



**EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES Y LA
CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 183 BIS DEL CÓDIGO PENAL**

**O CONSENTIMENTO NAS RELACIÓNS SEXUAIS E A CLÁUSULA DO
ARTIGO 183 BIS DO CÓDIGO PENAL**

**CONSENT IN SEXUAL RELATIONS AND THE CLAUSE OF ARTICLE 183
BIS OF THE CRIMINAL CODE**

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

FACULTAD DE DERECHO E ICACOR

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Curso 2023/2024

Soraya Mistral Vilas Merelas

Tutor: Prof. Dr. José A. Ramos Vázquez

“Todo ser humano lleva dentro de sí el niño que fue o que los adultos le dejaron ser” (ANA M^a MATUTE); “No creo que exista ningún niño verdugo que antes no haya sido un niño víctima” (JAVIER URRÁ); “Me hiere la destrucción sistemática de la inocencia” (JUAN PERUCHO).

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	05
1. INTRODUCCIÓN.....	06
2. CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LOS MENORES DE 16 AÑOS.....	08
2.1. INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.....	08
2.2. LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.....	09
2.2.1. Sexualidad de los niños y jóvenes: Derechos sexuales y reproductivos.....	09
2.2.2. Relaciones sexuales y menores: Criminalización por extensión....	11
2.2.3. ¿Víctimas o verdugos?.....	14
2.3. RESPUESTA DEL DERECHO A SITUACIONES DONDE SE VINCULAN MENORES DE DIECISÉIS AÑOS Y ACTOS O RELACIONES SEXUALES: CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 183 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	15
2.3.1. Primer requisito de la cláusula: Concurrencia de libre consentimiento del menor de dieciséis años que trae como consecuencia la exclusión de responsabilidad penal.....	17
2.3.1.1. Ahondamiento en el consentimiento sexual de adolescentes y jóvenes.....	17
2.3.2. Segundo requisito de la cláusula: que se haya cometido alguno de “los delitos previstos en este capítulo”.....	21
2.3.3. Tercer requisito: Cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad.....	25

2.3.4. Cuarto requisito: Cuando el autor sea una persona próxima al menor por grado de desarrollo o madurez física y psicológica.....	28
2.3.5. Responsabilidad penal de menores.....	30
2.3.6. ¿Atenuante cualificada?.....	34
2.4. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS MENORES DE DIECISÉIS: RECAPITULANDO.....	35
3. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRAXIS JUDICIAL EN PROCESOS DONDE SE CUESTIONE SI HA HABIDO O NO CONSENTIMIENTO.....	37
3.1. REVICTIMIZACIÓN DE MENORES Y DERECHO A UN PROCESO JUSTO DEL MENOR ACUSADO.....	37
3.2. ASISTENCIA LETRADA DE LA VÍCTIMA Y DEL PRESUNTO CULPABLE: CONSEJOS PRÁCTICOS.....	39
4. CONCLUSIONES FINALES.....	41
BIBIOGRAFÍA.....	43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	46
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	48

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FGE	Fiscalía General del Estado
LORRPM	Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de menores
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SETDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este Trabajo de Fin de Máster, se va a abordar la figura del consentimiento entendida ésta como la manifestación externa de la voluntad que informa a los terceros sobre el sentido de la decisión personal y le vincula jurídicamente constituyendo una garantía de los derechos, pero no derecho mismo, que se convierte en garantía jurídica cuando el derecho es disponible o es un derecho de libertad¹.

De esta noción a cualquier lector le pudiera parecer que el tema del consentimiento estaría más bien ligado a una determinada operación económica, acto o contrato mercantil. No obstante, lo que se va a analizar mediante el presente trabajo es el consentimiento sexual y su relevancia en el Derecho Penal, campo jurídico donde la figura del consentimiento es extraña (y sigue siéndolo) y donde, sin perder su esencia, ha evolucionado en varias ocasiones: desde causa de atipicidad de la conducta a causa de justificación sin olvidar que ahora, como más adelante se indicará, su ausencia pasa a ser un elemento típico del tipo penal en cuestión.

El consentimiento en las relaciones sexuales tiene una importancia crucial, sobre todo si tenemos en cuenta el panorama social y la crispación que se ha generado en torno a este asunto a partir de sucesos como el caso Arandina, el de la Manada o el de Dani Alvé. La movilización ciudadana en contra del contenido de determinadas sentencias sobre casos sobreexplotados mediáticamente ha generado una conciencia social desbordada de emotividad que se ha traducido en la práctica en la utilización de una variedad de eslóganes tales como “yo sí te creo”, “no es abuso, es violación” y “sólo sí es sí”.

La alarma que generan los delitos sexuales no se corresponde con su representación en la estadística criminal, que puede decirse que es bastante reducida, en torno al uno por ciento del total de la delincuencia, si bien la población de penados cumpliendo condenas por la comisión de esos ilícitos es proporcionalmente algo mayor, por la significativa duración de las penas impuestas². En este contexto, resulta importante destacar que los delitos sexuales son uno de los grupos de infracciones que más reformas acumula desde la aprobación del vigente Código Penal (en adelante, CP); reformas justificadas unas

¹ GONZÁLEZ AGUDELO, G; *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 115.

² AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.; *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2023, pág. 22.

veces como mejoras técnicas, otras por déficits de protección inadmisibles o bien bajo las exigencias de una política criminal supranacional y llevadas a cabo unas veces con acierto y otras sin él. De hecho, la mayoría de reformas que se han efectuado han afectado directamente a las figuras delictivas que recaen sobre menores. Fácilmente, uno se puede hacer una idea de la magnitud de esta cuestión a través de la atención a diversas estadísticas. Una de ellas revela que casi el 20 por ciento de los recursos de casación resueltos por el alto tribunal iban referidos a delitos sexuales cometidos contra menores³.

Y es que si es complejo examinar *per se* si en una determinada relación sexual o acto de naturaleza sexual ha habido o no consentimiento cuando intervienen adultos, más lo es todavía en el caso de que uno de los intervinientes sea menor o ambos lo sean.

Así, juega un papel elemental la edad de consentimiento sexual. Una edad que en nuestro país se ha visto modificada en varias ocasiones y que actualmente se fija en el límite de dieciséis años tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Estrechamente ligado con lo anterior y en líneas generales, puede afirmarse que el consentimiento tiene una distinta connotación según se trate de mayores o menores de dieciséis años. Pues, mientras que en los mayores de dieciséis el consentimiento está intrínsecamente relacionado con la libertad sexual en tanto en cuanto ésta se configura como el derecho de toda persona a expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea conveniente, en el caso de los menores de dicha edad se da un nexo entre el consentimiento y la indemnidad sexual toda vez que esos menores no cuentan con libertad sexual en buena medida por entenderse que no tienen la suficiente capacidad de decisión.

De este modo, en los sucesivos epígrafes, se analizará la problemática del consentimiento en relación a los mayores de dieciséis años para luego entrar de lleno en las arenas movedizas de los menores de dieciséis y en las posibles consecuencias jurídico- penales de sus actuaciones.

³ 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, prólogo.

2. CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LOS MENORES DE 16 AÑOS

2.1. INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

El punto de partida de la polémica tiene lugar con la publicación de la SAP de Navarra, número 38/2018, de 20 de marzo que resuelve el llamado caso de la Manada. Lo más controvertido sea quizás que dicha resolución judicial califique los hechos acontecidos en la madrugada del 7 de julio de 2016 en los Sanfermines como delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, en la modalidad agravada de acceso carnal, y no como agresión sexual cualificada (violación), tal como habían solicitado la Fiscalía y las Acusaciones particulares.

Como consecuencia de las reacciones populares ante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra y su confirmación por la STSJ de Navarra, de 30 de noviembre de 2018, y las numerosas reivindicaciones por parte de diversos sectores de la sociedad, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, presentó la Proposición de Ley de Protección Integral de la libertad sexual y para la erradicación de las violencias sexuales⁴.

Recientemente, la irrupción de la Ley Orgánica de Garantía de Integridad de la Libertad Sexual en nuestro ordenamiento jurídico lejos de resolver el problema también ha generado una intensa reacción social y mediática así como una confusa controversia jurídica. Controversia que sobre todo se ha dado en relación a los efectos retroactivos que ha desencadenado con las consiguientes revisiones de sentencias en las que, al entrar en vigor nuevos marcos penológicos más beneficiosos para el reo, se han rebajado condenas e incluso se han producido excarcelaciones.

Pero como bien puede deducir el lector no es este asunto el que aquí nos ocupa sino el hecho de que esta ley la cual viene representado la cristalización del lema propagandístico “solo sí es sí” haya sido la encargada de plasmar en nuestro CP una supuesta nueva forma de entender el consentimiento. Concretamente, en el artículo 178 apartado primero en el que se indica que *“sólo se entenderá que hay consentimiento*

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B. Proposiciones de Ley. 20 de julio de 2018. Núm. 297-1.

cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Pero aquí nos centraremos en otro aspecto que no ha tenido tanta repercusión mediática pero que resulta de toda relevancia: el consentimiento de los menores de dieciséis años.

2.2. LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS MENORES DE DIECISEIS AÑOS

Llegados a este punto y una vez visto todo lo anterior, no sería descabellado preguntarse cómo es que vamos a tratar el consentimiento sexual de los menores de dieciséis años si precisamente y como se ha mencionado anteriormente la edad de consentimiento sexual en España está fijada en los dieciséis años. Entonces, ¿Qué sucede?, ¿Los menores de dieciséis años no realizan acto ninguno de carácter sexual?, ¿No hay menores de dicha edad que mantengan relaciones entre ellos o con otros?, ¿Son criminales esas conductas o lícitas? ¿Cuál es la respuesta desde el punto de vista del Derecho a esas posibles situaciones? ¿El consentimiento plantea los mismos problemas para los menores que para los mayores de dieciséis? Pero empecemos por el principio: ¿reconoce la propia comunidad internacional derechos sexuales y reproductivos a niños y jóvenes?

