

LÍMITES AL CONSENTIMIENTO EN MATERIA SEXUAL: ¿CUÁNDO SE PUEDE DECIDIR? Limits to consent in sexual matters: When is it possible to decide?

Cristina Callejón Hernández

Profesora Ayudante Doctora (Universidad de Jaén)

Resumen

A raíz de la elevación de la edad para consentir válidamente en el terreno sexual de trece a dieciséis años con motivo de la LO 1/2015, se produjo un gran conflicto con motivo de que la tendencia social precisamente parece tomar un derrotero absolutamente contrario, esto es, la juventud comienza a desarrollar su sexualidad muy frecuentemente antes de esa edad. Precisamente en un intento de no prohibir este desarrollo normal, el legislador creó una cláusula de exención de pena limitada a concretos supuestos. Sin embargo, aun cuando la redacción parece simple, está sujeta a ciertas connotaciones moralizantes que conducen a replantearse si se cumple la necesaria separación entre Derecho y Moral. En el presente escrito se realiza un recorrido por el origen y la evolución de la mencionada cláusula, su ámbito de aplicación, sus elementos, su controvertida naturaleza y el modo en que se ha llevado a cabo jurisprudencialmente su aplicación.

Palabras clave

Consentimiento, agresión sexual, cláusula Romeo y Julieta, atipicidad, punibilidad.

Información del artículo:

Fecha de recepción: 21/12/2023

Fecha de aceptación: 10/01/2024

Abstract

Following the raising of the age of sexual consent from thirteen to sixteen by LO 1/2015, a major conflict arose because the social trend seems to be in the opposite direction, i.e. young people very often start to develop their sexuality before this age. Precisely in an attempt not to prohibit this normal development, the legislator created a penalty exemption clause limited to specific cases. However, even though the wording seems simple, it is subject to certain moralising connotations that lead one to reconsider whether the necessary separation between law and morality is fulfilled. In this paper, we will look at the origin and evolution of the aforementioned clause, its scope of application, its elements, its controversial nature and the way in which its application has been applied in case law.

Keywords

Consent, sexual assault, Romeo and Juliet clause, non-existence of an offence, punishability.

Cómo citar este artículo:

Callejón Hernández, C. (2024). Límites al consentimiento en materia sexual: ¿cuándo se puede decidir?, *El Criminalista Digital*, 12, 1-18.

Enlace permanente:

<https://revistaseug.ugr.es/index.php/cridi/article/view/30049>

Sumario: I. Introducción; II. Origen y evolución; III. Ámbito de aplicación; IV. Elementos; V. Naturaleza: 1. Causa de atipicidad; 2. Causa de justificación; 3. Causa de exclusión de la pena (excusa absolutoria); 4. Toma de postura; 5. Posibilidad de aplicar la cláusula Romeo y Julieta como atenuante; VI. Aplicación jurisprudencial; VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2015 tuvo lugar una de las reformas más importantes del Código Penal, pues se produjo la elevación de la edad para consentir válidamente en el terreno sexual de los trece a los dieciséis años. De esta forma, todos los actos sexuales realizados con personas menores de esa edad pasaron a configurarse como abusos sexuales, hoy ya agresiones sexuales, pues como se sabe, la reforma operada por la LO 10/2022, aglutinó todas estas conductas bajo un mismo *nomen iuris*. Esto hizo absolutamente necesario arbitrar algún tipo de solución, toda vez que la sociedad tiende a descubrir su propia

sexualidad y a iniciarse en las relaciones sexuales antes de esa edad, de manera que estos actos sexuales propios de la adolescencia no se convirtieran en un hecho delictivo, en vista de que el legislador, en su objetivo de proteger a un colectivo vulnerable como son las personas menores de edad (en este caso de dieciséis años), no puede llegar al extremo de prohibir el sexo entre adolescentes, máxime si se tiene en cuenta que se penaliza la realización de “actos sexuales”, que abarcará cualquier comportamiento con connotación sexual, sin necesidad de llegar a mantener relaciones sexuales plenas. Efectivamente, el aumento de la edad de consentimiento sexual puso de manifiesto la exigencia de establecer cláusulas de excepción de la responsabilidad penal que concedieran una posibilidad de consentir a menores de dieciséis años¹.

Así las cosas, se creó un mecanismo de exención de la pena para el caso de que esos actos sexuales hubiesen sido consentidos libremente por el menor de dieciséis años y siempre que los sujetos intervinientes fueran próximos en edad y grado de madurez, exención recogida en el antiguo art. 183 quater CP y que actualmente se encuentra ubicada en el art. 183 bis CP. A pesar de que se valora positivamente la inclusión de un tipo de semejantes características, lo cierto es que no faltan algunas dudas acerca de cómo ha de interpretarse el precepto, al margen de que puedan encontrarse algunas motivaciones moralizantes que son inadmisibles en Derecho Penal.

Los dilemas no son pocos, empezando por su propia naturaleza. Hay quien lo configura como una causa de atipicidad, quien lo comprende como una causa de justificación y quien entiende que integra una excusa absolutoria. No solo a nivel doctrinal pueden encontrarse diversas opiniones, sino que el Ministerio Fiscal también ha dado su opinión, en tanto la Fiscalía General del Estado sostiene que es una causa de exclusión de la tipicidad². Por su parte, la Jurisprudencia tampoco parece tenerlo del todo claro, de ahí que se puedan encontrar resoluciones donde se alude expresamente a una excusa absolutoria y otras en las que se indica que es una cláusula que sirve para destipificar, lo que hace pensar que se refiere a una causa de atipicidad.

Por ende, las diversas incertidumbres, atinentes también a su contenido, provienen del hecho anteriormente referido de que el legislador haya aumentado la edad de consentimiento sexual sabiendo que los menores son más precoces, sin que se pretendiera criminalizar los comportamientos que responden al inicio del desarrollo sexual de estas personas. Sin embargo, la dudosa técnica legislativa empleada, que parece decir una cosa y la contraria al mismo tiempo, no existe consentimiento válido y existe consentimiento válido en determinadas condiciones (absolutamente moralizantes), ha generado una enorme dosis de confusión.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

La denominada cláusula Romeo y Julieta³ vino con motivo de la reforma operada por la LO 1/2015, que fue novedosa en muchos aspectos, siendo que en la tipología de delitos sexuales no fue una excepción, pues con dicha reforma se produjo el cambio de la edad del consentimiento válido en el ámbito sexual, que pasó de trece a dieciséis años⁴. Esta decisión motivó, como no podía ser de otra manera, la existencia de delitos de agresión sexual a menores de esta edad, en un plano diferenciado de los delitos de agresión sexual a mayores de 16 años⁵.

¹ CASTILLO PORRAS, M^a del Rosario. “Validez del consentimiento del menor: revisión sobre sus aplicaciones prácticas”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena – ESQUINAS VALVERDE, Patricia (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 149.

² Así lo indica la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) núm. 1/2023, de 29 de marzo sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (Ap. 12).

³ Aunque huelga decirlo, esta denominación se debe a la tragedia shakesperiana de sobra conocida, “Romeo y Julieta”, donde Julieta solo cuenta con 13 años de edad, mientras que Romeo es mayor que ella, sin que llegue a especificarse una edad concreta. En la obra, ambos protagonistas se enamoran, siendo que Julieta desea mantener una relación con Romeo a pesar de su corta edad.

⁴ Los problemas que se plantearían con la elevación de la edad para consentir válidamente en el terreno sexual fueron vaticinados por GONZÁLEZ CUSSAC, José L., que se expresaba en los siguientes términos: “Pero entonces, ¿se va a perseguir como delito el beso dado por un joven de dieciocho años (adulto) a otro de quince? Pues eso es lo que dice la reforma. Y añadamos el aumento de expedientes en la jurisdicción de menores por los lascivos besos protagonizados por jóvenes de diecisiete o dieciséis años a menores de quince o catorce años. Confiemos que la jurisprudencia y la fiscalía recurran en todos estos casos a la excusa del art. 183 quater. En síntesis, hasta los dieciséis años los jóvenes españoles no poseen facultad de consentir válidamente en ningún aspecto de su sexualidad: ni siquiera para darse un beso”. En “Prefacio”, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 11. Con estas palabras, se transmite a la perfección el inconveniente que supone elevar la edad del consentimiento sexual en una sociedad cuya tendencia es iniciarse en las relaciones sexuales cada vez con mayor premura.

⁵ No le falta razón a RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, cuando se refiere a las distorsiones que puede provocar esta modificación, toda vez que la edad de responsabilidad penal se inicia a los catorce años y nada hace pensar que el cambio legislativo vaya a trasladarse a un cambio comportamental de la juventud española. En “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater CP”, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 599.

Como bien indica la Exposición de Motivos de dicha Ley, las modificaciones operadas se produjeron con motivo del cumplimiento de los compromisos supranacionales asumidos por el Estado español, concretamente en aras de proceder a la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶, que obligaba a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales ante este tipo de comportamientos, al ser considerados como graves violaciones de los derechos fundamentales (particularmente de los derechos del niño)⁷. No obstante, esta justificación ha sido tildada de falaz y oportunista, en tanto las disposiciones realmente no fijaban una edad determinada⁸, señalándose al tiempo que realmente las penas tan graves que se encuentran previstas para estas conductas exceden de las obligaciones internacionales y obedecen a razones de política-criminal propias⁹.

La justificación aportada por la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 frente a esa elevación de la edad en la que una persona puede consentir válidamente en el terreno sexual a los dieciséis años es que resultaba inferior a otros países del entorno, que la tenían prevista en torno a los quince o dieciséis años, siendo que la edad española era una de las más bajas del mundo¹⁰. Por tanto, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño recomendó la reforma del Código Penal español a tal respecto para ofrecer una mayor protección a las personas menores de edad.

