

La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción *

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Universidad de Zaragoza

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*. 2021, núm. 23-16, pp. 1-41.
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-16.pdf>

RESUMEN: El objetivo que tiene este trabajo se centra en analizar las condiciones legalmente establecidas para considerar sin trascendencia penal los comportamientos sexuales realizados con menores por debajo de la edad de consentimiento sexual, elevada a dieciséis años en la reforma del Código penal de 2015. En concreto, si concurre el consentimiento libre del menor y la persona que se involucra sexualmente con él es próxima por edad y grado de desarrollo o madurez (cláusula Romeo y Julieta), no hay abuso sexual de ningún tipo. De acuerdo con ello, la protección de la indemnidad sexual decae en favor de la libertad sexual y la presunción de incapacidad del menor de dieciséis años para consentir ya no es absolutamente irrefutable. Esta fórmula es más amplia que el criterio cronológico puro dominante en el Derecho comparado y, por ello, en cierta medida resulta indeterminada e invasiva de la esfera íntima de los menores, pero ofrece la posibilidad de ampliar los supuestos que serían acreedores a una exclusión de la responsabilidad penal. Se incluye una propuesta *de lege ferenda* para hacer más segura y garantista la aplicación de la cláusula.

PALABRAS CLAVE: Delitos sexuales, edad de consentimiento sexual, abuso sexual de menores, actividad sexual no forzada con menores.

TITLE: **The legal relativity of the age of sexual consent for minors under sixteen years old: rule and exception**

ABSTRACT: The objective of this work is focused on analyzing the legally established conditions to consider without criminal significance sexual behaviors carried out with minors under the age of sexual consent, that was raised to sixteen years old in the reform of the Penal Code of 2015. Specifically, if there is free consent of the minor and the person sexually involved with him/her is close by age and degree of development or maturity (Romeo and Juliet clause), there is no sexual abuse of any kind. Accordingly, sexual indemnity protection declines in favor of sexual freedom and the presumption of incapacity of the minor under sixteen to consent is no longer absolutely irrefutable. This formula is broader than the pure chronological criterion that is dominant in comparative law and, therefore, to some extent it is indeterminate and invasive of the intimate sphere of minors, but it offers the possibility of expanding the assumptions that would give rise to an exclusion of criminal responsibility. A *lege ferenda* proposal is included to make the application of the clause more secure and a rights-based interpretation.

KEYWORDS: Sexual offenses, age of sexual consent, child sexual abuse, statutory rape.

Fecha de recepción: 15 mayo 2021

Fecha de publicación en RECPC: 4 octubre 2021

Contacto: mboldova@unizar.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La edad de consentimiento sexual como regla general. III. Excepción a la edad de consentimiento sexual: libertad sexual condicionada del menor que no alcanza la edad de consentimiento sexual. IV. Condiciones para la validez del consentimiento sexual de un menor de dieciséis años 1. Presupuesto: consentimiento. 2. Requisitos para la validez del consentimiento. A) Proximidad en edad. B) Proximidad en grado de desarrollo o madurez. 3. Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la cláusula. V. Supuestos de exclusión de responsabilidad penal relacionados: error de tipo y error de prohibición. VI. Conclusiones y propuestas. Bibliografía.

* Este trabajo se vincula con una de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales, financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (“Construyendo Europa desde Aragón”).

I. Introducción

La edad mínima para consentir válidamente en Derecho Penal y, por tanto, para consentir en un sentido jurídico y no meramente fáctico, no es uniforme (como tampoco lo es en otros sectores del ordenamiento jurídico), sino que depende de la naturaleza del delito (o del acto jurídico) en cuestión. La validez o invalidez del consentimiento de un menor con relación a la disposición de un bien jurídico con trascendencia penal resulta siempre problemática, pero más aún cuando versa sobre materia sexual, pues ni siquiera en el conjunto de los delitos sexuales la edad de consentimiento para las diversas conductas de carácter sexual es o ha sido la misma, sino que resulta el fruto de las concepciones ético-sociales mayoritarias de cada momento histórico.