2.2.1. Sexualidad de los niños y jóvenes: Derechos sexuales y reproductivos

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, se hace necesario poner de manifiesto que los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran listados taxativamente en las Convenciones sobre Derechos fundamentales, aunque la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994) y la Plataforma de Acción Mundial aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), sientan las bases para su reconocimiento y protección. No parece discutible, por tanto, que los mismos constituyan parte del contenido de los Derechos Humanos al ser un conjunto de derechos en evolución relacionados con la sexualidad, que contribuyen a la libertad, igualdad y dignidad de todas las personas, que no pueden ser ignorados y que están contenidos en las grandes Declaraciones como la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Aun así y con todo, resulta cuando menos llamativo que toda esa regulación internacional no alcance ni por asomo a los niños y jóvenes ni siquiera a los considerados jóvenes maduros a quienes no solo se les excluye del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos sino que incluso en ocasiones no se les reconoce su titularidad. Esto tiene importantes consecuencias en el día a día de los niños y jóvenes y afecta especialmente a las niñas y mujeres jóvenes de algunas sociedades no pertenecientes al denominado primer mundo en las cuales siguen siendo consideradas propiedad de la familia, mercancía que sobre todo adquiere su valor con el matrimonio.

Por el contrario, nosotros en occidente nos encontramos en un contexto donde prima el ideal actual de la infancia asociado a la inocencia y pureza⁵. Consiguientemente, se les atribuye a los niños una cierta cualidad de asexual y, por ende, se rechaza cualquier práctica en ese sentido, incluido, el onanismo. Esta visión distorsionada de los niños y jóvenes es parte de la justificación ideológica de un proceso más amplio de cosificación de los mismos determinado por el nulo reconocimiento de sus derechos que aboca en los últimos meses a una polémica mayor que aquí no se va a abordar pero que conviene destacar como es si el derecho a la educación comprende también el derecho a la educación sexual para los estudiantes.

Todo ello conlleva que los niños y jóvenes no tengan acceso a la información o recursos que les permita conocer y defender sus derechos, o acudir a quién sí puede hacerlo, prorrogándose en muchos casos situaciones de indefensión ante problemas tan serios como las enfermedades de transmisión sexual, VIH, matrimonio infantil, violencia sexual....

Vemos que la moral social imperante influye de manera notable en el propio Derecho aunque no siempre de forma positiva. Está claro que ha pesado más el temor hacia la victimización sexual de los menores que el poner en valor su condición de titulares de derechos y su capacidad para ejercerlos⁶.

⁵ CUNNINGHAM, H; *Children and childhood in Western Society since 1500*, Pearson- Longman, Harlow, 2005, p.66.

⁶ Vid. un estudio de la cuestión en relación con todos los delitos sexuales con víctimas menores de edad en DE LA MATA BARRANCO, N; *Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual*, cit., p. 1-70.

2.2.2. Relaciones sexuales y menores: Criminalización por extensión

Las referencias a la pureza e inocencia antes explicadas en relación a los menores llevan a una sobreprotección de los mismos.

Esa protección se produce a niveles internacionales. Ya la propia Convención de Derechos del Niño establece en su artículo diecinueve que *“los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger al niño de todas las formas de violencia física y psicológica, insulto o abuso, falta de cuidado o trato y explotación negligentes y brutales, incluido el abuso sexual, por padres, tutores legales o cualquier otra persona interesada por el niño”* añadiendo además en su artículo treinta y cuatro que *“los estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”*. Paralelamente, la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra la Explotación y Abusos Sexuales (conocido popularmente como Convenio de Lanzarote) en el artículo 18 indica que *“cada parte tomará medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar la tipificación como delito de determinadas conductas intencionales que atenten contra la violencia sexual de los niños”*. Asimismo, se pueden encontrar otras normas jurídicas relevantes en la materia como la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Haciéndose eco de esa normativa internacional de menores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insta a la protección de los mismos a través de numerosa jurisprudencia. En el caso Soderman contra Suecia de 12 de noviembre de 2013 invocando otras sentencias así se puso de manifiesto cuando se destacó que *“con respecto a los niños que son particularmente vulnerables, las medidas adoptadas por el Estado para protegerlos de los actos de violencia deben ser eficaces e incluir medidas razonables para prevenir los malos tratos de los que las autoridades tengan*

conocimiento (o deberían saber), y la prevención efectiva de tales graves violaciones a la integridad personal (casos de Z y Otros contra El Reino Unido, demanda n.º 29392/95, apartado 73, TEDH 2001; V, y MP y otros c. Bulgaria, solicitud n.º 22457/08, párrafo 108, 15 de noviembre de 2011). Tales medidas deben estar dirigidas a garantizar el respeto de la dignidad humana y proteger el interés superior del niño (decisión en los casos de CAS y CS c. Rumania, demanda n.º 26692/05, párrafo 82, de 20 de marzo de 2012 y Pretty c. El Reino Unido, solicitud n.º 2346/02, apartado 65, TEDH 2002 - III). Con respecto más específicamente a actos graves como la violación y la violencia sexual contra los niños, donde están en juego valores fundamentales y aspectos básicos de la vida privada, los Estados deben garantizar que existan disposiciones de derecho penal efectivas (decisión en el caso X e Y c. Holanda, de 26 de marzo de 1985, párrafo 27, Serie A, n.º 91, y la decisión antes citada en el caso MC c. Bulgaria, párrafo 150).”

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico en lógica con lo manifestado, de una u otra manera también se encarga de salvaguardar a los niños.

La Constitución Española en su artículo 39 fija la protección de la familia y la infancia - como principio rector de la política social de nuestro país- e indica en su apartado primero que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”* y en su apartado cuarto que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. En referencia a esto último, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de septiembre de 2022 afirmó que *“este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España”*. Y el mismo tribunal expresa en numerosas ocasiones la importancia del interés superior del menor entre ellas en la STC de 9 de mayo de 2019 al configurarlo como *“la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”*

En consonancia con esa protección, se crea un entramado normativo que tiene como finalidad específica amparar a los menores. Me estoy refiriendo a la reciente Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Además, la normativa de nuestro ordenamiento se adecúa a esa

defensa de los niños y jóvenes y por supuesto el Código Penal no se queda atrás. La postura que mantiene el CP en relación a los menores y a los actos sexuales es peculiar. Así se hace necesario recalcar que nuestro CP lleva a cabo una especie de “*criminalización por extensión*” castigando a prácticamente cualquiera que se valga de un menor o utilice a un menor para mantener relaciones sexuales, le involucre en un acto de naturaleza sexual, contacte con alguna de esas finalidades por medios telemáticos o le relacione directamente con pornografía infantil. En concreto, el artículo 181 sanciona “*al que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años*”, el artículo 182 “*al que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos y el artículo 183 al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*” así como “*al que realice actos dirigidos a embaucar al menor para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor*”. Sucesivos artículos tratan el tema de pornografía infantil o prostitución de menores (arts.188 y 189 CP).

Con todo, la combinación de lo hasta ahora descrito (protección jurídica internacional + protección jurídica nacional) no parece que desencadene problema alguno. Al fin y al cabo podría uno pensar qué tiene de malo la sobreprotección cuando son los propios niños y jóvenes los que por sus características tienen una vulnerabilidad especial. Esto no parece objeto de discusión sino más bien parece que estamos en una sociedad profundamente garantista con la infancia. El argumento que gira sobre la base de todo es que hay que proteger a los niños y jóvenes del “depredador sexual” concebido como un hombre solitario, de mediana edad, psicópata, que merodea parques infantiles... Concepto muy en línea con el pensamiento estadounidense.

Ahora bien, este mismo argumento choca con la realidad española donde muy desgraciadamente gran parte de los abusos sexuales se dan en el ámbito familiar y donde paradójicamente hay un alto porcentaje de menores que son autores de delitos sexuales frente a otros menores. Esto, aparte de ayudarnos a desdibujar la figura del *sexual predator* y a redibujar el retrato robot de cómo es el autor de esta clase de delitos, debe hacernos reflexionar sobre una problemática que ya surgió en su día en Estados

Unidos: leyes pensadas para proteger a los menores frente a extraños adultos y que terminan castigando – y con una gran dureza- a otros menores⁷.

De este modo, se pone de manifiesto que nuestra sociedad no solo es especialmente garantista sino que también estamos en una sociedad donde subyacen pánicos morales y control. Pareciera que cada vez que se une el binomio menor y relación sexual esto sea sinónimo de peligro, algo que debería ser considerado natural se convierte en algo contra natura, hay una amenaza física y psíquica para esos menores....

2.2.3. ¿Víctimas o verdugos?

Entonces con lo ya expuesto surgen dudas: ¿deberíamos evitar que otros menores sean la mayor parte de condenados por delitos sexuales? ¿cómo debemos actuar cuando ambos intervinientes en la relación de índole sexual o al menos uno de ellos es menor de dieciséis? E incluso ¿deberíamos presuponer que uno es verdugo y el otro víctima?

Es de sobra conocido que en nuestra legislación y praxis judicial existe una creciente tensión entre menor socialmente concebido como peligroso (la mitología del delincuente juvenil) y como vulnerable (la mitología de víctima infantil). Y es que no deja de resultar curioso que un mismo grupo social (los menores) se vea sometido a una fuerte presión penal, simultáneamente a ser objeto de una creciente protección penal cuando es no infractor sino víctima de ilícitos penales. Contrasta una marcada tendencia a hiperproteger al menor desde la esfera penal con la creciente exasperación de la respuesta punitiva frente a los delitos cometidos por este mismo grupo social. Por un lado, encontramos la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores pero por otro, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

La frontera que separa cuando un niño/ adolescente es delincuente o víctima es difícil de establecer. Citando a María Mérida: *“Venturosamente, el número de niños y adolescentes, con fondo inocente y bueno es, además de lo normal, infinitamente superior al de los casos anormales, que constituyen una minoría excepcional. Y la mayor parte de veces, por no decir siempre, con causa pero sin culpa, porque es el aciago bagaje de su vida lo que les ha dañado a ellos y, en consecuencia, daña a la*

⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; *Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza*, artículo de la revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, nº8, 2012, pág. 205.

sociedad en la que se desenvuelven. No hay ningún niño malo sino que se hace y convierte en malo. La violencia se aprende. Un niño no es responsable de lo que hace. Los adultos y la sociedad que le rodean, sí. La maldad y la culpa, según ley natural, son el antagonismo de lo que un niño representa. Es innegable que hay niños y adolescentes que cometen delitos y algunos, desgraciadamente, muy graves. Si se logra al menos que en un porcentaje aceptable se integren en la sociedad y no vuelvan a caminar por el arriesgado y oscuro sendero del delito, todo habrá merecido la pena y se podrá dar por bien empleado”⁸.

