiende que la rúbrica del mismo ya es propiamente

⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 212 y RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra...», *cit.*, p. 139.

⁴⁷ Sentencia 158/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de marzo de 2018, sentencia 301/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 2016 y sentencia 1397/2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 29 de diciembre de 2009.

⁴⁸ Sentencia STS 5631/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de diciembre de 2014.

⁴⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 209 y MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º. 15, 2010, p. 92.

⁵⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.* p. 121.

significativa. Bastando, por tanto, «que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual del menor»⁵¹.

2. Agresión sexual (artículo 183.2 CP)

La agresión sexual a menor de dieciséis años viene tipificada en el precepto 183.2 CP, que comprende dos incisos que deben ser analizados por separado.

Artículo 183.2 párrafo primero CP: 2. *Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.*

En el primer párrafo del citado precepto se tipifica la agresión sexual a menor de dieciséis años. La característica principal del tipo es la concurrencia de violencia o intimidación respecto de los hechos constitutivos de abuso sexual que hemos descrito en el epígrafe anterior⁵²; en consecuencia, me remitiré a lo descrito en él. Aun así, considero relevante precisar una cierta delimitación negativa. En tal sentido, los actos de carácter sexual propios del tipo no pueden consistir en acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal, de la misma forma que tampoco cabe la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, puesto que tal conducta, como veremos se encuentra tipificada en el artículo 183.3 CP.

En definitiva, tanto la violencia como la intimidación constituyen elementos del tipo de la agresión sexual; de forma que nos sirven de punto central para diferenciar si un acto es constitutivo de abuso sexual, o, por el contrario, lo es de agresión sexual. Sin embargo, a pesar de la relevancia de ambos conceptos, el CP no establece definición alguna acerca de ellos, por lo que parece relevante detenerse a analizar cada uno de ellos en profundidad.

Se entiende por violencia aquellos actos físicos que implican la ejecución de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, con el objetivo de someterla para que lleve a cabo actos de carácter sexual⁵³. En este sentido, concurre violencia cuando el autor del

⁵¹ Sentencia 853/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 17 de diciembre de 2014.

⁵² RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 121.

⁵³ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 276 y BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», cit., p. 203.

presunto hecho delictivo se sirva del uso de la fuerza física, de forma conjunta con la amenaza de que, a mayor resistencia por parte del sujeto pasivo, mayor será la fuerza física utilizada⁵⁴.

En esta línea doctrinal, BOLDOVA PASAMAR, compartiendo opinión con otros expertos en derecho, afirma que la violencia presume la presencia de cierto grado de resistencia por parte del sujeto pasivo, puesto que, de no ser así, el sujeto activo no requeriría, en principio, de tales medios violentos. No obstante, afirma que la resistencia no debe ser irresistible para que concurra el tipo⁵⁵. De igual forma, tampoco se requiere que se trate de una resistencia continuada, por lo que concurriría el requisito aun cuando el sujeto desista en sus intentos de defensa para evitar males mayores⁵⁶.

Conforme a ello, parece evidente que la violencia debe ir encaminada a someter la voluntad de la víctima; no obstante, en la actualidad la jurisprudencia no exige la presencia de una resistencia razonable por parte de la víctima, sino que basta con que se acredite la ausencia de consentimiento⁵⁷. Así, el TS se ha pronunciado al respecto afirmando que no es necesario que la víctima oponga resistencia al acto para considerar la concurrencia del elemento violento; sin embargo, el tribunal no descarta que esta resistencia pueda ser valorada como un elemento indiciario que acredite los elementos típicos de la agresión sexual en aquellos casos más dubitativos⁵⁸.

La violencia ejercida por parte del autor debe ser causal al acto sexual, en consecuencia, debe de perpetuarse el comportamiento sexual por medio del uso de la violencia. Además, esta debe ser perpetuada de forma inmediata y con suficiente intensidad como para someter a la víctima, como he mencionado previamente, y constreñirla a mantener relaciones de carácter sexual⁵⁹. De tal forma que, por ejemplo,

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 192 y MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a ...», *cit.*, p. 92.

⁵⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 203.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 192.

⁵⁷ JAÉN VALLEJO, M., «A propósito de la problemática significación de los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad en los delitos contra la libertad sexual», en ELDERECHO.COM., 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual> [27/04/2022].

⁵⁸ Sentencia 609/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 10 de julio de 2013 y sentencia 480/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de junio de 2016.

⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 276.

para que se entienda concurrido el elemento del tipo, es decir, la violencia, en un supuesto en el que el autor agarra fuertemente de un brazo a la víctima, deberá probarse que se trata de un acto imprescindible para la ejecución de la conducta sexual.

A pesar de que es altamente probable que el uso de la violencia provoque resultados lesivos en la salud física de la víctima, esto no constituye un elemento del tipo⁶⁰. En caso de producirse lesión, estaríamos ante un concurso ideal. No obstante, se ha entendido que las lesiones psíquicas derivadas del comportamiento típico quedan absorbidas por este⁶¹, puesto que el legislador ya ha contado con su plausible concurrencia al tipificar la conducta. A pesar de ello, el TS ha reconocido alguna exclusión por tratarse de lesiones psíquicas de una magnitud desproporcionada⁶².

Para terminar, cabe precisar el supuesto de intervención de terceros en la agresión sexual. No es requisito esencial que la violencia sea ejercida por quien ha consumado el acto sexual⁶³. En este sentido, cabe la posibilidad de que la violencia sea ejercida por un tercero interviniente mientras que otro sujeto lleva a cabo el acto sexual; en tales supuestos, ambos serían autores de un delito de agresión sexual⁶⁴. Un ejemplo de ello, sería la inmovilización de la víctima por el sujeto A, mientras el sujeto B es quien lleva a cabo los actos de naturaleza sexual. Así mismo, es igualmente posible que la violencia sea ejercida sobre una tercera persona distinta al sujeto pasivo sobre el que recaigan los actos de carácter sexual. Dicho supuesto sería constitutivo de agresión sexual, pero por concurrir el elemento de la intimidación⁶⁵. Por ejemplo, el sujeto A violenta a la hija del sujeto B para que B acceda a mantener relaciones sexuales con este.

En segundo lugar, se entiende por intimidación cualquier amenaza de causar un daño que cree una sensación de temor en la víctima. Se trata de generar una coacción psicológica en el sujeto pasivo para que esta acceda al acto de carácter sexual por

⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 278.

⁶¹ Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 10 de octubre de 2003.

⁶² RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra ...», *cit.*, p. 134.

⁶³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 121.

⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 278.

⁶⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 121.

considerar que el mal es menor al que proviene de la amenaza⁶⁶. En consecuencia, la intimidación equivale a la amenaza⁶⁷.

No obstante, no basta con cualquier amenaza, sino que el daño con el que se amenaza debe ser idóneo, tanto como para que, finalmente, la víctima acceda a mantener las relaciones sexuales descritas en el tipo como mal menor a la amenaza. Además, la intimidación ejercida por el sujeto debe ser seria, previa, inmediata y determinante. Como venimos diciendo, debe de ser de entidad suficiente para vencer la voluntad de la víctima. En definitiva, este daño futuro debe ser «ilícito y antijurídico, de suficiente entidad, grave, real y próximo», entendiendo como mal grave aquel que atente contra bienes jurídicos relevantes⁶⁸.

Por ende, serían supuestos complejos aquellos en los que el mal con el que se amenaza es de menor entidad, como, por ejemplo, un daño que repercute en el patrimonio o en el honor⁶⁹. No obstante, parece, atendiendo a la explicación doctrinal del concepto de intimidación, que deben ser interpretados como supuestos en los que no concurre este elemento típico.

Cabe apuntar que, al igual que sucede con la violencia, la amenaza no tiene por qué ser un mal que recaiga sobre la víctima del delito sexual, sino que puede recaer sobre un tercero que se encuentre afectivamente unido a esta, como por ejemplo un familiar⁷⁰. En este sentido, por ejemplo, la conducta de un padre de amenazar a su hija con suicidarse si no accede a mantener relaciones sexuales con él.

En este tipo delictivo no pueden ignorarse las circunstancias personales de la víctima, puesto que no es lo mismo amenazar a un niño que a un adulto que ejerce el culturismo. En consecuencia, tanto la edad del sujeto pasivo como el contexto familiar y social son factores determinantes para valorar si la intimidación presenta el grado necesario para la concurrencia del tipo⁷¹.

⁶⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales...», *cit.*, p. 252.

⁶⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 203.

⁶⁸ En este sentido MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales...», *cit.*, p. 252 y RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 131.

⁶⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra ...», *cit.*, p. 135.

⁷⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 123.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 192 y 193.

No obstante, tal y como indica MUÑOZ CONDE, dicha afirmación no significa que la valoración del elemento del tipo depende absolutamente del sentimiento valorativo personal del sujeto pasivo⁷². En este sentido, el TS ha afirmado que para distinguir la intimidación del prevalimiento hay que estar al aspecto objetivo del acto intimidatorio en sí mismo, y no en cómo afecta este acto al sujeto pasivo. Es decir, el sentimiento de la víctima no puede convertir una acción en intimidación que objetivamente no lo es.