En la actualidad para consentir válidamente sobre un bien jurídico con la consiguiente exclusión de responsabilidad penal basta con carácter general la capacidad natural de juicio del sujeto sobre la disposición de dicho bien jurídico y que el mismo sea jurídicamente disponible¹, de manera que semejante acto de disposición, tanto en positivo (si se consiente) como en negativo (si no se consiente), tiene relevancia para rechazar o afirmar la concurrencia de un hecho típico o de un hecho típico y antijurídico (dado que, de acuerdo con las teorías dualistas, el consentimiento puede ser causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad del comportamiento dependiendo del delito en cuestión²). Como dice RUEDA MARTÍN, no existe disposición alguna que resuelva, con carácter general, la pregunta relativa a cuándo concurre la capacidad natural de juicio en un menor de edad para que su consentimiento sea eficaz y excluya la lesión, debiendo atenderse a un examen particular de la naturaleza del bien jurídico afectado y las consecuencias de dicha disposición, así como a la capacidad de discernimiento o madurez del menor para comprender el significado y alcance que supone el acto de disposición sobre el bien jurídico³.

¹ V. por todos HERNÁNDEZ PLASENCIA (2016), p. 254 y Díez Ripollés (2020), pp. 324 y s.

² Ampliamente, con referencia a las distintas posiciones doctrinales monistas, dualistas y tripartitas, LUZÓN PEÑA (2012), pp. 99 y ss.; v. también ROMEO CASABONA (1981), pp. 300 y ss.; MORILLAS CUEVA (2013), pp. 139 y ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN (2014), pp. 111 y s.

³ V. RUEDA MARTÍN (2013), pp. 21 y s.

Así, por ejemplo, con respecto a la libertad ambulatoria, para que un menor de edad sea sujeto pasivo de un delito de detención ilegal basta con que, teniendo capacidad volitiva natural de movimiento, no consienta o se oponga al encierro o detención. A la inversa, puede consentir dicho encierro o detención sin que la conducta sea típica. Esta misma voluntad de disposición (o no) del bien jurídico, dando por concurrente la capacidad natural de juicio por parte del menor concreto, puede servir para excluir (o constituir) la responsabilidad penal por otros delitos en los que no se protege la libertad en cualquiera de sus manifestaciones, pero se tutela penalmente un bien jurídico que sea disponible, como la propiedad (en el hurto) o la intimidad domiciliaria (en el allanamiento de morada). Sin embargo, hay delitos en los que se excluye absolutamente la eficacia del consentimiento del menor, al considerarse que todavía carece de capacidades cognitivas o volitivas, debido a su inmadurez, para disponer de un bien jurídico de cierta trascendencia y cuya lesión puede ser irreversible. Por ejemplo, en los delitos de lesiones no se considera válido el consentimiento otorgado por un menor de edad, tanto en la atenuante como en la eximente contempladas respectivamente en los arts. 155 y 156 del Código penal (en adelante CP)⁴; lo mismo sucede en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.2 y 3 CP).

En un punto intermedio entre ambos extremos (concediendo relevancia o irrelevancia al consentimiento del menor en torno a la disposición del bien jurídico) se encuentran los delitos sexuales⁵, porque en ellos no se excluye pero sí se restringe la eficacia del consentimiento del menor de edad, siendo común fijar, no solo en nuestro Derecho sino también en el Derecho comparado, grupos etarios –vinculados a las distintas etapas de la infancia y de la adolescencia– para configurar los sujetos pasivos menores de edad de los diferentes tipos delictivos de naturaleza sexual o de sus circunstancias agravantes. En nuestro CP vigente se contemplan desde la perspectiva de los tipos o de las agravantes hasta tres grupos etarios de menores como sujetos pasivos: menores de cuatro años, menores de dieciséis años y de menores de dieciocho años⁶. Frente a ellos, y como hipotéticos sujetos activos de un delito que finalmente no tiene lugar, se señala en el art. 183 quater CP el grupo etario de los próximos en edad y desarrollo o madurez a los menores de dieciséis años, que en principio

⁴ Por su conexión con el bien jurídico de la salud, especial relevancia presenta la cuestión del consentimiento informado de los menores de edad en materia sanitaria, al que da pie el reconocimiento internacional de que el niño, en función de su edad y madurez, tiene derecho a expresar sus opiniones libremente y a formarse un juicio propio (art. 12 de la Convención internacional de los derechos del niño); v., por ejemplo, GARCÍA GARNICA (2004); ALONSO ÁLAMO (2010), pp. 97 y ss.; BLASCO IGUAL (2015), pp. 32 y ss.

