



**LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA Y SU APLICACIÓN**  
**A CLÁUSULA ROMEO E XULIETA E A SÚA APLICACIÓN**  
**ROMEO AND JULIET EXCEPTION AND ITS APPLICATION**

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA**  
**ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA**  
**CURSO ACADÉMICO 2023/2024**

**AUTORA: CRISTINA BUSTABAD BLANCO**  
**TUTORA: EVA MARÍA SOUTO GARCÍA**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>3</b>
<b>I. – INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>II. DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES A LO LARGO DEL TIEMPO: EVOLUCIÓN DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL .....</b>	<b>5</b>
II.1. CON ANTERIORIDAD A LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL .....	5
II.2. CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL .....	8
II.3. EN LA ACTUALIDAD: CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL .....	10
<b>III. PANORÁMICA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....</b>	<b>12</b>
III.1. ARTÍCULO 181 CP .....	12
<i>III.1.a) Introducción .....</i>	<i>12</i>
<i>III.1.b) Bien jurídico protegido .....</i>	<i>12</i>
<i>III.1.c) Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito.....</i>	<i>13</i>
<i>III.1.d) Supuestos agravados.....</i>	<i>14</i>
<i>III.1.e) Supuestos atenuados.....</i>	<i>16</i>
III.2. ARTÍCULO 182 CP .....	17
<i>III.2.a) Introducción .....</i>	<i>17</i>
<i>III.2.b) Bien jurídico protegido .....</i>	<i>17</i>
<i>III.2.c) Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito.....</i>	<i>17</i>
<i>III.2.d) Supuestos agravados.....</i>	<i>18</i>
III.3. ARTÍCULO 183 CP .....	18
<i>III.3.a) Introducción .....</i>	<i>18</i>
<i>III.3.b) Bien jurídico protegido .....</i>	<i>18</i>
<i>III.3.c) Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito.....</i>	<i>18</i>
<i>III.3.d) Supuestos agravados.....</i>	<i>21</i>

<b>IV. CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA .....</b>	<b>21</b>
IV.1 FUNDAMENTO DE SU INTRODUCCIÓN .....	22
IV.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 183 <i>BIS</i> CP .....	24
IV.3. ALCANCE DEL ARTÍCULO 183 <i>BIS</i> CP .....	25
IV.4. LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 183 <i>BIS</i> CP .....	26
IV.5. CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN: EL CONSENTIMIENTO Y LA “PROXIMIDAD” .....	27
<i>IV.5.a) El consentimiento</i> .....	28
<i>IV.5.b) La “proximidad”</i> .....	28
<i>IV.5.c) La “proximidad” en edad</i> .....	29
<i>IV.5.d) La “proximidad” de desarrollo o madurez física y psicológica</i> .....	31
IV. 6. POSIBLE ATENUANTE .....	33
<b>V. ESTUDIO DE LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA A TRAVÉS DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2022 (CASO ARANDINA).....</b>	<b>34</b>
V.1. HECHOS PROBADOS .....	34
V.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	35
<i>V.2.a) Audiencia Provincial</i> .....	35
<i>V.2.b) Tribunal Superior de Justicia</i> .....	37
<i>V.2.c) Tribunal Supremo</i> .....	39
V.3. VOTO PARTICULAR.....	42
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>43</b>

## **ABREVIATURAS**

**ART.:** Artículo.

**ATS:** Auto del Tribunal Supremo.

**BOE:** Boletín Oficial del Estado.

**CP:** Código Penal.

**LO:** Ley Orgánica.

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

**TIC:** Tecnologías de la información y la comunicación.

**TS:** Tribunal Supremo.

## I. – INTRODUCCIÓN

En el año 2015, con el aumento de la edad de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, se presentaba en España un problema para la libertad sexual de los menores de dicha edad y es que cualquier contacto sexual en el que participasen era considerado delito, incluido aquellos que se producían entre ellos.

Así pues, y tomando en consideración que, cada vez, los jóvenes comienzan antes a experimentar con su sexualidad, intentó dársele solución a ese escenario introduciendo en el Código Penal un nuevo precepto: el artículo 183 *quater* CP, que actualmente es el 183 *bis* CP, y popularmente conocido como la “Cláusula Romeo y Julieta”. Este permite que cuando concorra el consentimiento libre del menor y una edad y grado de desarrollo o madurez similares se excluya la responsabilidad penal.

Por lo tanto, el objetivo de este Trabajo de Fin de Máster es el estudio del precepto y que su lectura permita conocer tanto las problemáticas que el mismo presenta como los pronunciamientos de tribunales sobre ellas.

De este modo, en primer lugar, se hará un breve análisis sobre la edad de consentimiento en España a lo largo del tiempo para poder así comprender la elevación de la edad del consentimiento sexual, siendo este el motivo que llevó a la introducción del precepto.

En segundo lugar, y ya conocido el origen de la Cláusula Romeo y Julieta, se procederá a estudiar desde el fundamento de su introducción hasta la naturaleza y alcance de la misma, para terminar haciendo alusión a los requisitos para su aplicación: consentimiento, similar edad y similar grado de desarrollo o madurez. Todo ello se hará tomando en consideración la opinión de la doctrina, pero también basándose en pronunciamientos de los tribunales que ayudará a conocer como los jueces han procedido a la aplicación del citado artículo.

Y, para finalizar, se analizará un pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo, que permitirá abordar las diferentes problemáticas que plantea el precepto desde una perspectiva práctica.

## II. DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES A LO LARGO DEL TIEMPO: EVOLUCIÓN DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL

En este primer epígrafe se analizará la evolución que ha sufrido la regulación de los delitos sexuales contra menores, y es que conviene hacer un breve repaso sobre los cambios que sufrieron para poder comprender la problemática que llevó al legislador a la inclusión de la comúnmente conocida como la Cláusula Romeo y Julieta.

### II.1. CON ANTERIORIDAD A LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL

Para comenzar este breve repaso histórico, hemos de hacer una primera alusión a la regulación existente antes de la entrada en vigor del actual Código Penal de 1995. Así, desde 1848 el Código Penal contemplaba los delitos de estupro<sup>1</sup> y corrupción de menores, hablando de violación solo en el caso de que fuese víctima la mujer y haciendo alusión a los menores únicamente en sus artículos 356 y 357 en los que se recogía lo siguiente:

“Art. 356. El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro, o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años.

El estupro cometido por cualquier otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional.

Cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias, será castigado con la prisión correccional”<sup>2</sup>

“Art. 357. El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Como contempla el Diccionario panhispánico del español jurídico el estupro es un “delito que comete el que, sin violencia o intimidación, y sin que medie consentimiento, realiza actos que atentan contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, o bien el que realiza actos que atentan contra la indemnidad sexual de un menor de trece años.”

<sup>2</sup> BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 281-283.

<sup>3</sup> BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, cit., pp. 282-283.

Tras la lectura de los artículos, hemos de prestar atención a dos puntos: en primer lugar, que como se ha adelantado, no se menciona la violación, si no que se habla la prostitución de menores y del estupro concibiéndose este último en niñas de entre 12 y 23 años; y, en segundo lugar, el capítulo en el que se encontraban dichos artículos se denominaba “Delitos contra la honestidad”, por lo que lo que se trataba de proteger con estos artículos dista mucho de ser la libertad e indemnidad sexual.

Ya en el Código Penal de 1870 se comienza a hablar de violación en el caso de menores, pero solo en el caso de niñas que tuviesen menos de 12 años. Así, el artículo 453 que contempla la “violación y abusos deshonestos” establece que:

“Art. 453. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión temporal.

Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.- Cuando se usare fuerza o intimidación.
- 2.- Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa
- 3.- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”<sup>4</sup>.

Posteriormente, el Código Penal de 1928 elimina la violación en el caso de menores de 12 años, pero ya en los 1932 y 1944 se recupera lo establecido en el Código Penal de 1870, manteniendo así la edad de consentimiento en los 12 años.

Pero fue con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal en la que finalmente ya se habla de “Delitos contra la libertad sexual”<sup>5</sup>, y, concretamente al respecto de los menores se señala que comete violación el que “tuviera acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: (...) 3. Cuando fuere menor de 12 años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”<sup>6</sup>. Por lo tanto, se fija la edad en los 12 años.

En 1995 entra en vigor el Código Penal actual en el que su Título VIII lleva como denominación “Delitos contra la libertad sexual” y en el que se diferencia entre la agresión y el abuso sexual. En relación con la agresión sexual, esta puede agravarse

---

<sup>4</sup> BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*, cit. p. 615.

<sup>5</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> AUXILIADORA, “Delitos sexuales contra menores: especial referencia a agresiones y abusos sexuales” en Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, Volumen 23, Universidad de Almería, diciembre de 2020, p. 17.

<sup>6</sup> LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE de 22 de junio de 1989 núm. 148 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1989/06/21/3>).

cuando la víctima sea especialmente vulnerable “por razón de la edad” y en cuanto a los abusos sexuales se mantiene que son actos no consentidos los que se realicen sobre menores de 12 años y que también hay abuso cuando se cometa contra una persona mayor de 12 años y menor de 16 interviniendo engaño<sup>7</sup>.

No obstante, hemos de tener en cuenta que este Código Penal, aunque en la actualidad sigue vigente, ha sufrido varias reformas desde que fue aprobado, y entre ellas se encuentran: la operada por la LO 11/1999, de 30 de abril; LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio; LO 1/2015, de 30 de marzo y, la más reciente con la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Estas han introducido varios cambios, siendo uno de ellos el aumento de la edad de consentimiento sexual, así, el punto de partida se encontraba en 12 años antes de la primera reforma, pero a lo largo de las diversas modificaciones del Código Penal se ha ido elevando hasta alcanzar la edad actual de 16 años.

Así, a continuación, en este primer apartado se procederá al estudio de las tres primeras leyes enumeradas.

- LO 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.

Con la LO 11/1999, de 30 de abril se persigue incorporar las recomendaciones realizadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1099 relativa a la explotación sexual de los niños<sup>8</sup>. Así, una de las principales novedades es el aumento de la edad de consentimiento sexual de los menores, de tal modo que si hasta este momento se encontraba en los 12 años a partir de la entrada en vigor de esta Ley se eleva a los 13.

Así, por un lado, la agresión sexual se agrava “cuando la víctima sea menor de trece años”<sup>9</sup>, y, por otro lado, se considerarán abusos sexuales sin consentimiento los que se realicen sobre menores de trece años. A su vez, cabe destacar que en este último se contempla una horquilla de pena de prisión y de multa diferente cuando este se produce hacia personas con más de trece años, pero menos de dieciséis<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 24 de noviembre de 1995 núm. 281 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>8</sup> LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE de 1 de mayo de 1999 núm. 104 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/04/30/11>).

<sup>9</sup> LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE de 1 de mayo de 1999 núm. 104 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/04/30/11>).

<sup>10</sup> Como se contempla en la LO 11/1999 en sus artículos 181 y 183, cuando el abuso sexual se comete hacia una persona mayor de 13 años, pero menor de 16 la pena de prisión será de uno a dos años, mientras que la



Por último, otras modificaciones llevadas a cabo afectaron a la prescripción de los delitos y a cuestiones concursales. Así, en cuanto a la primera cuestión, desde la entrada en vigor de la reforma el plazo no comienza a correr hasta que los menores alcanzan la mayoría de edad, y en relación con los concursos se aprecia concurso real entre los delitos de prostitución y corrupción de menores y agresión o abuso sexual<sup>11</sup>.