Es relevante mencionar que tanto la violencia como la intimidación deben ser causales al acto de naturaleza sexual, es decir, debe de existir una relación directa entre la circunstancia típica y el ataque sexual. En consecuencia, no es posible considerar una conducta como agresión sexual cuando la violencia o intimidación ha sido posterior a la ejecución del acto sexual. No obstante, sí es constitutivo de delito de agresión sexual el inicio del acto sexual consentido que posteriormente se fuerza el consentimiento de la víctima mediante violencia o intimidación⁷³.

Para terminar, cabe mencionar que el tipo no excluye la vinculación del elemento de la violencia y la intimidación, puesto que la continuidad de actos violentos repetidos en el tiempo puede conllevar un sentimiento de intimidación en el sujeto pasivo que le obligue a sucumbir a los actos sexuales⁷⁴.

Artículo 183.2 párrafo segundo CP: *Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.*

El segundo párrafo del artículo 183.2 CP fue introducido por la reforma de la LO 1/2015. En él se tipifica el obligar a un menor de dieciséis años, mediante violencia o intimidación a participar en actos sexuales con un tercero o a realizar actos de carácter sexual sobre sí mismo. Se trata, por tanto, de dos comportamientos a los que aludiré por separado.

En cuanto al primer comportamiento, los actos sexuales, tal y como se desprende de la redacción del precepto, deben ser ejercidos con un tercero diferente al sujeto activo

⁷² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 193.

⁷³ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 276.

⁷⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores...», *cit.*, p. 11.

que ejerce la violencia o la intimidación⁷⁵. Puede darse el caso en el que el tercero interviniente con el que mantiene el contacto sexual el menor no ostente la condición de autor de la agresión sexual, bien porque sea víctima de algún tipo de coacción, bien porque ignore la circunstancia de violencia o intimidación⁷⁶.

La tipificación de esta segunda conducta permite la aplicación del tipo en supuestos en los que los actos sexuales no son realizados *con* un menor, es decir la realización directa de la acción sexual sobre el cuerpo del menor; sino que se obliga a la víctima a llevar a cabo los actos sexuales sobre sí mismo, sin intervención de otros sujetos⁷⁷.

Ambas conductas se refieren a actos sexuales en los que no concurra acceso carnal, por ejemplo, tocamientos o masturbaciones a un tercero, o a uno mismo, siempre y cuando concurra violencia o intimidación⁷⁸.

3. Tipo cualificado (artículo 183.3)

Artículo 183.3 CP: *3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.*

En el presente artículo se tipifica tanto la conducta típica de abuso y agresión sexual descrita en el apartado 1 y 2, cuando concurra «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías». En este sentido, se impone una pena mayor debido a que implica un mayor desvalor de la acción y del resultado respecto de las conductas básicas⁷⁹.

⁷⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 125.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», cit., p. 213.

⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 311.

⁷⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», cit., p. 204.

Tal y como se desprende del precepto el tipo, el mismo ampara dos conductas. La primera de ellas, consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. Pero, ¿qué se entiende por «acceso carnal»?

La interpretación tradicional requería la penetración del miembro viril en las cavidades vaginal, anal o bucal. No obstante, se ha producido un cambio paulatino en la visión de ciertos estudiosos en tanto que en la actualidad se está dando una interpretación más amplia de esta expresión, de tal forma que no se requiere penetración en sí misma, sino que basta con que en la relación sexual intervengan los órganos genitales⁸⁰, tal y como plasmaré a continuación.

En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS afirma que el concepto debe interpretarse como la conjunción de los órganos genitales de varón y hembra, aun sin traspaso de la zona vestibular femenina⁸¹. Sin embargo, en base a su interpretación, parece no caber la consumación del tipo por parte de un sujeto activo del sexo femenino.

Es cierto que la opinión doctrinal mayoritaria está de acuerdo en que el sujeto activo de este precepto sea un varón, independientemente del sexo de la víctima. No obstante, como se ha visto, parece mucho más conflictivo en la opinión doctrinal la consumación de la conducta típica por parte de una mujer, por ejemplo, obligando a ser penetrada por un varón. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en su Acuerdo del Pleno de 25 de mayo de 2005⁸², en el cual se afirma que acceder carnalmente debe interpretarse de forma equiparable a hacerse acceder. Por ende, conforme a esta interpretación una mujer sí podría ser sujeto activo del tipo penal⁸³. En la opinión de MONGE FERNÁNDEZ parece plausible esta opción, no obstante, un sector de la doctrina ha considerado que las prácticas fricativas no deben ser amparadas por este tipo penal⁸⁴.

⁸⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales...», *cit.*, p. 256.

⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, R., «Tema 6. Delitos contra ...», *cit.*, p. 137.

⁸² Este acuerdo fue aplicado en la Sentencia 1295/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 diciembre de 2006, en la que unos sujetos maniataron a un joven, realizándole una felación hasta que este eyaculaba.

⁸³ MUÑOZ CONDE critica esta idea al considerar que la mujer no puede ser sujeto activo de una conducta de penetración, aunque sí de introducción de objetos o miembros corporales en BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 204.

⁸⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales...», *cit.*, pp. 256 y 257.

Jurisprudencialmente se ha interpretado que no es necesaria la penetración completa del miembro viril en la cavidad vaginal para la consumación del tipo. Así el TS en su sentencia 441/2005⁸⁵ entiende que no es necesaria que se dé la perfección fisiológica del coito bastando con la conjunción de órganos genitales. En este sentido, se ha considerado el coito vestibular⁸⁶, también llamado penetración ante-portas, como comportamiento típico amparado por el precepto penal⁸⁷. No obstante, tal y como indica BOLDOVA PASAMAR, la doctrina mayoritaria considera que tal situación debería de ser considerada como una tentativa del tipo por no concurrir el acceso completo o la penetración plena⁸⁸.

Además, en el tipo se ampara una segunda modalidad consistente en la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal. En el tipo quedan incluidos tanto los supuestos en los que el autor introduce por sí mismo el objeto o miembro en la cavidad de la víctima, como aquellos en los que se compele al sujeto a que los introduzca él mismo⁸⁹. No cabe, por tanto, duda alguna acerca del sexo del sujeto activo, el cual puede ser tanto hombre como mujer.

Tal y como afirma BOLDOVA PASAMAR, debe entenderse por miembro corporal «*una parte del cuerpo humano diferenciada y delimitada del tronco*», como son los dedos o la lengua. Mientras que por objeto debe entenderse «*cualquier elemento material natural o artificial de cierta entidad que pueda parecer como sustitutivo del órgano genital masculino o de un miembro corporal*»⁹⁰. Objetos como palos, botellas, un vibrador, entre otros⁹¹.

Concretamente, en lo relativo a la introducción de miembros corporales, cabe apuntar que no basta con que el comportamiento consista en tocamientos superficiales, sino que se requiere cierta penetración en la cavidad vaginal⁹².

⁸⁵ Sentencia 441/2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 2005.

⁸⁶ Se entiende el coito vestibular como la penetración vaginal por el miembro viril sin traspasar su zona vestibular, es decir, sin traspasar el inicio distal de la vulva.

⁸⁷ Sentencia 468/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de enero de 2018 y sentencia 319/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 de enero de 2021.

⁸⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 204.

⁸⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.ª Delitos Sexuales», *cit.*, p. 261.

⁹⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 205.

⁹¹ MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.ª Delitos Sexuales», *cit.*, p. 262.

⁹² Sentencia 454/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de mayo de 2021 citada en RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra ...», *cit.*, p. 137

Por último, la consumación del tipo no exige resultado alguno en el sentido de que no se requiere eyaculación. De hecho, como hemos visto, ni siquiera la penetración ha de ser plena, salvo en la segunda conducta típica ⁹³.

4. Circunstancias agravantes: tipos agravados (artículo 183.4 y 183.5 CP)

El legislador ha querido tipificar en el artículo 183.4 y 183.5 ciertas circunstancias que comportan que las conductas de abuso y agresión sexual de menores de dieciséis años se castiguen con pena mayor. En el presente epígrafe expondré las cuestiones que he considerado más relevantes de tales agravantes.

En primer lugar, el artículo 183.4 CP tipifica cinco circunstancias agravantes que suponen que las conductas descritas con anterioridad se sancionen con una pena en su mitad superior respecto a la prevista para el tipo básico de abuso y agresión sexual.

Artículo 183.4 CP: *4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

En la letra a) del artículo 183.4 CP se tipifica una circunstancia agravante cuyo fundamento es la condición del sujeto pasivo, quien debe encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad que puede ser ocasionada por diversas coyunturas⁹⁴, ya sea debido a su desarrollo mental o biológico o por padecer un trastorno mental. No obstante, tales situaciones deben conllevar una situación de total indefensión ⁹⁵.

En este sentido, tal agravante encuentra su análoga en el artículo 180.1. 3º del CP⁹⁶. Sin embargo, en el precepto que nos acontece, el legislador ha adicionado una

⁹³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 205.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 240.

⁹⁵ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 312.