De esta forma y siguiendo las indicaciones de la propia Directiva 2011/93/UE¹¹, se considera que la realización de un acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años es un hecho delictivo, con la única salvedad de que se trate de una relación consentida con una persona próxima al menor en edad y grado de desarrollo o madurez. Con lo cual, tampoco es que dicha Directiva contuviera una prohibición absoluta de mantener relaciones sexuales con personas menores de dieciséis años¹². Así, se creó un nuevo artículo (el artículo 183 quater) en el seno del Capítulo II bis del Título VIII dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, presumiéndose que la participación de una persona por debajo de esa edad puede perjudicar su libre sexualidad y que aún no se es plenamente consciente de las consecuencias de la realización de actos sexuales¹³. Dicho precepto excluía de responsabilidad por los hechos contenidos en ese Capítulo siempre y cuando se produjeran las condiciones recientemente mencionadas: el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez¹⁴.

Como expone el Tribunal Supremo, el objetivo de esta cláusula de exención de pena parte de la base de que el Código Penal no puede prohibir el sexo entre jóvenes, al igual que el legislador no puede introducirse en la cotidianidad de las

⁶ A este respecto, debe recordarse que la terminología de la Directiva no coincide ya con el Ordenamiento jurídico-penal español en el sentido de que los tradicionales abusos sexuales quedaron derogados (el *nomen iuris*, no la conducta en sí misma) por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que pasó a englobarlo todo dentro del paraguas de las agresiones sexuales, si bien sigue existiendo un paralelismo o, si se prefiere, una distinción entre las agresiones sexuales realizadas contra menores de 16 años (aquellas personas que, por regla general, no pueden aportar un consentimiento válido) y las agresiones sexuales cometidas contra personas mayores de esa edad. El bien jurídico protegido cambia en ambas conductas, siendo que las primeras protegen la indemnidad sexual y las segundas la libertad sexual, si bien esta tradicional asunción ha quedado actualmente puesta en tela de juicio, toda vez que el Título VIII ya no recoge la expresión “indemnidad sexual”, aun cuando todo parece indicar que dicho bien jurídico continúa existiendo.

⁷ A este respecto, pueden servir como soporte de esta idea la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁸ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 25.

⁹ PÉREZ VALLEJO, Ana María – PÉREZ FERRER, Fátima. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 121.

¹⁰ De hecho, la Circular FGE núm. 1/2017 explica en su ap. 2º que era la más baja de la Unión Europea, siendo que otros países del entorno habían fijado la edad de consentimiento sexual en 14 años (Alemania, Italia, Portugal, Austria y Hungría), 15 años (Francia, Polonia, Dinamarca y Suecia), 16 años (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega), 17 años (Irlanda y Chipre) e incluso 18 años (Malta).

¹¹ Si bien la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal especifica que la dicha Directiva en su Considerando 20 indica expresamente que no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual en que pueden participar los menores y que entran dentro del descubrimiento de su sexualidad precisamente porque existen distintas tradiciones culturales y jurídicas y por las nuevas formas de crear relaciones, incluso a través de las tecnologías de la información y la comunicación. Esta misma idea fue reiterada en el Memorando del 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. De aquí puede extraerse que la Directiva no conducía marcadamente a la obligatoriedad de establecer una determinada edad, sino que era algo que quedaba bajo el criterio de cada Estado acogiendo a sus propias tradiciones y criterios.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 257.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Aun cuando la cláusula fue incorporada al Código Penal en el año 2015, la idea acerca de que determinados comportamientos sexuales carecían de relevancia penal y, por ende, debían quedar impunes ya era mencionada en la Circular núm. 9/2011, de 16 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, aludiendo en su apartado III.2 al Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 (2009), que mencionaba expresamente que el contacto sexual entre personas menores de la misma o similar edad en la que no concurre ni abuso de intrusión no vulneraría el bien jurídico de la indemnidad sexual y por tanto no debían recibir una sanción penal. Sobre esta base, la Circular de la FGE afirma que los contactos sexuales carentes de violencia, intimidación, prevalimiento o engaño, aunque pudieran encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden suponer el archivo de las actuaciones cuando no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible.

relaciones humanas criminalizando comportamientos que pertenecen al ámbito de decisiones privadas de los jóvenes, siendo que donde sí puede entrar el Derecho penal es en aquellos supuestos en los que el mayor se aprovecha de la inferioridad del menor¹⁵.

Efectivamente, es frecuente que el inicio del desarrollo sexual comience antes de la edad de 16 años¹⁶. El legislador procedió a la elevación de la edad de consentimiento para intentar proteger a los jóvenes menores de esta edad de posibles abusos o engaños por personas mayores que se aprovecharan de la situación para lograr actos sexuales. Empero, en ningún caso se pretendía la penalización de las conductas que responden a un normal desarrollo de la sexualidad propio de la adolescencia. De ahí que fuera necesario estipular una cláusula de exoneración que abrazara estas conductas que no presentan incidencia alguna sobre el bien jurídico protegido¹⁷. Ello porque esa obligada y necesaria protección de los menores no puede significar la negación de su sexualidad ni la afirmación de que presentan una incapacidad absoluta para consentir allá donde no existe agresión ni explotación, sino solo prácticas de experimentación entre iguales¹⁸.

Por consiguiente, la existencia de la cláusula comprendida en el actual art. 183 bis CP implica que el legislador ha otorgado capacidad jurídica de decisión o, en otras palabras, plena disponibilidad de la libertad sexual siempre y cuando se cumplan los requisitos en ella estipulados¹⁹.

No obstante, unos años después, la cláusula sufriría una reforma con motivo de la disposición final de la LO 8/2021, de 4 de junio, que modifica uno de los requisitos para la exclusión de la responsabilidad: si la cláusula inicialmente requería una proximidad al menor por edad y grado de desarrollo o madurez²⁰, con la nueva redacción se indica expresamente que esa madurez debe ser tanto física como psicológica²¹, exceptuándose los supuestos incluidos en el art. 183.2 CP (aquellos realizados con violencia o intimidación). La Exposición de Motivos de dicha norma justifica que la reforma se produce para limitar el efecto de la extinción de la responsabilidad. Aun cuando pudiera pensarse que esta limitación era necesaria, realmente no es así, en tanto es evidente que si media violencia o intimidación, automáticamente se invalidará el consentimiento y ello determinará la no aplicación de la cláusula al no cumplirse uno de los requisitos (la presencia del libre consentimiento del menor). Por consiguiente, la reforma no responde a una limitación del efecto de aquella, por cuanto la misma no operaba si el consentimiento no era libre. En cualquier caso, el legislador consideró conveniente incluir esta excepción expresamente.

Recientemente, se produjo una nueva modificación del precepto, tan solo un año después de la introducción del cambio anteriormente mencionado. La nueva reforma se produjo con motivo de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cuyo cambio más significativo fue, sin duda, la supresión de la distinción entre abuso sexual y agresión sexual, de manera que cualquier conducta sexual realizada sin el consentimiento de la otra persona pasa a considerarse una agresión sexual²². Pues bien, este cambio enormemente significativo y que ha generado un gran debate doctrinal supuso la eliminación de algunos preceptos y la unión de otros, lo que conllevó un cambio de nomenclatura que determinó la salida del Capítulo II bis del Título VIII, cuyo contenido adaptado pasó a formar parte del Capítulo II (Agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y el cambio de la cláusula objeto de estudio en este escrito del art. 183 quater al art. 183 bis.

En segundo lugar, si bien con la reforma de 2021 la cláusula contenía como excepción los supuestos previstos en el art. 183.2 CP, ahora se excluyen los recogidos en el art. 178.2 CP, que presenta un alcance muy superior al primero, en tanto el elenco de supuestos exceptuados es mucho mayor, no solo se excluyen los actos realizados con violencia o intimidación,

¹⁵ STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

¹⁶ También en sentido crítico, mencionando la irrealidad que supone desconocer que la juventud comienza a realizar actos sexuales antes de esta edad, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, p. 290.

¹⁷ En el mismo sentido, destacando que el objetivo de la creación de la cláusula era no penalizar a menores que mantienen relaciones sexuales entre sí, pues se trata de excluir a los adultos de la esfera sexual de los adolescentes pero no de prohibir a estos últimos el tener una vida sexual activa, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El consentimiento del menor...”, Ob. cit., p. 593.

¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-16, 2021, p. 6.

¹⁹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David. “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 440.

²⁰ De ahí que la Circular FGE núm. 1/2017 destaque la insuficiencia de que el menor presente madurez, sino que es necesario acreditar también que el otro interviniente se sitúa en un grado de proximidad en dicho sentido.

²¹ A pesar de esta modificación, la Circular FGE 1/2023 indica que ello no supuso modificación alguna en cuanto a los criterios de interpretación de la Fiscalía (Ap. 12).

²² La Exposición de Motivos que otorga la LO 10/2022, de 6 de septiembre para proceder a esta eliminación no es otra que el cumplimiento por parte de España de las obligaciones que le competen en relación con el Convenio de Estambul, ratificado por España en el año 2014.

sino también aquellos que se produzcan mediante el abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, sobre personas privadas de sentido o abusando de su situación mental y los perpetrados sobre una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier motivo. De nuevo, se percibe un intento del legislador de ir acotando los supuestos que pueden quedar exentos de responsabilidad penal, al tiempo que trata de otorgar una protección superior a las eventuales víctimas. Téngase en cuenta que en este caso no existe una mayor protección de los sujetos pasivos menores de edad sobre mayores de edad, pues la presencia de cualquiera de dichos elementos determina la presencia de una agresión sexual, con independencia de si la víctima es mayor o menor de 16 años, al margen de la pena. No obstante, en este sentido caben realizar las mismas observaciones que las apuntadas *supra* con motivo de la reforma de 2021.