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

Con la LO 15/2003 se mantiene la edad de consentimiento sexual en los trece años, resumiéndose las novedades que introduce, por un lado, en el aumento de las penas de la pornografía infantil y, por el otro, en la introducción de la pornografía infantil virtual<sup>12</sup>.

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

La LO 5/2010 se encarga de la trasposición de 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. De nuevo, se sigue manteniendo la edad de consentimiento sexual en los trece años, introduciendo el Capítulo II bis, que lleva por título “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” y que contempla los abusos y agresiones sexuales a los menores de esta edad<sup>13</sup>.

A su vez también se introducen nuevos delitos como el ciberacoso sexual a menores (agravado cuando el acercamiento se produzca mediante coacción, intimidación o engaño) y también se incorpora la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos<sup>14</sup>.

## II.2. CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

La LO 1/2015 lleva a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales de los menores y la pornografía infantil y que viene a

---

de multa de doce a veinticuatro meses. Mientras tanto, cuando se refiere de modo genérico al abuso sexual este se castiga con pena de prisión de uno a tres años o pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

<sup>11</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> AUXILIADORA, “Delitos sexuales contra menores: especial referencia a agresiones y abusos sexuales”, cit., p. 17.

<sup>12</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> AUXILIADORA, “Delitos sexuales contra menores: especial referencia a agresiones y abusos sexuales”, cit., p. 18.

<sup>13</sup> LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 23 de junio de 2010 núm. 152. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>).

<sup>14</sup> LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 23 de junio de 2010 núm. 152. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>).

sustituir la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo<sup>15</sup>. Dicha Directiva tenía por objetivo endurecer las sanciones penales en la lucha contra los delitos de abusos sexuales, explotación sexual a menores y pornografía infantil, ahora bien, no obligaba a endurecer la edad de consentimiento sexual<sup>16</sup> pero igualmente esto sí se hizo en España.

De este modo, la LO 1/2015 eleva la edad de consentimiento sexual de 13 años, que se venía recogiendo hasta ese momento, a los 16, justificando dicho aumento en la exposición de motivos de la Ley con los siguientes argumentos:

“En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos – donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años – y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la infancia y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”<sup>17</sup>.

Esta elevación de la edad fue muy cuestionada, así BOLDOVA PASAMAR sostiene que fueron varios autores los que consideraron que esta subida suponía un error político criminal<sup>18</sup>, siendo uno de ellos RAMOS VÁZQUEZ quien manifiesta que “la deriva que han sufrido nuestros ordenamientos penales no tiene que ver con la defensa de los bienes jurídicos de los menores, sino al contrario, con dinámicas de control y sumisión”<sup>19</sup>.

Y es que fue precisamente esta modificación en la edad de consentimiento el que trajo consigo la introducción del artículo 183 *quarter* CP, popularmente conocido como la Cláusula Romeo y Julieta, que permitía excluir la responsabilidad penal por los delitos que se preveían en el Capítulo II bis<sup>20</sup> cuando el menor diese libremente su

---

<sup>15</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 31 de marzo de 2015 núm. 77. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

<sup>16</sup> Si bien no obligaba a subir la edad de consentimiento sexual, si que en el texto de la Directiva se incluía una definición de lo que se entendía por edad de consentimiento sexual, siendo esta “la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.”

<sup>17</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 31 de marzo de 2015 núm. 77. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

<sup>18</sup> 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*, 2021, núm. 23-16, p. 9.

<sup>19</sup> 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. 99.

<sup>20</sup> El Capítulo II bis recogía los delitos de: abuso y agresión sexual a menores, hacerles presenciar a actos sexuales o participar en los mismos y el *child grooming*.

consentimiento y siempre que concurriesen ciertas circunstancias que serán objeto de análisis más adelante en este trabajo.

Además, esta ley introduce otras modificaciones que brevemente podrían resumirse en:

- La modificación de la redacción del artículo 183 CP, de tal modo que ya no se habla de realizar “actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor” sino de “realizar actos de carácter sexual”, lo cual, en palabras de VÁZQUEZ RAMOS, “aunque algunos autores consideren intrascendente esta modificación, lo cierto es que nos coloca nuevamente ante la compleja cuestión de cuál es el bien jurídico protegido”<sup>21</sup>.

- Se tipifica expresamente el delito consistente en hacer presenciar a un menor actos o abusos sexuales sobre otras personas en el artículo 183 *bis* CP<sup>22</sup>.

- El artículo 183 *bis* es sustituido por el 183 *ter* CP que mantiene el delito consistente en la utilización de teléfono u otras tecnologías de la información para concertar un encuentro con un menor con el fin de cometer agresión o abuso sexual contra o elaborar material pornográfico; pero se añade un segundo apartado en el que se tipifica como delito la conducta de contactar con un menor de dieciséis años para obtener material pornográfico o le muestre imágenes que involucren a menores<sup>23</sup>.

### II.3. EN LA ACTUALIDAD: CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Desde la última modificación con la LO 1/2015 en la que la edad de consentimiento sexual se elevó a los 16 años no hubo ninguna otra modificación en ese sentido, de tal manera que desde ese momento hasta el presente sigue siendo la misma.

No obstante, y aunque no se produzcan modificaciones en materia de la edad, el 7 de octubre de 2022 entró en vigor la LO 10/2022, que tal y como se señala en su artículo 1 tiene como objeto “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales”<sup>24</sup>; y por la que se eliminó distinción entre agresión y abuso sexual con el fin de “evitar los riesgos de revictimización o

---

<sup>21</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J-A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, cit., p. 103.

<sup>22</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 31 de marzo de 2015 núm. 77. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

<sup>23</sup> LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 31 de marzo de 2015 núm. 77. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

<sup>24</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE 7 de septiembre de 2022 núm. 215 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>).

victimización secundaria”<sup>25</sup>. Así pues, la denominación del Capítulo II *bis* del Título VIII denominado “de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” tras esta reforma pasa a ser el Capítulo II y lleva por nombre “de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

Así, se modificó la redacción del artículo 183 (actualmente 181) introduciéndose los siguientes cambios:

- Se elimina la mención al abuso en el apartado primero.

- Se agrava la pena cuando la agresión sexual se cometa con algunas de las circunstancias del artículo 178<sup>26</sup>, mientras que en la anterior regulación se hablaba únicamente de violencia o intimidación.

- Se modifican las circunstancias agravantes del apartado cuarto del artículo.

No obstante, la redacción del artículo 181 sufrió de nuevo una última modificación con la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Siendo el único cambio que se agravaría la pena cuando en la agresión concurriese alguna de las particularidades<sup>27</sup> descritas en el artículo 178.2 y 3<sup>28</sup> (eliminando la mención genérica al artículo 178 y concretándolo en esos dos apartados), por lo tanto, la redacción del artículo en sus primeros apartados es la siguiente:

«1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

---

<sup>25</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE 7 de septiembre de 2022 núm. 215 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>).

<sup>26</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE 7 de septiembre de 2022 núm. 215 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>).

<sup>27</sup> Conforme al artículo 178.2 y 3 cuando concurra: violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o cuando la víctima esté privada de sentido, se abuse de su situación mental o se aproveche de que la víctima tiene su voluntad anulada, o se realice sobre personas con su voluntad anulada y con violencia e intimidación sobre ellas.

<sup>28</sup> LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE 28 de abril de 2023 núm. 101. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/04/27/4/con>).

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años. [...]”<sup>29</sup>.

En conclusión, la edad de consentimiento sexual ha evolucionado a lo largo de los años, fijándose en 12 años hasta la LO 11/1999 con la que se elevó a 13 justo y finalmente en 2015 se aumentó a 16 años, siendo esta la edad actual.

### **III. PANORÁMICA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

En el Capítulo II del Código Penal, que como se ha visto actualmente lleva por título “de las agresiones sexuales a menores de 16 años”, se recogen cuatro artículos: 181, 182, 183 y 183 *bis*; y mientras el último recoge la denominada Cláusula Romeo y Julieta, los otros tres se tipifican tres delitos distintos.

Por lo tanto, con anterioridad al estudio de la Cláusula Romeo y Julieta resulta imprescindible conocer los delitos a los que esta puede resultar de aplicación si se dan las circunstancias pertinentes para ello. Así las cosas, en el presente epígrafe se analizarán los artículos 181, 182 y 183.

#### **III.1. ARTÍCULO 181 CP**

##### *III.1.a) Introducción*

En este primer apartado se procederá al estudio del artículo 181 CP, que antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022 se correspondía con el artículo 183 CP, y que recoge tanto el tipo básico de agresión sexual como aquellas circunstancias que agravan el delito o lo atenúan.

##### *III.1.b) Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido en los delitos sexuales ha sido siempre una cuestión muy discutida<sup>30</sup>, siendo en un inicio la honestidad (hemos de recordar que hasta 1989 el capítulo en el que se recogían estos delitos se denominaba “Delitos contra la honestidad”) o la moral sexual, hasta en un momento posterior la indemnidad o libertad sexual. En este sentido, es indispensable conocer el significado del concepto indemnidad sexual,

---

<sup>29</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>30</sup> Véase 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*, nº15, Universidad de San Sebastián (Chile), 2010, p. 87-88; RAMOS VÁZQUEZ, J-A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, cit., pp. 103 – 110; DIEZ RIPOLLES, J-L. *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1981, pp. 20-23.

entendiéndose este como “la protección de menores e incapaces se orienta a evitar que ciertas influencias incidan de modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad”<sup>31</sup>.

Así las cosas, RAMOS VÁZQUEZ considera que el bien jurídico que se pretende proteger no es otro que la libertad sexual y sobre todo tras la reforma que se realiza con la LO 1/2015 en la que se elimina de la redacción del nombre del capítulo el concepto de indemnidad sexual<sup>32</sup>. Y es que ya el legislador en la LO 5/2010 decía que “en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”<sup>33</sup>.

Además, ya tal y como establece en la LO 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual<sup>34</sup>, y es que en su artículo 1 dispone que “el objeto de la presente ley es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual”<sup>35</sup>.

### *III.1.c) Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito*

El artículo 181 en su apartado primero sanciona con pena de prisión de dos a seis años a “el que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años”<sup>36</sup>. Este es el tipo básico de agresión sexual que castiga aquellos supuestos en los que el menor ha dado su consentimiento, aunque este es inválido<sup>37</sup>; y es que el TS dispone que “en estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que este puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en

---

<sup>31</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, cit., p. 88.

<sup>32</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J-A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, cit., p. 107.

<sup>33</sup> LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 23 de junio de 2010 núm. 152. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>).

<sup>34</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en *Comentarios al Código Penal*, CUERDA ARNAU, M.-L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1232 y 1233.

<sup>35</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE 7 de septiembre de 2022 núm. 215 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>).

<sup>36</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>37</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, (disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/05/pdfs/BOE-A-2023-8697.pdf>), p. 50.

virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica”<sup>38</sup>.

Cabe destacar que en el párrafo segundo de este primer apartado se especifica que “a estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor sobre un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”<sup>39</sup>.