⁹⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 213.

presunción *iuris et de iure* respecto de los menores de cuatro años, presunción que conforme a RAMOS VÁZQUEZ⁹⁷ es acertada.

Respecto a la vulnerabilidad por padecer un trastorno mental cabe apuntar que no basta con padecer el trastorno, sino que es requisito esencial que este genere una situación de total indefensión que debe ser probada. De hecho, RAMOS VÁZQUEZ considera que la indefensión tiene que ser de tal envergadura que coloque a la víctima en una situación comparable con la de un menor de cuatro años⁹⁸.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

En segundo lugar, el precepto tipifica como agravante la comisión de los hechos por medio de la actuación conjunta de dos o más personas. Situación similar viene tipificada en el precepto 180.1.2º CP.

La mayor pena prevista para tal circunstancia tiene su base en la mayor indefensión del sujeto pasivo debido a que la facilidad comisiva del delito aumenta por la participación de dos o más sujetos. No es necesario que todos los sujetos intervinientes ejecuten los actos sexuales, sino que basta con su implicación en la conducta en sí; por ejemplo, siendo responsables directo de la violencia ejercida al inmovilizar a la víctima mientras otro sujeto la penetra carnalmente⁹⁹.

No obstante, la aplicación de esta agravante puede suponer ciertos problemas. Cuando concurra tal circunstancia será necesario determinar si la condición de la intervención es en calidad de coautoría o, por el contrario, de cooperación necesaria; pudiendo originar una vulneración del principio *ne bis in idem*¹⁰⁰. El TS se ha pronunciado en múltiples ocasiones afirmando que esta agravante solo puede aplicarse cuando concurra la figura de la coautoría. En consecuencia, no cabe su aplicación cuando los sujetos pasivos actúen en calidad de cooperadores necesarios, puesto que tal figura ya

⁹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 140.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 287 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 240.

¹⁰⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 141.

exige la multiplicidad de sujetos, vulnerando el citado principio al volver a ser valorada en la aplicación de la agravante.

Por último, apuntar que no cabe la aplicación cumulativa de esta agravante y la genérica prevista en el precepto 22.2 CP relativa al abuso de superioridad¹⁰¹.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta agravante tiene su fundamento en la forma de comisión del comportamiento típico¹⁰², en cuanto a que la violencia o intimidación deben tener un carácter particularmente degradante o vejatorio. En consecuencia, solo cabe su aplicación, de igual forma que su análoga prevista en el artículo 180.1.1º CP, para el tipo de la agresión sexual, puesto que recordemos que en la modalidad de abuso sexual no concurre violencia ni intimidación.

El carácter degradante o vejatorio debe ser característico de la violencia o la intimidación, no del acto sexual en sí mismo¹⁰³. Además, debe ser necesaria la constatación de un añadido a la antijuricidad de la conducta que sobrepase objetivamente del desvalor de lo injusto que ya acarrera por sí mismo el comportamiento típico constitutivo de agresión sexual¹⁰⁴. En consecuencia, se precisa de un grado extra de humillación o vejación, como sucede en la STS del 28 de abril de 2021¹⁰⁵ en la que el sujeto activo golpeó a la víctima con un cable HDMI a modo de látigo, la quemó con cigarrillos para que esta mantuviera relaciones sexuales con el perro de la pareja y posteriormente le orinó encima y le obligó a que bebiera la orina, además de penetrarla con un palo de escoba, entre otros actos violentos.

¹⁰¹ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 287.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 240.

¹⁰³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 141.

¹⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 287.

¹⁰⁵ Sentencia 351/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 abril de 2021.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

La agravante prevista en la letra d) del precepto tiene su fundamento en la condición del autor¹⁰⁶ en tanto que este se ha servido de una situación de superioridad o parentesco, así como una situación de convivencia. Su análoga se encuentra tipificada en el artículo 180.1.4º CP. El fundamento de la misma es la mayor facilidad comisiva del tipo, dado que las oportunidades de defensa de la víctima se ven reducidas ya sea por la situación de superioridad o parentesco que ostenta el autor¹⁰⁷.

RAMOS VÁZQUEZ critica el precepto afirmando que hubiera sido más apropiado adicionar al precepto otra circunstancia relativa a convivientes de la víctima. De esta forma se ampararía igualmente las conductas sexuales llevadas a cabo por personas cercanas que no son familiares estrictos de la víctima, como parejas de los progenitores¹⁰⁸. No obstante, bajo mi parecer, tales situaciones parecen estar ya comprendidas por el legislador en el tipo cuando dispone el concepto «afines».

Para que se aprecie la agravante es necesario que el sujeto activo se aproveche de la situación para llevar a cabo los actos de carácter sexual ocasionando una merma en la capacidad de defensa; no basta con que concurra la condición de parentesco¹⁰⁹. En consecuencia, la aplicabilidad de esta agravante debe estudiarse detenidamente, puesto que no basta con la superioridad propia de la condición de menor de dieciséis años de la víctima. Escenario análogo se da en el caso de la relación de parentesco, pues el autor afirma, correctamente bajo mi parecer, que el sujeto activo no puede desprenderse de su condición de familiar de la víctima¹¹⁰.

Parece tratarse de una circunstancia agravante cuya aplicabilidad parece discutible en el caso de las agresiones sexuales debido a que el medio comisivo de la violencia o

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 240.

¹⁰⁷ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 290.

¹⁰⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 143.

¹⁰⁹ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 290.

¹¹⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 142.

intimidación suponen conceptos inconciliables con el tipo que nos acontece¹¹¹. Misma opinión comparte RAMOS VÁZQUEZ, quien considera que en caso de que concurra la circunstancia de violencia o intimidación, esta desplaza a la relación de superioridad o parentesco¹¹².

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

La redacción de esta agravante se debe a la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015 que amplió el tipo incluyendo la imprudencia grave, así como la puesta en peligro de la salud de la víctima. Se trata de una agravante basada en a la forma de comisión del hecho, por haber puesto en peligro la vida o salud del sujeto pasivo. Su análogo viene amparado por el precepto 180.1.5° CP.

El peligro al que se somete a la víctima debe ser concreto. En consecuencia, no es suficiente para que se dé la aplicabilidad del precepto con el peligro abstracto del uso de ciertos instrumentos que sean objetivamente peligrosos¹¹³. No obstante, no es necesario el uso de estos instrumentos -armas o medios peligrosos- para la que se dé la situación del peligro concreto¹¹⁴.

La inclusión que se produjo con la reforma de 2015 permite economizar tiempo a la hora de que no se requiere probar que el dolo del autor ampara la puesta en peligro de la vida o salud de la víctima¹¹⁵. En consecuencia, ahora es posible incluir en el tipo los habituales supuestos en los que acontece imprudencia respecto a la producción de esos resultados¹¹⁶.

Para RAMOS VÁZQUEZ, se trata de una circunstancia que es aplicable a comportamientos típicos de agresión y abuso sexual, a pesar de que considera coherente que se aumentan las posibilidades de que concurra esta circunstancia en las agresiones

¹¹¹ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 290.

¹¹² RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 142.

¹¹³ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 313.

¹¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 214.

¹¹⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.*, p. 143.

¹¹⁶ GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ... cit.*, p. 313.

sexuales, puesto que estas incluyen la violencia como medio comisivo¹¹⁷. No obstante, MUÑOZ CONDE considera que tal agravante solo es aplicable a la agresión sexual¹¹⁸.

Por último, si la acción conlleva un resultado de afección a la salud o vida del menor, habrá de calificarse como un concurso real entre la muerte o lesión y un delito contra la indemnidad sexual, puesto que el desvalor de la circunstancia agravante queda absorbido por el resultado que se ha materializado¹¹⁹.

f) 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.

El propio CP establece el concepto tanto de organización como de grupo criminal en el artículo 570.1 bis párrafo 2¹²⁰ y artículo 570.1 párrafo 2 el CP¹²¹. Debe tratarse, por tanto, de agrupaciones que cumplan las características descritas en los preceptos y cuya finalidad delictiva esté relacionada con el contexto sexual de menores de dieciséis años.

En consecuencia, aunque se lleve a cabo un delito sexual contra la indemnidad de un menor de dieciséis años en el seno de una agrupación criminal, si esta agrupación presenta objetivos delictivos distintos como podría ser el tráfico de drogas, no cabe la aplicación de esta agravante¹²².

La doctrina parece dividida acerca de si de la redacción del precepto se desprende como requisito de aplicabilidad la pertenencia a la organización o, por el contrario, es suficiente con que el autor de los hechos se haya prevalido de la agrupación criminal. RAMOS VÁZQUEZ considera que parece más idóneo interpretar el precepto de tal forma

¹¹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 143

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit., p. 241.

¹¹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 143 y GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ...* cit., p. 313.

¹²⁰ *Agrupación formada por más de dos personas con carácter establece o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

¹²¹ *Unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.*

¹²² GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de ...* cit., p. 313.

que se requiera tal pertenencia como fundamento al mayor castigo que esta implica¹²³, opinión contraria a la de MONGE FERNÁNDEZ¹²⁴.