No obstante bien es sabido que fácilmente se puede pasar del rol del menor victimizable al del menor delincuente concebido éste como un joven que se caracteriza por buscar a través de la delincuencia el placer inmediato por recreación o por rebeldía, que demanda, en muchas ocasiones, aventura, emoción, excitación...⁹

El dilema está servido. Especialmente, en una esfera tan difícil como es la adolescencia caracterizada por profundos cambios biológicos, psicológicos y de desarrollo social desde su inicio. Un inicio que viene marcado por una rápida aceleración del crecimiento óseo y por el inicio del desarrollo sexual. No olvidemos que la pubertad está entrelazada con el crecimiento y la madurez sexual pues, después de ella, se alcanza el desarrollo físico propio del adulto¹⁰. Así, más dudas surgen, cuando los que mantienen relaciones sexuales son adolescentes menores o jóvenes adultos. La licitud o ilicitud de esa relación es una gran cuestión que podrían plantearse y de hecho se plantean los profesionales jurídicos.

2.3. RESPUESTA DEL DERECHO A SITUACIONES DONDE SE VINCULAN MENORES DE DIECISÉIS Y ACTOS O RELACIONES SEXUALES: CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 183 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Para minimizar la incertidumbre, frente a todos los interrogantes planteados y en aras a la seguridad jurídica, el Derecho da una solución. Solución que aparece contenida en el artículo 183 bis del CP el cual establece que *“salvo en los casos en que concurra*

⁸ MÉRIDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, M; *Víctimas o verdugos: La delincuencia infantil y juvenil*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 2001, p.45, 115 y 134.

⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; CRUZ BLANCA, M.J.; *El derecho penal de menores a debate*, Universidad de Jaén y Dykinson, Madrid, 2010, pág. 16.

¹⁰ VENTAS SASTRE, R; *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2002, pág. 64 y 67.

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”.

De la simple lectura de la misma, puede extraerse que esta cláusula opera como mecanismo para evitar que caigan en el ámbito del Código Penal relaciones consentidas entre jóvenes. Y menos mal porque la edad de inicio de las relaciones sexuales coitales en España se produce en un 29,8% de los casos a los 15; en un 19.5% a los 14; en un 6% a los 13; en un 2,2% a los 11 o menos; en un 2,1% a los 12 años y en el mismo porcentaje a los 18 años¹¹. En la práctica, tiene gran importancia, porque se evita por la misma que si dos menores de dieciséis (por poner un ejemplo dos personas de 14 años) tienen una relación sexual o simplemente se tocan los genitales con fines sexuales puedan ser acusados de agresión sexual recíproca.

En seguida, se analizarán todos y cada uno de los requisitos exigidos por la cláusula. Pero antes, es menester hacer dos matizaciones en relación a la misma.

Primeramente, resulta reseñable destacar que en el Derecho Anglosajón, a esta cláusula se la conoce como “cláusula de Romeo y Julieta”¹². Llamada de esta manera dado la diferencia de edad entre ambos jóvenes y la llamativa poca edad de Julieta que contaba al momento de contraer matrimonio con unos escasos 13 o 14 años. Son no pocos estudiosos del mundo del Derecho los que han extrapolado esa situación a la época actual llegando a afirmar que ahora Romeo y Julieta podrían enfrentarse a serios problemas con respecto a la edad de consentimiento de relaciones sexuales dándose a entender que podrían ser detenidos y acusados a causa de su edad.

En segundo lugar, conviene destacar que en España los operadores jurídicos se han venido refiriendo a esta cláusula como la cláusula del artículo 183 quater del Código Penal hasta hace un año, momento a partir del cual la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de garantía integral de la libertad sexual por medio de su disposición final 4.8 produce un cambio en la numeración que no en el contenido con respecto a la citada

¹¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.; *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 118.

¹² Vid. sobre el sentido de esta cláusula en los países en los que se originó en MARTÍNEZ GUERRA; A, *Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos del derecho anglosajón*, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, nº23, 2020, pp.67-106.

cláusula. De esta suerte, no será poco habitual que la jurisprudencia se refiera a la misma en atención a la anterior numeración del precepto y no la actual ya que la mayor parte de sentencias son anteriores a la modificación efectuada.

2.3.1. Primer requisito de la cláusula: Concurrencia de libre consentimiento del menor de dieciséis años

Como ya se ha subrayado, el primer requisito de la cláusula es que exista un libre consentimiento por parte del menor de dieciséis años para que se excluya la responsabilidad penal. Por esta razón, se analizará el consentimiento del menor de dieciséis con el único objetivo de ser conscientes de todo lo que implica su otorgamiento o su ausencia.

2.3.1.1. Ahondamiento en el consentimiento sexual de adolescentes y jóvenes

No existe una norma en el sistema jurídico español que discipline, o al menos, clarifique algunos de los presupuestos necesarios para otorgar el consentimiento, en el caso de niños y jóvenes. Tampoco el artículo 183 bis del CP establece los requisitos de validez para ese consentimiento. Por tanto, se ha de acudir a las normas generales, y a las específicas, de cada sector del ordenamiento jurídico que lo disciplinan.

De forma general, la mayoría de edad está establecida en el artículo 12 de la CE en el que se afirma que *“los españoles son mayores de edad a los 18 años”*, corroborado por el artículo 315 del Código Civil que indica que *“la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”* y según establece el artículo 322 del CC *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo excepciones establecidas por este Código”*. De donde podría deducirse, y así lo ha hecho la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que la capacidad del mayor de edad es la regla general, y *a sensu contrario*, la incapacidad del menor de edad también lo es, salvo las excepciones legales¹³. Una de ellas nos permitiría realizar una interpretación que permitiría ampliar ese margen, especialmente, en relación a los derechos personalísimos, incluyendo una interpretación *a sensu contrario* del artículo 162.1 del CC, que excluye la representación de los padres de *“los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”*.

¹³ En contra, ALÁEZ CORRAL, B; *El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad*, cit., pág. 60.

Así pues, cuando se hace el análisis de la capacidad jurídica en el consentimiento sexual de niños y jóvenes, debe acudir en primer lugar a los límites etarios establecidos por el ordenamiento jurídico, de forma general, para valorar esa capacidad y, si existe, a los otros requisitos exigidos por la ley como la “proximidad” a la que posteriormente se hará referencia del artículo 183 bis del CP. Se trataría de comprobar el interés superior del menor pero no en abstracto sino en concreto para ese niño o joven determinado y en sus circunstancias específicas.

En consecuencia, de forma general, para todo el colectivo, al no haberse establecido, legalmente, un tope inferior, es posible argumentar a favor de la validez del consentimiento de los jóvenes si se cumplen los requisitos legales, y de manera específica, si el interés del adolescente o joven, interpretado constitucionalmente, con todas las cautelas necesarias, permite deducir que el ejercicio del derecho en el caso concreto, es consustancial al libre desarrollo de la personalidad. Lo que significaría, a la postre, que la presunción de falta de consentimiento fuera *iuris tantum*.

Dicho esto, todavía hay quienes mantienen que la presunción deba ser *iuris et de iure*. La postura sobre qué se debe considerar no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. La posición explicada se ha visto rebatida por la sentencia del TS de 14 de junio de 2018, la cual retro trayéndose a 1990, antes de la aprobación de la Convención de Derechos del Niño, expresamente afirma, citando jurisprudencia anterior a la reforma de 2015 que respecto a menores de dieciséis años y al artículo 183 del CP, se da una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento, por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acciones exigibles y añade que cuando “*nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2), resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste*”.

A pesar de todo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, consideran que la presunción de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales es *iuris tantum*, como se ha recalado. De tal manera que ante un determinado caso habrá que ver si se puede destruir esa presunción y demostrar la

autonomía del sujeto menor de la edad fijada legalmente para ejercer su derecho por debajo del límite fijado por la ley examinando la capacidad natural del niño o joven en concreto.

Además, en cuanto al consentimiento sexual, aunque legalmente no se le atribuya ningún carácter, se entiende que éste debe ser el resultado de una decisión basada en información completa, veraz, oportuna y suficiente en la materia¹⁴.

Asimismo, la voluntad del menor tiene que estar libre de interferencias ajenas. Lógicamente, este requisito no supone que no puedan recibir información de terceros y apoyo o asesoramiento, especialmente, de sus padres o tutores. Pero sí implica que la decisión final sea consecuencia de su voluntad libre, sin injerencias ajenas que impiden u obstaculicen la formación de la misma o su exteriorización como serían los estados de enajenación o inconciencia determinados por el alcohol, las drogas, el sueño profundo o una enfermedad. En definitiva, se necesita que cuando el menor de dieciséis manifieste su voluntad a través del consentimiento, este no se encuentre invalidado por violencia, intimidación, prevalimiento u otro motivo por constituir éstos impedimentos que anulan o suprimen la voluntad.

La lógica de que se tengan en cuenta estos impedimentos es aplastante. Y es que:

- En relación a la violencia e intimidación, si alguna de ellas se emplea tiene sentido que se invalide el consentimiento y que no se considere otorgado ya que no tiene relevancia jurídica bien porque la voluntad de consentir nunca ha existido o no se ha alcanzado a formar. La violencia e intimidación se consideran como el mismo elemento¹⁵ aunque con diferentes intensidades, pues, en el primer caso se usa la fuerza, directa y coactivamente, y, en el segundo, la amenaza de su uso inmediato u otro mal, siendo una posibilidad cierta desde la perspectiva del niño o joven. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que en el supuesto de la violencia física no se exige vis absoluta ni daño físico pudiendo incluso bastar con la sujeción o la imposición del cuerpo del otro, incluyéndose una gran desproporción física que para el niño conjeture inútil cualquier tipo de residencia o huida (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013). Por otro lado, cuando concurra la amenaza o intimidación de un mal

¹⁴ CADENAS OSUNA, D; *El consentimiento informado*, cit., pp.105-174.