Ahora bien, el sujeto activo de este delito podrá ser cualquiera que lleve a cabo la acción descrita en el artículo<sup>40</sup>, mientras que el sujeto pasivo será cualquier persona menor de dieciséis años.

Además, este es un delito doloso debiendo incluir el dolo la edad de la víctima, es decir, que esta sea menor de 16 años, de tal modo que, si dadas las características fisiológicas no se podría haber sabido que la edad de la víctima puede dar lugar a la impunidad del delito, ya sea el error vencible o invencible al no haber modalidad imprudente<sup>41</sup>. No obstante, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo señalando que “el error del que habla el artículo 14 CP exige certeza, o quasi certeza: un conocimiento equivocado pero seguro. Si el sujeto actúa sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese error consciente; o, mejor, buscada situación de error. Este supuesto es asimilable al dolo eventual: la sospecha de ilicitud excluye al error”<sup>42</sup>.

#### *III.1.d) Supuestos agravados*

El artículo 181 CP recoge además del tipo básico varios supuestos agravados.

Para comenzar, en el 181.2 se contempla un subtipo agravado con pena de prisión de cinco a diez años para cuando en la realización de carácter sexual con menores de 16 concorra alguna de las circunstancias del artículo 178.2 y 3. Estas son:

- Que se emplee violencia o intimidación
- Que se abuse de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima o que se realicen sobre personas que estén privadas de sentido, abusando de su situación mental o si la víctima tiene anulada su voluntad.

---

<sup>38</sup> STS de 13 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3712).

<sup>39</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>40</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, cit., p. 90 y 91.

<sup>41</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1233.

<sup>42</sup> STS de 17 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:690).

- Que se emplee violencia o intimidación sobre una víctima que tenga anulada su voluntad<sup>43</sup>.

Por su parte, el apartado 4 recoge un supuesto hiperagravado que se dará en aquellos supuestos en los que se realice el acto sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal o bucal o al introducir miembros corporales u objetos en alguna de las dos primeras vías, castigado con pena de prisión de ocho a doce años o de doce a quince años si esto se hace concurriendo alguna de las circunstancias descritas con anterioridad<sup>44</sup>.

Por último, en el apartado 5 se contempla una lista de circunstancias agravantes en las que la pena de prisión se aplicará en su mitad superior. Estas son:

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

b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que 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.

d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.

e) Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.

f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

g) Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

h) 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”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>44</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>45</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).



Por lo tanto, en cuanto a la agravante referida a la vulnerabilidad por razón de la edad conviene decir que esta se refiere a aquellos supuestos en los que la víctima tenga muy corta edad y en todo caso cuando tenga menos de cuatro años<sup>46</sup>.

Además, en relación con el apartado e) referido al en la STS de 31 de marzo de 2022 se recoge que “el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima”<sup>47</sup>.

Ahora bien, pueden concurrir varias de estas circunstancias en la comisión del delito y, en este supuesto, se impondrá la pena del apartado anterior en su mitad superior o si el autor delinque prevaleciéndose de su cargo de funcionario, autoridad o agente público se impondrá además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años<sup>48</sup>.

### *III.1.e) Supuestos atenuados.*

El artículo 181.3 CP contempla el supuesto atenuado, estableciéndose que “en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o se realice sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, o concurren las circunstancias mencionadas en el apartado 5 de este artículo”<sup>49</sup>.

Así, este fue uno de los cambios que se introdujo con la LO 10/2022: la aplicación de la atenuante a las agresiones sexuales contempladas en los artículos 181.1 y 181.2, siempre y cuando no medien ninguna de las circunstancias ya señaladas<sup>50</sup>.

Respecto a esta atenuante, la Fiscalía General del Estado sostiene que “constituye una previsión legal orientada a una mejor individualización penológica en atención a las singulares circunstancias del caso concreto, tratando de evitar la imposición de penas que pudieran llegar a ser consideradas desproporcionadas. Deben entenderse de menor entidad las conductas que presentan un menor potencial lesivo para la libertad sexual de la víctima. Por consiguiente, al valorar su aplicación deberá estarse al menor desvalor de

---

<sup>46</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1235.

<sup>47</sup> STS de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1236).

<sup>48</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>49</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>50</sup> DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M./ TRAPERO BARREALES, M.-A., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-18, 2023, pp. 35 y 36.

acción y/o de resultado de la conducta frente al nivel de desvalor estándar que exige el tipo básico”<sup>51</sup>.

## III.2. ARTÍCULO 182 CP

### III.2.a) *Introducción*

Con anterioridad a la LO 10/2022, el artículo 183 *bis* CP castigaba la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en actos sexuales; no obstante, y tras la entrada en vigor de esta Ley, dicho precepto fue sustituido por el actual 182 CP que recoge el delito de provocación sexual<sup>52</sup> y que se estudiará continuación.

### III.2.b) *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico a proteger y al igual que ocurría en el anterior artículo, es la libertad sexual, tal y como se recoge en la LO 10/2022.

### III.2.c) *Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito*

El artículo 182 en su apartado primero contempla la conducta típica, que sigue siendo la misma que se contemplaba en el artículo 183 *bis*, castigada con pena de prisión de seis meses a dos años y consistente en “hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”<sup>53</sup>. Siendo, por tanto, el sujeto pasivo los menores de 16 años, mientras que el sujeto activo podrá ser cualquier persona que lleve a cabo esta conducta.

Estos actos se pueden hacer presenciar tanto en directo como a través de una pantalla, y todo ello teniendo en cuenta los problemas concursales que pueden derivar, al tener dificultades al distinguir entre hacer presenciar a un menor conductas sexuales, con los delitos contemplados en los artículos 185 y 186 CP (es decir, los actos de exhibición obscena y de exhibición de material pornográfico)<sup>54</sup>.

Por último, ha de tenerse en consideración que, si estas conductas que se hacen observar al menor se realizan sobre el mismo, ya no estaríamos hablando de una conducta delictiva del artículo 182 CP, sino de una agresión sexual.

---

<sup>51</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, (disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/05/pdfs/BOE-A-2023-8697.pdf>), p. 28.

<sup>52</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., pp. 1240 y 1243.

<sup>53</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, (disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/05/pdfs/BOE-A-2023-8697.pdf>), p. 31.

<sup>54</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1241.

### *III.2.d) Supuestos agravados*

En el apartado segundo del artículo 182 se regula el subtipo agravado por el que la pena pasará a ser de un año a tres de prisión cuando los actos que se le hagan presenciar al menor de edad consistan en delitos contra la libertad sexual, ya sean estos últimos contra un menor de dieciséis o no<sup>55</sup>.

La nueva redacción de este artículo, en comparación con su predecesor, permite que se dirima la controversia planteada acerca de si esta agravación cabía solo en los supuestos en los que el menor observase un abuso sexual o también una agresión, y es que en el anterior precepto se contenía que “la agravación era de aplicación únicamente a los supuestos en que los hechos presenciados resultasen constitutivos de abuso sexual”<sup>56</sup>, no obstante, actualmente con su redacción queda clarificado que será constitutivo de delito al presenciar cualquier delito contra la libertad sexual.

### III.3. ARTÍCULO 183 CP

#### *III.3.a) Introducción*

El objeto de estudio de este apartado es el artículo 183, introducido en el Código Penal por la LO 5/2010, y que castiga el ciberacoso sexual a menores y la embaucación de los mismos para la obtención de material pornográfico<sup>57</sup>.

#### *III.3.b) Bien jurídico protegido*

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad sexual ha sido objeto de debate a lo largo del tiempo, siendo inicialmente de honestidad o moral sexual y posteriormente la indemnidad o libertad sexual hasta la actualidad en el que, con la LO 10/2020 se eliminan las referencias a la indemnidad sexual, lo que nos permite afirmar que lo que se pretende proteger con estos artículos es la libertad sexual.

#### *III.3.c) Análisis del tipo básico: conducta típica y sujetos del delito*

Con artículo 183 se tipifican dos conductas:

- Por un lado, en el primer párrafo castiga con pena de prisión de uno a tres años o multa de 12 a 24 meses a el que utilice cualquier TIC para contactar con un menor de dieciséis años con el objetivo de encontrarse con el mismo para cometer un delito de

---

<sup>55</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>56</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, (disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/05/pdfs/BOE-A-2023-8697.pdf>), p.31.

<sup>57</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., pp. 1240 y 1243.

agresión sexual o su utilización con fines exhibicionistas o para elaborar material pornográfico, empleando para ello actos materiales encaminados al acercamiento<sup>58</sup>.

Así, para que se aprecie la existencia del delito es necesario que se realicen las siguientes conductas:

1.- Contactar: esto significa que “el sujeto activo debe primero contactar con el menor a través de internet, del teléfono o de cualquier otra TIC. Contactar implica que el actor debe comunicarse con el menor lo cual significa que éste debe responder al mensaje o llamada de aquél. Ello se deriva de una interpretación literal del verbo típico. No basta, por tanto, con que el sujeto activo envíe mensajes o realice llamadas al menor y éste no conteste”<sup>59</sup>.

A su vez, ha de tenerse en cuenta que el contacto puede ser inicial, es decir, que sea el sujeto activo el que inicie la comunicación o puede iniciarla el menor de tal modo para que en este caso para que se produzca el contacto el sujeto activo deberá responder<sup>60</sup>.

Además, la STS de 24 de febrero de 2015 establece que este delito también será aplicable cuando el contacto se inicie fuera de las TIC y “tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos”<sup>61</sup>

2.- Proponer un encuentro para cometer cualquiera de los delitos del artículo 181 y 189 CP: sobre este punto hay varios aspectos controvertidos. En primer lugar, se plantea si dicha proposición requiere la aceptación por parte del menor o no y es que la doctrina mayoritaria opina que sí que es necesario un acuerdo sobre el lugar y el momento, no obstante, la redacción literal del precepto indica lo contrario, porque se requiere una simple propuesta<sup>62</sup>.

En segundo lugar, también resulta relevante que el encuentro no tiene que ser en el mundo físico siendo posible también un encuentro virtual puesto que el contacto físico

---

<sup>58</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>59</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones de Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, p. 15.

<sup>60</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones de Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, cit., p. 15.

<sup>61</sup> STS de 24 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:823).

<sup>62</sup> CINOSI FERNÁNDEZ, M.-S., “Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito” en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 35, 2023, pp. 265 y 266.

no es necesario para cometer ninguno de los dos delitos, ya que podrían producirse, por ejemplo, mediante webcam<sup>63</sup>.

Además, la propuesta debe ir acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, pretendiéndose con ello que la propuesta que realice el sujeto activo sea seria y concreta, lo que se conseguiría, por ejemplo, con el envío por parte del sujeto activo de billetes para trasladarle al lugar donde se encuentra<sup>64</sup>.

Por lo tanto, para la consumación del delito es necesario que el autor realice las conductas descritas y en el caso de que finalmente cometa los delitos del artículo 183 y 189 se produciría un concurso de normas tal y como contempla la STS de 10 de diciembre de 2015 que sostiene que “los abusos o agresiones sexuales consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por medios tipificados en el artículo 183 *bis* (actualmente 183) absorben a éste. El delito del art. 183 *bis* es un delito que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: en caso de progresión delictiva”<sup>65</sup>.