Artículo 183.5 CP: *En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

Para terminar, en el artículo 183.5 CP se tipifica los comportamientos que he venido analizando hasta ahora que amparan todos los apartados del precepto 183 CP cuando son cometidos por un sujeto activo que se prevalece de su condición de autoridad o funcionario público. En tal caso, se acumula a la pena de prisión correspondiente la inhabilitación absoluta entre 6 y 12 años.

V. EL CONSENTIMIENTO DEL MENOR DE DIECISÉIS AÑOS: LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA

Una vez analizados los tipos penales relativos al abuso y a la agresión sexual a menores de dieciséis años, así como sus circunstancias agravantes, es preciso estudiar la cláusula contenida en el artículo 183 quater CP, dada su íntima vinculación con los mismos. Tal y como reflejaré en las páginas siguientes, cabe la exclusión de la responsabilidad del sujeto que ejecute las conductas sexuales típicas de los delitos ya estudiados, cuando medie el consentimiento libre del menor y exista proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Ahora bien, antes de entrar en el estudio del contenido de la cláusula, es preciso esclarecer el punto de partida de la misma, el consentimiento sexual otorgado por el menor.

1. Aproximación al concepto de consentimiento sexual

De conformidad con lo dispuesto en el desarrollo del presente trabajo, la edad a partir de la cual el consentimiento sexual otorgado por un sujeto es considerado válido no ha sido una cuestión inmutable en el tiempo. La tendencia de estas variaciones ha sido al

¹²³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura..., cit.* p. 144.

¹²⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales..., cit., p. 267.

alza, situando la edad de consentimiento actual en los dieciséis años¹²⁵. De este modo, la delimitación de la edad que otorga capacidad para consentir una relación sexual varía en función del contexto social, particularmente, conforme sus circunstancias culturales, temporales y geográficas¹²⁶.

El aumento de la edad de consentimiento sexual, tal y como se desprende de la Circular 1/2017 de la FGE, fue motivado por las distintas recomendaciones provenientes del ámbito internacional, en concreto, del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, dado que la edad de consentimiento sexual en España, fijada entonces en los trece, era la más baja en el marco europeo¹²⁷. Debido a ello, y mediante la transposición de la Directiva 2011/93/UE, se procede, en 2015¹²⁸, a aumentar la edad de consentimiento a los actuales dieciséis años. Esta medida se tomó con el objetivo de armonizar las edades de consentimiento sexual en el ámbito europeo, las cuales oscilan entre los catorce y los dieciséis años.

Pero, ¿en qué consiste la edad de consentimiento sexual? Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE, la edad de consentimiento sexual es «la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor»¹²⁹. En consecuencia, todo acto de carácter sexual en el que se vea involucrado un sujeto de edad inferior a la establecida por el legislador nacional como edad de consentimiento sexual, debe ser penado y, consecuentemente, sancionado.

Como he argumentado en las páginas iniciales, el menor es el titular del bien jurídico de la indemnidad sexual. De acuerdo con la definición otorgada por la Directiva, este bien jurídico es indisponible por su titular cuando este sea menor de dieciséis años¹³⁰.

¹²⁵ La edad de consentimiento en España ha pasado por varias etapas. Inicialmente fue fijada en doce años hasta 1999, cuando fue elevada a trece. No fue hasta la reforma operada en 2015, cuando finalmente se estableció en los dieciséis años.

¹²⁶ ABADÍAS SELMA, A., *Derecho Penal Parte Especial. Temas prácticos para su estudio*, 2ª edc., Colex, A Coruña, 2022, p. 176.

¹²⁷ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

¹²⁸ Esta notable modificación, como ya he reseñado, se dio a través de la reforma del CP a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹²⁹ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

¹³⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 202

En consonancia con ello, el TS, en su sentencia 411/2006 del 18 de abril de 2006¹³¹, confirma la ausencia de capacidad del menor de dieciséis años para autodeterminarse en el ámbito de la libertad sexual. Por consiguiente, se niega toda facultad del menor para decidir en su dimensión sexual, resultando irrelevante «no solo tal consentimiento de la menor en mantener relaciones sexuales sino incluso que fuese ella quien llevase la iniciativa».

Sin embargo, este pronunciamiento judicial es previo a la reforma producida en el año 2015 en la que se incluye la cláusula del artículo 183 quater CP y se eleva la edad de consentimiento sexual. Hasta este momento legislativo, en el que la edad de consentimiento sexual eran los trece años, toda conducta de carácter sexual comprendida en los tipos penales analizados que involucrara a un menor de dicha edad era constitutiva de ilícito penal, al establecerse una *presunción iuris et de iure* de la irrelevancia del consentimiento sexual por debajo de la citada edad a efectos penales¹³².

Esta situación fue altamente criticada por la doctrina, puesto que cada vez es más frecuente que los jóvenes se adentren antes en la esfera sexual. Es presumible, por tanto, que de tal escenario se desprendan dos consecuencias relevantes, el potencial aumento del número de víctimas menores de delitos sexuales, así como el aumento de su condición de autores, en relación a los mismos tipos delictivos, una vez alcanzada la edad citada¹³³.

El legislador, con el propósito de mitigar esta coyuntura que se vería agravada con la elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años, opta por la inclusión de un nuevo precepto, el artículo 183 quater CP. Conforme a ello, es posible considerar válido el consentimiento sexual otorgado por un menor de dieciséis años, excluyendo la responsabilidad penal del sujeto que intervenga en un contexto sexual con aquel, siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en el precepto. La incapacidad del menor de dieciséis años como presupuesto general debe interpretarse, por tanto, como una *presunción iuris tantum*, puesto que cabe prueba de la validez del

¹³¹ Sentencia 411/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de abril de 2006.

¹³² MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales...», *cit.*, p. 129 y BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 18.

¹³³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 26, 2021, p. 8.

consentimiento prestado bajo ciertas circunstancias¹³⁴. Al conceder esta autodeterminación condicionada del menor, se desvanece, en cierto modo, la idea de incapacidad de los menores de dieciséis años por la que se protege su indemnidad sexual y carecen de libertad sexual¹³⁵.

Una vez delimitadas las particularidades más relevantes que gravitan entorno al consentimiento sexual otorgado por el menor, procederé a ahondar en el contenido de la cláusula de exclusión de la responsabilidad penal, así como en sus características.

2. Análisis del artículo 183 quater CP: la cláusula Romeo y Julieta

El actual artículo 183 quater CP presenta la siguiente redacción: *El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.*

Esta cláusula, como vengo sosteniendo a lo largo del presente trabajo, fue introducida por el legislador en el CP a través de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, concretamente, mediante su artículo único.100. El precepto fue recientemente modificado a través de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, reforma que incluyó de forma expresa la excepción de su aplicación respecto del artículo 183.2 CP, así como adicionó el grado de madurez física y psicológica como elementos de exclusión de la responsabilidad penal. Cabe apuntar que esta última reforma no supuso un incremento de los requisitos fijados inicialmente, sino una concreción de los mismos.

Dicha exclusión es comúnmente denominada en el ámbito del Derecho comparado como «cláusula Romeo y Julieta» debido a la reputada obra de Shakespeare que gira en torno al amor de dos adolescentes¹³⁶. No obstante, la cláusula solo comparte con la obra

¹³⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 18 y GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento*, 1ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 121.

¹³⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 219.

¹³⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal). Cinco años después: Perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021, pp. 308 y 309 y ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater», *Ponencia Fiscal de la Fiscalía Provincial de Granada*, 2016, p. 8 y 9.

del dramaturgo la denominación y la temprana edad de los protagonistas, puesto que la exclusión de la responsabilidad amparada en el precepto penal depende únicamente de la concurrencia de distintas condiciones: el consentimiento libremente prestado por el menor de dieciséis años y la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica entre el menor y el sujeto que interviene en los actos de carácter sexual.

La consideración de estos requisitos supone un gran esfuerzo interpretativo por parte del juzgador, dado que son conceptos ambiguos e indeterminados que el legislador no ha concretado, promoviendo un escenario de inseguridad jurídica al que la cláusula va aparejada. Esta situación, puede conllevar, además, que el juez se guíe más por prejuicios morales o culturales en lugar de por hechos objetivos¹³⁷. De ahí que sea necesaria una concreción de los mismos, que reflejaré en las páginas siguientes sirviéndome de publicaciones doctrinales, así como de pronunciamientos jurisprudenciales.

2.1. Justificación del precepto

El motivo principal de la inclusión por parte del legislador del precepto es la adopción de la medida político-criminal de aumentar la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, dado que no se correspondía en absoluto con la realidad social del momento. Los menores o adolescentes se inician en sus experiencias sexuales cada vez con mayor prontitud, tal y como he mencionado con anterioridad. Esta predisposición social, vinculada al aumento de la edad de consentimiento, genera una criminalización *ex lege* de las relaciones sexuales mantenidas con menores de dieciséis años al establecer una prohibición general de todo contacto sexual para cualquier menor de esta edad¹³⁸.