¹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C; *Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP*, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 603 y ss.

propio o ajeno, a diferencia de lo que sucede en el delito de amenazas, no es necesario que la intimidación consista en un mal que, objetivamente, sea grave, aunque la jurisprudencia ha señalado que no es suficiente con cualquier tipo de amenaza exigiendo que revista los caracteres de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento (STS 553/2014, de 30 de junio de 2014). En esa misma sentencia, también se ha puesto de manifiesto que se debería exigir el requisito de la violencia e intimidación en sentido propio, pues, ya la vulnerabilidad del niño está valorada en la tipicidad de los hechos, y sería una duplicidad, castigar más gravemente por la misma razón.

- Con respecto al prevalimiento, el consentimiento se encuentra de nuevo invalidado por cuanto el sujeto ya sea un adulto u otro menor de edad se sirve de una situación específica que le da ventaja para obtener lo que quiere, normalmente, de superioridad o confianza, que coarta la libertad del niño o joven, haciéndole acceder a lo que no quiere. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2007 ha especificado que *“en relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación de prevalimiento, esta Sala lo ha descrito como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente; b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevenga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima”*. A mayores, para poder hacernos una idea de lo que implica el prevalimiento nos ilustra nuestro alto tribunal a través de la sentencia de 14 de junio de 2016 que indica que *“el prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes (sujeto activo y pasivo del delito), en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta”*. La situación que da ventaja a quién se aprovecha puede obedecer a los más variados motivos como por ejemplo parentesco, relación docente, desamparo de la víctima... Dentro de éstas circunstancias que pueden configurar el prevalimiento, la jurisprudencia ha

considerado la diferencia de edad entre acusado y víctima como un elemento de clara significación incriminatoria en la medida en que puede determinar la desproporción o asimetría, pero también ha establecido que la edad, siendo un dato de obligada ponderación en el momento de formular el juicio de tipicidad, no puede reputarse definitiva, sino que ha de ser analizada conjuntamente con las restantes particularidades del contexto (STS 379/2002, de 6 de marzo, SAP de Madrid 60/2016, de 3 de febrero).

Por último, interesa recalcar que para que el consentimiento sea válido no basta con que no haya ninguna causa que lo convierta en nulo sino que también es necesario que sea inequívoco, manifiesto y actualizado al igual que se exige para los mayores de dieciséis. Ha de estar presente en cada nueva acción sexual que quiera realizarse aunque ya se haya iniciado una interacción sexual consentida¹⁶. Si se aceptan los besos, por ejemplo, esto no significa que se acceda ir más allá, hasta las relaciones sexuales completas o, si ya está en ellas, y se acepta la penetración vaginal, no se da por admitida la penetración anal, la de objetos u otras prácticas sexuales, o viceversa. No se trata de ir haciendo un contrato en cada momento sexual diferenciado, se trata de que los participantes quieran, todos, la acción sexual por desarrollar en cada momento (STSJ, Navarra, Sec. 1ª, 4/2018, de 13 de Junio; ATS, 318/2016, de 28 de enero).

En apariencia, por fin, se ha acabado de abordar la cláusula. Demasiado fácil sería si así fuese, pero lo fácil en lo jurídico pocas veces se da. Ahora ya sabemos qué se exige para entender que concurre el consentimiento en los niños y jóvenes. No obstante, el principio de legalidad nos obliga a seguir analizando la redacción del artículo 183 bis del CP. Spoiler: se imponen más requisitos para dar por extinguida la responsabilidad penal.

2.3.2. Segundo requisito de la cláusula: que se haya cometido alguno de “los delitos previstos en este capítulo”:

Cuando el legislador penal incluye en la cláusula la expresión “*por los delitos previstos en este capítulo*” es evidente que delimita de forma notable el ámbito de aplicación de

¹⁶ Las dificultades de valoración del consentimiento presunto, se exacerban sexual cuando se trata del consentimiento sexual, porque tiene que ser actualizado a lo largo de toda la acción sexual, haciéndolo inviable, más aún, si están involucrados adolescentes y jóvenes. MORILLAS analiza la jurisprudencia relativa al respecto. MORILLAS CUEVAS, L; *Consentimiento y consentimiento presunto*, cit., pp. 132 y ss.

la misma. De la dicción literal podría pensarse que se incluyen todos los delitos incluidos en el mencionado capítulo, cosa que no sucede. Por ello, me referiré antes que nada a los que sí están incluidos para luego posteriormente mencionar cuáles no y porque no.

Primeramente, se hace necesario recalcar que dicha previsión alcanza fundamentalmente al supuesto contenido en el artículo 181.1 del CP que condena al que realiza actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años. También alcanza al artículo 182 del CP ya que ni “*presenciar*”, “*determinar*” o “*hacer presenciar*” suponen conducta alguna de intimidación, coacción o presión, de suerte que perfectamente pueden quedar eximidas por el consentimiento del menor de dieciséis años en los términos expresados por el artículo 183 bis del CP. De idéntica manera sucede con la conducta prevista en el artículo 183.1 del CP eso si no en cuanto a su tipo agravado, esto es, cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño pero sí cuando no se haya acudido a dichos medios comisivos.

En segundo lugar, podemos afirmar que no ocurre lo mismo con el apartado segundo del artículo 182 el cual se ve excluido. Lo que también es perfectamente comprensible ya que la violencia o intimidación entre otras circunstancias son incompatibles con el consentimiento libre que ha de prestar el menor. Al igual que también será objeto de exclusión el apartado segundo del artículo 183 toda vez que el “*embaucamiento*” al que se hace referencia resulta también incompatible con el consentimiento libre del artículo 183 bis del CP.

Se puede extraer de esta manera que el criterio diferenciador es el establecido en la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado al que también se hace referencia en la actualidad de modo directo en el propio artículo 183 bis cuando se indica que el mismo gozará de virtualidad “*salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178*”. Esto supone que se aplicará siempre y cuando no concurra “*violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, ni haya una privación de sentido de la persona sobre la cual se ejecuta el acto sexual ni se abuse de alguien por su situación mental y menos aun cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*”.

Dicho lo anterior, resulta paradójico cuanto menos, que el artículo 183 bis solo sea aplicable a los delitos a los que se ha aludido y no se extienda a conductas fuera del referido capítulo de menor carga lesiva como la pornografía o el exhibicionismo.

Se critica por parte de la doctrina la falta de uniformidad de criterios en los distintos delitos del Título VIII cuyo sujeto pasivo es un menor, pues, a veces, se observa que, el límite se fija tanto en los dieciocho años, y en otras ocasiones, en los dieciséis. La disfunción resulta ser llamativa dado que se reconoce capacidad de autodeterminación sexual al sujeto menor de dieciocho años –artículo 183 bis-. Permitiendo, como se ha explicado en líneas anteriores, que esos menores tengan cierta libertad sexual siendo así que el menor de dieciséis puede libremente mantener relaciones sexuales con mayores de dieciocho años y, sin embargo, al mismo tiempo, esa misma libertad sexual se le anula para participar en actos exhibicionistas o pornográficos o bien en la elaboración de material de estas características, pues, conforme a lo que establece el artículo 189.1 a) se indica expresamente el término “*menores de edad*”, es decir, menores de dieciocho años¹⁷.

Es independiente, por tanto, que el menor de dieciocho años en la realización de tales conductas haya prestado su consentimiento válido y eficaz, o no, conforme al tenor literal del artículo 183 bis. El consentimiento del menor en las conductas relacionadas entre otros asuntos con la pornografía infantil es irrelevante, pues, como ya se ha afirmado supra, los menores de dieciocho años carecen de capacidad para consentir un acto pornográfico en el que se vean inmersos y, no cabe apreciar la cláusula del artículo 183 bis.

Así, la Consulta de la FGE 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, sostiene que los tipos referentes al art. 189 CP tienen en común, conforme a nuestro Derecho, que los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a la utilización por terceros con fines pornográficos, por lo que se tiene por irrelevante el consentimiento prestado por el menor para intervenir en este tipo de material, aun cuando tal consentimiento se haya

¹⁷ RAMÓN RIBAS, E., Revista de Derecho y Proceso Penal, 2012, pp. 210 y 211. En consonancia con el planteamiento que se explicará a continuación, este autor opina que se está ante una contradicción aparente, pues sostiene que lo que sucede es que en las conductas previstas en este artículo se protege no sólo la indemnidad sexual de los menores de edad, sino también, otro bien jurídico individual indisponible por los menores de hasta dieciocho años de edad como es el derecho a la intimidad y su derecho a la propia imagen.

prestado válidamente para la realización de las relaciones sexuales que hubieren tenido lugar.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia estima tal criterio de la irrelevancia del consentimiento prestado por el menor de edad en diferentes sentencias que son claramente proclives a su irrelevancia, como se invoca en la STS 796/2007, de 1 de octubre de 2007 que se expresa en los siguientes términos “ *el bien jurídico protegido por este delito no es otro que la indemnidad sexual de los menores, es decir, su bienestar psíquico en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo que es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas*”. Igualmente, la SAP de Barcelona 381/2009 de 14 de abril de ese año asevera que el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante.

Para muchos esta disparidad de criterios no tiene ningún sentido, pero para otros como MORENO ACEVEDO existe una cierta lógica. Pues, a su juicio, puede darse una situación en la que un menor de dieciséis años realiza una actividad de contenido sexual con otra persona próxima a su edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica que puede ser puntual en el tiempo en ambos individuos. Y, sin embargo, distinta connotación se daría si ese mismo menor participase en un espectáculo exhibicionista o pornográfico o que elaborasen un material sexual de él ya que en estos últimos supuestos existiría un riesgo de difusión a otras personas lo que produciría un perjuicio aún mayor en el correcto proceso de formación de la esfera sexual del menor, además, de la afectación a su intimidad, dignidad y derecho a la propia imagen¹⁸. Lejos de esto la mayor parte de la doctrina aboga por el establecimiento de una edad común en todas aquellas figuras típicas de ámbito sexual en las que los menores sean víctimas¹⁹.

¹⁸ MORENO ACEVEDO, R; *Los delitos de pornografía infantil: Especial relevancia al tipo básico y tipos cualificados*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, p. 282.