Aun cuando resulta innegable la loable voluntad del legislador de proteger a unas personas especialmente vulnerables como puede ser el colectivo menor de dieciséis años, cuya sexualidad se encuentra en fase de desarrollo, y la intangibilidad al respecto es estrictamente necesaria para que dicha fase pueda culminar con éxito, lo cierto es que dichas salvedades eran innecesarias, pues todas ellas representan supuestos de ausencia de consentimiento o consentimiento viciado que determinarían automáticamente la aparición de responsabilidad penal. Muestra de ello es que el art. 183 bis CP remite a los supuestos en que se considera agresión sexual a personas mayores de edad, ubicándose el art. 178.2 CP en los delitos contra la libertad sexual. Por consiguiente, si el legislador hubiera decidido no incluir esta excepción expresamente, el resultado seguiría siendo potencialmente el mismo: no aplicación de la cláusula por inexistencia de consentimiento libre.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En cuanto al ámbito de aplicación, la cláusula puede aplicarse a aquellos actos sexuales realizados sin ningún medio comisivo violento, intimidatorio o engañoso ni tampoco cuando exista un prevalimiento, esto es, siempre que pueda atisbarse el consentimiento libre de la persona menor de edad, lo que conduce a que sea posible su aplicación ante supuestos del art. 181.1 CP (realización de actos de carácter sexual) y del art. 181.4 CP (realización de actos de carácter sexual con penetración o introducción de miembros corporales u objetos), incluyendo los supuestos de menor entidad a los que alude el art. 181.3 CP. Sin embargo, resulta evidente la imposibilidad de aplicarlo en los supuestos del art. 181.2 CP (por la aparición de los especiales medios comisivos que aparecen tipificados en los apartados 2º y 3º del art. 178 CP²³) ni a los del art. 181.5 CP, pues la presencia de todas esas circunstancias agravantes determina la imposibilidad de que exista un consentimiento válido.

En cuanto a los supuestos del art. 182 CP, en principio tampoco existiría obstáculo para aplicar la exención siempre que el menor de dieciséis años haya prestado su libre consentimiento para presenciar esos actos sexuales, sin embargo, más dudas plantea el segundo apartado, toda vez que la visualización de actos sexuales que constituyen delitos sexuales sí es algo idóneo para atacar al bien jurídico protegido, que no es otro que la indemnidad sexual²⁴, si bien con motivo de la reforma operada por la LO 10/2022 no queda del todo claro si dicho bien jurídico continúa existiendo o todo queda bajo el paraguas de la libertad sexual²⁵. Aun así, parece más correcto situarse a favor de la persistencia del mismo. Por consiguiente, la intangibilidad del menor, que no se ve afectada cuando por sí mismo decide consentir determinadas conductas que suponen el descubrimiento de su sexualidad, puede verse afectada en este caso, en tanto la visualización de un delito sexual, o lo que es peor, la normalización de esa clase de conductas, puede constituir un grave deterioro del desarrollo de su personalidad. En este sentido, se indica que los delitos sexuales cometidos sobre menores protegen no solo esa indemnidad, sino también la formación y el desarrollo de la personalidad y sexualidad de aquellos²⁶.

Por otro lado y en relación con el art. 183.1 CP, la necesidad de que el consentimiento libre esté siempre presente determina la imposibilidad de aplicación de la exención a supuestos de *grooming* agravados precisamente por la aparición de la coacción, la intimidación o el engaño, sin que exista obstáculo alguno para apreciarlo en el tipo básico²⁷.

²³ Esos medios comisivos son violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, actos realizados sobre personas privadas de sentido o abusando de una situación mental o cuando la víctima tenga anulada su voluntad por cualquier causa. Evidentemente, la presencia de cualquiera de estos elementos elimina de forma automática el libre consentimiento de cualquier persona (mayor o menor de dieciséis años), siendo que esta referencia expresa del art. 183 bis CP no era necesaria precisamente por su completa y patente incompatibilidad con cualquier tipo de consentimiento libre.

²⁴ De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 256.

²⁵ Al respecto y apostando por la permanencia del mismo, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, David. “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, 2022, pp. 15 y ss.

²⁶ PÉREZ VALLEJO, Ana María – PÉREZ FERRER, Fátima. *Bullying, cyberbullying y acoso...*, Ob. cit., p. 119.

²⁷ En el mismo sentido, la STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

Finalmente, la cláusula no es admisible en supuestos de *sexting*, toda vez que el art. 183.2 CP hace pivotar dicha conducta sobre el hecho de que el sujeto activo lleve a cabo actos tendentes a embaucarle para conseguir el material pornográfico, siendo que el embaucamiento, que puede entenderse como un sinónimo de engaño, es absolutamente incompatible con la presencia de ese consentimiento libre que constituye el eje central del art. 183 bis²⁸.

Por cuanto respecta a los delitos de exhibición de pornografía (art. 189 CP), exhibicionismo (art. 185 CP) o provocación sexual (art. 186 CP), la ubicación del precepto en el art. 183 bis CP y la mención expresa a que el consentimiento se extiende únicamente a las conductas previstas en el Capítulo II, parece suponer que el eventual consentimiento otorgado por una persona menor de dieciséis años no sería válido para eximir de pena, algo que carece de sentido²⁹.

IV. ELEMENTOS

La conocida como cláusula Romeo y Julieta presenta, como se ha visto, no pocas dudas. El legislador no termina de dar respuesta a muchos interrogantes, si bien la Fiscalía General del Estado ha dado un paso hacia adelante y elaboró la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal (ubicación inicial de la cláusula), Circular a la que se aludirá nuevamente un poco más abajo. Realmente los conflictos aparecen en relación con dos grandes polos: la edad y la madurez.

El art. 183 bis establece lo siguiente: *Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.*

Por lo tanto, una vez que queda asentado que los menores de dieciséis años no presentan capacidad de decisión en este ámbito, aparece el art. 183 bis para reflejar la idea contraria, por cuanto plantea la posibilidad de que el autor quede exento de pena si resulta que está presente el libre consentimiento del menor, concurriendo proximidad en edad y en grado de desarrollo o madurez física y psicológica, elementos que deben aparecer cumulativamente³⁰.

Así, la cláusula implica la posibilidad de quedar exento de pena si concurren una serie de requisitos que, como indica la Jurisprudencia, constituyen parámetros abiertos que dejan un amplio margen de apreciación³¹. En primer lugar, no se produce ninguna de las circunstancias del art. 178.2, esto es, la conducta sexual se ha producido sin violencia, sin intimidación, sin aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, sin que la víctima presente un trastorno mental del cual se ha abusado y sin estar esta privada de sentido o tener su voluntad anulada. Esto resulta completamente lógico porque, en el caso de concurrir cualquiera de estas circunstancias, no podríamos afirmar la presencia de un consentimiento libre. Sin embargo, se reitera, esto es exactamente igual en el caso de agresiones a mayores de dieciséis años.

En segundo lugar, la persona menor de 16 años ha de haber emitido un consentimiento libre, entendiendo por consentimiento libre aquel en el que la persona conoce perfectamente qué está consintiendo y decide hacerlo voluntariamente, sin mediación de error, engaño, violencia o manipulación de cualquier tipo. Ello determina la imposibilidad de aplicar la exención cuando esa persona menor de 16 años haya sido embaucada de alguna manera. Debe tenerse en cuenta que en esto no se distingue del sistema previsto para personas mayores de dieciséis años, donde la conducta típica gira en torno a la ausencia de consentimiento, que puede producirse bien por una oposición directa a realizar el acto en cuestión o bien por la presencia de algún vicio que lo invalide.

En cuanto a la edad, la Directiva 2011/93/UE define la edad de consentimiento sexual como *la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor* (art. 2b).

²⁸ Así, también, la STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

²⁹ De la misma opinión, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El consentimiento del menor...”, Ob. cit., pp. 594-595; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal...”, Ob. cit., p. 31.

³⁰ De la misma opinión, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal...”, Ob. cit., p. 26. En sentido crítico con respecto al hecho de que estos requisitos sean cumulativos y no alternativos sobre la base de que la proximidad de edad no siempre implica la impunidad de la conducta y de que en la práctica la exención de pena pivotará fundamentalmente sobre la proximidad madurativa, lo que puede conducir a que la supresión de la pena quede en manos del arbitrio judicial, que deberá decidir acerca de dos valores poco cuantificables (desarrollo y madurez), RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El consentimiento del menor...”, Ob. cit., p. 596-597. Por su parte, GARCÍA RIVAS, Nicolás – TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, indican que el precepto no deja claro si la regla es de acumulación o de alternatividad. En “Lección 17ª. Agresión y abusos sexuales”, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Tratado de Derecho Penal: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1194.

³¹ STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

Sin embargo, apunta el Tribunal Supremo el hecho de que, si bien se parte de la base de que el consentimiento de la persona menor de dieciséis años es inválido de cara a justificar las relaciones sexuales mantenidas con un adulto, excepcionalmente se recupera la virtualidad de ese consentimiento en aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez al primero, se aconseja la exclusión de la represión penal³².

La primera cuestión que se viene a la mente es si el precepto puede aplicarse a personas mayores de edad o si está pensada solo para operar entre personas menores de edad. Si el legislador hubiese querido prohibir la exención de pena para personas mayores de 18 años lo habría hecho de manera expresa³³. El silencio de la norma en tal sentido ha de entenderse como una invitación a aplicarla sea cual sea la edad de los sujetos implicados, siempre y cuando exista una proximidad. Tampoco se establece una diferencia máxima de edad para aplicar la cláusula.