Para finalizar y en cuanto al sujeto activo este será cualquier persona que realice el delito mientras que el sujeto pasivo serán los menores de dieciséis años. Ahora bien, el autor del delito debe conocer cada uno de los elementos del típicos que conforman la infracción y tener la voluntad de llevarlo a cabo, puesto que nos encontramos ante un tipo delictivo de dolo directo<sup>66</sup>.

- Por otro lado, el apartado segundo del artículo 183 impone una pena de prisión de seis meses a dos años a el que a través de cualquier TIC contacte con un menor y realice actos con el fin de embaucarle para que le facilite o le enseñe imágenes pornográficas en las que aparezca un menor<sup>67</sup>.

La diferencia de esta conducta con la tipificada en el apartado anterior es la finalidad del sujeto activo, puesto que en la primera se pretende conseguir un encuentro mientras que la finalidad en este caso es la obtención de material pornográfico<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 *bis* CP y de las versiones de Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, cit., p. 16.

<sup>64</sup> CINOSI FERNÁNDEZ, M.-S., “Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito”, cit., p. 266.

<sup>65</sup> STS de 10 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5809).

<sup>66</sup> CINOSI FERNÁNDEZ, M.-S., “Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito”, cit., p. 270.

<sup>67</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>68</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1245.

Cabe destacar, por tanto, que al contener ambos apartados conductas distintas puede darse entre ellas un concurso de delitos como contiene la SAP de Zaragoza en la que se condena al autor por ambos preceptos<sup>69</sup>.

### *III.3.d) Supuestos agravados*

Se aplicará la pena en su mitad superior cuando las conductas contenidas en el primer apartado del artículo 183 se realicen empleando intimidación, engaño o coacción<sup>70</sup>.

Sobre esto, VILLACAMPA ESTIARTE sostiene que la coacción, la intimidación y el engaño son medios comisivos que deben usarse en el tipo básico por lo que “el tipo agravado debería desaparecer, considerando implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico. Y ello no solamente porque el engaño es un medio comisivo que generalmente se emplea en algún momento del proceso, sino, en lo que a intimidación se refiere porque incluso en los supuestos en los que el engaño no ocurra, el aprovechamiento de una situación de superioridad concurre en los supuestos de contacto sexual o pre-sexual”<sup>71</sup>.

No obstante, CINOSI FERNÁNDEZ considera que su incorporación fue un acierto porque ciertas conductas como, por ejemplo, crear un perfil falso en una red social, merecen “un reproche penal mayor”<sup>72</sup>.

## **IV. CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA**

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, además del aumento de la edad del consentimiento sexual en tres años, de trece a dieciséis, se introdujo el artículo 183 *bis* (con anterioridad 183 *quater*), que permite que quien lleve a cabo un comportamiento sexual con un menor de 16 años que dio su consentimiento pueda ser eximido de su responsabilidad<sup>73</sup>. Lo que en dicho precepto se establece se conoce en el Derecho Comparado como la Cláusula Romeo y Julieta, tomando como inspiración para su nombre la obra de Shakespeare, puesto que en ella los protagonistas son menores: Julieta

---

<sup>69</sup> SAP de 13 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APZ:2017:2017).

<sup>70</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>71</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 169 y 170.

<sup>72</sup> CINOSI FERNÁNDEZ, M.-S., “Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito”, cit., p. 274.

<sup>73</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1248.

solamente tiene 14 años mientras que, aunque de Romeo no se sabe su edad, sí que se puede intuir que es similar a la de ella ya que se refieren a él como el “joven Romeo”<sup>74</sup>.

#### IV.1 FUNDAMENTO DE SU INTRODUCCIÓN

En los últimos años la elevación de la edad de consentimiento sexual ha sido la tendencia imperante en un intento de proteger a los menores, pero esto ha provocado una serie de problemas como la afectación a los derechos de privacidad e intimidad del menor y la criminalización de comportamientos sexuales entre menores o entre menores y jóvenes<sup>75</sup>.

Así, y para tratar de poner solución a ello, el artículo 8 de la Directiva 2011/93/UE contempla lo siguiente:

“1. 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”<sup>76</sup>.

Esto mismo se contiene en nuestro Código Penal en el artículo 183 *bis* (antes 183 *quater*) que se inspira en lo establecido en la directiva:

“Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años 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”<sup>77</sup>.

Así pues, con la elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años se establece una presunción *iuris tantum* de que el menor no tiene capacidad suficiente para consentir las relaciones sexuales hasta esa edad<sup>78</sup>. No obstante, el afán por proteger a los menores para evitar que estos sufran bien agresiones sexuales o cualquier otro delito de esta misma índole no puede tampoco suponer no otorgarles ningún tipo de capacidad para

---

<sup>74</sup> 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*, 2021, vol. XLI, p. 308.

<sup>75</sup> MARTÍNEZ GUERRA, A., “Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos del derecho anglosajón” en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 23, 2020, p. 99.

<sup>76</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a lucha contra abusos sexuales 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 (DOUE de 17 de diciembre de 2011).

<sup>77</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>78</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)), p. 2.

consentir cuando no se trate de un delito si no “tan solo de prácticas de experimentación entre iguales que no es posible ni conviene prohibir penalmente”<sup>79</sup>.

Por lo tanto, hemos de tener en cuenta que, evidentemente, los menores de 16 años se relacionan entre sí sexualmente y perseguir estas conductas supondría que podrían ser condenados ambos adolescentes por abusos sexuales el uno hacia el otro y es precisamente para evitar este problema por el que se introduce la mencionada cláusula<sup>80</sup>.

Ya se recogía en el informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal en el que se consideraba que “el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de ningún otro signo de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual”<sup>81</sup>. Posteriormente, en la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores se mencionaba la conveniencia de una cláusula que permitiese la no punición de conductas que no suponían ningún riesgo para el bien jurídico protegido<sup>82</sup>.

Por último, en la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 *quater* del Código penal se recoge 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 libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez”<sup>83</sup>.

En resumen, lo que se pretende con la introducción de esta cláusula en nuestro ordenamiento jurídico es evitar una aplicación demasiado exhaustiva y estricta que no

---

<sup>79</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p.6.

<sup>80</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J-A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, cit., p. 177.

<sup>81</sup> Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>82</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf)), p. 13.

<sup>83</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal*,(disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)), p. 3.



permita a los menores el libre desarrollo de su sexualidad y que les impida mantener relaciones con otras personas cercanas a ellas por edad o madurez<sup>84</sup>.

#### IV.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 183 *BIS* CP

Uno de los interrogantes que surgen respecto a la cláusula contenida por dicho artículo es la naturaleza jurídica de la misma. Así, en la doctrina no hay consenso sobre esta cuestión, puesto que, por un lado, algunos autores consideran que se trata de una excusa absoluta, es decir, que afectaría en este caso no a la existencia del delito si no a la punibilidad del mismo; mientras que, por otro lado, otros mantienen que se trata de una causa de atipicidad, significando esto que la conducta sí sería típica, pero tendría una justificación<sup>85</sup>.

Autores como RAMOS VÁZQUEZ sostienen que se trata de una causa de atipicidad ya que les parece mucho más coherente porque si se tratase esta cláusula únicamente de una excusa absoluta la conducta seguiría siendo antijurídica, por lo que eximiría solo al interviniente del acto sexual y no a los eventuales partícipes en el hecho<sup>86</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia en un primer momento consideraba que se trataba de una excusa absoluta, así por ejemplo es el caso de la SAP 132/2017 de Barcelona que en sus fundamentos de derecho menciona la “aplicación de la excusa absoluta del artículo 183 *quater*”<sup>87</sup>.

Pero en sentencias más recientes, como la STS de 16 de diciembre de 2020 ya se contiene que se aproxima a una exclusión de tipicidad<sup>88</sup> y en la STS de 2 de diciembre de 2021 se afirma que “precisamente para evitar el efecto de una criminalización indiferenciada de esa clase de relaciones, el legislador situó fuera de los márgenes del tipo aquellos contactos amparados por el artículo 183 *quater* del CP”<sup>89</sup>.

Además, la Circular 1/2023 de Fiscalía General del Estado ya se refiere a ella como una exclusión de tipicidad<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)), p. 11.

<sup>85</sup> ZARAGOZA TEJADA, J.-I., “La cláusula “Romeo”: El largo camino hacia la construcción de una nueva atenuante” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2023, p. 2.

<sup>86</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 313.

<sup>87</sup> SAP de Barcelona de 16 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:1306).

<sup>88</sup> STS de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4332).

<sup>89</sup> STS de 2 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4615).

<sup>90</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre* (disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/05/pdfs/BOE-A-2023-8697.pdf>), p. 30.

Por lo tanto, y si seguimos el criterio tanto de autores como RAMOS VÁZQUEZ, de la Fiscalía e, inclusive, de las últimas sentencias de esta materia, podemos concluir que nos encontramos ante una causa de atipicidad por la que no concurren todos los elementos del tipo penal.

#### IV.3. ALCANCE DEL ARTÍCULO 183 *BIS* CP

Otra de las cuestiones que suscita este artículo es a qué delitos puede aplicarse puesto que en la redacción literal del precepto se contempla para los “previstos en este capítulo”, pero añade que es necesario el consentimiento libre del menor y que no concorra ninguna de las circunstancias del segundo apartado del artículo 178<sup>91</sup>.

Por lo tanto, y en palabras de RAMOS VÁZQUEZ, “parece evidente que el legislador está pensando fundamentalmente en el artículo 183.1 CP (actualmente 181.1), es decir, en supuestos en los que hay una realización de actos de carácter sexual con el menor de 16 años”<sup>92</sup>.

Así, la redacción literal del precepto permite afirmar que se excluye de la aplicación a las agresiones sexuales en las que medie: violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, y cuando se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare o cuando la víctima tenga anulada su voluntad<sup>93</sup>.

Por lo que se incluirían las acciones típicas en las que no se diesen esas características tanto el apartado 1 del artículo 181 CP, como hacer presenciar a menores actos sexuales (entendiendo que ello no supone ningún tipo de intimidación ni coacción) y también el *grooming* del artículo 183.1 CP. Pero, respecto a este último, se excluiría la variante agravada al requerir la concurrencia de violencia, intimidación o engaño y también el segundo apartado en el que se requiere embaucar al menor para que facilite o muestre material pornográfico, puesto que se necesita el consentimiento libre y este es incompatible con el acto de embaucar<sup>94</sup>.

Ahora bien, algo que parece incoherente es la exclusión de los artículos 185 y 186 CP en los que se contienen los actos de exhibicionismo o, por ejemplo, la posesión o el visionado de pornografía a menores, pero respecto a ella ya se pronunció la Fiscalía

---

<sup>91</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>92</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 314.

<sup>93</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>94</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)), p. 12.

General del Estado. Así, en su Circular 9/2011 dice que “cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila”<sup>95</sup>, siendo esto aplicable también al exhibicionismo y a la exhibición de pornografía a menores.

En conclusión, esta cláusula resultará de aplicación a todos los preceptos del Capítulo II del Título VIII CP excepto a aquellos en los que medie alguna de las circunstancias ya mencionadas.