¹⁹ *Los delitos de pornografía infantil: Especial relevancia al tipo básico y tipos cualificados*, p. 283. “Como consecuencia de tal disparidad en la edad cronológica la doctrina acertadamente aboga por el establecimiento de una edad común”.

2.3.3. Tercer requisito: Cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad

El tercer requisito que impone el artículo 183 bis es que el “*autor sea una persona próxima al menor por edad*”. Una noción bastante ambigua, en la que cabría pensar varias posibilidades: que al referirse el texto legal a próximos por edad solo podrían englobarse relaciones entre menores de edad, también podría pensarse que quedan incluidas las relaciones con mayores de edad pero solo con los que sean más jóvenes.... Y muchas más interpretaciones que por su extensión no se van a abordar ya que todo depende de lo que cada uno entienda por próximo. Por esto y dada la inexactitud y subjetividad de la terminología empleada, en este apartado, se examinará cuál es la posición mayoritaria por parte de los diferentes operadores jurídicos (en especial, por parte de nuestros legisladores, fiscales y jueces).

La cuestión no fue pacífica desde el principio. Ya durante la tramitación del Proyecto de Ley de la Ley Orgánica 1/2015 que introdujo la cláusula en nuestro Código Penal se presentaron varias enmiendas relativas a la cuestión de la edad: algunas orientadas a mantener la edad de trece años, por considerar que ello resultaba más acorde con el desarrollo emocional y la madurez sexual de los menores, y otras dirigidas a establecer la edad de quince años, por considerar que se adecuaba mejor a la realidad de la madurez sexual en la actualidad. Asimismo, en relación con el tratamiento de la asimetría, se presentó una enmienda en la cual se concretaba el requisito de la proximidad de edad, mediante la exigencia de una diferencia de edad no superior a tres años. Fue el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia el que propuso que se llevara a cabo la enmienda número 561 mediante la cual el artículo 183 quáter quedase redactado así: “*el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando entre el autor y la víctima exista similar grado de desarrollo o madurez y no exista más de tres años de diferencia de edad entre ellos, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del apartado 4*”. Pero, pese a todo, finalmente, dichas enmiendas fueron rechazadas y la LO 1/2015 fue aprobada en el sentido indicado al principio haciendo referencia a los menores de dieciséis años.

Muchos autores han considerado favorable que la cláusula finalmente quedase redactada de la manera que está ahora. En este sentido, CABRERA MARTÍN expresa su

conformidad al considerar que *“la reforma que se ha producido en nuestro Derecho Penal sexual merece la acogida favorable tanto en lo relativo al establecimiento de la edad genérica de especial protección en los dieciséis años como en la introducción del criterio de la asimetría como determinante de la relevancia penal de las conductas (...)*²⁰.

Por su parte, los Fiscales, pieza clave en la protección de la infancia –de un lado- y del Derecho Penal de menores -de otro- también tienen algo que decir en este asunto. Justamente por ese motivo desde la Fiscalía General del Estado se han establecido unas pautas que resultan ser más precisas con respecto a las edades, aunque no dejan de ser orientadoras, como de forma expresa advierte la Circular que las recoge (esto es, la Circular de la FGE 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal).

A tales efectos, de orientar la aplicación de la cláusula contenida en el actual artículo 183 bis, se toman en consideración las siguientes referencias: 1) El concepto de juventud del que parte la Convención Iberoamericana de Derecho de los Jóvenes²¹ que incluiría a las personas comprendidas entre los quince y los veinticuatro años de edad; 2) La distinción que realiza la OMS entre adolescencia inicial (diez a catorce años), adolescencia media (catorce a diecisiete años), adolescencia final (diecisiete a veinte años) y juventud (incluye la adolescencia media, la final y se prolonga hasta los veinticuatro años); 3) La previsión contenida en el artículo 69 CP que contempla la posibilidad de que se extienda la aplicación de la legislación relativa a la responsabilidad penal de menores a las personas comprendidas en la franja entre dieciocho y veintiún años; 4) Las franjas cronológicas que, en relación con la misma cuestión, se utilizan en el derecho comparado (entre dos y cinco años de diferencia).

A partir de estos datos, la Fiscalía General del Estado propone diferenciar tres niveles a la hora de establecer los criterios de aplicación del artículo 183 bis²². En el primer nivel se situarían los impúberes, en relación con los cuales la protección ha de ser absoluta por lo que la cláusula no resultaría de aplicación. El segundo nivel abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los trece años, considerándose admisible la aplicación de la

²⁰ CABRERA MARTÍN, M; *La victimización sexual de menores en el Código Penal Español y en la política criminal internacional*, Dykinson y Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2019, pág.165.

²¹ Firmada en Badajoz el 11 de octubre de 2005.

²² Circular de la FGE 1/2017, pp. 6-16 y 23-24.

cláusula de exoneración en relación con otros menores de edad. El tercer nivel se correspondería con los menores que tengan catorce o quince años, en relación con los cuales se admiten diferencias de edad que permitan abarcar hasta los jóvenes de veinte años y, excepcionalmente, jóvenes de hasta veinticuatro años²³.

En consonancia con los tramos establecidos por la fiscalía, los tribunales se pronuncian sobre su aplicación o no al caso concreto.

Así, nuestro Tribunal Supremo rechaza la pretensión del recurrente de que se le aplique el mencionado precepto por la abultadísima diferencia de edad que le separa de la víctima (treinta y cinco años en el caso recogido en el ATS de 21 de enero de 2016 y cincuenta y cinco años en el supuesto del ATS de 23 de marzo de 2017). De igual forma, se pronuncia nuestro alto tribunal mediante sentencia de 14 de octubre de 2019 en la que rechaza de plano la aplicación de la cláusula al triplicar la edad del autor la de la víctima.

Paralelamente, se sitúa la jurisprudencia menor. En las Audiencias Provinciales se puede afirmar que es prácticamente pacífica la idea de que dos edades son próximas hasta más o menos los cinco años de diferencia entre ellas. En efecto, existen multitud de sentencias que consideran próximas entre sí diferencias de cuatro, cinco y seis años. Por no reseñarlas todas, me limitaré a mencionar las siguientes: SAP de Castellón de 20 de marzo de 2019 (diferencia de 4 años), SAP de Madrid de 12 de junio de 2019 (diferencia de 5 años) y SAP de Burgos de 3 de abril de 2019 (diferencia de 6 años).

Visto lo visto, considero que la decisión de tener en cuenta la asimetría es la acertada si bien pudiera parecer contraria a la seguridad jurídica. Creo que el legislador ha querido dejar en manos de los tribunales la decisión final dándose lugar a diferentes sentencias según la apreciación del juez. Pero eso no significa que sean arbitrarias sino todo lo contrario ya que están más que sopesadas pues es el propio órgano jurisdiccional el que ha ido analizando caso por caso las distintas circunstancias habidas.

²³ Vaticina GÓMEZ TOMILLO que *al final nos encontraremos con un acuerdo del pleno no jurisdiccional del TS que ponga una edad máxima (...) y una distancia entre el sujeto activo y sujeto pasivo*, concluyendo el autor que, para que finalmente tome la decisión el Tribunal Supremo, resulta preferible que sea el legislador quien lo haga, por ser a él a quien le corresponde esa tarea (GÓMEZ TOMILLO, M.; *Comentarios Prácticos al Código Penal*, cit., p. 535).

2.3.4. Cuarto requisito: Cuando el autor sea una persona próxima al menor por grado de desarrollo o madurez física y psicológica

Desde el ámbito de la Psiquiatría, de la Psicología y de la Sexología ya se advertía de que lo relevante en el ámbito de los delitos sexuales, no es tanto la edad del menor supuestamente abusado o agredido, cuanto determinar si existe asimetría de edad y de poder entre las partes implicadas. Todo ello porque se entiende que la ausencia de esa asimetría hace imposible una actividad sexual común ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes, que impiden que la parte más joven alcance una adecuada comprensión del significado y alcance de la relación²⁴.

Los criterios utilizados por los expertos para determinar cuándo una actividad sexual resulta abusiva para un menor, cada vez más atendían, no tanto a la edad del menor, cuanto a la asimetría existente entre las partes y a los mecanismos utilizados para conducir al menor a la actividad.

Consecuentemente, nuestra legislación, queriendo adaptarse a ello ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Acorde con esto, el artículo 183 bis del CP impone como último requisito que el *“autor sea una persona próxima al menor por grado de desarrollo o madurez física y psicológica”*.

La utilización de la conjunción “y” en el texto legal nos lleva a pensar que los requisitos de edad y madurez son cumulativos. La dicción del precepto parece meridiana en ese sentido. La doctrina y la jurisprudencia tienden generalmente a esta interpretación. No obstante, hay dos casos en los que se realiza una interpretación dispar.

A saber, por un lado la Audiencia Provincial de Tenerife mediante sentencia de 21 de marzo de 2016 en la que se puso de relieve que *“la proximidad por edad a que se*

²⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, F; *Abusos sexuales a menores. Lo que recuerdan de mayores*, cit., 1996, p.15 y, del mismo autor, *Los abusos sexuales a menores y otras formas de maltrato sexual*, cit., p. 69. Ha de tenerse en cuenta que uno de los criterios para el diagnóstico de la pedofilia consiste en que la persona tenga al menos dieciséis años y sea, por lo menos, cinco años mayor que el niño, excluyéndose de la consideración de pedófilos a los individuos en las últimas etapas de la adolescencia que se relacionen con personas de doce o trece años.

refiere el actual art. 183 quáter no puede entenderse referida sin más a la edad cronológica, sino que debe ser puesta en relación con el segundo inciso del precepto, que se refiere al grado de desarrollo o madurez” de suerte que sobre la base de esto se procede a absolver al acusado aun con la diferencia de edad apuntada entre los dos hermanastros. Y por otro lado, en términos similares, es ilustrativa la sentencia de 12 de diciembre de 2018 de la Audiencia Provincial de La Rioja en la cual se indica que *“indiscutible resulta la diferencia de edad, de algo más de cinco años (...) pero la proximidad por edad a que se refiere el precepto no puede entenderse referida sin más a la edad cronológica, sino que debe ser puesta en relación con el segundo inciso del precepto, que se refiere al “grado de desarrollo o madurez”,* produciéndose así la absolucióndel acusado ya que el tribunal entendió que el grado de desarrollo de ambos intervinientes estaba muy próximo a pesar de la diferencia de edad.