Por otro lado, los sujetos han de presentar una edad próxima y un similar grado de desarrollo o madurez física o psicológica (criterio cronológico y criterio biopsicosocial). Si los anteriores requisitos parecen más claros, este presenta un grado mayor de complejidad, porque ¿qué es una edad próxima? ¿en qué consiste exactamente esa idea de un similar grado de madurez? La edad es objetiva pero el desarrollo no lo es, ¿cómo se mide este extremo?

No queda claro lo que implica ser próximo en edad a otra persona, algo que no solo es un criterio puramente numérico, sino que tampoco es lo mismo presentar una diferencia en determinadas edades. Por ejemplo, no es lo mismo un sujeto de diez años que mantiene relaciones sexuales con otro de veinte; que el hecho de que el sujeto tenga treinta y cinco años y el otro cuarenta y cinco. Por tanto, el criterio arroja dudas y adolece de seguridad jurídica. No obstante, en un intento de arrojar algo de luz hay quien propone la admisión de una diferencia de cinco años de edad entre los sujetos³⁴.

En un intento por unificar criterios de aplicación del art. 183 bis CP, la Circular de la FGE 1/2017, propone el siguiente esquema:

- a. Impúberes. Este grupo de personas se encuentran todavía en su infancia, es decir, no se ha producido el proceso de cambios físicos destinados a la capacidad de reproducción sexual. Su protección ha de ser absoluta porque son niños y no adolescentes. Por tanto, la cláusula no sería aplicable.
- b. Desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, donde ha comenzado ese proceso fisiológico. Estas personas se encuentran en una fase temprana de la adolescencia. La protección aquí debe ser intensa por encontrarse el menor en la primera fase de la adolescencia. Aquí debería aplicarse el art. 183 bis siempre que el autor no haya cumplido todavía los 18 años, esto es, la exención cubriría las relaciones sexuales entre menores.
- c. Personas que tienen entre 14 y 15 años de edad. En este caso, la exención permitiría abarcar, a su vez, personas de hasta 20 años de edad, siempre teniendo en cuenta el criterio del grado de madurez, si bien excepcionalmente y en atención a este último criterio, podría extenderse hasta los 24 años.

Puede comprobarse que la Circular aboga por un criterio bastante amplio de la proximidad en la edad, más allá de los cinco años que doctrinalmente se propone. Sin embargo, si bien resulta meritorio este intento por proceder a una unificación, por llegar a unos criterios objetivos que permitan ganar en seguridad jurídica y que facilitarían la operatividad del precepto objeto de estudio, lo cierto es que el esquema conduce a un automatismo que no resulta procedente en esta materia. Así, el hecho de encorsetar hasta ese punto los supuestos en los que procede o no la exención puede arrojar resultados poco satisfactorios, en tanto aunque la cláusula nunca se aplicará cuando se atisbe una falta de consentimiento o un abuso por parte de la persona mayor hacia la persona menor, sí que puede ocurrir que se proceda a la no exención en casos en que la conducta era plenamente consentida y querida por el menor simplemente porque las edades concretas propuestas por la Fiscalía General del Estado no coinciden. La conclusión que debe alcanzarse, por mucho que resulte trabajosa o incluso tediosa, es que deberá revisarse caso por caso para determinar si se procede o no a la exención de pena.

³² STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

³³ En sentido similar, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El consentimiento del menor...”, Ob. cit., p. 597; MORILLAS FERNÁNDEZ, David. “Los delitos contra la libertad...”, Ob. cit., p. 464.

³⁴ Así, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “La cláusula Romeo y Julieta...”, Ob. cit., p. 323; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal...”, Ob. cit., p. 36; MORILLAS FERNÁNDEZ, David. “Los delitos contra la libertad...”, Ob. cit., p. 462.

En otro orden de cosas y por cuanto respecta a la madurez, el propio Comité de los Derechos del Niño, define el término madurez como la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, algo que no va ligado a la edad, sino más bien a la experiencia y el entorno. De ahí, que esto haya de valorarse caso por caso³⁵.

Aun cuando la edad es un criterio objetivo que no ofrece dudas al respecto, es decir, se puede determinar perfectamente la edad de una persona simplemente conociendo su fecha de nacimiento, con la madurez no sucede lo mismo. La madurez es subjetiva y relativa, en el entendido de que cada sujeto sigue sus propios ritmos en su camino hacia el desarrollo, lo cual hará que se desconozca el grado de madurez de los sujetos implicados salvo que se les someta a un examen individualizado. Ello porque la madurez haría referencia al avance en las competencias cognitivas e intelectivas en el sentido de comprensión de los hechos y de sus consecuencias³⁶.

Por ende, será necesario examinar caso por caso a la supuesta víctima de agresión sexual para conocer el estado de su madurez y su desarrollo, en aras de poder afirmar o negar que presentaba capacidad suficiente para consentir toda vez que conocía y quería el acto sexual realizado. En cualquier caso, lo cierto es que ambos criterios (concurrencia de consentimiento y proximidad de edad y de grado de desarrollo o madurez) se encuentran íntimamente vinculados, pues será precisamente ese grado de madurez el parámetro que sirva para determinar que el consentimiento ha sido libremente emitido³⁷.

V. NATURALEZA

El art. 183 bis CP ha supuesto también disconformidad en torno a su naturaleza, existiendo opiniones de todos los tipos, hallándose sectores doctrinales favorables a su configuración como una causa de atipicidad, otros como una causa de justificación y otros como causas de exclusión de la pena (excusa absolutoria). Por su parte, el prisma jurisprudencial no es menos confuso. Algunas resoluciones judiciales optan por calificarlo como excusa absolutoria³⁸ y otras como causa de atipicidad³⁹, sin que falten otras en las que se ha aplicado a modo de atenuante analógica⁴⁰. Como puede comprobarse, el escenario es bastante variopinto.

1. Causa de atipicidad

Implicaría que el delito nunca habría existido. La configuración de la cláusula Romeo y Julieta como una causa de atipicidad constituye la posición mayoritaria en la doctrina⁴¹.

Las causas de atipicidad excluyen la tipicidad de la conducta y la negación del tipo⁴². Son circunstancias que pueden excluir la tipicidad por circunstancias que afectan a la acción, a otros elementos de la estructura típica, al propio tipo o al desvalor social típico del hecho realizado⁴³.

Hay quien distingue entre causas de atipicidad en sentido estricto, aquellas que excluyen el tipo penal y causas de atipicidad en sentido amplio, dentro de las cuales se incluirían las causas de justificación⁴⁴. En el presente escrito, se parte del concepto de atipicidad en sentido estricto⁴⁵.

³⁵ De la misma opinión, CASTILLO PORRAS, M^a del Rosario. “Validez del consentimiento...”, Ob. cit., p. 155.

³⁶ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *La sexualidad de los jóvenes...*, Ob. cit., p. 136.

³⁷ SAP Las Palmas núm. 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350).

³⁸ Por ejemplo, la STSJ Islas Canarias núm. 66/2021, de 25 de junio (ECLI:ES:TSJICAN:2021:1864).

³⁹ SAP Madrid núm. 181/2022, de 21 de abril (ECLI:ES:APM:2022:4073); STSJ Madrid núm. 275/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TSJM:2022:9694); SAP Las Palmas núm. 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350).

⁴⁰ Por ejemplo, la reciente STS núm. 672/2022, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3008).

⁴¹ De esta opinión, por ejemplo, GARCÍA RIVAS, Nicolás – TARANCÓN GÓMEZ, Pilar. “Lección 17^a. Agresión y abusos...”, Ob. cit., p. 1193; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XII, 2021, p. 313; CHAVES-CAROU, Marcos. “La cláusula Romeo y Julieta tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.), *La protección jurídica del menor en el Derecho comparado*, Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, p. 526; CANCIO MELIÁ, Manuel. “Delitos contra la libertad sexual”, en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, p. 1105; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal...”, Ob. cit., p. 29.

⁴² LUZÓN PEÑA, Diego M. “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, Diego M. – MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 21.

⁴³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 458.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ También se muestra favorable a la separación de atipicidad y justificación, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 458.

Dentro de las causas de atipicidad en sentido estricto, se distinguen las causas que excluyen el tipo legal en el sentido de tipo indiciario del injusto, esto es, la conducta es jurídico-penalmente irrelevante; y causas de exclusión únicamente de la tipicidad penal, esto es, la conducta no está permitida pero su relevancia no es suficiente para configurar un injusto penal⁴⁶. Así, la no ilicitud en un ámbito del derecho y con mayor razón en el ámbito penal, por ser el último recurso del Estado, no puede excluir la posibilidad de ilicitud en otro ámbito del derecho⁴⁷.

Ahora bien, tradicionalmente la doctrina se inclina por el primer sentido: la conducta encaja en la descripción legal pero no ataca a un bien jurídico o no lo hace de modo mínimamente relevante, por lo que no existe indicio de antijuridicidad, de forma que ya no habría que indagar acerca de la eventual presencia de una causa de justificación⁴⁸.

Esta idea aplicada a la temática concreta que se está estudiando se defendería de la siguiente manera: el legislador en un principio indica en el art. 181 CP que los menores de 16 años no tienen capacidad de consentir, por tanto, su consentimiento es irrelevante. Sin embargo, en el art. 183 bis CP parece sostener la idea contraria, esto es, dice que los menores de 16 años pueden consentir, siempre y cuando sea para tomar una decisión concreta: mantener relaciones sexuales con una persona próxima en edad y en grado de madurez. Es decir, el legislador parte de la premisa general de irrelevancia del consentimiento de los menores de 16 pero les otorga permiso para consentir, eso sí, en determinadas condiciones.