Al haberse limitado el consentimiento sexual de forma absoluta a todos los menores de dieciséis años, edad superior a la que se adquiere la madurez sexual, se está restringiendo a mantener contacto sexual entre sujetos de características afines. Así, la FGE afirma que «el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir

Disponible en <https://docplayer.es/61539916-Los-delitos-sexuales-a-menores-articulo-y-3-examen-del-articulo-183-quarter.html>. [30/05/2022].

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal... cit.*, p. 239.

¹³⁸ GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17: Agresión...», *cit.*, p. 1178.

libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual»¹³⁹.

Por consiguiente, atendiendo al tenor de las palabras enunciadas por la FGE, parece razonable pensar que en el supuesto de dos sujetos que mantienen relaciones sexuales, siendo estos de edad y equilibrio madurativo similar, sí sea posible la consideración del consentimiento libre del menor. Por ende, de observarse este consentimiento libremente emitido al concurrir las circunstancias descritas, dentro del marco de una actividad sexual compartida, la conducta no sería subsumible en el ámbito de lo injusto de los delitos sexuales tipificados por el legislador.

Sustentado en esta línea argumentativa, el legislador consideró imperioso incluir la cláusula objeto de análisis en el presente epígrafe, que, de igual forma, bajo la opinión doctrinal, resultaba completamente necesaria para evitar criminalizaciones indeseadas. De esta forma se estructura un engranaje legislativo que permite la punición de las conductas constitutivas de ilícito penal, pero adaptado a las necesidades sociales del momento. Así, a pesar del aumento de la edad de consentimiento sexual, se permite el contacto sexual con menores de dieciséis años, siempre y cuando no medien circunstancias que vicien el consentimiento¹⁴⁰, y concurren las condiciones requeridas por el precepto. Consecuentemente, mediante la inclusión de la cláusula Romeo y Julieta, se evitaría la incoherente situación de la reciprocidad delictiva cuando dos jóvenes de quince años inmiscuidos en un noviazgo decidan mantener relaciones sexuales¹⁴¹.

En definitiva, el legislador, con la inclusión de la cláusula, pretende mitigar los efectos nocivos que lleva aparejada la prohibición absoluta de contacto sexual de los menores de dieciséis años¹⁴². Para ello, se ha fundamentado en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/93/UE¹⁴³ relativo a los actos de carácter sexual consentidos, en el que se dice que serán los Estados Miembros quienes decidan si es posible atender al

¹³⁹ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

¹⁴⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores...», *cit.*, p. 10.

¹⁴¹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 183.

¹⁴² GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17: Agresión...», *cit.*, p. 1178.

¹⁴³ *Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos.*

consentimiento del menor en situaciones de proximidad de edad, grado de desarrollo o madurez física y psicológica con el interviniente en el acto sexual.

2.2. Naturaleza jurídica de la cláusula

Uno de los primeros interrogantes que surgen de la lectura del precepto es su naturaleza jurídica. Se trata de una cuestión que no es pacífica; de hecho, hoy día no existe opinión doctrinal unánime a este respecto.

La posición doctrinal mayoritaria, siendo casi plenamente coincidente, tiende a considerarla como una causa de atipicidad de la conducta¹⁴⁴. Ello debido a que el precepto basa la exclusión de la responsabilidad penal en el consentimiento libre del menor. En consecuencia, al tener su base en el consentimiento válido otorgado por este, no concurre el elemento objetivo del tipo, dando lugar a una conducta atípica.

Cuando el consentimiento emitido por el menor de forma libre se produce bajo las circunstancias legalmente establecidas -proximidad cronológica y madurativa-, lo que realmente queda excluido es el abuso sexual en sí mismo y, en consecuencia, la propia tipicidad de la conducta. Por ende, no hay puesta en peligro ni vulneración del bien jurídico protegido, sino más bien el ejercicio libre de la libertad sexual del menor de dieciséis años¹⁴⁵.

En atención a ello, como afirma BOLDOVA PASAMAR, quedaría excluida la posibilidad de entender la cláusula como una excusa absolutoria, puesto que en tal caso habría que contemplar las relaciones sexuales entre menores como conductas típicas, antijurídicas y culpables, aunque no punibles. Parece que el objetivo del legislador no era criminalizar estos comportamientos, que, a pesar de no ser sancionados, sí quedarían prohibidos al optar por tal naturaleza jurídica¹⁴⁶. De ser considerada la cláusula una excusa absolutoria, su aplicación no sería procedente para eximir de responsabilidad penal a posibles partícipes del hecho. A pesar de ello, algunos autores sí se decantan por

¹⁴⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 312, BOLDOVA PASAMAR, M. L., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 29. y GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Cuadernos penales José María Lidón*, nº. 12, 2016, p. 21.

¹⁴⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, *cit.*, p. 191

¹⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 30.

esta opción¹⁴⁷. A modo de ejemplo, si un sujeto, que podría ser menor de edad, induce a un menor de dieciséis años a mantener relaciones sexuales con otro menor, podría ser castigado este primero como inductor de un delito tipificado en el artículo 183 CP. En contra, la responsabilidad del menor que ejecutara materialmente los actos de carácter sexual quedaría excluida por la aplicación de la cláusula Romeo y Julieta al darse por concurridos los elementos de la misma.

Tampoco puede ser entendida como una causa de justificación. No puede excluir solamente la antijuricidad del abuso, tal y como sostiene BOLDOVA PASAMAR, puesto que de ser así habría que afirmar que prevalece la libertad sexual sobre la vulneración de la indemnidad sexual por tratarse de un interés superior. Y, por el contrario, la cláusula se aplica porque se ha rechazado la vulneración de este bien jurídico conforme al fundamento de la misma¹⁴⁸. No obstante, algunos autores como Tamarit Sumalla y Escobar Jiménez se han decantado por esta naturaleza jurídica¹⁴⁹.

2.3. Delitos a los que se aplica

La cláusula Romeo y Julieta es de aplicación a los delitos contenidos en el Capítulo II bis del CP -delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años-, con la excepción de las agresiones sexuales tipificadas en el artículo 183.2 CP¹⁵⁰, conforme se desprende de la redacción del artículo. El fundamento de esta restricción expresa radica en el elemento típico de violencia o intimidación propio de los delitos de agresión sexual.

Como bien he señalado, la cláusula de exclusión de la responsabilidad parte, en primer lugar, de la concurrencia del consentimiento prestado de forma libre por el menor. En consecuencia, no cabe su aplicación en supuestos en los que converjan circunstancias que repercutan en el mismo¹⁵¹. Es por ello que el legislador ha excluido explícitamente las agresiones sexuales de la aplicación de la cláusula, puesto que el comportamiento

¹⁴⁷ En este sentido cita RAMOS VÁZQUEZ a MAÑAS DE ORDUÑA y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 313.

¹⁴⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 30.

¹⁴⁹ En este sentido cita RAMOS VÁZQUEZ a TAMARIT SUMALLA, QUINTERO OLIVARES y ESCOBAR JIMÉNEZ en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 313.

¹⁵⁰ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 217.

¹⁵¹ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 30.

típico de estas requiere violencia o intimidación, elementos que claramente vician el consentimiento¹⁵².

Otros preceptos, contenidos en el mismo Capítulo, no excluidos de forma expresa por el legislador deben ser, de igual modo, restringidos de su aplicación en virtud de este mismo fundamento. Así, no cabe la consideración de la cláusula en conductas propias del artículo 183 bis CP, puesto que el tipo requiere que se determine al menor a la realización del acto sexual. Menos aún, el artículo 183 ter apartado primero CP, dada la agravación por engaño, intimidación o coacción, así como en su apartado segundo puesto que se requiere el embaucamiento. En definitiva, parece que el ámbito de aplicación de esta queda limitado a los abusos sexuales, tanto a su tipo básico como cualificado, y a ciertos supuestos de *grooming*¹⁵³.

Parte de la doctrina ha criticado, en reiteradas ocasiones, la limitación que comporta su aplicación en cuanto a delitos de menor gravedad como aquellos comprendidos en Capítulos siguiente del CP, esto es, el exhibicionismo, facilitación de pornografía a menores o posesión de pornografía infantil. En este sentido, se critica la falta de congruencia en, por ejemplo, la consideración de la cláusula para excluir la responsabilidad del sujeto que lleve a cabo materialmente los actos sexuales libremente consentidos, y no su aplicación a la grabación consentida de esta o su posesión¹⁵⁴.

2.4. Requisitos exigibles para la aplicación de la cláusula

Una vez establecidos los parámetros generales del precepto, es necesario detenerse a examinar los requisitos que deben ser valorados por parte del juez para que el precepto sea aplicable.

El sistema del que se sirve el legislador contemplado en el artículo 183 quater CP es mixto, concretamente cronológico-biopsicológico, puesto que se requiere de la concurrencia de ambos requisitos cumulativamente para que pueda apreciarse la exclusión de la responsabilidad. Se entiende que deben ser condiciones cumulativas dado que el legislador las ha enlazado mediante el nexo copulativo «y». Por tanto, deben

¹⁵² GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, cit., pp. 123 y 124.

¹⁵³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit., p. 186 y GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, cit., pp. 125 y 126.