⁵ Próximos a ellos se sitúan los delitos contra la intimidad y la propia imagen con relación a su disponibilidad por parte de menores de edad; v. la propuesta de RUEDA MARTÍN (2013), p. 32, quien sugiere la fijación de un límite mínimo de edad (concretamente catorce años) en los delitos contra la intimidad y la propia imagen para determinar la eficacia del consentimiento en torno a la disponibilidad del bien jurídico intimidad personal y familiar.

⁶ DE LA MATA BARRANCO (2019), pp. 3 y ss., pone de manifiesto que las distintas edades se van utilizando en los diversos delitos sin uniformidad y con muchas contradicciones, hasta el punto de no observar un criterio lógico de tratamiento del menor de edad en su tutela sexual.

podrían ser tanto adolescentes mayores de catorce años como también jóvenes adultos (no alejados de los dieciséis años).

Los delitos sexuales del CP español presentan la particularidad de que se dirigen a proteger dos bienes jurídicos distintos pero complementarios entre sí; uno disponible, que es la “libertad sexual”, y otro indisponible, que recibe la denominación legal de “indemnidad sexual”. Respecto del primero y los menores, no hay inconveniente alguno en admitir la libertad sexual negativa (es decir, conceder relevancia jurídica al rechazo u oposición del menor a la conducta sexual que le impone o pretende imponer otra persona)⁷, pero se discute la tolerancia o aprobación legal de la libertad sexual positiva, es decir, aquella que versa sobre el hecho de aceptar o permitir la conducta sexual consentida del menor con un tercero, singularmente si éste es un adulto. En este caso porque de la regulación legal se desprende, como regla general que la libertad sexual del menor de edad decae en favor de la indemnidad sexual. Sin embargo, también está previsto lo contrario como excepción a la regla general, es decir, que la indemnidad sexual ceda en favor de la libertad sexual del menor en determinados supuestos contemplados en el art. 183 quater CP, que constituyen precisamente el objeto de este trabajo: estudiar en función de los criterios legalmente fijados la relevancia o irrelevancia penal de las conductas sexuales consentidas con menores de dieciséis años por parte de personas próximas a ellas, es decir, otros menores o, también, jóvenes adultos; a la par, precisar los límites de la prohibición de realizar o involucrarse en conductas sexuales con menores.

Tradicionalmente en España, pero de igual forma en otros ordenamientos jurídicos extranjeros, la prohibición del sexo de adultos con menores se vinculaba con la edad previa a la pubertad, siendo objeto de protección la castidad u honestidad y, con ello, la moral sexual. Su capacidad para consentir en este aspecto se correspondía en el contexto de un modelo patriarcal de carácter universal con la capacidad para la reproducción. Con el transcurso del tiempo, la modernización y democratización de las sociedades civilizadas, que orientan los delitos sexuales hacia la protección de la libertad sexual (y no de la honestidad) y, sobre todo, con el reconocimiento de un estatuto jurídico del menor⁸, que le atribuye ciertos derechos y la progresiva adquisición de todos los demás derechos fundamentales de la persona, tanto más a medida

⁷ De ello depende, por ejemplo, que el delito sexual contra un menor sea agresión sexual en lugar de abuso sexual; v. DÍEZ RIPOLLÉS (2004), p. 237.

⁸ Este estatuto jurídico del menor estaría conformado por las normas de carácter internacional (entre otras, la Convención internacional sobre los derechos del niño, la Carta europea de los derechos del niño, etc.), conforme a lo dispuesto en el art. 39.4 de la Constitución española (“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”), así como por la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/1996, de protección jurídica del menor, y la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; v. GONZÁLEZ AGUDELO (2021), pp. 50 y 58, con cita de la STS 141/2000, de 29 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:141). En este aspecto destaca también el art. 162.1º CC, porque exceptúa la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados respecto de los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (sin perjuicio de los deberes de cuidado y asistencia de aquéllos).