2. Causa de justificación

En palabras de ROXIN, las causas de justificación presuponen una situación en la que dos intereses colisionan entre sí de tal forma que solo puede prevalecer uno u otro, por lo que sirven para regular este tipo de conflictos que surgen precisamente porque el Ordenamiento hace prevalecer los intereses de mayor valor a costa del sacrificio de los intereses de menor valor⁴⁹.

Son normas bien fundadas para realizar un comportamiento prohibido por un tipo penal, que se distinguen de las causas de atipicidad en el hecho de que provocan una lesión inicial al bien jurídico protegido (son típicas) pero son comportamientos socialmente soportables⁵⁰.

Comoquiera que sirven para excluir la antijuridicidad del comportamiento, también pueden denominarse causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto⁵¹. Por consiguiente, entrañan un juicio de ponderación de bienes jurídicos que o bien se salvan o bien se sacrifican⁵².

Aunque introducirse en el fundamento y los elementos de las causas de justificación excede del propósito de este escrito, resulta necesario reseñar que estas se componen de elementos objetivos y subjetivos y que ambos deben estar presentes para que pueda afirmarse la existencia de la causa de justificación⁵³. Esto es, no solo deben aparecer los elementos objetivos necesarios de cada causa de justificación, sino que el sujeto ha de tener conocimiento de su actuación dentro de la legalidad⁵⁴. Lo contrario determinaría la imposibilidad de aplicar la exención de pena, si bien sería posible una rebaja, abrazándose en este sentido la teoría de la atenuación⁵⁵.

Pues bien, hay quien sostiene que a pesar de que el consentimiento en mayores de edad, supone la atipicidad del comportamiento, en el caso de menores de dieciséis años, la cláusula implicaría la exclusión de la antijuridicidad, constituyendo, por tanto, una causa de justificación⁵⁶.

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, Diego M. "Causas de atipicidad...", Ob. cit., p. 21. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 458.

⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Antijuridicidad y causas de justificación", *Nuevo foro penal*, núm. 67, 2005, p. 60.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, Diego M. "Causas de atipicidad...", Ob. cit., p. 22.

⁴⁹ ROXIN, Claus. "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena" (trad. POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, pp. 171-172.

⁵⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 492.

⁵¹ LUZÓN PEÑA, Diego M. "Causas de atipicidad...", Ob. cit., p. 32.

⁵² QUINTANAR, Manuel, ORTIZ, José F. y ZABALA, Carlos. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 113.

⁵³ De la misma opinión, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 495. En contra, LUZÓN PEÑA, Diego M. "Causas de atipicidad...", Ob. cit., p. 38.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 287.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 289. Los autores se muestran a favor de aplicar en estos casos la eximente incompleta del art. 21.1 CP.

⁵⁶ De esta opinión ACALE SÁNCHEZ, María. "El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales", en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 43.

3. Causa de exclusión de la pena (*excusa absolutoria*)

Implica que el tipo existe pero que el sujeto no va a ser penado. En el Ordenamiento jurídico español fue SILVELA quien introdujo las excusas absolutorias (término de origen francés⁵⁷) cuando reflexionaba sobre la existencia de algunas causas de exención que no constituían ni causas de justificación ni causas de inimputabilidad⁵⁸. Por consiguiente, son elementos ajenos al tipo, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, se ubican en la punibilidad, y su funcionamiento es radicalmente distinto al de las causas de justificación y de exculpación⁵⁹.

Una excusa absolutoria, supone la exclusión de pena pese a la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable (incluso punible) y ello normalmente debido a la producción por parte del autor del delito, de un comportamiento postdelictivo positivo (al menos, en las causas de levantamiento de la pena)⁶⁰. Es decir, primarán otros intereses que tengan prioridad sobre la imposición de una pena.

LUZÓN PEÑA afirma que cuando concurre una causa de las que él denomina “causas personales de exclusión de la punibilidad” el delito continúa existiendo, excluyéndose la punibilidad del sujeto⁶¹. Lo cierto es que se excluye la pena, no la punibilidad, por cuanto el comportamiento sigue siendo merecedor de pena, lo que ocurre es que dicha pena deviene innecesaria⁶².

Por tanto, pueden aparecer supuestos en que el comportamiento es antijurídico y culpable pero no penado. Estos supuestos son los comúnmente denominados “excusas absolutorias” y se basan en razones de política criminal y de ausencia de necesidad de pena, según el caso concreto⁶³. Sin embargo, es más acertado denominarlas “causas de exclusión de la pena” porque el término “excusa absolutoria”, pese a que es una denominación usual en la doctrina, parece más ligada a una especie de perdón que determina la absolución del sujeto⁶⁴, siendo que consiste más bien en causas de comportamientos antijurídicos, culpables y punibles pero no penados por motivos de política-criminal y porque la pena no resulta necesaria⁶⁵.

La doctrina más acertada califica esta figura como “supuestos de delito punible no penado”⁶⁶. Esta es la expresión más correcta, la que más se acerca a la verdadera naturaleza de las causas de exclusión de la pena porque dichas causas no suprimen el hecho de que el sujeto haya realizado una acción reprochable. Esa acción es típica, antijurídica, culpable y punible, si bien la pena no acontece porque existe alguna razón que desaconseje su imposición. De ahí, la idea acerca de que en las causas de justificación no hay delito, en las de imputabilidad (y puede entenderse, en general, las causas de exculpación) no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena⁶⁷. No le falta razón a esta expresión, toda vez que en las causas de justificación se acaba determinando que la conducta es conforme a Derecho, con lo cual desaparece el delito, la conducta sería lícita; cuando concurre una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad y, por consiguiente, la

⁵⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 29.

⁵⁸ SILVELA, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, vol. 2, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, p. 201.

⁵⁹ El propio Tribunal Supremo, en una sentencia de 26 de diciembre de 1986, las definía de la siguiente manera: *Bajo el nombre de “excusas absolutorias” se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica que, colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero, prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la propia excusa absolutoria debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presente en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad.*

⁶⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos – JUDEL PRIETO, Ángel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2023, p. 229.

⁶¹ LUZÓN PEÑA, Diego M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 559-560.

⁶² Quizá por este motivo VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge ha observado que la definición de delito puede ser completada indicando que “es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, siempre que concurra la correspondiente condición objetiva de punibilidad y no exista una excusa absolutoria”. En “La punibilidad”, en ROMEO CASABONA, Carlos M., SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.), *Derecho Penal. Parte General: introducción, teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 304.

⁶³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal ...*, Ob. Cit., p. 735.

⁶⁴ Efectivamente, las excusas absolutorias parecen entrañar supuestos en los que el legislador perdona al sujeto su conducta por algún motivo, pero la verdadera esencia es precisamente ese motivo por el cual la pena desaparece. El legislador lo que hace es permitir la no imposición de una pena a cambio de algo (cuando las excusas absolutorias se encuentran supeditadas a una acción concreta, como en el caso del delito de sustracción de menores, en el que el sujeto quedará exento de pena si devuelve al menor en el plazo de veinticuatro horas o comunica el lugar en el que se encuentra en dicho plazo y procede a su restitución) o como resultado de una ponderación en la que finalmente se decide que esa pena puede resultar más perjudicial que beneficiosa (el caso de la excusa absolutoria entre parientes del artículo 268 del Código Penal). Una excusa absolutoria no supone un perdón para el autor de un delito, no es que el legislador le esté disculpando por el hecho cometido, sino que toma la decisión de no sancionar una determinada acción cuando concurren una serie de requisitos y ello atendiendo a razones de política criminal y de ausencia de necesidad de pena.

⁶⁵ En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, Diego M. “La punibilidad”, en Díez RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 839-840.

⁶⁶ ORTS BERENGUER, Enrique - GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 459.

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970, pp. 138-139.

culpabilidad desaparece, seguiría existiendo el delito pero el delincuente no existiría, podría adoptarse, a lo sumo, una medida de seguridad. Finalmente, cuando se trata de una excusa absolutoria, el delito y el delincuente siguen existiendo, por lo que son causas que para nada afectan a la antijuridicidad o a la culpabilidad, sino que afectan únicamente a la pena, la conducta no resulta penada por razones ajenas a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

Además, sería posible distinguir las causas de exclusión como causas que concurren durante la ejecución del delito y evitan que surja la punibilidad, y las causas de levantamiento de la pena, que son posteriores a la realización del hecho delictivo y suponen la existencia de una acción típicamente antijurídica, culpable y punible⁶⁸. En cualquier caso, ha de quedar claro que una causa de exclusión de la pena en ningún momento extingue la existencia del delito. El delito continúa existiendo. Defender lo contrario conduciría a lagunas jurídicas importantes⁶⁹.

Aplicado al art. 183 bis Cp, se defendería esta hipótesis si partimos de la absoluta irrelevancia del consentimiento del menor en todo caso, es decir, el menor no puede consentir porque tiene menos de 16 años y no tiene capacidad para ello. Entonces, el delito se está cometiendo pero la persona queda exenta de pena por la presencia de dos circunstancias concretas: la proximidad de edad y la proximidad del grado de madurez. En la doctrina, la posibilidad de configurar el precepto como excusa absolutoria constituye un criterio minoritario⁷⁰.

4. Toma de postura

Tras haber abordado las distintas opciones, es momento de decantarse por alguna de ellas. Puedo ya anticipar mi adscripción al sector mayoritario y afirmar que el art. 183 bis CP encarna una causa de atipicidad.