Sea como fuere, no debemos olvidarnos que son dos sentencias aisladas, siendo una amplia mayoría las que requieren la concurrencia de ambos requisitos. Sirva de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017 en la que se afirmó que *“la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio. A ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada”*. Razonamiento que dio lugar a la inaplicabilidad de la cláusula de consentimiento.

Se hace interesante destacar que en esa misma sentencia se ha señalado la necesidad de resolver los diferentes supuestos tras un *“cuidadoso examen de cada caso”*, teniendo en cuenta *“la edad y el espíritu y mentalidad”* de las partes, *“debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél puedan inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación”*. De esta manera, se pone de manifiesto que el contexto es importante.

Los criterios tenidos en cuenta para acreditar o no el equilibrio en grado de madurez entre el menor de dieciséis años y la otra persona son variados. Fundamentalmente, los más usados son la existencia de amigos en común, las formas de ocio parecidas, la vida laboral, el grado de independencia económica, el contexto familiar... *Ad exemplum* pueden citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de

octubre de 2018 o la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 31 de julio de 2018. En ambas, se trae a colación el hecho de que el acusado tuviese hijos.

Otro criterio en el que suele fijarse el tribunal se concreta en el hecho de si los sujetos implicados comparten concepto cultural o no. Una de las primeras sentencias que utiliza esa expresión es la de 17 de enero de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se sostiene lo siguiente: *“en tales condiciones es difícil considerar que existe una diferencia de edad o madurez relevante, entre la joven y el acusado, como para no aplicar el artículo 183 quater del C. Penal. Por otra parte, son jóvenes del mismo origen étnico, que tienen amigos comunes, que tienen similares formas de entretenimiento, similar concepto cultural, similar formación, similar situación socio económica y el acusado no aparenta un grado de madurez superior a su propia edad, ni una experiencia vital (ni laboral, ni personal), que permita inferir un grado de desarrollo muy superior a sus 20 años y por tanto muy superior al de la persona con la que había tenido relaciones sexuales”*. Ambos eran de origen dominicano.

Lo mismo sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de octubre de 2017 en la que si bien se elimina el adjetivo étnico se indica que *“se trata de unos jóvenes del mismo origen, que tienen, al parecer, similares formas de entretenimiento, concepto cultural, formación y situación socio económica”*. Aquí acusado y menor eran de origen boliviano.

Simplemente en relación a este último aspecto, estimo que hay que tratarlo con mucho cuidado evitando caer en prejuicios culturales sobre los extranjeros. Y es que ninguna de las sentencias mencionadas examina si acusado y menor tenían elementos culturales en común dándolo por supuesto por el mero hecho de compartir país de origen.

Dicho lo anterior, ahora sí que sí se han acabado todos los requisitos exigidos por el artículo 183 bis para que se produzca la exención de la responsabilidad penal.

2.3.5. Responsabilidad penal de menores

Llegamos al concepto de responsabilidad penal de menores, pero ¿por qué abordarlo y por qué de menores? Seguramente, estas dudas se disipen tras la lectura de este apartado.

Como bien es sabido, toda norma jurídica penal tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En el artículo 183 bis del CP el supuesto necesario es que haya consentimiento, de tal manera que, si el mismo concurre, en el menor de dieciséis de la manera explicada con anterioridad y con todos sus requisitos, ello trae como consecuencia la exclusión de la responsabilidad penal del otro interviniente, que seguramente será también menor, aunque como veremos más adelante no tiene por qué serlo.

Aunque existe cierta discusión doctrinal, tal y como indica Ramos Vázquez parece que estamos ante una causa de atipicidad que se basa en la negación del tipo, puesto que considerarla una excusa absolutoria supondría que el hecho seguiría siendo antijurídico, lo que daría bastantes problemas si hubiese eventuales partícipes en los hechos. Citando al autor: *“esto llevaría a la extraña paradoja de que, por ejemplo, una persona (que podría ser, a su vez, menor de edad) que indujese a un menor de 16 años a tener relaciones sexuales con otro menor sería castigado como tal inductor a un delito de abuso del art. 183, mientras que quien materialmente lleva a cabo los actos sexuales a los que hace referencia este último precepto podría acogerse a dicha excusa absolutoria (...) Resulta, por consiguiente, más correcto, tanto político-criminalmente como desde la perspectiva de los bienes jurídicos en juego y de la interpretación sistemática de los arts. 183 y siguientes del Código penal, considerar que cualquier conducta de participación en unos actos sexuales que caigan bajo el ámbito de aplicación del art. 183 quater CP es totalmente impune”*²⁵.

No obstante, aquí, haciéndome un poco de autocrítica, me doy cuenta que estamos partiendo de la base de que hay consentimiento y por tanto exclusión de responsabilidad. En cierto modo, es lógico que partamos de esta premisa dada la influencia que tiene en el Derecho Penal el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, dándole la vuelta al asunto, podríamos preguntarnos qué sucedería si no hubiese tal consentimiento, y más específicamente, podríamos plantearnos si responderían penalmente todos los menores presuntamente culpables o solo algunos ante dicha situación. Para resolver esta duda, se hace ineludible bucear en la responsabilidad penal de los menores y como ésta está regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis judicial*, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, nº41, 2021, pág. 313.

Pues bien, la primera cosa que hay que saber es que hay menores imputables y no imputables. La diferencia es crucial ya que si no hay imputabilidad tampoco puede haber culpabilidad y la ausencia de esta última provoca la inexistencia del delito. Atendiendo a la regulación establecida en el artículo 19 del Código Penal vigente y a la LORRPM, la situación actual queda establecida de la siguiente manera:

- Los menores de 14 años están afectados por la inimputabilidad y la irresponsabilidad penal. La presunción es *iuris et de iure* así que no admite prueba en contrario. Según el artículo tercero de la LORPM al menor de 14 años no se le exigirá responsabilidad ni con arreglo a esa ley ni con arreglo al CP. Por eso se puede afirmar tajantemente que los menores de 14 años están fuera del Derecho Penal. El fundamento de esta exclusión es doble: por un lado, se les considera inimputables por no tener capacidad de culpabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, falta de motivación por la norma etc.)²⁶ y por otro por criterios de necesidad de la pena o de política criminal en base a la irrelevancia cualitativa y cuantitativa de las infracciones cometidas por los niños menores de esa edad²⁷. En relación a los delitos sexuales, lejos de la habitual preocupación popular y aunque la Fiscalía General del Estado alertó en su último informe del *“progresivo e importante incremento de los delitos sexuales con menores implicados (2.625 procedimientos abiertos en 2021 frente a los 1.271 registrados cinco años antes)”* aludiendo a qué *“sigue siendo preocupante el incremento de su participación en delitos contra la libertad sexual”* también destacó que *“la evolución de las cifras sobre menores de 14 años presenta una trayectoria con dientes de sierra y bruscas subidas y bajadas que impiden extraer conclusiones criminológicas del comportamiento de este grupo”*. En todo caso, sea cual sea el delito cometido, se entiende que por el grado de inmadurez de los niños, deben quedar fuera no sólo del Derecho Penal, sino de cualquier intervención del aparato judicial sancionador del Estado, siendo suficiente una respuesta de los servicios sociales.

²⁶ CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, III, cit., pág. 94 *“los menores de 14 años están exentos de responsabilidad penal. Éste es el nuevo límite de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad”*. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, *Imputabilidad de los menores*, cit., pág. 50, para este autor *“la menor edad como causa de inimputabilidad retrocederá hasta ese límite”*.

²⁷ DEL ROSAL BLASCO, *Joven delincuente y Derecho Penal*, cit., pág. 1038. Del mismo modo, AGUIRRE ZAMORANO, *Los jóvenes del Siglo XXI*, cit., pág. 342.

- Los mayores de 14 años y menores de 18 años son responsables penalmente pero no conforme al Código Penal sino en base a un Derecho penal juvenil, específico para estos menores. El fundamento de su exclusión del Derecho penal (general o de adultos) no reside en criterios de imputabilidad, sino, única y exclusivamente, de política criminal, por entender, como señala la Exposición de Motivos de la LORPM, que *“la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias ante el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector”*. Con respecto a los delitos sexuales, otra vez nos volvemos a topar con la conocida ley del solo sí es sí, pero ahora la traigo a colación en relación a los menores de edad y concretamente en relación a los menores de la franja aquí examinada. Y es que esta ley agravó el castigo al reformar la Ley de Responsabilidad del Menor y obligar al internamiento en régimen cerrado para todos los agresores. Antes, se dictaba ese internamiento en los casos de agresión con violencia o violación, pero actualmente ese castigo se extendió a conductas que anteriormente eran consideradas sólo como abusos. Se genera una paradoja: esta ley acaba imponiendo a los menores de edad penas más graves que a los adultos. Mientras que en un mayor de edad puede esquivar el ingreso en prisión con una condena inferior a dos años si cumple determinados requisitos, el menor está obligado a cumplir el internamiento, que se reevalúa una vez superado la mitad del tiempo.
- Los mayores de 18 años y menores de 21 son imputables y responsables penalmente como regla general. Ahora bien, como excepción, en determinados supuestos por la escasa gravedad de los hechos y cuando concurren ciertas condiciones se les podrá aplicar el Derecho penal juvenil²⁸. Al respecto y para el caso de delincuentes sexuales, según el apartado segundo del artículo 14 de la LORRPM, *“cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen*

²⁸ Véase el artículo 69 CP que dispone que *“al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”*.

general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”.

2.3.6. ¿Atenuante cualificada?

Todas las distintas posibilidades que podían darse parece que han sido analizadas pormenorizadamente. A saber, ya hemos visto que si el menor consiente y tiene un grado de madurez y de edad próximo al autor éste no tendría que responder penalmente. También se ha evaluado otro supuesto en el que no hubiera consentimiento teniendo ello como resultado que el otro interviniente respondiera penalmente o de otra manera si fuera menor de catorce años. Pero aún nos queda una última posibilidad: que el menor consienta, pero no se cumplan alguno de los demás requisitos exigidos por el artículo 183 bis del CP. Entramos así en una zona de grises y es que en Derecho no todo es blanco o negro, el Derecho no es una ciencia exacta, uno más uno en nuestra disciplina no siempre es igual a dos...