que se acerca a la mayoría de edad, la protección penal del menor no podía seguir centrada en la pureza, inocencia o castidad, sino que debía orientarse a la evitación de la explotación y del abuso. El objetivo no puede ser otro entonces que impedir las interferencias forzadas y las intromisiones que, merced a su utilización como objeto sexual, pudieran resultar nocivas para el desarrollo personal madurativo de los menores (o, en su caso, para el normal proceso de socialización de personas con discapacidad), pero sin menoscabo de otros derechos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad, entre los que se encuentra la libertad sexual en el marco de los procesos de experimentación propios de la edad adolescente e incluso previa⁹. De ahí que como añadido o acompañante de la libertad sexual, bien jurídico central de todos delitos sexuales, incluidos los que tienen como víctimas a menores de edad, se incorpore la noción de indemnidad sexual, que explica más adecuadamente los supuestos de consentimiento inválido. En ella se apoya nuestro legislador para elevar los límites de la edad de consentimiento sexual, excluyendo a los menores hasta no haber alcanzado alguna de las etapas de la adolescencia. En el más riguroso y proteccionista de los modelos puede llegar a requerirse la mayoría de edad (así excepcionalmente en algunos países), aunque normalmente la edad del consentimiento sexual se establece en el Derecho comparado en un momento previo dentro de las etapas de la adolescencia (todas ellas meramente convencionales), como ha sido el caso también de la regulación española¹⁰. Esta limitación a la libertad de actuación sexual consensuada o voluntaria obedece a un consenso social muy extendido, en virtud del cual los menores no están plenamente capacitados para ejercer su libertad sexual con terceros, en la medida en que esa actividad puede perjudicarles. Indemnidad (sexual) literalmente significa libre de daño (sexual)¹¹, a modo de corriente psicológica ligada al traumatismo¹². Es decir, bajo este prisma no es que el sexo precoz o prematuro se considere dañino *per se*¹³ (afirmación apriorística y sin fundamento

⁹ Con referencia a la autonomía progresiva del menor en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5 de la Convención sobre los derechos del niño) y el interés superior del menor y, particularmente, destacando la vinculación que el ejercicio de la libertad sexual del menor tiene con otros derechos colaterales relacionados, como son los derechos a la salud sexual y reproductiva, v. GONZÁLEZ AGUDELO (2021), pp. 30 y 46 y ss.

¹⁰ En ninguno de estos países la edad de consentimiento sexual de los menores alcanza el ámbito de la prostitución o de la pornografía, para las que se requiere tener en todo caso la mayoría de edad.

¹¹ DE LA MATA BARRANCO (2019), p. 7. Según ORTS/ALONSO (2014), p. 31, la indemnidad sexual no es en rigor el bien jurídico, pues se interprete como estar libre de riesgo de sufrir daño o como una suerte de derecho a no sufrirlo, se está diciendo algo que es predicable de todas las personas. Prefieren por ello designar ese bien jurídico como proceso de formación o socialización del menor o derecho a un desarrollo libre de injerencias ajenas a sus intereses en el ámbito de la sexualidad.

¹² De acuerdo con la noción freudiana de trauma (hecho de significación sexual que se produce en la infancia), se trata de un “acontecimiento de la vida del sujeto caracterizado por su intensidad, la incapacidad del sujeto de responder a él adecuadamente y el trastorno y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica”; v. LAPLANCHE/PONTALIS (2004), p. 447.

¹³ Cfr. MANLOVE/MOORE/LIECHTY/BRAMULLAH/COTTINGHAM (2005), pp. 1 y ss., estiman que la actividad sexual temprana, en sí misma, está relacionada con una serie de resultados negativos, que incluyen tener un mayor número de parejas sexuales, una menor probabilidad de usar anticonceptivos, una mayor

que excluiría también el sexo entre menores), sino únicamente los comportamientos sexuales condicionados por un tercero de mayor edad susceptibles de causar una dañinidad real o potencial en la *psique* del menor, al encontrarse en un periodo inacabado y de transición en desarrollo de su personalidad¹⁴. El consenso social en torno a la conveniencia de mantener a los menores alejados total o parcialmente de la sexualidad con adultos parece basarse en que la relación entre un sujeto adulto y otro menor presenta con relación a las prácticas sexuales desequilibrios relevantes basados en la diferencia de edad y en la consiguiente diferencia de madurez. De manera que no sería una actividad sexual compartida, sino desigual, en la que el menor aparece pasivamente como un mero objeto sexual y, por ello, estaríamos ante una actividad sexual abusiva¹⁵. En tales desequilibrios encuentra su fundamento el castigo penal del abuso y explotación sexual de menores, aun cuando se cuente con su consentimiento.