En primer lugar, se descarta la configuración como una causa de justificación porque ello supondría que se ha producido una afección al bien jurídico, si bien dicha afección luego resulta adecuada a Derecho. Efectivamente, una causa de justificación supone un permiso que el Derecho otorga para lesionar un bien jurídico precisamente porque hay otro también en juego de igual o mayor relevancia. Así, la legítima defensa ante una lesión, por ejemplo, permite lesionar a otra persona sin que dicha conducta sea injusta; o el estado de necesidad permite lesionar un bien jurídico siempre que se trate para salvaguardar otro más importante. Ello denota una previa tipicidad de la conducta, una lesión permitida por el Ordenamiento jurídico por algún motivo determinado. Por consiguiente, se elimina la antijuridicidad previamente creada. No obstante, el libre consentimiento del menor ante conductas sexuales realizadas con otros sujetos de parecida edad y grado de desarrollo o madurez impide que el bien jurídico sea lesionado. No es que la indemnidad se haya visto lesionada y después se justifique dicha lesión, sino que la lesión es inexistente desde el principio, pues el eventual sujeto pasivo está desarrollando libremente su sexualidad.

En segundo lugar, se descarta la configuración como causa de exclusión de la pena porque este elemento implica, como se ha mencionado *supra*, la presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable. Lo que ocurre es que la pena no acontece por otros motivos, fundamentalmente anudados a una falta de necesidad de pena y en muchos casos a cambio de un comportamiento postdelictivo positivo por parte del sujeto activo. Con todo, no es esto lo que ocurre en el art. 183 bis CP. El delito no llega a acontecer, el consentimiento del menor elimina desde el inicio el ataque al bien jurídico protegido, por lo que en ningún caso aparece esa conducta típica, antijurídica y culpable que requiere esta figura. Además, las excusas absolutorias impiden su extensión a otros posibles partícipes, lo cual podría provocar algunos conflictos. Ciertamente, otorgar al art. 183 bis CP dicha naturaleza llevaría a resultados nada satisfactorios, pues partiendo de la base de que se mantendría la antijuridicidad del comportamiento, podría llegar a castigarse al inductor de realización de actos sexuales con un menor de dieciséis años, mientras que se eximiría de pena al que lleve a cabo propiamente dichos actos⁷¹.

Por consiguiente, la opción correcta es aquella que pasa por configurar la cláusula como una causa de atipicidad. Si se admite el libre consentimiento del menor de dieciséis años como exención de pena, aunque sea en determinadas

⁶⁸ FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 45.

⁶⁹ Por ejemplo, es de sobra conocida la excusa absolutoria reflejada en el artículo 268 del Código Penal en relación con la comisión de delitos contra el patrimonio entre parientes en casos en que no exista violencia ni aprovechamiento de las circunstancias de una víctima vulnerable. Sin embargo, esta causa de exclusión de la pena no se aplica a terceras personas que puedan participar en el mismo. Si se negase la existencia del delito en estos supuestos, sería imposible aplicar una sanción a los partícipes, toda vez que la participación es accesoria, se necesita una autoría sobre la que basarse. Del mismo modo, esta misma causa de exclusión de la pena solo suprime la responsabilidad penal, no así la civil. Si no existiese delito, sería extraño poder exigir una responsabilidad civil derivada del delito. En conclusión, debe entenderse que la causa de exclusión de la pena no significa la supresión del hecho delictivo.

⁷⁰ Por ejemplo, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos – JUDEL PRIETO, Ángel. *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 9ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2023, p. 263;

⁷¹ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “La cláusula Romeo y Julieta...”, Ob. cit., p. 313.

circunstancias, dicho consentimiento juega el mismo rol que en el caso de la persona mayor de edad, donde aquel elimina la tipicidad de la conducta. El bien jurídico protegido no se vería lesionado en ningún caso porque los actos sexuales consentidos son propios de la experimentación sexual del adolescente, que en determinadas edades comienza a desarrollar su sexualidad.

El hecho de que el ataque al bien jurídico nunca acontezca, que no exista un daño, impide que pueda configurarse como causa de justificación. De hecho, bajo ningún concepto cabría invocar una causa de justificación ante una agresión sexual de un menor de dieciséis años. El consentimiento conduce a la atipicidad de la conducta.

No obstante, la cláusula adolece de ciertos tintes moralizantes que no son admisibles en Derecho penal, toda vez que siempre se defiende la necesaria separación entre Derecho y Moral. Ello porque el legislador reconoce eficacia y validez al consentimiento del menor de dieciséis años pero en determinadas condiciones: solo si consiente involucrándose en conductas sexuales con otras personas próximas en edad y madurez. Estos requisitos no se entienden. O bien se reduce la edad de consentimiento sexual o bien se establece la invalidez del mismo sin excepciones. Al menos, no estableciendo excepciones morales.

El legislador solo permite que el consentimiento sea eficaz y válido para el caso de que el mismo se haya producido para actos entre personas próximas en edad y grado de madurez. No se entiende cuál es la diferencia en relación con consentir actos o relaciones sexuales entre personas que no sean próximas en edad ni en grado de madurez, teniendo en cuenta que en el caso de que haya existido cualquier tipo de violencia o prevalimiento, la conducta será inmediatamente calificada de agresión sexual en tanto el consentimiento no será libre, sino viciado.

¿Por qué el Estado tiene que disponer los gustos y apetencias sexuales de menores de dieciséis años? Aunque no es lo frecuente, es perfectamente posible que una persona se sienta atraída sentimental y sexualmente por otra mucho mayor. Ello no invalida su consentimiento, siempre que se alcance la conclusión de que aquel fue emitido en condiciones de libertad y que no hubo prevalimiento alguno por parte del otro sujeto. Sin embargo, la cláusula de exención no alcanza este tipo de supuestos porque el precepto deja bien claro que los requisitos deben concurrir cumulativa y no alternativamente.

Ello conduce a resultados indeseados. Pongamos por caso que una chica de quince años se siente atraída por un compañero de su clase. Ambos tienen relaciones sexuales consentidas. La cláusula opera y la conducta queda exenta de pena. Ahora bien, si la chica se siente atraída por un chico de veinticinco y tiene relaciones sexuales con él, igualmente consentidas, la cláusula no opera y la conducta se configura como una agresión sexual, incluso no existiendo prevalimiento de cualquier tipo (de lo contrario, vuelve a reiterarse, el consentimiento no es libre y por tanto no es válido). Lo que se esconde bajo el prisma de protección a las personas menores de edad es realmente un trasfondo rancio y moralizante que parte de la base de que todo el mundo desarrolla las mismas apetencias sexuales. Es más, el legislador va conduciendo el camino del desarrollo sexual indicando los criterios que ha de poseer la persona con la que el menor de edad se involucra: realizar una felación a una persona de tu edad es correcto, besarte con una persona mucho mayor que tú es delito.

En otras palabras, el legislador está enviando un poderoso mensaje al colectivo de personas que aún no han alcanzado los dieciséis años de edad: no podéis consentir, salvo que consintáis como yo quiero que consintáis, solo personas próximas en edad y madurez. En ese caso, el consentimiento es válido, relevante y, por tanto, su presencia implica la atipicidad del hecho. En caso contrario, si se pertenece al minoritario grupo de personas (pero no inexistente) que desarrollan algún tipo de parafilia o que simplemente prefieren desarrollar sexual con personas mayores, su consentimiento no es válido porque el sujeto no entra dentro de los cánones establecidos por el legislador. La pregunta es si este hecho supone algún tipo de lesión hacia el bien jurídico protegido. A mi modo de ver, queda intacto en ausencia de prevalimiento de cualquier tipo, esto es, siempre que el consentimiento sea libre. El énfasis ha de ponerse en la persona que consiente, en analizar si su grado de madurez le permiten conocer y querer los hechos que está realizando, con independencia de aquello para lo que consienta y del sujeto con el que consiente.

5. Posibilidad de aplicar la cláusula Romeo y Julieta como atenuante

Como se ha visto, también se ha acudido a un recurso nada certero, a saber, aplicar el art. 183 bis CP a modo de atenuante analógica en aquellos casos donde no se cumplen todos los requisitos exigidos para obtener la exención de pena. Ya la Circular FGE núm. 1/2017 (ap. 4º) se refería a la posibilidad de construir una atenuante analógica sobre la base del antiguo

art. 183 quater, hoy art. 183 bis CP⁷². Expone la Circular que, en el momento en que aparecen el consentimiento libre y la proximidad de edad y de madurez determina que el hecho no sea constitutivo de delito, pudiendo ocurrir que este último requisito concorra solo parcialmente. En dichos casos, a mi juicio erróneamente, la FGE apuesta por una modulación de la responsabilidad penal mediante la construcción de una atenuante analógica relacionada con la cláusula Romeo y Julieta. Incluso admite su consideración como atenuante muy cualificada⁷³ en aquellos supuestos en los que se aprecie una asimetría cercana en el grado de desarrollo y madurez de los participantes en el acto sexual de que se trate, siempre y cuando no llegue a ser admisible una plena exención de pena, que quedaría supeditada al cumplimiento efectivo de los dos requisitos: proximidad en edad y proximidad en grado de desarrollo y madurez.