Pues bien, a este respecto ya se pronunció la Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal, en la que ya se recogió que *“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 el grado de desarrollo y madurez. En todo caso, siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento”.*

Aplicando esto a la práctica, nuestros Tribunales en ocasiones han pasado a usar la cláusula del artículo 183 bis como una atenuante.

Así, por ejemplo, podemos hacer mención al razonamiento expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de noviembre de 2018, donde se aplica como cualificada dicha atenuante indicando que: *“sentada la existencia de consentimiento a mantener la relación sexual por parte de la menor y que existe proximidad entre las edades de ambos (se llevan cinco años, habiendo alcanzado el encausado la mayoría de edad poco tiempo antes de la fecha de los hechos) falta sin embargo esa identidad o simetría en el desarrollo o madurez entre el autor y la menor, tal y como consta en los informes periciales elaborados por la forense Sra. Almudena reseñados más arriba y que ratificó y aclaró en la vista oral, donde dijo que la disimetría era clara pero sin poder afirmar que fuera total. Así las cosas, y toda vez que concurren dos de los tres*

elementos de la exclusión de responsabilidad penal que contempla el artº 183 quáter CP (consentimiento y edades próximas) siendo una de ellas -el consentimiento- fundamental y en cuanto a la tercera (grado de madurez) tampoco era inexistente, 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)”.

Es decir, en ese caso en específico concurrían dos de los tres requisitos del artículo 183 bis, esto es, consentimiento y edad, mas la proximidad en la madurez no quedó constatada a partir de la investigación del caso, puesto que se evidenció que la *“disimetría era clara pero sin poder afirmar que fuera total”*.

De esta manera, la Audiencia Provincial de Vizcaya, atendiendo a lo establecido en el artículo 66.1.2.^a CP, rebajó en un grado la pena prevista en base a lo anterior poniendo de manifiesto que *“se rebaja en un grado y no los dos que la Ley permite, en tanto que solo concurre una atenuante y la entidad de la misma tampoco aconseja otra cosa valorando que la disimetría de madurez entre víctima y victimario era clara y no v.g. escasa o mínima”*. Por el contrario, cuando el Tribunal Supremo conoce del asunto considera que es más apropiada la rebaja en dos grados indicando, en su sentencia de 16 de diciembre de 2020, que no era desfavorable para el acusado la rebaja en un grado, pero que no era tan favorable como sería la rebaja en dos.

Se puede deducir así que la discrepancia en sí se produce más en relación a los grados que se debería de rebajar la pena que en la propia calificación pues nuestros Tribunales suelen estar de acuerdo en la aplicación del artículo 183 bis como atenuante ante el mismo supuesto.

2.4. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS MENORES DE DIECISÉIS: RECAPITULANDO

En este epígrafe y gracias a un razonamiento deductivo, yendo de más a menos, como bien ha podido vislumbrar el lector, primero partimos de nociones generales como los derechos sexuales y reproductivos de los niños para posteriormente irnos cada vez más

acercándonos al consentimiento en sí mismo. De todo esto me gustaría que él o la que estuviera leyendo esto se quedara con las siguientes ideas básicas:

1. Que no se reconoce la titularidad de derechos sexuales y reproductivos a los niños y jóvenes y que existe una sobreprotección de los mismos en el plano jurídico que conlleva a una criminalización por extensión de cualquier relación o acto sexual.
2. Que por ello el Derecho da una solución: la cláusula del artículo 183 bis del CP la cual sitúa al consentimiento como eje vertebrador constituyendo éste el presupuesto imprescindible para que se pueda exonerar de responsabilidad penal a los intervinientes menores de 16. Así siempre habremos de valorar si existe consentimiento o no ya que si una relación sexual se sitúa en el plano del Derecho o es constitutiva de delito lo indica el consentimiento.
3. Y que, al igual que en los mayores de 16, hemos de recordar que el consentimiento: debe ser fruto de una decisión basada en una información veraz, completa y suficiente en la materia; debe ser inequívoco y actualizado y no debe coexistir con violencia, intimidación, engaño, error ni mucho menos prevalimiento.

3. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRAXIS JUDICIAL EN PROCESOS DONDE SE CUESTIONE SI HA HABIDO O NO CONSENTIMIENTO

3.1. REVICTIMIZACIÓN DE MENORES Y DERECHO A UN PROCESO JUSTO DEL MENOR ACUSADO

Por fin se ha acabado de abordar la cláusula 183 bis del CP que tiene como eje central el consentimiento. En este apartado, por tanto, se abordarán diversas situaciones que podrán darse y de hecho se dan en la praxis judicial y que afectarán directamente a los menores implicados.

Y es que nociones tan poco cuantificables e inconcretas como desarrollo y madurez obligan a indagar en los detalles de los hechos acontecidos. Es obvio que va a haber un proceso en el que los menores tendrán que dar explicaciones y someterse a un peritaje físico y psicológico con todo lo que ello supone. Para saber si ha habido o no una sintonía de expectativas, intereses y emociones entre los implicados y una igualdad en la vivencia de la experiencia sexual mantenida entre ellos²⁹, se profundiza en los aspectos íntimos de los menores implicados en el seno del proceso penal. Esto puede tener consecuencias indeseables como se darían en el caso de que el menor pueda sentirse revictimizado y reviva la situación traumática volviendo a asumir su papel de víctima pero ahora durante el proceso judicial.

Se puede obtener reflejo nítido de este panorama a través de la lectura de la jurisprudencia, puesto que existen numerosas sentencias en las que se entran en detalles íntimos del acusado, pero sobre todo del menor o la menor, para valorar la paridad de madurez a los efectos del artículo 183 bis del CP.

Hay ejemplos muy ilustrativos. A tales efectos, la Audiencia Provincial de Navarra en su sentencia de 26 de septiembre de 2018 señaló que *“a la hora de valorar ese consentimiento libre prestado por una menor, en este caso en una relación sexual consentida, no puede obviarse la propia vivencia que de la sexualidad la misma tiene. Y en este aspecto debe indicarse que ha quedado acreditado que la menor María Esther, con anterioridad a tener la relación sexual imputada, mantuvo relaciones sexuales con*

²⁹ Conceptos a los que aluden entre otros ROPERO CARRASCO, J; *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores*, cit., p. 269 y JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PEREZ, A.L.; *La reforma penal de 2015: análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 94.

penetración, cuando menos una o dos veces con otra persona (...) Y a ello se refirió la menor en su declaración "que empezó a tener relaciones sexuales con 11 años". En palabras de la Audiencia, "esta circunstancia debe obviamente ser valorada, y si bien no permite por sí sola concluir que no sería delictiva cualquier posterior relación sexual con persona mayor de edad, pues el C. Penal exige por la protección de la indemnidad sexual de las personas menores de edad, en la individualización de la conducta, debe razonablemente ser valorada a fin de examinar el alcance de un consentimiento libre en los términos del artículo 183 quater del C. Penal". Este razonamiento también ha sido utilizado en otras ocasiones como la recogida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de octubre de 2017 en la que se destacó que "no puede ignorarse que la menor indicó que ya anteriormente había consumido bebidas alcohólicas y había tenido "tres novios", según refirió a la señora psicóloga, a la que indicó que, con uno de ellos, con el que tuvo una relación de un año, mantuvo relaciones sexuales".

Pero es que esta situación no solo puede perjudicar a la supuesta víctima sino también puede ir en contra del reo. La madurez afectiva y el conocimiento del ámbito sexual juegan en contra del acusado. Parece que, llegado el momento de un eventual proceso penal, en cambio, lo que le conviene al menor que goce de mayor madurez es intentar argumentar todo lo contrario: que desconoce todo sobre el sexo, que es inmaduro, irreflexivo e ingenuo.

Fuera de posibles argucias y estrategias de defensa, puede darse otro problema para los menores acusados y no es otro que el que se concreta en la difícil tarea de que se garantice su derecho a un proceso penal justo. El derecho de los menores a un proceso penal equitativo fue estudiado por el TEDH en sus sentencias de 16 de diciembre de 1999 (caso Bulger: V. c. Reino Unido y T. c. Reino Unido). El derecho a una participación efectiva se garantizaría cuando el menor acusado tiene una comprensión amplia de la naturaleza del procedimiento judicial y de lo que éste representa para él, incluido el significado de la pena que se le pudiera imponer (caso S.C. c. Reino Unido, sentencia de 15 de junio de 2004).

Forma parte de este derecho a un proceso penal equitativo también el derecho a la asistencia letrada a lo largo de todo el procedimiento y no sólo en el momento del juicio. Desde este presupuesto afirma el TEDH que se debe garantizar como regla

general el derecho a un abogado desde el primer interrogatorio policial salvo que existan convincentes razones a tenor de las circunstancias del caso para restringir este derecho, si bien esta limitación no debe perjudicar excesivamente el derecho a un proceso equitativo. Perjuicio que se produce, en principio, cuando se condena a una persona en base a las afirmaciones inculpativas realizadas durante el interrogatorio policial sin la asistencia del abogado (STEDH de 27 de noviembre de 2008, caso Salduz c. Turquía).

Se deben, por tanto, tener en cuenta tanto las consideraciones emanadas por parte de la UE como el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE. Y se debe valorar las repercusiones que puedan producirse desde una doble perspectiva: tanto desde la perspectiva de la víctima evitando la revictimización como desde la perspectiva del acusado garantizándose que tenga derecho a un proceso justo.

3.2. ASISTENCIA LETRADA DE LA VÍCTIMA Y DEL PRESUNTO CULPABLE: CONSEJOS PRÁCTICOS

En todo este contexto, cabe mencionar que juega un papel muy importante la asistencia letrada. Y es que, si se crea una controversia jurídica en relación a la existencia o inexistencia del consentimiento sexual del menor de dieciséis años, ya de entrada va a haber un menor de edad que pueda haber sido una presunta víctima de alguno de los delitos tipificados al respecto en el Código Penal. E incluso, en algunos supuestos, habrá dos menores: la presunta víctima y el presunto infractor (que también puede ser menor de edad). En este último caso, entramos de manera ineludible en el ámbito de la jurisdicción de menores.