#### IV.4. LÍMITES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 183 *BIS* CP

Como cuestión previa antes de valorar los requisitos que tienen que concurrir para la aplicación del precepto, es importante saber si esta es aplicable a todas las edades, es decir, si la cláusula Romeo y Julieta sería aplicable a mayores de edad o si se limitaría solo a los menores de dieciocho o si hay algún límite inferior, por ejemplo, niños menores de 12 años, a los que no se les podría aplicar.

Respecto a la aplicación de este artículo a mayores de dieciocho, tanto RAMOS VÁZQUEZ<sup>96</sup> como MORILLAS FERNÁNDEZ concuerdan en que sí es aplicable a aquellos que ya han alcanzado la mayoría de edad.

Así, y en palabras de este último “si hubiera que establecer un límite superior, no creo que fuera capaz de determinarlo (...). Lo que sí tengo claro es que semejante límite no puede equipararse con la mayoría de edad por los siguientes motivos: i) esta opción no cabe deducirla expresamente de la cláusula; ii) con la Política-Criminal restrictiva del legislador, si su espíritu hubiera sido ése, lo hubiera referido expresamente; y iii) al no optar por un sistema de edades cerradas, los dieciocho años se encuentran en una franja donde pueden encontrarse similitudes de madurez y desarrollo con los menores por lo que no debe establecerse una presunción en contrario sino que debe acreditarse su ausencia”<sup>97</sup>.

Por lo tanto, y siguiendo la línea marcada por ambos, la mayoría de edad no es una razón para excluir la aplicación de estos artículos, por lo que si se cumplen los requisitos podrá aplicarse tanto a relaciones sexuales entre menores como entre un menor y un mayor de edad.

---

<sup>95</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf)), p. 13.

<sup>96</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 318.

<sup>97</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.-L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson S.L., Madrid, 2015, p. 505.

Pero, otra pregunta que surge es si hay una edad en la que no pueda aplicarse este artículo, pensemos así, por ejemplo, en un niño de 3 años o en un adolescente de 12 ¿Podría aplicarse a ambos?

Esta es una cuestión controvertida en la que hay diferentes opiniones en la doctrina, así, por un lado, MORILLAS FERNÁNDEZ sería partidario de establecer un límite a los trece años “protegiendo con ello el correcto proceso formativo de los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en materia sexual”<sup>98</sup>. Esta misma línea es apoyada por GARCÍA ÁLVAREZ a quien le “parece excesivo que se deje abierta la puerta a la relevancia del consentimiento que pueda prestar en este ámbito toda menor de esa edad. Entiendo que en este contexto el legislador debería haber blindado a los menores de determinadas edades y que su consentimiento no pudiese entenderse como válido en supuesto alguno, por ejemplo, hasta los trece años”<sup>99</sup>.

Pero, por otro lado, y en contraposición a dichas opiniones, GONZALEZ AGUDELO considera que se puede dar un consentimiento válido sin la necesidad de marcar un límite inferior<sup>100</sup>. Sobre esto y desde el punto de vista de RAMOS VÁZQUEZ también es más coherente con la cláusula la inexistencia de un límite ya que el artículo “ni excluye expresamente edad alguna, ni puede fácilmente conciliarse con la existencia de un supuesto límite infranqueable puramente cronológico”<sup>101</sup>.

En conclusión, no hay acuerdo sobre la existencia o no de un límite inferior pero las intenciones del legislador parecen haber quedado claras en la redacción del artículo: que el consentimiento libre del menor sea válido cuando haya proximidad en edad y en madurez, dos requisitos que se analizarán los siguientes puntos.

#### IV.5. CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN: EL CONSENTIMIENTO Y LA “PROXIMIDAD”

Para que se pueda aplicar el precepto debe concurrir: que el menor dé su consentimiento libre y que esté próximo en edad y en grado de desarrollo o madurez física y psicológica<sup>102</sup> a la persona con la que se realizan las conductas previstas. Por lo que, a continuación, se analizarán estos requisitos uno a uno.

---

<sup>98</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D.-L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., p. 505.

<sup>99</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P. “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Análisis de las reformas penales*, MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 165.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-16, 2016, p. 8.

<sup>101</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 319.

<sup>102</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

#### IV.5.a) El consentimiento

Una condición indispensable para la aplicación de este artículo es que el menor preste libremente su consentimiento, entendido este como “conocer y querer el carácter sexual del acto desarrollado con un tercero y la relevancia que conlleva”<sup>103</sup>. Así, lo señala, por ejemplo, la STSJ de Cataluña que dice que “la concurrencia del consentimiento es un requisito previo que debe concurrir para entrar en el análisis de si hay cercanía, grado de madurez entre las personas que han intervenido en la relación”<sup>104</sup>.

Ahora bien, este artículo, a diferencia del 178 CP, no señala que este tenga que manifestarse “mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”<sup>105</sup>. Pero, lo que sí es evidente es que la conformidad del menor no puede estar ni condicionada ni viciada, si no que ha de darse con plena libertad<sup>106</sup>

Así las cosas, no se considerará consentimiento libre aquel que se presta bajo los efectos del alcohol o de las drogas, siendo necesario para ello una verdadera intoxicación o una reducción de sus capacidades volitivas o cognitivas; o en el que median otras circunstancias como el engaño, precio, recompensa, abuso de una situación de superioridad o confianza, puesto que, en estos supuestos, ya no podríamos hablar de libertad en el momento del menor de dar su consentimiento<sup>107</sup>.

En conclusión, hemos de tener en cuenta, por lo tanto, que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, se presume que el menor de dieciséis años no puede prestar válidamente su consentimiento mientras no se pruebe en contrario<sup>108</sup> y no se den las circunstancias contenidas en la cláusula: consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, que estudiaremos a continuación.

#### IV.5.b) La “proximidad”

Si el menor da su consentimiento libre, y para que se produzca la exclusión de la responsabilidad, tienen que darse otros dos requisitos: la proximidad en edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez del menor y la otra persona. Estos requisitos aparecen como acumulativos, es decir, que será necesario en todo caso que se

---

<sup>103</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 17.

<sup>104</sup> STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:10724).

<sup>105</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1249.

<sup>106</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 19.

<sup>107</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 19.

<sup>108</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) [en línea]. <https://dpej.rae.es/lema/iuris-tantum#:~:text=Can..tenga%20prueba%20de%20lo%20contrario>. [Fecha consulta: 20/12/2023].

cumplan los dos, pero, en el caso en que haya una asimetría en la edad de ambos ya no se valoraría el grado de madurez y solamente en el caso contrario (si no hay gran diferencia en la edad) sí que se valoraría este segundo elemento<sup>109</sup>.

En esta línea, la STS de 18 de enero de 2017 recoge que “se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso”<sup>110</sup>.

A su vez el ATS de 23 de marzo de 2017 dice que “se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez”<sup>111</sup>.

Ahora bien, surge la siguiente pregunta ¿qué se considera proximidad en edad y madurez? A continuación, se analizarán en los siguientes puntos.

#### *IV.5.c) La “proximidad” en edad*

La primera previsión que contempla el artículo 183 *bis* CP para su aplicación es la proximidad en la edad. Ahora bien, el concepto de proximidad es indeterminado y es que la ley en ningún momento concreta cual es la diferencia de edad permitida para que las conductas no sean constitutivas de delito<sup>112</sup>.

Así pues, y a diferencia de otros códigos en los que, si se establece la diferencia de edad en la que no se considera delito, en nuestro Código Penal no hay una establecida. Respecto a ello RAMOS VÁZQUEZ, aunque considera que hay buenas razones por las que no se ha definido esta cuestión, opina que sería preferible haber dado otra solución, como, por ejemplo, establecer una diferencia de edad holgada y que en el caso de que esta se llegase a superar se pudiese aplicar igualmente la cláusula a quien tenga un grado de madurez similar al menor<sup>113</sup>.

Ahora bien, dado que el legislador no ha determinado el rango de edad, son los tribunales en las sentencias los que se han pronunciado sobre lo que se considera próximo y lo que no. En este sentido, la SAP de Castellón de la Plana de 20 de marzo de 2019

---

<sup>109</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., pp. 20-21.

<sup>110</sup> STS de 18 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:88).

<sup>111</sup> ATS de 23 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3775A).

<sup>112</sup> GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, cit., p. 7.

<sup>113</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 323.

aplica esta cláusula a un supuesto en el que la menor tenía 14 años y el otro implicado 18, admitiéndose, por lo tanto, la diferencia de edad de 4 años<sup>114</sup>.

Pero, se llegan a permitir diferencias todavía mayores, como es en el caso de la SAP de Madrid de 12 de junio de 2019 en la que la diferencia de edad era de cinco años y al situarse el acusado “en una edad tanto mental como física próxima a la de la denunciante”<sup>115</sup> resultó absuelto.

No obstante, cuando la diferencia de edad es mucho más amplia, los pronunciamientos de los tribunales ya no consideran que haya proximidad en edad. A este respecto nos encontramos con la STS del 18 de enero de 2017 en la que la menor tenía 11 años y ocho meses y el acusado 20, habiendo entre ambos una diferencia de 8 años y medio y resultando esta inadmisibles de acorde al Tribunal Supremo<sup>116</sup>.

En la misma línea la STS de 15 de diciembre de 2016 que “considera fuera de los límites señalados para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el artículo 183 *quater* del CP”<sup>117</sup> una relación de seudonoviazgo con una diferencia de edad de ocho años y siete meses.

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife condena por un delito de abuso sexual a un joven de 23 años por mantener relaciones sexuales con una joven de 15 años al considerar que no pueden considerarse próximas las edades por haber una diferencia de más de 8 años y, además, una vez evaluado el grado de madurez de ambos se concluye que no se puede acreditar una similitud para fundamentar la aplicación de la eximente<sup>118</sup>.

En contraste a estas resoluciones, hemos de destacar que una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares aplica esta cláusula a pesar de que había una distancia de 9 años de edad basándose en que “aunque la diferencia de edad entre ambos jóvenes fuera de unos nueve años, el hecho de contar ella con casi quince años y él con veinticuatro, unido a que compartían entorno social, de amistad y lúdico (contexto simétrico), no puede equipararse bajo el *prima* de una mera aritmética a predichos supuestos en que la menor cuenta con once años y él con veinte, pues las vivencias, experiencias y grado de desarrollo a tan temprana edad, cualquiera que sea el contexto vital, es desigual *res ipsa liquitur* al inherente a un joven de veinte años”<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> SAP Castellón de la Plana de 20 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APCS:2019:12).

<sup>115</sup> SAP Madrid de 12 de junio de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:5965).

<sup>116</sup> STS de 18 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:88).

<sup>117</sup> STS de 15 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5491).

<sup>118</sup> SAP de Tenerife de 7 de junio de 2023 (ECLI:ES:APTF:2023:1027).

<sup>119</sup> SAP de Palma de Mallorca de 11 de julio de 2018 (ECLI:ES:APIB:2018:1676).

En conclusión, el legislador no ha querido concretar qué entiende por proximidad en edad dejando esta labor a los tribunales. Y si se analizan las resoluciones, pueden distinguirse tres tramos de edad que RAMOS VÁZQUEZ resume del siguiente modo:

“- Hasta 6 años (inclusive) de diferencia, es mayoritaria la jurisprudencia que aprecia la proximidad de edades con muy pocas excepciones.