¹⁵⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura...*, cit. p. 186 y 187 y BOLDOVA PASAMAR, M.L., «La relatividad legal...», cit., p. 31.

analizarse como criterios autónomos; por un lado, la edad cronológica de los sujetos intervinientes en el acto sexual, y, por otro, el grado de desarrollo o madurez físico y psicológico¹⁵⁵. Así, no es suficiente para su aplicación la ausencia de asimetría de edad; sino que es necesario, igualmente, la proximidad en grado de desarrollo o madurez física y psicológica¹⁵⁶.

Tal y como afirma BOLDOVA PASAMAR, además de la concurrencia cumulativa de los mismos, habrá que atenderse a estos condicionantes desde una perspectiva negativa, es decir, se valorará que no existan desequilibrios en los requisitos de aplicación, y no tanto la concurrencia simétrica de los mismos¹⁵⁷.

Conforme a todo lo dispuesto, cuando exista asimetría de edad entre los sujetos, parece no ser necesario analizar el segundo de ellos, puesto que ya procedería la inaplicación de la cláusula. Cuestión distinta sería el supuesto en el que no concurre asimetría cronológica o en el que esta se da, pero no de forma considerable, en cuyo caso sí debería de ponderarse el grado de desarrollo o madurez física o psicológica en el supuesto en concreto¹⁵⁸.

Recordemos que, de forma conjunta a estos requisitos, deben atenderse como punto de partida de la aplicabilidad de la cláusula el consentimiento libremente otorgado por el menor de dieciséis años. De no existir este o estar viciado, no cabe, bajo ningún concepto, valoración alguna. A este respecto, se entiende que el consentimiento es válido cuando el menor comprende el significado de la acción de contenido sexual y, conforme a ello, muestra su voluntad de ejecutarla¹⁵⁹. No obstante, no siempre que concurra el consentimiento será válido, puesto que para que este sea libre y eficaz, deben darse los requisitos objeto de análisis en el presente epígrafe.

En definitiva, las condiciones que deben confluir para excluir la responsabilidad penal del sujeto, de acuerdo con el contenido del artículo 183 quater CP, son el

¹⁵⁵ GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, cit., p. 137 y 138 y ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores...», cit., pp. 11 y 12.

¹⁵⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», cit., p. 21.

¹⁵⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», cit., p. 218.

¹⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», cit., p. 20.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, cit., p. 122.

consentimiento libre del menor de dieciséis años, la edad próxima del autor al menor, así como un grado de desarrollo y madurez similar entre ambos sujetos.

El cimiento del precepto que limita el efecto del consentimiento del menor es la «proximidad» en la edad y grado de desarrollo o madurez. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que implica cierta discrecionalidad, puesto que serán los jueces quienes decidirán bajo qué supuestos y condiciones concurre esta proximidad¹⁶⁰, dando lugar a posibles pronunciamientos de características dispares¹⁶¹.

Una vez delimitado el ámbito general del precepto, corresponde entrar a analizar con especial atención los dos requisitos de aplicabilidad de la cláusula, con el propósito de esclarecer aquellos interrogantes que surgen entorno a los mismos dada su condición de conceptos indeterminados.

2.4.1. Proximidad en edad

El primer requisito de aplicabilidad de la cláusula es la proximidad de edad entre los sujetos intervinientes en el acto de carácter sexual. Como ya he adelantado, se trata de una condición indeterminada que requiere de su concreción, puesto que el legislador se ha inclinado, como veremos, por dejar abierto este requisito sin establecer límite de edad alguno, a diferencia de lo que ocurre en ciertos escenarios jurídicos del derecho comparado¹⁶².

Debe entenderse por edad a la edad cronológica, puesto que este criterio es el usado por el legislador para tipificar los delitos sexuales. Por ende, cuando se dé asimetría cronológica entre ambos, estaríamos ante un delito de abuso sexual que deberá ser castigado conforme al tipo concurrente.

En cuanto a la ausencia de límites respecto a la edad, cabe hacer ciertas precisiones. En primer lugar, en lo que concierna al sujeto activo, dado que nada se determina en cuanto su edad, se ha asumido por parte de la doctrina que la cláusula puede ser aplicable tanto cuando este es mayor de edad, como en los supuestos en los que no lo

¹⁶⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores...», *cit.*, pp. 11 y 12.

¹⁶¹ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

¹⁶² Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

es¹⁶³. Siendo posible la exclusión de responsabilidad penal cuando el sujeto sea mayor de dieciocho años como si es de menor edad. Además, parece evidente entender que, de querer el legislador que la concurrencia del requisito estuviera sometida a la minoría de edad del autor, lo hubiera previsto expresamente.

En segundo lugar, la cuestión del límite de edad de la víctima es mucho más controvertida. Así, se discute si existe límite inferior de edad de la víctima como condición de concurrencia del requisito o, si, por el contrario, puede aplicarse con total independencia de esta. Prosiguiendo con idéntico fundamento que el adoptado en la cuestión anterior, parece lógico pensar que no existe límite mínimo respecto de la edad de la víctima. No obstante, hay autores, como GARCÍA ÁLVAREZ, que consideran que el legislador sí debería de haberlo fijado con la finalidad de obstaculizar el consentimiento prestado por menores de muy corta edad¹⁶⁴. De lo que no cabe duda es de su límite máximo, puesto que debe tratarse, coherentemente con la tipificación de los delitos de abuso y agresión infantil, de un menor de dieciséis años.

De igual forma, tampoco se ha establecido un límite de asimetría de edad entre sujeto activo y pasivo. A pesar de la falta de seguridad jurídica que otorga esta situación, esta ha sido apreciada de forma ventajosa por parte de la doctrina, habida cuenta de que así se está dotando de un mayor margen de discrecionalidad y valoración al juzgador, permitiendo una mayor adecuación de la cláusula a los supuestos concretos.

En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ ha apostado por una postura intermedia consistente en otorgar cierto margen de valoración al juez respecto al grado de desarrollo o madurez física o psicológica de los sujetos, pero ello combinado con un límite fijo respecto a la diferencia de edad entre sujetos, como podrían ser los cinco años¹⁶⁵. Opinión similar parece sustentar la Fiscalía al afirmar que «cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez»¹⁶⁶.

Al no prever el legislador límite alguno respecto de la edad cronológica y limitarse, únicamente, a establecer una cláusula de características tan general, se está

¹⁶³ ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores...», *cit.*, p. 11 y RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 318.

¹⁶⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La nueva regulación de los delitos ...», *cit.*, p. 283.

¹⁶⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 323

¹⁶⁶ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

causando la equiparación de sujetos de atributos dispares, como un bebé, un niño y un adolescente¹⁶⁷. Además, individuos de edades biológicas similares pueden presentar altas diferencias en su grado de desarrollo personal y/o madurez. Por consiguiente, la edad no debe ser contemplada como un criterio directo de comparación, puesto que no obedece a pautas objetivas coincidentes de forma simétrica en todos los individuos¹⁶⁸.

Con el propósito de reducir la inseguridad jurídica que propicia este requisito, la Fiscalía en su Circular 1/2017 ha perfilado un esquema que comprende las edades de los jóvenes, a pesar de reconocer que es una tarea un tanto arbitraria¹⁶⁹.

La jurisprudencia se ha decantado por una interpretación amplia de la exención del artículo 183 quater CP, dando lugar a pronunciamientos desiguales dada la indeterminación que esta conlleva. A pesar de ello, parece no haber debate en lo que respecta a la aplicación cuando la edad entre víctima y victimario oscila entre uno y cinco años, puesto que la mayoría jurisprudencial considera procedente la aplicación de la cláusula¹⁷⁰.

Escenario antagónico se da cuando la diferencia de edad entre sujetos supera los seis años, puesto que la jurisprudencia se encuentra más dividida. No obstante, la mayoría de sentencias han optado por considerar la no aplicación del artículo 183 quater al considerar asimetría de edad, en particular respecto de víctimas menores de doce años, al

¹⁶⁷ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 9.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes* ..., *cit.*, p. 133.

¹⁶⁹ «Impúberes. En ellos aún no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual. [...] Se trata propiamente de niños y no de adolescentes y respecto de ellos su protección debe ser absoluta. [...].

El segundo nivel de protección abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, siempre que dicho proceso fisiológico haya comenzado antes de dicha edad. En esta franja, la protección del menor es intensa por encontrarse en la primera fase de la adolescencia [...]

14 y 15 años, ambos inclusive. La protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez). Excepcionalmente podrían comprenderse los jóvenes de hasta 24 años inclusive, atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual. Esta pauta debe entenderse de carácter orientador».

¹⁷⁰ RAMOS VÁZQUEZ cita las siguientes sentencias: sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de marzo de 2019 (diferencia de 4 años), sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de junio de 2019 (diferencia de 5 años) y sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 3 de abril de 2019 (diferencia de 6 años), en RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 334

entender que a edades tan tempranas la asimetría de edad supone un grado desigual infranqueable de desarrollo y madurez¹⁷¹.

Conforme la edad del menor aumenta, la jurisprudencia relativiza el criterio de asimetría de edad, llegando a considerar la aplicabilidad de la cláusula, incluso, con una diferencia de edad entre sujetos de diez años. Su fundamento reside en que cuanto mayor cercanía de la edad del menor a los dieciséis años, su desarrollo madurativo y social parece estar más próximo al del autor, al menos en el ámbito sexual¹⁷².