Ha de estimarse esta construcción de incorrecta toda vez que la cláusula de exención de pena se conforma como una causa de atipicidad que puede acontecer o no acontecer, sin que sea posible crearse una nueva norma por imperativo del principio de legalidad, ni siquiera en beneficio del propio reo⁷⁴. Las circunstancias atenuantes y agravantes son aquellas que se encuentran descritas como tal tanto de manera genérica en los arts. 21 y 22 CP y que resultan aplicables a cualquier delito, como aquellas otras que se hallan dispersas en distintos preceptos del Código Penal, siendo que precisamente en el seno de los delitos contra la libertad sexual es frecuente encontrar tanto atenuantes o agravantes. Sin embargo, ello no significa que se puedan crear otras nuevas de manera arbitraria. Por consiguiente, si los intervinientes en el acto sexual son cercanos en edad y grado de desarrollo o madurez, la conducta será atípica y no existirá responsabilidad penal alguna. En caso contrario, aparecerá la responsabilidad penal correspondiente, sin perjuicio de que puedan utilizarse determinadas circunstancias (siempre y cuando se encuentren plasmadas en la norma) para modular dicha responsabilidad. Empero, como se ha visto, no faltan resoluciones judiciales que aplican el art. 183 bis CP como una atenuante analógica en claro incumplimiento del principio de legalidad⁷⁵.

Sin embargo, no parece que esta postura del Tribunal Supremo haya sido una línea única o uniforme, toda vez que es posible encontrar resoluciones judiciales donde no ha planteado objeción alguna al hecho de haber creado una atenuante analógica del 21.7 CP en relación con el art. 181 bis CP y una tendencia más reciente donde rechaza categóricamente esta posibilidad. Así, por ejemplo, ocurre en un caso en el que una chica de 13 años y un chico de 18 deciden mantener relaciones sexuales, quedando acreditada la falta de capacidad para consentir de la menor pero donde se aplicó la atenuante analógica como muy calificada al entenderse presente el consentimiento de aquella y una proximidad de edad, no así de madurez, siendo que se procede a la rebaja de un grado de la pena⁷⁶. Pues bien, la Sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo⁷⁷, persiguiendo la defensa la rebaja en dos grados, *petitum* que, efectivamente queda otorgado por aquel. Esto demuestra que el Alto Tribunal no solo asume la posibilidad de construir una atenuante analógica, sino que además procede a conceder una rebaja de dos grados de la pena.

⁷² Esta construcción se realiza tomando como base, entre otras, la STS núm. 516/2013, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3510) y STS núm. 945/2013, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6389), en las que el Alto Tribunal se refiere a la posible apreciación de circunstancias atenuantes analógicas cuando “se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido”.

⁷³ Definidas como aquellas que presentan una intensidad superior a la normal, como explica MUÑOZ RUIZ, Josefa, en *Las circunstancias atenuantes muy calificadas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 27.

⁷⁴ En contra, defendiendo su posible construcción incluso como atenuante muy calificada, GARCÍA RIVAS, Nicolás – TARANCÓN GÓMEZ, Pilar. “Lección 17ª. Agresión y abusos...”, Ob. cit., p. 1195; CASTILLO PORRAS, Mª del Rosario. “Validez del consentimiento...”, Ob. cit., p. 153.

⁷⁵ Así, por ejemplo, la SAP Madrid núm. 181/2022, de 21 de abril (ECLI:ES:APM:2022:6087), que configura la atenuante analógica sobre la base de la ausencia de algún requisito (consentimiento, proximidad por razón de edad y proximidad por grado de madurez o desarrollo) y la concurrencia del resto. En este supuesto, acerca de una serie de actos sexuales mantenidos entre una menor de 14 años y un mayor de 22 años en el que se venía acusando por un delito de agresión sexual a menores de 16 años, la Audiencia entiende que no queda acreditada la falta de consentimiento y que ambos sujetos presentan una proximidad de edad relativa, siendo que en el plano del grado de madurez, la chica presenta capacidad de autodeterminación en la esfera sexual y el chico presenta la madurez propia de una persona de su edad. Sin embargo, extrae también la conclusión de que existe un desequilibrio entre las partes, por lo que decide aplicar la atenuante analógica muy calificada basándose en la postura favorable para tal construcción mostrada por la FGE en su Circular 1/2017, procediendo a rebajar la pena en dos grados.

⁷⁶ Esta resolución, emitida por la SAP Vizcaya núm. 54/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APBI:2018:2680), es la que construye la atenuante, justificándose la rebaja en un grado de la pena y no en dos al estimarse que existía una clara disimetría de madurez entre víctima y victimario, no solo escasa. Recurrida en apelación, el fallo fue avalado por la STSJ País Vasco núm. 9/2019, de 4 de febrero (ECLI:ES:TSJPV:2019:8). En el mismo sentido de admitir la construcción de esta atenuante, véanse la SAP Murcia núm. 351/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:APMU:2019:2457); la SAP Las Palmas núm. 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350), que apoya expresamente el razonamiento de la Circular FGE núm. 1/2017, mostrando sus dudas acerca de concebirla como muy calificada, si bien finalmente acaba abrazando tal posibilidad siempre y cuando concorra el consentimiento. Recuérdese también la Sentencia anteriormente aludida, SAP Álava núm. 37/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:APVI:2021:246), que construye igualmente la atenuante analógica aplicándola como muy calificada por existir consentimiento y edad próxima de los sujetos, si bien el grado de madurez no era plenamente coincidente, postura avalada en apelación por la STSJ País Vasco, núm. 34/2021, de 26 de abril (ECLI:ES:TSJPV:2021:524).

⁷⁷ STS núm. 699/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4326).

Por otro lado, puede afirmarse que el Tribunal Supremo ha abrazado expresamente esta posibilidad, pues una de sus resoluciones judiciales indica textualmente que *debe admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores*⁷⁸.

Empero, apenas cuatro meses después, se atisba un cambio de opinión. Así se aprecia en un supuesto resuelto por el Alto Tribunal⁷⁹ en el que una chica de 15 años de edad envía una solicitud de amistad por Instagram a un futbolista de un equipo local (La Arandina) y este acepta, momento en el cual empiezan a enviarse mutuamente fotos íntimas y, en un momento determinado, la chica llama por teléfono al futbolista para proponerle un trío (no queda probado si era una proposición seria). El chico la invita a su casa y allí aparecen varios chicos, los cuales se desnudaron y la desnudaron a ella también. Estando ella paralizada, los chicos le cogen las manos para hacerse masturbar y le sujetan la cabeza para obtener felaciones. Todos eran mayores de edad y uno de ellos llegó a penetrarla posteriormente.

En primera instancia, fueron condenados por agresión sexual a una menor de 16 años⁸⁰. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Justicia⁸¹ los absuelve de agresión sexual y los condena por abuso sexual (por no entender la presencia de intimidación) y aplica una atenuante muy cualificada del art. 183 bis (en su momento art. 183 quater) tras la revisión de informes psicológicos que determinaron que, por distintas circunstancias, los chicos presentaban un grado de madurez casi similar al de ella, indicando que la chica había aceptado la existencia de los actos sexuales pero alegando que fueron no consentidos. Finalmente, el Tribunal Supremo indica que no puede utilizarse el art. 183 bis CP como base para fundamentar una atenuante, al no existir espacios intermedios sin el soporte legal oportuno⁸², y mantiene la condena de dos de los tres chicos, aplicando la exención únicamente con el que tenía 19 años de edad y un grado de desarrollo similar al de la víctima, entendiendo que el consentimiento de esta es completamente irrelevante.

Acierta el Tribunal Supremo a la hora de justificar el porqué de la imposibilidad de aplicar la cláusula Romeo y Julieta como una atenuante analógica y es que, indudablemente, la referencia que hace el art. 21.7 CP al hecho de que puede actuar como atenuante cualquier circunstancia de análoga significación que las anteriores, denota que solo cabe aplicar por analogía las circunstancias que mantengan una relación de similitud con las previstas en los primeros seis apartados del mencionado precepto, no de cualquier lugar del Código.

VI. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Si se procede a un análisis del modo en que la cláusula de exención de la pena se ha aplicado a nivel jurisprudencial, podrá afirmarse que el esquema propuesto por la Circular de la Fiscalía y la interpretación que de la causa de exención de responsabilidad llevan a cabo los tribunales no coinciden.

A modo de ejemplo, se ha decidido la no aplicación de la exención de pena en un supuesto entre una chica de 14 años y un chico de 29 precisamente debido a la gran diferencia de edad que hay entre ambos, pese a que desde el punto de vista madurativo, existía un equilibrio debido al avanzado estado de madurez de ella y al limitado estado madurativo de él (al menos no se aplicó como eximente completa, sino como atenuante analógica por incumplimiento de todos los requisitos, en tanto faltaba la cercanía de edad)⁸³; tampoco en otro caso de relaciones consentidas entre una chica de 13 años y un chico de 18⁸⁴, que mantuvieron una relación sentimental durante algunos años, al no presentar tampoco el mismo grado de madurez (aunque cercano) y existir una diferencia de edad de cinco años entre ambos (en este asunto vuelve a aplicarse una atenuante analógica muy cualificada en relación con el art. 183 bis CP); a la misma conclusión se llega en un supuesto en el que existen relaciones sexuales consentidas entre una chica de 13 años y un chico de 25 años en el que fue ella la que tomó la iniciativa para realizar los actos sexuales pero en donde no existía esa proximidad de edad o madurez⁸⁵ (nuevamente, un supuesto en el que se acude a una ficticia atenuante analógica).

⁷⁸ STS núm. 672/2022, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3008).

⁷⁹ STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

⁸⁰ SAP Burgos núm. 379/2019, de 11 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2019:1017).

⁸¹ STSJ Castilla y León, núm. 14/2020, de 18 de marzo (ECLI:ES:TSJCL:2020:62).

⁸² La STS núm. 930/2022, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489), alude literalmente a que el TSJ ha aplicado una atenuante “sin anclaje legal”.