- Entre 6 y 9 años de diferencia, es muy mayoritaria la jurisprudencia que no aprecia la mencionada proximidad, asimismo con contadas excepciones.

- 10 años es el límite superior, desde el punto de vista jurisprudencial, de aplicación de la cláusula, al menos por el momento”<sup>120</sup>.

#### *IV.5.d) La “proximidad” de desarrollo o madurez física y psicológica*

Como ya se ha mencionado, para darle validez al consentimiento libre del menor se optó por un criterio mixto basado en la proximidad en edad y la proximidad en grado de desarrollo o madurez. Así, y respecto a esto último, el artículo 183 *bis* CP recoge que el autor tiene que ser una persona “próxima al menor por grado de desarrollo o madurez física y psicológica”<sup>121</sup>, pretendiendo con ello, en palabras de ACALE SÁNCHEZ, evitar “desequilibrios de carácter relevante que pongan al menor en una situación de especial vulnerabilidad”<sup>122</sup>.

Por lo tanto, no se trata de que el menor tenga madurez para decidir sobre su libertad sexual, sino que lo que hay que probar en todo caso es que el grado de madurez sea similar al de la persona mayor de edad implicada<sup>123</sup>.

Ahora bien, la redacción literal del precepto emplea la expresión “desarrollo o madurez”, inspirándose así en el artículo 8 de la Directiva 2011/92/UE que menciona el “grado de desarrollo o madurez física y psicológica”<sup>124</sup>. Así, hay dos interpretaciones de nuestro artículo, una estricta en la que se refiere a los aspectos psicológicos y otra más amplia en la que se refiere tanto a estos como a aspectos físicos<sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 337.

<sup>121</sup> LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 24 de noviembre de 1995 núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

<sup>122</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, cit., p. 1250.

<sup>123</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 25.

<sup>124</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a lucha contra abusos sexuales 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 (DOUE de 17 de diciembre de 2011).

<sup>125</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 29.



En este sentido, el TSJ de Cataluña, en la sentencia de 12 de septiembre de 2023, sobre el concepto desarrollo dice que está integrada por: crecimiento, maduración y aprendizaje. Y añade “el crecimiento significa el aumento de los elementos constitutivos de la personalidad, especialmente su aspecto físico (...). La maduración identifica la capacidad adaptativa en términos graduales a nuevos modos y exigencias de acción y a los nuevos objetivos derivados del crecimiento que deriva en la edad adulta”<sup>126</sup>.

Cabe destacar que en cuanto a la relevancia de la similitud en aspecto físico autores como, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR estima que “en la práctica la simple proximidad en edad y apariencia no es suficiente para un juicio sobre pleno sobre la aplicabilidad de la cláusula, ya que el aspecto madurativo no se puede ignorar. Incluso podría decirse que la diferente apariencia es irrelevante si por edad y madurez hay equilibrio o, por decirlo más precisamente aún, no hay relevantes o notorios desequilibrios”<sup>127</sup>.

Pues bien, en la misma sentencia del TSJ de Cataluña antes mencionada ya se dispone que “es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez contenidas en el tipo obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales”<sup>128</sup>.

Así, por ejemplo, en la SAP de Cádiz de 19 de noviembre, se aplica este artículo a un joven de veinte años que mantuvo relaciones sexuales con una niña de catorce al no poder apreciar “un desequilibrio relevante y notorio (...), ni desde el punto de vista objetivo, ni subjetivo, toda vez que ambos jóvenes compartían amistades y lugares de ocio, pudiendo contextualizarse sus vidas, por tanto, en un entorno social próximo y afín”<sup>129</sup>.

También la STS de 28 de enero de 2020, en la que se absuelve a un adolescente de dieciocho años tras mantener relaciones sexuales con una niña de 13 puesto que la “personalidad del primero y su escasa formación cultural y educativa, la patología psíquica que presentaba” determinaba que “presente una inmadurez que le equipara a un adolescente medio entre 14 y 15 años y que determine que no existan diferencias sustanciales en cuanto a la inmadurez entre el acusado y la menor”<sup>130</sup>.

En conclusión, y de acuerdo con RAMOS VÁZQUEZ “lo cierto es que, más allá de la porosidad de los conceptos “desarrollo” y “madurez”, capaces de absorber preconcepciones por parte de los operadores jurídicos, el art. 183 *quater* (ahora 183 *bis*) CP, habilita a éstos para poder alcanzar una solución caso a caso lo que, en determinadas

---

<sup>126</sup> STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8706).

<sup>127</sup> BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, cit., p. 29.

<sup>128</sup> STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8706).

<sup>129</sup> SAP de Cádiz de 14 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:2486).

<sup>130</sup> STS de 28 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:256).

situaciones, puede resultar político-criminalmente ajustado y, en otras, puede perpetuar un modo limitador y tradicional de entender las relaciones sexuales”<sup>131</sup>.

#### IV. 6. POSIBLE ATENUANTE

La última de las cuestiones a abordar sobre el artículo 183 *bis* CP es la posibilidad de aplicarlo como una atenuante cuando no se cumplan todos los requisitos que exige y es que así se contempla en la Circular que elabora la Fiscalía General del Estado en 2017 cuando dice “debe admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 *quater* (ahora 183 *bis*) cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento”<sup>132</sup>.

En este sentido se pronuncia el TS en la sentencia de 24 de noviembre de 2023 que dice “y aunque sea factible apreciar una atenuante analógica cuando no confluyan plenamente las exigencias que justificarían la exclusión de responsabilidad criminal y aparezca en los hechos una conexión con el fundamento normativo del artículo 183 *quater* del Código Penal, es evidente que la atenuación exige la presencia de elementos que aproximen la asimetría en la capacidad de discernimiento y decisión que presentan los miembros de la pareja, de manera que se devalúe o desdibuje el contexto de abuso que justifica la tipicidad de los hechos”<sup>133</sup>.

Así, la SAP de Bilbao de 14 de noviembre de 2018 recoge que “puede articularse una atenuante de análoga significación a aquella en tanto que existe una semejanza intrínseca entre la conducta apreciada y la contemplada en el texto legal, atenuante que ha de reputarse cualificada precisamente por concurrir plenamente dos de los tres elementos de la exclusión, siendo uno de ellos el sustancial (el consentimiento)”<sup>134</sup>.

En conclusión, el artículo 183 *bis* CP podría aplicarse como una atenuante analógica en aquellos supuestos en los que, concurriendo el requisito imprescindible del consentimiento, se aprecien parcialmente alguno de los otros dos o cuando falte alguno

---

<sup>131</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 326.

<sup>132</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del artículo 183 quater del Código Penal*, (disponible en: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)), p. 9.

<sup>133</sup> STS de 24 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5298).

<sup>134</sup> SAP de Bilbao de 14 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:APBI:2018:2680).

de ellos. Lo que, en opinión de RAMOS VÁZQUEZ supone una “huida de los órganos jurisdiccionales del punitivismo extremo que el actual 183 *quater* CP impone”<sup>135</sup>.

## **V. ESTUDIO DE LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA A TRAVÉS DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2022 (CASO ARANDINA)**

Tras este análisis del artículo 183 *bis* CP, a continuación, se procederá al estudio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2022 que permite abordar cuestiones desde como se aprecia la similitud en edad y en grado de desarrollo y madurez hasta la aplicación como atenuante de este artículo.

Así, esta resuelve el conocido como “Caso Arandina”, sobre el que, antes de llegar al Tribunal Supremo, se pronuncian la Audiencia Provincial de Burgos y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Por lo tanto, también se hará mención a estos pronunciamientos, siendo necesarios para comprender y para valorar cuestiones de interés en relación con el artículo 183 *bis* CP.

### **V.1. HECHOS PROBADOS**

Los hechos que contiene la presente sentencia sucedieron en 2017. En este año la víctima (a la que a partir de ahora nos referiremos como Hortensia y que tenía 15 años) mantuvo contacto con Severiano de 24 años (uno de los agresores, el de mayor de edad). Después de una temporada hablando, en la que incluso se enviaron fotografías en ropa interior, quedaron en persona en un bar cerca de la casa del agresor y, posteriormente, ese mismo día, subieron a la misma con el pretexto de realizar un vídeo musical.

Allí, y conforme a los hechos que la AP considera probados, se encontraban Severiano y dos investigados más (a los que nos referiremos al igual que en la sentencia como José Manuel, de 22 años, y Gerardo, de 19) quienes apagaron las luces de la estancia y, sabiendo que ella era menor, procedieron a desnudarla para hacer que los masturbase después e, incluso, les practicase una felación. Tras estos hechos, Gerardo llevó a la niña a su habitación y la penetró vaginalmente, no constando su oposición<sup>136</sup>.

Ante esto, la AP de Burgos en su sentencia de 11 de diciembre de 2019 los condenó a los tres como autores de un delito de agresión sexual con acceso carnal a menor de 16 años y como cooperadores necesarios de los delitos cometidos por los demás<sup>137</sup>.

No obstante, tras esta resolución se presentó recurso por los tres acusados ante el TSJ. De este modo, los hechos probados sufrieron dos modificaciones:

---

<sup>135</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “La cláusula Romeo y Julieta (Art. 183 *quater* del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, cit., p. 349.

<sup>136</sup> SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1017).

<sup>137</sup> SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1017).

1.- Se modifica un párrafo suprimiendo la mención al conocimiento por parte de los acusados de la minoría de edad de la víctima.

2.- Se añade uno más en el que se plasmaba lo siguiente: “2ª Se añade un apartado: SEXTO. - En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano, José Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de José Manuel. En cuanto a Severiano, padeció un trastorno déficit de atención/hiperactividad en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica”<sup>138</sup>.

Finalmente, y tras el debido análisis, el TSJ estima parcialmente el recurso presentado por los acusados, considerando la existencia de un delito de abuso sexual en lugar de agresión en los hechos del salón al considerar el tribunal que no hay intimidación. Esto se justifica en “la credibilidad del testimonio de la menor, en lo que se refiere a la intimidación causada por la presencia de los tres condenados, presenta fisuras relevantes en su lógica interna, y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo, lo que convierte en difícilmente homologable la valoración aceptada por la Audiencia desde la lógica y la razonabilidad”<sup>139</sup>.

Por lo que, una vez considerado abuso, se aplica el artículo 183 *bis* CP a Gerardo, el menor de los condenados, y a Severiano y José Manuel se les rebaja la pena al aplicar el artículo como atenuante cualificada, lo que se estudiará con mayor profundidad en el siguiente apartado.

Por último, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de noviembre se aumentan de nuevo las penas de los dos acusados al eliminar la atenuante que había aplicado el TSJ.

## V.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En las tres sentencias que abordan el caso se plantean cuestiones de gran interés en relación con el tema objeto de estudio, por lo que a continuación se procederá a su análisis.

### V.2.a) Audiencia Provincial

Así, en primera instancia, la Audiencia Provincial valora, en primer lugar, la aplicación del artículo 183 *bis* CP (en ese momento, 183 *quater*) a la relación mantenida entre Gerardo y la menor, puesto que la falta de consentimiento de la víctima para la penetración vaginal no queda probada y, a su vez, por el equipo psicosocial se corroboran grados de madurez similares, considerando no relevante la diferencia de edad entre ambos. No obstante, y en relación con los actos cometidos en grupo, no puede inferirse

---

<sup>138</sup> STSJ de 18 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

<sup>139</sup> STSJ de 18 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

que estos actos hubiesen sido consentidos, y se contempla por la Audiencia la existencia de intimidación<sup>140</sup>, constituyendo estos hechos una agresión sexual y no teniendo cabida la aplicación de la cláusula<sup>141</sup>.