En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, a partir de un estudio jurisprudencial, ha concluido que el criterio seguido por la jurisprudencia puede dividirse en tres tramos que ha delimitado. El primero de ellos, cuando exista una diferencia de edad entre los sujetos de hasta los seis años inclusive. En tales supuestos, el criterio de la jurisprudencia es tendente a considerar la concurrencia de proximidad, aunque con alguna contada excepción. En segundo lugar, establece un tramo de diferencia de edad comprendido entre los seis y nueve años, para el que es mayoritaria la jurisprudencia que no considera la concurrencia de proximidad de edad, aunque de igual forma, hay excepciones. Y, por último, una diferencia de edad que supere los diez años no cabría, bajo ningún concepto, la aplicación del precepto¹⁷³.

En síntesis, parece razonable pensar que, si bien la edad de los sujetos intervinientes en la relación sexual es un criterio esencial a tener en cuenta de forma que no concurra un gran desequilibrio entre estas, la verdadera importancia radica en si el menor cuenta con la madurez suficiente para asumir la decisión y si así es, permitirle el libre ejercicio de sus derechos, en este caso, los propios de la esfera sexual.

2.4.2. Proximidad en grado de desarrollo o madurez física y psicológica

Una vez delimitado el concepto de proximidad en edad, se hace necesario detenernos a realizar un análisis pormenorizado del segundo requisito que debe concurrir junto a este: el grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Como ya he

¹⁷¹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 335 y BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 24.

¹⁷² BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 24

¹⁷³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 337.

mencionado con anterioridad, este nuevo criterio de proximidad es un requisito acumulativo al criterio de la edad cronológica y no alternativo.

Con la reforma llevada a cabo por la LO 8/2021, de 4 de junio, no se introdujo requisito alguno, sino que se añadió a esta segunda exigencia ya incluida de proximidad de desarrollo o madurez, las concreciones de física y psicológica. En este sentido, no deben entenderse la proximidad física y psicológica como criterios intercambiables. Es decir, no bastará una relativa proximidad cronológica y la apariencia física, sin concurrir proximidad madurativa para la apreciación de la cláusula. No obstante, parece que sí podría ser suficiente la proximidad cronológica y madurativa, sin que la apariencia física sea similar¹⁷⁴.

Nuevamente el legislador ha optado por la introducción de conceptos vagos que no aportan seguridad jurídica alguna, aunque es comúnmente utilizado en aquellas disposiciones relativas al reconocimiento anticipado de la capacidad jurídica de niños y jóvenes¹⁷⁵.

Ya se ha visto que para la aplicación cronológica de la edad no se establecía límite alguno. A ello se suma la carga subjetiva que implica la valoración de este requisito, que requiere, para su evaluación, de métodos propios de las ciencias del comportamiento¹⁷⁶. Se trata de una cláusula muy abierta que permite interpretaciones variadas acerca de su aplicabilidad¹⁷⁷.

El grado de desarrollo personal debe entenderse como aquellas competencias que son adquiridas por el individuo en el desarrollo de su día a día, por lo que varía en función de las circunstancias de cada individuo. Este concepto debe ser valorado en los individuos de forma paralela a su madurez¹⁷⁸.

La Fiscalía entiende que el legislador, al incluir el término madurez, quiere referirse a la capacidad de comprender la situación, así como de entender las consecuencias que esta puede conllevar. Esta madurez no varía exclusivamente conforme a la edad cronológica, sino que en ella intervienen, de igual forma, otros aspectos como

¹⁷⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad...», *cit.*, p. 218 y 219.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, *cit.*, p. 135.

¹⁷⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 25.

¹⁷⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 325.

¹⁷⁸ GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes ...*, *cit.*, p. 136.

la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño¹⁷⁹. De ahí que se requiera una valoración individualizada del supuesto concreto.

Acreditar los requisitos de desarrollo o madurez física y psicológica supone por parte del juzgador una tarea que implica adentrarse en los aspectos más íntimos de la vida privada de la víctima, tales como su cultura, experiencias vitales y sexuales, formas de ocio similares, amigos en común, vida laboral, entre otros¹⁸⁰. Este aspecto es criticado por RAMOS VÁZQUEZ, puesto que considera que se trata más de una forma de control en lugar de un método de protección. En consecuencia, dada la intromisión en la esfera más íntima y personal del menor que genera la consideración de este requisito, debería de ignorarse en los supuestos en los que concurra una asimetría de edad notoria, atendiendo a su condición de cumulativos¹⁸¹.

2.5. Efectos penológicos

Ha quedado claro que la apreciación de la citada cláusula conlleva la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto que lleva a cabo actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, siempre y cuando medie el consentimiento libre por parte de este último y exista proximidad en edad y grado de madurez o desarrollo físico o psicológico. No obstante, nada se dice acerca de la posibilidad de aplicar esta cláusula en calidad de atenuante analógica sin excluir, por tanto, la responsabilidad penal completa.

La jurisprudencia del TS parece no estar conforme a la idea de aplicar la cláusula del artículo 183 quater CP como atenuante. Así, en su sentencia 337/2018¹⁸², concluye que la cláusula contempla la exoneración de responsabilidad sin soluciones intermedias atenuatorias. De ahí que, en el asunto concreto que sentencia, falla afirmando que no cabe otra solución más acertada que la sanción de la conducta bajo la pena mínima aun considerándola desproporcionada.

No obstante, la FGE parece decantarse por la opción contraria, aceptar la posibilidad de construir una atenuante analógica conforme al artículo 183 quater CP

¹⁷⁹ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

¹⁸⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 25.

¹⁸¹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta...», *cit.*, p. 337 y 338.

¹⁸² Sentencia de 337/2018 de Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de julio de 2018.

cuando concurren de forma parcial los requisitos del mismo. Eso sí, el consentimiento libremente otorgado por el menor debe concurrir de forma estrictamente necesaria¹⁸³.

En definitiva, la exención total de la responsabilidad exigirá la concurrencia acumulativa de, además del consentimiento libre del menor, la proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez física y psicológica. Mientras que cuando la concurrencia de estos requisitos sea parcial, a excepción del consentimiento, cabría la atenuación de la pena¹⁸⁴.

VI. CONCLUSIONES

Del estudio pormenorizado que he llevado a cabo respecto de aquellos aspectos relativos a los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años, así como de la exclusión de responsabilidad contenida en el artículo 183 quater CP, he alcanzado distintas conclusiones que plasmaré de forma sistemática en el presente epígrafe.

PRIMERA. Los abusos y agresiones sexuales infantiles constituyen una problemática actual, representando, el 49,1% de victimizaciones del total de delitos sexuales registrados.

SEGUNDA. La tendencia del legislador a la hora de regular los delitos de abuso y agresión sexual a menores de dieciséis años es cada vez más punitiva. Con cada reforma que se ha efectuado, se han ampliado las conductas punibles, así como las sanciones que acarrearán las mismas, con el propósito de aumentar la protección de los menores de conformidad con el contexto europeo. Una de las reformas que más controversias ha generado es la formulada por la LO 1/2015, debido a la elevación de la edad de consentimiento a los dieciséis años, suponiendo un impacto en la criminalización de relaciones sexuales entre menores de dieciséis años iguales.

A pesar de este rigor punitivo, parece que las medidas legislativas adoptadas no han dado su fruto puesto que los menores siguen ostentado la tasa más alta de victimización de los delitos sexuales. Quizás esto se deba a que el legislador ha caído en

¹⁸³ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

¹⁸⁴ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal...», *cit.*, p. 21.

un exceso de proteccionismo al centrar estas reformas, principalmente, en la restricción de la autonomía del menor en la esfera sexual, siguiendo una moral sexual que seguimos arrastrando desde antaño.

TERCERA. De forma paralela a estos cambios legislativos, se ha producido una evolución en el bien jurídico salvaguardado por estos tipos penales, siendo los protegidos actualmente la libertad sexual y la indemnidad sexual para menores de dieciséis años y personas necesitadas de especial protección.

No obstante, sigue estando abierto el debate acerca de esta cuestión, aunque cada vez parece más plausible la idea que mantiene la indemnidad sexual como un bien jurídico autónomo e indisponible, deslindado de la libertad sexual. Este bien jurídico debe ser protegido con mayor intensidad debido al mayor contenido de lo injusto que conllevan los delitos sexuales cuyas víctimas son menores de dieciséis años.

CUARTA. El tipo básico de abuso sexual a menores de dieciséis años difiere del tipo básico de la agresión sexual en la concurrencia de violencia o intimidación como elementos típicos de esta última.

En lo relativo al abuso sexual cabe apuntar que la corriente actual tiende a requerir el contacto sexual directo entre sujeto activo y pasivo para evitar posibles desnaturalizaciones de otros tipos delictivos, aunque existen opiniones contradictorias. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido la concurrencia de abuso sexual en un espacio virtual propiciado por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación. Esta novedad aportada por los tribunales parece ser una decisión apropiada, dada su adecuación al contexto social del momento en el que las nuevas tecnologías cada vez están más presentes en la vida social de los jóvenes.