⁸³ SAP Las Palmas núm. 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350).

⁸⁴ Resuelto por la SAP Álava núm. 37/2021, de 15 de febrero (ECLI:ES:APVI:2021:246).

⁸⁵ SAP Madrid núm. 177/2020, de 27 de mayo (ECLI:ES:APM:2020:5267).

Por otra parte, cabría destacar que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la cláusula ante unas relaciones sexuales cometidas entre un adulto de 46 años y una menor de 11⁸⁶ o ante unas relaciones entre un sujeto de 11 años y otro de 19⁸⁷. Igual criterio fue seguido por la Audiencia Provincial de Madrid⁸⁸, que rechaza la aplicación de la cláusula ante una relación afectivo-sexual existente entre una menor de 15 años y un adulto de 34, siendo que aquella no presentaba un grado de madurez suficiente para poder tomar decisiones, al contrario que su pareja, hombre maduro con capacidad de decisión.

Por el contrario, pueden encontrarse otras resoluciones judiciales en las que sí se ha procedido a la exención de pena con base en la madurez. Así, la Audiencia Provincial de Castellón⁸⁹ la aplica ante unas relaciones consentidas entre una menor de 13 años y un mayor de 18 y ello sobre la base de que no había existido abuso de superioridad ni embaucamiento. En la Sentencia se expone que cada uno de los sujetos presenta la madurez propia de su edad pero entiende que esto no es tan significativo como para impedir la aplicación del precepto. Este veredicto confirma que los criterios de la Fiscalía General del Estado no son respetados automáticamente, sino que más bien sirven para orientar, debiendo realizarse una valoración caso por caso.

Asimismo, recientemente el Tribunal Supremo⁹⁰ ha decidido aplicar la cláusula en otro supuesto donde la diferencia de edad no implicaba una diferencia en el grado de madurez (una relación entre una chica de 15 años y un chico de 22), debido a que, aun cuando existe diferencia de edad, los dos presentaban similar grado de madurez física y psicológica. De hecho, ella era más madura de lo que cabía esperar por su edad, algo que se apreciaba también físicamente y le hacía relacionarse con amigas más mayores. Además, en el momento de la relación sexual entre los sujetos implicados, la chica tenía una relación de noviazgo con otro chico de 19 años con el que mantenía relaciones sexuales frecuentemente. Por tanto, el Tribunal Supremo aplica la exención de pena y casa la sentencia de instancia, que había condenado por un delito de abusos sexuales.

También pueden encontrarse otras resoluciones judiciales donde la Jurisprudencia ha utilizado otros instrumentos para resolver el asunto. Por ejemplo, el Tribunal Supremo resolvió un caso interesante⁹¹ en el que un adulto de 29 años y una joven de 14 inician una relación sentimental, de noviazgo. Esta relación comienza antes de la reforma de 2015, esto es, cuando la edad de consentimiento sexual se situaba en 13 años de edad, indicando la Sentencia que una decisión de política criminal había condenado a la clandestinidad a una relación tolerable e indiferente al Derecho penal, aun cuando fuera excepcional. De esta manera, estima la presencia de un error de prohibición invencible, es decir, entiende que el acusado no tenía por qué saber ese cambio en la edad de consentimiento sexual y por ello lo exime de pena, pues no sabía que su conducta estaba prohibida.

A propósito del error, debe mencionarse que en el momento en que el sujeto activo desconozca la minoría de edad del sujeto, se aplicará un error de tipo que supondrá la falta de responsabilidad criminal, ya sea vencible o invencible, al no estar prevista la comisión imprudente⁹².

Finalmente, no faltan resoluciones judiciales que han aplicado el art. 183 bis CP como una atenuante analógica, habiendo admitido expresamente el Tribunal Supremo esta posibilidad⁹³, una opción que no parece del todo correcta por las razones esgrimidas *supra*.

VII. CONCLUSIONES

La edad de consentimiento sexual fue elevada en el año 2015 de trece a dieciséis años. Ello supuso que un número considerable de actuaciones que hasta entonces habían resultado impunes, pasaran a convertirse en delitos sexuales. Sin

⁸⁶ ATS núm. 67/2016, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2016:288A).

⁸⁷ STS núm. 946/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5491).

⁸⁸ SAP de Madrid núm. 465/2022, de 14 de julio (ECLI:ES:APM:2022:10632).

⁸⁹ SAP Castellón núm. 106/2019, de 20 de marzo (ECLI:ES:APCS:2019:12).

⁹⁰ STS núm. 626/2022, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2500).

⁹¹ STS núm. 782/2016, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4517).

⁹² Tiene razón la Circular FGE núm. 1/2017 al apuntar que desde la elevación de la edad del consentimiento sexual válido desde los 13 hasta los 16 años, el ámbito de aplicación del error de tipo también se redujo considerablemente, en tanto en el momento en que se acrediten los requisitos de consentimiento libre y proximidad de edad y grado de desarrollo o madurez, entra en juego la exención de pena del art. 183 bis CP, no habrá lugar al recurso al error de tipo.

⁹³ STS núm. 672/2022, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3008).

embargo, teniendo en cuenta que la tendencia sexual se mueve hacia el inicio del comportamiento sexual en edades más tempranas, era necesario arbitrar algún mecanismo de exención de pena en determinadas condiciones.

La cláusula de exención se introdujo en el art. 183 quater CP, siendo que actualmente se ubica en el art. 183 bis CP con motivo de la reforma operada por la LO 10/2022, que procedió a la eliminación de la tradicional distinción entre abuso y agresión sexual, lo que originó la fusión de algunos preceptos y la supresión de otros, lo que determinó que la mencionada cláusula fuera reubicada.

La exención de pena resulta aplicable a aquellos actos sexuales cometidos sin violencia, intimidación, prevalimiento o abuso de cualquier situación de vulnerabilidad, esto es, siempre que exista un consentimiento libre, pero no parece aplicable a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, algo que resulta poco lógico.

Para que la eximente opere es necesario no solo que el menor de dieciséis años haya prestado su libre consentimiento (con lo cual, no resulta operativa si media cualquier tipo de vicio que lo invalide), sino que también ha de tratarse de sujetos próximos en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Se trata de requisitos cumulativos, pese a que en algunas ocasiones se haya procedido a eximir o reducir la pena al no cumplirse en su totalidad.

No queda del todo claro cuándo existe tal proximidad, si bien existen distintas propuestas de considerar que se extendería a una diferencia de cinco años en cuanto a la edad. Con respecto a la madurez, es un criterio mucho más complejo que requerirá de un examen individualizado del menor en cuestión. Esto conduce a que deba analizarse caso por caso a efectos de dilucidar si procede o no aplicar la exención de responsabilidad penal.

Aun cuando su naturaleza resulta controvertida, lo cierto es que la mejor opción supone tratarla como causa de atipicidad, dado que el delito no llega a existir cuando el menor está llevando a cabo actos normales y propios del desarrollo personal de su sexualidad. No obstante, los criterios de exigencia de edad y madurez próxima contiene connotaciones moralizantes que parecen determinar desde el inicio los gustos y preferencias que debe tener cada sujeto, siendo que ni siquiera una parafilia tiene por qué ser delictiva si no existe lesión de un bien jurídico concreto. Ha de ponerse el acento en poder determinar si la persona comprendía correctamente aquello que consentía, sin importar el qué ni el con quién.

La posibilidad de aplicar la cláusula de exención como atenuante analógica no parece viable porque no se contiene en ninguna de las atenuantes del art. 21 CP. A pesar de que el Tribunal Supremo avalase inicialmente dicha propuesta, refrendada también por el Ministerio Fiscal, recientemente ha negado su construcción al no contarse con el respaldo legal oportuno.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María. “El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-58.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-16, 2021, 1-46. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-16.pdf> (Fecha de consulta: 19 de diciembre de 2023).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Antijuridicidad y causas de justificación”, *Nuevo foro penal*, núm. 67, 2005, pp. 54-60.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. “Delitos contra la libertad sexual”, en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, pp. 1079-1126.
- CASTILLO PORRAS, M^a del Rosario. “Validez del consentimiento del menor: revisión sobre sus aplicaciones prácticas”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena – ESQUINAS VALVERDE, Patricia (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 145-156.
- CHAVES-CAROU, Marcos. “La cláusula Romeo y Julieta tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.), *La protección jurídica del menor en el Derecho comparado*, Editorial Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, pp. 523-541.

FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA RIVAS, Nicolás – TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, indican que el precepto no deja claro si la regla es de acumulación o de alternatividad. En “Lección 17ª. Agresión y abusos sexuales”, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Tratado de Derecho Penal: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1117-1204.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. “Prefacio”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17-26.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970.

LUZÓN PEÑA, Diego M. “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, Diego M. – MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21-44.

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- “La punibilidad”, en Díez RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 820-839.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2021.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David. “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433-485.

- “La nueva configuración de las agresiones sexuales tras la Ley Orgánica 10/2022 y criterios aplicativos actuales”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, 2022, pp. 55-66.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ RUIZ, Josefa. *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ORTS BERENGUER, Enrique - GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

PÉREZ VALLEJO, Ana María – PÉREZ FERRER, Fátima. *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, Madrid, 2016.

QUINTANAR, Manuel, ORTIZ, José F. y ZABALA, Carlos. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 629-636.

- “La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp. 307-360.

ROXIN, Claus. “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena” (trad. POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, pp. 169-194.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, pp. 261-300.

SILVELA, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, vol. 2, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos – JUDEL PRIETO, Ángel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2023.

- *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 9ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2020.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “En ROMEO CASABONA, Carlos M., SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.), *Derecho Penal. Parte General: introducción, teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 303-314.