- Otros pronunciamientos aplicables al caso.

Al aplicar la Cláusula Romeo y Julieta respecto a los actos individuales cometidos por el menor de los tres condenados, la Audiencia Provincial recoge una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo que ayuda a esclarecer el modo de aplicación de la misma y que, por tanto, se mencionarán brevemente en el presente trabajo.

En primer lugar, se hace referencia al ATS de 21 de enero de 2016 en la que se resolvía un recurso interpuesto frente a una sentencia en la que condenaba a un adulto de 46 años por un delito de abuso sexual continuado a una menor de 13.

Uno de los motivos en los que se basaba la defensa del acusado era la falta de aplicación del artículo 183 *quater* CP (ahora 183 *bis*), pero sobre ello el TS considera que “aun siendo muy generosos a la hora de interpretar persona próxima por edad y madurez no puede extenderse a supuestos como el presente (...) la diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libre prestado por la menor – cuya edad se aleja tanto del actual límite de consentimiento sexual como del anterior fijado en 13 años-, y menos que exista proximidad entre él y el menor por razones de edad o desarrollo”<sup>142</sup>.

En consecuencia, no se aplica el precepto en este caso en el que, evidentemente, hay una amplia diferencia tanto de edad como de grado de madurez.

En segundo lugar, otro de los pronunciamientos, en el que, a diferencia del anterior, sí se aplica la Cláusula Romeo y Julieta es la STS de 19 de octubre de 2016. En ella Laura, de 14 años, y Pascual, de 29 años, mantenían una relación con contactos sexuales a lo largo de ella, siendo lícita cuando esta comenzó al encontrarse la edad de consentimiento sexual en 13 años lo que cambió, con la subida en el 2015, a 16.

Esto tiene como consecuencia que una relación hasta ese momento considerada lícita y, en la que sentencias de instancias anteriores recogen que la menor sí quería mantener una relación con el acusado, pase a ser considerada ilícita tras esta reforma. Así el tribunal considera que “estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de

---

<sup>140</sup> La AP de Burgos consideró que concurría intimidación ambiental al encontrarse la menor en un domicilio ajeno, con la luz apagada con y tres hombres de edad y complexión superior a la de ella que se encontraban desnudos y que la desnudaron a ella.

<sup>141</sup> SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1017).

<sup>142</sup> ATS de 21 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:288A).

los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad”<sup>143</sup>.

Por lo tanto, y aunque se considera amplia la diferencia de edad, las circunstancias propias del caso, provoca la absolución de Pascual.

Por último, se recoge la STS de 18 de enero 2017 que relata como Romualdo y Gema, de veinte años el primero y once de la menor, se consideraban novios y mantuvieron relaciones sexuales. Ante la sentencia que lo condenaba por un delito de abusos sexuales se interpuso recurso siendo uno de los motivos la falta de aplicación del artículo objeto de estudio en este trabajo.

El Tribunal sobre él se pronuncia y dice que “aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios.

Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrios relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquel pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen en cada caso”<sup>144</sup>.

No obstante, en este caso, analizando las circunstancias del mismo, se aprecia la lejanía en edad, ya que se trata de un joven de más de 20 años y una niña que no ha llegado a los 12 y que, dice el tribunal, esto influye en el grado de desarrollo y madurez no siendo estos próximos. Por lo tanto, se desestima este motivo.

#### *V.2.b) Tribunal Superior de Justicia*

Posteriormente, y ante la SAP que los condena a los tres como autores de un delito de agresión sexual y cooperadores necesarios de los delitos cometidos por los demás, se interpuso recurso ante el TSJ por parte de los tres condenados.

El Tribunal descarta la intimidación de los condenados a la menor al considerar que en el testimonio de la víctima había fisuras y que carecía de elementos periféricos en los que apoyarse, incluso llegando la víctima a enviarle un mensaje a su hermana diciendo que el miedo lo sintió después de ocurridos los hechos por el momento en el que sus

---

<sup>143</sup> STS de 19 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4517).

<sup>144</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

padres tuviesen conocimiento de lo acaecido. En consecuencia, se clasifican los actos realizados por los investigados como abuso sexual y se plantea la aplicación del artículo 183 *quater* CP (ahora 183 *bis* CP) para la que dice que “para hacer operar esta previsión se hace preciso indagar si existe una simetría edad/grado de madurez y desarrollo entre la menor y los adultos o, por el contrario, si las diferencias entre los autores y la víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso”<sup>145</sup>.

Así, en relación con Gerardo de 19 años se expone que esta cuestión ya fue resuelta por la Audiencia Provincial considerando el equipo psicossocial que la madurez entre ambos era similar y que la diferencia de edad de 15 y 19 años no era relevante<sup>146</sup>. Por lo tanto, resulta así de aplicación el artículo a esta conducta de abuso sexual por lo sucedido en el salón<sup>147</sup>.

Ahora bien, en cuanto a Severiano y José Manuel (recordemos, de 24 a 22 años respectivamente) se contempla que no cabe la aplicación del artículo como eximente puesto que falta simetría entre su grado de desarrollo y madurez. Si bien se recoge que las edades podrían considerarse próximas siguiendo la STS de 15 de diciembre ya que los 15 años de la menor entrarían dentro de la franja de la pubertad<sup>148</sup>.

Pero, profundizando en el grado de desarrollo y madurez, en relación con la menor se estima que se presenta con una mayor madurez sexual de la que corresponde en base a su momento evolutivo y experiencia. Y, en relación con los agresores, un informe psicológico médico-forense “se muestra particularmente cauto a la hora de evaluar el grado de madurez, pues, si bien los considera dentro de la normalidad de sus capacidades, cognitivas, sociales y personales, advierte que no existe ninguna técnica específica por parte de la psicología forense para llevar a cabo una evaluación de la madurez en la toma de decisiones”<sup>149</sup>. Pero, posteriormente y al examinar el medio social en el que se desenvolvían tanto la víctima como los recurrentes se parecía una madurez próxima entre todos ellos.

Finalmente, valorando todas las circunstancias concurrentes, ante la relativa proximidad en edad y en grado de desarrollo y madurez el TSJ aplica la atenuante analógica del artículo 21.7 CP con el carácter de muy cualificada del artículo 183 *bis* CP.

---

<sup>145</sup> STSJ de 18 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

<sup>146</sup> SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APBU:2019:1017).

<sup>147</sup> Es preciso recordar en este punto que, en relación con los hechos sucedidos en la habitación en los que Gerardo y la menor mantienen relaciones sexuales en las que él la penetra vaginalmente, la Audiencia Provincial ya lo había absuelto al considerar que no quedaba probada la oposición de la víctima y al considerarlos similares en edad y madurez.

<sup>148</sup> STSJ de 18 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

<sup>149</sup> STSJ de 18 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

### V.2.c) Tribunal Supremo

Ante el pronunciamiento del TSJ se interpone recurso de casación ante el TS por los tres condenados y también por parte del Ministerio Fiscal y la Asociación Clara Campoamor.

Uno de los motivos en los que se basa el recurso de casación interpuesto por los agresores es la aplicación del artículo 183 *bis* CP no como una atenuante sino como una exigente, mientras que el recurso interpuesto en nombre de la menor cuestiona la proximidad en grado de desarrollo o madurez y en edad entre los condenados y la menor. Así, el TS en esta sentencia se pronuncia sobre varias cuestiones de gran interés para finalmente resolver el caso.

En primer lugar, nos recuerda en este punto, además de las sentencias ya mencionadas por la AP y que han sido recogidas en este trabajo en el primer apartado del análisis de esta sentencia, las conclusiones que la Circular 1/2017. En estas se esclarecen las siguientes cuestiones en relación con el artículo:

“1.- El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 *quater* CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2.- El Legislador, para conferir al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3.- El art. 184 *quater* no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4.- Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben ser orientadores.

5.- La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatar caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.



6.- En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 *quater*, procederá el sobreseimiento del art. 637.º LECrim.

7.- Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

8.- La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito de *grooming*, podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 *ter* (*sexting*), por ser incompatible el consentimiento libre que se exige con el embaucamiento propio de este tipo”<sup>150</sup>.

Este resumen de la Fiscalía General del Estado ayuda a la aplicación del precepto al indagar en cuestiones básicas del mismo. No obstante, veremos como en el presente caso, se contradicen alguna de las aquí expuestas en relación con su uso como atenuante.

Pero, en primer lugar y para comenzar, el TS habla sobre la fundamentación de esta Cláusula y dice que el CP no puede prohibir las relaciones sexuales entre jóvenes, pero sí “el aprovechamiento del mayor respecto del menor de edad en aquellas”<sup>151</sup>. De tal modo que no se pretende interferir en las decisiones de los menores sino que únicamente se interviene cuando las relaciones se producen entre un mayor y un menor de edad. Pero, en relación con este último escenario es posible que haya una aproximación de edad y madurez que tenga como consecuencia que no se produzca el mencionado aprovechamiento por parte del mayor de edad al encontrarse ambos en un mismo plano<sup>152</sup>.

Recoge el TS lo contemplado en Derecho comparado al decir que “lo que pretenden estas disposiciones es evitar que la ley, al establecer límites de edad, conlleve interpretaciones estrictas, que impidan contactos de naturaleza sexual consentidas entre

---

<sup>150</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>151</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>152</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

personas jóvenes, semejantes en edad y madurez. Es decir, son conceptos acumulativos. Por ello no se aplica cuando esa semejanza no concurre y en estos casos no podría aplicarse la exención, aunque si la atenuante analógica muy cualificada<sup>153</sup>. En esto basa sus argumentos el TSJ en la sentencia que fue recurrida.

Ahora bien, en la presente sentencia, en relación con Gerardo no modifica lo ya considerado por el TSJ: no queda probado que la menor no diese su consentimiento, se considera que hay proximidad en el grado de madurez y la diferencia de edad no es relevante.

Pero, en relación con la aplicación a Severiano y José Manuel no tiene cabida aplicar la exención de la responsabilidad, aunque se aprecie una cierta disminución de madurez.

En este caso concreto, Severiano tenía 24 años y la víctima 15 por lo que el Tribunal considera que no es posible aplicar el precepto ya que a pesar de la prueba pericial que se practicó no hay una disminución tal que permita deducir proximidad entre “recurrente y víctima en edad real y en grado de desarrollo o madurez física y psicológica que lo haga merecedor de la exención”<sup>154</sup>.

A su vez, el TS aclara en esta sentencia que la aplicación del artículo como atenuante o eximente, así, la “exención o atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión en favor o de la exención absoluta cuando concurren todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad”<sup>155</sup>. Y es que el 27.1 CP si bien menciona como atenuante cualquier otra circunstancia analógica a las anteriores no se menciona entre ellas el 183 *bis* CP, que solo avala la exclusión de responsabilidad, no una atenuación ni simple ni cualificada al no disponer de marco legal para ello no siendo la Circular de la Fiscalía uno<sup>156</sup>.