Dicha cuestión es mucho más cristalina en el ámbito de las agresiones sexuales. El legislador, en el artículo 183.2 CP, ha tipificado expresamente tanto el contacto físico entre sujeto activo y pasivo, como los supuestos en los que el menor es compelido a realizar actos de carácter sexual con un tercero o sobre sí mismo, por lo que en tal caso no se requiere contacto directo entre víctima y victimario. Sin embargo, sí existe cierta polémica respecto a la exigencia de la resistencia como requisito de concurrencia del tipo. A pesar de ello, parece que tanto la doctrina como la jurisprudencia es proclive a su exclusión, aunque sí puede atenderse a ella como hecho indiciario.

En el abuso sexual, por el contrario, no procede la consideración de esta, dado que el tipo penal parte de la invalidez del consentimiento emitido por parte del menor atendiendo a la edad del mismo.

QUINTA. El abuso y la agresión sexual comparten tipo cualificado, con la excepción ya vista de la concurrencia de violencia e intimidación como elemento del tipo de esta última. Así, el delito contemplado en el artículo 183.3 CP conlleva una pena mayor en aras de que la consumación de las conductas típicas atenta de forma más gravosa contra el bien jurídico protegido. Tales conductas son el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, en cuyo caso no se requiere para su consumación la penetración plena, y la introducción de objetos o miembros corporales por vía vaginal o anal, que sí requiere penetración completa.

SEXTA. El legislador ha tipificado ciertas circunstancias en condición de agravantes que provocan un aumento de las penas previstas para los tipos básicos de abuso y agresión sexual, así como para sus tipos cualificados. A pesar de que en el propio precepto se dispone que son aplicables a los tres tipos delictivos, no es ciertamente así, puesto que para la concurrencia de algunas de ellas se requiere de elementos típicos exclusivos de un tipo penal, como la violencia.

Estas circunstancias agravantes encuentran sus figuras análogas en el artículo 180 CP, previstas para víctimas mayores de edad. Aun así, concurren ciertas diferencias, como la ausencia en el caso de menores de dieciséis años, de la regla que prevé una mayor agravación de la pena cuando concurren dos o más circunstancias.

SÉPTIMA. No se requiere en el elemento subjetivo, para la consumación de estos tipos penales, ningún componente adicional aparte del dolo. Queda relegada, por tanto, la obsoleta tendencia de considerar el ánimo libidinoso o lascivo como elemento del tipo.

OCTAVA. La cláusula de exclusión de responsabilidad penal contemplada en el artículo 183 quater CP se adoptó como consecuencia de la elevación de la edad de consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años, dado que el consentimiento otorgado por un menor de esta edad es irrelevante a efectos penales. De esta forma se pretendía evitar la criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre sujetos de características similares. No obstante, este consentimiento se sigue viendo limitado al estar condicionado por la concurrencia de los criterios requeridos por la cláusula.

A pesar de que del tenor literal del precepto únicamente se desprende la exclusión total de la responsabilidad penal del autor, parece plausible la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal a través de la aplicación como atenuante analógica de la cláusula cuando los requisitos establecidos concurren de forma parcial.

Existe debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la misma, no obstante, la opinión mayoritaria parece decantarse por entenderla como una causa de atipicidad.

NOVENA. Los requisitos exigidos por la cláusula son el consentimiento libremente emitido por el menor, la proximidad en edad y el grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Todos ellos son conceptos vagos e indeterminados que no aportan seguridad jurídica. En consecuencia, es necesario atender a los parámetros establecidos por la doctrina y la jurisprudencia.

VII. RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

1. Bibliografía

ABADÍAS SELMA, A., *Derecho Penal Parte Especial. Temas prácticos para su estudio*, 2ª edc., Colex, A Coruña, 2022.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Capítulo 9: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en *Derecho Penal. Parte Especial*, Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (coords.), 2ª edc., Comares, Granada, 2022.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 26, 2021.

ESCOBAR JIMÉNEZ, C., «Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater», *Ponencia Fiscal de la Fiscalía Provincial de Granada*, 2016. Disponible en <https://docplayer.es/61539916-Los-delitos-sexuales-a-menores-articulo-y-3-examen-del-articulo-183-quater.html> .

GARCÍA ÁLVAREZ, P., «La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo», en *Cuadernos penales José María Lidón*, nº. 12, 2016.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Delitos sexuales contra menores: Especial referencia a agresiones y abusos sexuales», en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 23, 2020.

GARCÍA RIVAS, N. y TARANCÓN GÓMEZ, P., «Lección 17: Agresión y abusos sexuales», en *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I). Delitos contra las personas*, en Álvarez García (dir.), 3 edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

GAVILÁN RUBIO, M., «Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 12, 2018.

GÓMEZ RIVERO, M. C., NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI, E., NUÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 2020.

GONZÁLEZ AGULEDO, G., *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento*, 1ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 133.

JAÉN VALLEJO, M., «A propósito de la problemática significación de los conceptos de violencia, intimidación y prevalimiento de superioridad en los delitos contra la libertad sexual», en ELDERECHO.COM, 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-problematica-significacion-de-los-conceptos-de-violencia-intimidacion-y-prevalimiento-de-superioridad-en-los-delitos-contra-la-libertad-sexual>. Recurso visualizado por última vez: 27/04/2022.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., HERRERA SÁNCHEZ, D., MARTÍNEZ MORENO, F., RUBIO GARCÍA, M., GIL PÉREZ, V., SANTIAGO OROZCO, A. M. y GÓMEZ MARTÍN, M. A., *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, Ministerio de Interior. Gobierno de España, 2020. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:5cf7f0d9-b3a4-4767-8942-1a9c23e60212/INFORME%20DELITOS%20CONTRA%20LA%20LIBERTAD%20E>

[%20INDEMNIDAD%20SEXUAL%202020.pdf](#) Recurso visualizado por última vez: 12/05/2022.

MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», en *Revista de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº. 15, 2010.

MONGE FERNÁNDEZ, A., «Lección 11.^a Delitos Sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Polaino Navarrete (dir.), tomo I, 2^a edc., Tecnos, Madrid, 2019.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29. Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el Código Penal Español*. Publicación online. Disponible en: <https://docplayer.es/97274905-El-menor-victima-en-el-contexto-de-la-directiva-2012-29.html>. Recurso visualizado por última vez: 11/05/2022.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal: Parte Especial.*, 23^o edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

RAGUÉS I VALLÉS, R., «Tema 6. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, en Silva Sánchez (dir.), 7^a edic., Atelier, Barcelona, 2021.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal). Cinco años después: Perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XLI, 2021.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Política Criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

2. Jurisprudencia

Sentencia 441/2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 31 de enero de 2005. (ECLI:ES:TS:2005:441).

Sentencia 411/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de abril de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:2619).

Sentencia 476/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de mayo de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:2578).

Sentencia 1295/2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 diciembre de 2006. (ECLI:ES:TS:2006:8772).

Sentencia 796/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 2007. (ECLI:ES:TS:2007:6601).

Sentencia 1397/2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 29 de diciembre de 2009. (ECLI: ES:TS:2009:8483).

Sentencia 87/2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2011. (ECLI:ES:TS:2011:679).

Sentencia 609/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 10 de julio de 2013. (ECLI:ES:TS:2013:3883).

Sentencia 702/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 1 de octubre de 2013. (ECLI:ES:TS:2013:4748).

Sentencia 5631/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de diciembre de 2014. (ECLI:ES:TS:2014:5631).

Sentencia 853/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 17 de diciembre de 2014. (ECLI:ES:TS:2014:5488).

Sentencia 490/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 de mayo de 2015. (ECLI:ES:TS:2015:3510).

Sentencia 652/2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 3 de noviembre de 2015. (ECLI:ES:TS:2015:4601).

Sentencia 301/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 2016. (ECLI:ES:TS:2016:1487).

Sentencia 480/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de junio de 2016. (ES:TS:2016:2601).

Sentencia 468/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 15 de enero de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:10).

Sentencia 424/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 13 de junio de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:2359).

Sentencia 826/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 14 de diciembre de 2017. (ECLI:ES:TS:2017:4484).

Sentencia de 337/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de julio de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:2658).

Sentencia 674/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de diciembre de 2018. (ECLI:ES:TS:2018:4354).

Sentencia 107/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 4 de marzo de 2019. (ECLI:ES:TS:2019:719).

Sentencia 158/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 26 de marzo de 2019. (ECLI:ES:TS:2019:1373).

Sentencia 320/2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 19 de julio de 2019. (ECLI:ES:TS:2019:2099).

Sentencia 319/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 de enero de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:1407).

Sentencia 351/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 28 abril de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:1732).

Sentencia 395/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 6 de mayo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:1737).

Sentencia 454/2021 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de mayo de 2021. (ECLI:ES:TS:2021:2140).

Auto 2100/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de diciembre de 2014. (ECLI:ES:TS:2014:10755^a).

3. Legislación

Constitución Española.

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, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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 Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.