El abogado que interviene en el sistema de justicia juvenil debe partir de la idea de que no se va a encontrar ante las mismas circunstancias que se encontraría en la jurisdicción ordinaria, por lo que su manera de abordar el caso debe ser diferente.

Para el caso de las presuntas víctimas, es menester recalcar que el artículo 25 de la LORRPM nos indica que *“podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento”*. De esta manera, los menores víctimas encuentran su protección a través de este artículo al permitirse la

personación en el proceso a través de sus representantes legales, sin perjuicio de que ellos también puedan ser oídos y se respeten sus derechos. En la defensa de las víctimas menores, el abogado ha de tratar de proteger el interés superior del menor el cual entra en colisión con la presunción de inocencia de la parte contraria. Además, sería recomendable que aportara una prueba pericial. La relevancia que en este punto tiene el informe pericial con respecto a la declaración del menor de edad es vital ya que el psicólogo experto como especialista formado cuenta con procedimientos propios para evaluar si el testimonio del menor es real. El objetivo no es otro que tratar de defender la verosimilitud de la declaración de la víctima.

Por su parte, el presunto menor infractor, como es lógico, también tiene derecho a la asistencia letrada. El primer contacto del menor infractor con su letrado normalmente se produce cuando el menor ha sido detenido. Se garantiza el derecho de asistencia letrada con la presencia del abogado del menor en el acto de declaración como detenido (art. 17 LORPM) sin que quepa renuncia al mismo por parte del menor o sus representantes legales. El contenido de la asistencia letrada es igual al que corresponde a los adultos que se encuentren en situación de detención, si bien y en atención al sujeto, existen determinadas especialidades. Así, el abogado del menor debe velar para que la detención se practique en la forma que menos perjudique a éste y a que se le informe, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten³⁰. Asimismo y mientras dure la detención, el letrado ha de velar porque el menor detenido se encuentren en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para mayores de edad, y también de que haya recibido los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requiera.

Se pone de manifiesto así que la figura e intervención del abogado tanto en uno como en otro caso, ya sea en la acusación o en la defensa, reviste una especial trascendencia.

³⁰ En este sentido, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “*el derecho del menor de quien se alegue que ha infringido leyes penales, se le informe sin demora y directamente de los cargos que pesan sobre él*”.

4. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de lo hasta aquí expuesto, se pueden llegar a las siguientes conclusiones que se expondrán a continuación:

- El consentimiento siempre ha estado presente de una u otra manera en la legislación penal española, en la medida en que en cualquier infracción contra la libertad sexual se ha exigido o bien que el hecho se realizase sin consentimiento del ofendido o con el consentimiento viciado.
- La diferencia reside en que actualmente y a través de la Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual, se ha pasado a conceptualizar el consentimiento. Noción que, como bien es sabido, aparece recogida en el artículo 178.1 del CP.
- El consentimiento es un concepto complicado y tiene distintas connotaciones para los mayores de dieciséis que para los menores de dicha edad (como se destacó la edad de consentimiento sexual en España se sitúa en los dieciséis años).
- En los mayores, la nueva redacción provoca una gran problemática en torno a la prueba y no solo eso sino también en aquellos casos en los que la víctima haya adoptado una actitud pasiva, haya sido sometida a través de sustancias químicas, o simplemente no recuerde lo que pasó.
- En los menores, el problema se ve agravado, ya que no existe una norma en el sistema jurídico español que discipline o clarifique el consentimiento. La especial vulnerabilidad de ese colectivo complica todo.
- El artículo 183 bis del CP arroja luz al asunto. Quedando la situación de la siguiente manera:
 - o Si concurre consentimiento + el autor es una persona próxima al menor por edad + es próxima por grado de desarrollo o madurez física y psicología = habría exención de responsabilidad penal.
 - o Si concurre consentimiento pero no se cumple alguno de los requisitos = habría responsabilidad penal pero la cláusula obraría como atenuante analógica.
 - o Si no concurre consentimiento = el otro interviniente tendría que responder penalmente si es mayor de catorce años ya que si es menor de esa edad se tomarían otras medidas.
- Siempre importa el consentimiento. Todo se articula en torno a él. Todos los elementos giran en torno a él, es lo mismo que el sol a nuestros planetas.

- Por último, hemos de recordar la importancia que tiene la intervención y asistencia letrada en procesos donde se cuestione si ha habido o no consentimiento y en los que al menos una de las partes sea menor de dieciséis años. Pues, si el abogado forma parte de la acusación, ha de intentar tener en consideración el interés superior del menor, defender la credibilidad de los hechos relatados por el mismo y no perder de vista el informe pericial del psicólogo en orden a garantizar la verosimilitud de lo acaecido. Por el contrario, si el abogado forma parte de la defensa, debería de aludir a la presunción de inocencia y velar porque se respeten los derechos de su representado sobre todo si se le detiene.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ ACALE SÁNCHEZ, M; AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.; CASANOVA MARTÍ, R; CERRATO GURI, E; DEL MORAL GARCÍA, A; FARALDO CABANA, P; GREEN, S; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; PÉREZ DEL VALLE, C; RAGUÉS I VALLÉS, R; RAMÓN RIBAS, E; RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; TORRES FERNÁNDEZ, M.E.; *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2023, pp. 22, 55-58 y 115-121.
- ✓ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; CRUZ BLANCA, M.J.; *El derecho penal de menores a debate*, Universidad de Jaén y Dykinson, Madrid, 2010, pp. 16-32 y 147-152.
- ✓ CABRERA MARTÍN, M; *La victimización sexual de menores en el Código Penal Español y en la política criminal internacional*, Dykinson y Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2019, pp.155-161.
- ✓ GARCÍA MATEOS, M^a MONTFRAGUE; ROVELO ESCOTO, N.C.; SANTIAGO HERRERO, J; *Violencia sexual. Análisis, tipologías y diferentes perfiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 44-50 y 65-69.
- ✓ GONZÁLEZ AGUDELO, G; *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 115-118 y 131-143.
- ✓ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.; *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 116-120.

- ✓ MÉRIDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, M; *Víctimas o verdugos: La delincuencia infantil y juvenil*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 2001, pp. 115- 140.

- ✓ MONGE FERNÁNDEZ, A; “*Las Manadas*” y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 278-286.

- ✓ MORENO ACEVEDO, R; *Los delitos de pornografía infantil: Especial relevancia al tipo básico y tipos cualificados*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 272-275 y 281-284.

- ✓ PEREIRA GARMENDÍA, M.M.; *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales: Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, Reus Editorial, Madrid (España), 2021, pp.141-158.

- ✓ POPOVA, M; *Consentimiento sexual*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2021, pp. 27-45.

- ✓ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; *Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)*, Artículo de la revista de Derecho Penal y Criminología, ISSN 1132-9955, nº8, 2012, pág. 195-227.

- ✓ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.; *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis judicial*, *Estudios penales y criminológicos*, ISSN 1137-7550, nº41, 2021, pág. 307-360.

- ✓ 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, pp. 178-193.

- ✓ REDACCIÓN LA LEY; *Delitos sexuales (Monografía)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 19-23.

- ✓ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C; *Delincuencia juvenil: Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 221-230.

- ✓ VENTAS SASTRE, R; *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2002, pp. 63-76.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SETDH de 16 de diciembre de 1999, caso T. y V. contra Reino Unido, Número de demanda 24888/94 y 24724/94. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163700> (consultado el 3 de noviembre de 2023).

SETDH de 15 de junio de 2004, caso S.C. c. Reino Unido, Número de demanda 60958/00. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=001-106981> (consultado el 4 de noviembre de 2023).

SETDH de 27 de noviembre de 2008, caso Salduz c. Turquía, Número de demanda 36.391/02. URL: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documentos/1292429063662-Sentencia_SALDUZ_c._TURQU%c3%8dA.pdf (consultado el 2 de noviembre de 2023).

SETDH de 12 de noviembre de 2013, caso Soderman c. Suecia, Número de demanda 5786/08 (ECLI:CE:ECHR:2013:1112JUD000578608).

- Tribunal Constitucional

STC de 9 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:64)

STC de 13 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:106)

- Tribunal Supremo

STS de 6 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1591)

STS de 1 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6601)

STS de 22 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7019)

STS de 10 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3883)

STS de 30 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2905)

ATS de 21 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:288A)

ATS de 28 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1580A)

STS de 14 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2895)

STS de 18 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:88)

ATS de 23 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3775A)

STS de 14 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2211)

STS de 14 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3397)

STS de 16 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4326)

- **Tribunal Superior de Justicia**

STSJ de Navarra de 13 de junio de 2018 (ECLI:ES:TSJNA:2018:235)

STSJ de País Vasco de 16 de octubre de 2018 (ECLI: ES:TSJPV:2018:2590)

STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJNA:2018:473)

- **Audiencia Provincial**

SAP de Barcelona de 14 de abril de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:3191)

SAP de Madrid de 3 de febrero de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:17651)

SAP de Tenerife de 21 de marzo de 2016 (ECLI: ES:APTF:2016:217)

SAP de Madrid de 17 de enero de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:438)

SAP de Navarra de 27 de octubre de 2017 (ECLI: ES:APNA:2017:494)

SAP de Navarra de 20 de marzo de 2018 (ECLI: ES:APNA:2018:86)

SAP de Tenerife de 31 de julio de 2018 (ECLI: ES:APTF:2018:1879)

SAP de Navarra de 26 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:APNA:2018:873)

SAP de Vizcaya de 14 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:APBI:2018:2680)

SAP de La Rioja de 12 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APLO:2018:660)

SAP de Castellón de 20 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APCS:2019:12)

SAP de Burgos de 3 de abril de 2019 (ECLI: ES:APBU:2019:193)

SAP de Madrid de 12 de junio de 2019 (ECLI: ES:APM:2019:5965)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1966/12/19/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1966/12/19/(1))).

Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1966/12/19/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1966/12/19/(2))).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/(1))).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1))).

Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hecho en Badajoz el 11 de octubre de 2005. URL: <https://boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-4504-consolidado.pdf>

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/10/25/(1))).

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/93/oj>).

Constitución española (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

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 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/12/5/con>).

Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2017-00001>