Además, para finalizar, se añade que, en su caso, la atenuante no podría aplicarse en el marco de una orgía sexual sino en otros escenarios como, por ejemplo, relaciones entre personas jóvenes o en una relación de pareja.

Por lo tanto, y con base en todo esto se suprime la aplicación de la atenuante muy cualificada para Severiano y José Manuel, mientras que, en cuanto a Gerardo, el más joven de los tres, se mantiene la absolucón al haber desaparecido la intimidación ambiental y al concurrir cercanía en edad y madurez<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>154</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>155</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>156</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>157</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

### V.3. VOTO PARTICULAR

Ante la sentencia por la que se inadmite el recurso de los acusados y se anula la sentencia dictada por el TSJ, uno de los magistrados formula voto particular siendo uno de los motivos de discrepancia la supresión de la atenuante del artículo 183 *bis* CP.

En primer lugar, se opone a la idea de que en virtud del artículo 21.7 CP no pueda aplicarse el precepto como una atenuante analógica y para ello se basa en la existencia de resoluciones en las que sí se aplica de este modo.

Por ejemplo, una de las que se menciona es la STS de 1 de julio de 2022 que establece que: “el TS ha considerado que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP (...). Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 *quarter* cuando solo parcialmente concurren los presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia del consentimiento”<sup>158</sup>.

En segundo lugar, se opone a la idea de que no haya opciones intermedias entre la exención absoluta o la concurrencia de responsabilidad con este artículo diciendo que “no la comparte porque leído el referido artículo, se puede comprobar que lo que dice es que el consentimiento libre del menor de 16 años excluirá la responsabilidad penal, pero no dice que sea una exclusión ni total ni parcial, sino que lo pone en relación con esos factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual, que no son factores absolutos si no modulables en función de las circunstancias concurrentes en cada caso”<sup>159</sup>.

Así, nos recuerda que el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2020 clasifica esta cláusula como una causa de exención de la responsabilidad que se aproxima a una causa de exclusión de tipicidad<sup>160</sup>, que hemos de recordar que es el mismo criterio que sigue la Circular de la Fiscalía 1/2017.

Por lo tanto, y en esta línea, menciona el artículo 21. 1º CP que considera circunstancias atenuantes las eximentes en las que no concurren todos los requisitos necesarios y entiende que, si el 183 *quater* CP es una eximente, debería aplicarse ese mismo régimen de atenuación porque negar esto sería negar la analogía en favor del reo

---

<sup>158</sup> STS de 1 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3008).

<sup>159</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

<sup>160</sup> STS de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4332).

y más aun teniendo en cuenta que este artículo no impide apreciar zonas intermedias, lo que es posible aplicando la atenuante<sup>161</sup>.

Además, finalmente, se transcribe el último párrafo de la sentencia en el que se sostiene que la atenuante no se aplicaría en una orgía sexual. Pero, el magistrado, basándose en los hechos probados dice que dicha aseveración no tiene cabida. A su vez, señala que el tribunal descarta la intimidación ambiental por lo que no ve necesario este argumento para rechazar la atenuante y recuerda también que, en todo caso, ya se rechazó que el escenario fuese cercano a una relación sexual grupal.

Así, y basándose en todos estos argumentos considera que la atenuante analógica no debió suprimirse. En este sentido, atendiendo a otras sentencias y a la Circular de la Fiscalía que se contemplan en este trabajo, hemos de coincidir con este voto particular formulado por el magistrado en que sí es posible la aplicación de la atenuante. Y es que son varios los pronunciamientos en los que sí se concibe dicha posibilidad cuando concurra el consentimiento pero parcialmente las otras causas exoneradoras.

## VI. CONCLUSIONES

**Primera.** - Desde 1848 hasta la actualidad los delitos sexuales contra los menores han evolucionado y con ellos también lo ha hecho la edad a partir de la cual se considera que el consentimiento prestado es válido para tener relaciones sexuales.

Tras un estudio de los diferentes Códigos Penales, así como los cambios introducidos por Leyes Orgánicas, puede verse como se ha evolucionado de mencionarse en un primer momento únicamente el estupro y corrupción de menores, a hablar de violación a menores de 12 años y únicamente en el caso de niñas a, finalmente, y con el Código Penal de 1995 considerar abuso sexual los actos que se realicen sobre menores de 12 años.

Esta edad se mantuvo hasta la LO 11/1999 que la elevó a los 13 y ya finalmente con la LO 1/2015 se eleva la edad de consentimiento hasta los 16, siendo esta la que se mantiene actualmente y provocando dicha modificación la introducción del artículo 183 *bis* CP.

**Segunda.** - Con la edad de consentimiento sexual fijada en los 16 años, el Código Penal contiene un capítulo dedicado exclusivamente a los delitos sexuales contra menores de dicha edad, llevando por título “de las agresiones sexuales a menores de 16 años”. Así pues, se contemplan tres delitos, siendo el bien jurídico a proteger en ellos la libertad sexual.

---

<sup>161</sup> STS de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4489).

Por lo tanto, en primer lugar, el artículo 181 CP recoge el delito de agresión sexual consistiendo la conducta básica en realizar actos de carácter sexual hacia una persona menor de 16 años. A su vez, y en apartados sucesivos, se recogen un subtipo agravado que se producirá en supuestos en los que se emplee violencia o intimidación, el abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, entre otras. También se regula el supuesto hiperagravado que se producirá cuando en la agresión sexual se dé el acceso carnal, vaginal, bucal o la introducción de objetos o miembros corporales en alguna de las dos primeras. Y además se contemplan una serie de circunstancias agravantes como la acción conjunta de varias personas para la comisión de los hechos.

Para finalizar, hay un supuesto atenuando en atención a una menor entidad del hecho y valorando las circunstancias concurrentes.

En segundo lugar, el artículo 182 CP regula el delito de provocación sexual consistente en hacer observar al menor actos de carácter sexual y agravándose cuando se hagan presenciar conductas constitutivas de un delito sexual.

Por último, el artículo 183 CP castiga dos conductas: el ciberacoso sexual a menores y la embaucación para obtener material pornográfico, ambos agravados cuando medie intimidación, engaño o coacción.

**Tercera.** - En este mismo capítulo se encuentra el artículo 183 *bis* CP, introducido por la LO 1/2015, que incorpora la popularmente conocida como Cláusula Romeo y Julieta con el objetivo de evitar la punición de actividades sexuales que no permita a los menores el libre desarrollo de su sexualidad y que lleve a absurdos como la condena de adolescentes por mantener relaciones sexuales entre ellos.

**Cuarta.** - En este precepto hay varias cuestiones objeto de estudio: desde su naturaleza, hasta el alcance de su aplicación, finalizando por el modo en el que se este se aplica.

En cuanto a la primera de las cuestiones se debate si esta es una causa de atipicidad o una excusa absolutoria, pero, siguiendo a la doctrina y a la línea jurisprudencial más reciente, se puede concluir que nos encontramos precisamente ante una causa de atipicidad.

Esta se aplicará a todos los delitos ya estudiados en este trabajo y que contempla el capítulo del Código Penal dedicado al estudio de los delitos sexuales contra menores, siempre que en estos no concurra alguna circunstancia de las mencionadas en el artículo 178.

Además, en cuanto a los sujetos a los que se puede aplicar, no parece que haya límite superior ni inferior de edad a pesar de las discusiones en la doctrina, pero lo que sí se refleja claramente en el artículo es que deben concurrir tres elementos: consentimiento libre del menor, proximidad en edad y proximidad en grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

**Quinta.** - Como punto de partida para la aplicación del artículo será necesario que concurra el consentimiento libre del menor de edad, manifestado de forma clara y sin que medien circunstancias en las que no pudiésemos hablar de libertad del menor, como es el caso de un abuso de superioridad, engaño o que se encuentre bajo los efectos del alcohol.

A continuación, habrá de apreciarse proximidad en la edad y en desarrollo o madurez física y psicológica. En cuanto a la primera no hay un rango de edad establecido por lo que son los tribunales los que en sus sentencias se han ido pronunciando acerca del tema. Han admitido diferencias de 4 a 5 años e inadmitido aquellos supuestos en los que se alcanza y se supera la diferencia de 8. Por último, en relación con la segunda cuestión, la proximidad en madurez tendrá que ser considerada caso a caso analizando las experiencias vitales tanto del menor como de la otra persona partícipe en la actividad sexual.

Ahora bien, siguiendo tanto a lo establecido por la Circular de la Fiscalía General del Estado como la jurisprudencia, cuando concurren el consentimiento, pero solo parcialmente los demás requisitos será posible la aplicación de este artículo como una atenuante analógica, incluso como muy cualificada.

**Sexta.** – Para finalizar este trabajo, se analiza el “caso Arandina” puesto que las sentencias resultan relevantes en la medida en la que abordan desde los requisitos para la aplicación de este artículo hasta si es posible contemplarlo como atenuante analógica.

Así, tras los pronunciamientos de la Audiencia Provincial y del Tribunal Superior de Justicia, finalmente el Tribunal Supremo aplica la Cláusula Romeo y Julieta únicamente al acusado de 19 años, mientras que para los dos restantes no la aplica al considerar que no hay proximidad en el grado de desarrollo o madurez. Además, descarta la aplicación de la atenuante analógica alegando, en primer lugar, que no se dispone de marco legal para ello, pudiendo únicamente el artículo o ser una exención absoluta de la responsabilidad si concurren los requisitos o si no concurren, dando lugar a la plena responsabilidad. En segundo lugar, sostiene que, además, aunque fuese posible tampoco podría aplicarse en este contexto porque esta no tendría cabida en el marco de una orgía sexual.

No obstante, en esta sentencia hay un voto particular que cuestiona que no sea posible contemplar la aplicación de este precepto como atenuante analógica mencionando para ello pronunciamientos del propio Tribunal en los que sí se ha admitido la posibilidad. A su vez, descarta que nos encontremos en un contexto de una orgía sexual al haber sido ya rechazado que el escenario fuese cercano a una relación sexual grupal.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, en *Comentarios al Código Penal*, CUERDA ARNAU, M.-L. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L./ RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias. Volumen I*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 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*, 2021, núm. 23-16, p. 9.

CINOSI FERNÁNDEZ, M.-S., “Online child grooming en España: análisis del tipo penal a través de la teoría del delito” en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 35, 2023.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M./ TRAPERO BARREALES, M.-A., “La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-18, 2023.

DIEZ RIPOLLES, J-L. *El Derecho Penal ante el sexo*, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1981.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Análisis de las reformas penales*, MUÑOZ CONDE, F. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> AUXILIADORA, “Delitos sexuales contra menores: especial referencia a agresiones y abusos sexuales” en *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Volumen 23, Universidad de Almería, diciembre de 2020.

GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Consecuencias jurídicas y político criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-16, 2016.

MARTÍNEZ GUERRA, A., “Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos del derecho anglosajón” en *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 23, 2020.

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*, nº15, Universidad de San Sebastián (Chile), 2010.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.-L., “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), Dykinson S.L., Madrid, 2015.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones de Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012.

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.

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*, 2021, vol. XLI.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

ZARAGOZA TEJADA, J.-I., “La cláusula “Romeo”: El largo camino hacia la construcción de una nueva atenuante” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2023.