Sin embargo, la obligada y necesaria protección de los menores de edad contra el abuso y la explotación sexual no puede significar la negación de la sexualidad infantil, como tampoco atribuirles una incapacidad absoluta para consentir sexualmente allí donde no existe abuso ni explotación, sino tan solo prácticas de experimentación entre iguales que no es posible ni conveniente prohibir penalmente. En ellas no se perciben desequilibrios, desigualdades o relaciones de poder ni, por ende, comportamientos abusivos o de explotación del menor en los que aparezca como mero objeto sexual al servicio de un tercero. En el terreno de sus derechos en el plano internacional, la Convención sobre los derechos del niño (1989) establece, en su art. 34, la obligación de los Estados de impedir “la incitación para que un niño (menor de dieciocho años) se dedique a cualquier actividad sexual ilegal”, dando por supuesto que

probabilidad de quedar embarazada y dar a luz durante la adolescencia, así como, en el caso de las mujeres una mayor probabilidad de tener relaciones sexuales forzadas. Citan incluso investigaciones que sugieren que los adolescentes jóvenes no están preparados cognitivamente para tomar decisiones importantes en la vida, incluidas decisiones sobre sexo y anticoncepción (p. 3).

¹⁴ Cómo y cuándo tiene lugar ese daño no resulta claro de determinar. V. COUSO (2009), pp. 17 y ss. Señala este autor que respecto del tabú de las expresiones sexuales entre niños (en general, prepúberes) y adultos, en los casos en que no sean obtenidas por el adulto abusando de coerción abierta o derivada del contexto, su carácter dañino solo puede apreciarse en el largo plazo, y no puede predicarse directamente del evento mismo de una experiencia sexual temprana, pues depende de una serie de factores intervinientes, que pueden o no presentarse en la trayectoria vital futura de cada niño. Sin embargo, este autor añade que no existe ninguna evidencia de que sean dañinas: i) la mayor parte de las expresiones sexuales de los niños, incluidos sus contactos con otros niños; ii) la mayor parte de las relaciones sexuales entre adolescentes; iii) buena parte de las relaciones sexuales entre adolescentes y adultos, que se produzcan fuera de contextos coercitivos, y que no sean precoces (p. 32). Concluye por eso señalando que hay un límite normativo que se debe oponer a una forma de “construcción social de la sexualidad” que convierta en tabú cualquier expresión de sexualidad infanto-adolescente: el deber de dar a los niños espacio para alguna forma de satisfacción (culturalmente modulada) de aquella necesidad primaria determinada genéticamente (p. 39).

¹⁵ En buena medida es coincidente con los criterios definitorios del abuso sexual básicamente compartidos desde una aproximación psicológica: desigualdad (edad, madurez, poder) e instrumentalización de la víctima como objeto sexual; v. LAMEIRAS/CARRERA/RODRÍGUEZ/ALONSO (2014), pp. 51 y 62, siguiendo en este punto a ECHEBURÚA/GUERRICAECHEVERRÍA, *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque crítico*, Ariel, 2000.

también es concebible la existencia de actividades sexuales de los niños que no merecen el calificativo de ilegales¹⁶. De dicho carácter se ocupan las leyes penales que discriminan las prohibiciones normativas sobre conductas sexuales con terceros en atención a una concreta edad del menor.

II. La edad de consentimiento sexual como regla general

La edad mínima para consentir eficazmente –en un sentido eximente de la responsabilidad penal– en relación con los comportamientos sexuales, ha ido variando a lo largo de los tiempos en la codificación española, situándose en primer lugar en los doce¹⁷, luego en los trece¹⁸ y desde mediados de 2015 en dieciséis años de edad¹⁹. Es decir, la edad de consentimiento sexual se ha incrementado paulatinamente²⁰, pero ello en un contexto social en el que las relaciones sexuales de los menores –influidas por las modernas tecnologías de la comunicación y la información²¹– se vienen produciendo a edades cada vez más tempranas²², auspiciado entre otras causas por una liberalización de las costumbres basada en un nuevo modelo cultural de la sexualidad (pues se ha transitado de la sexualidad reproductiva a la sexualidad sensualista o de la realización personal²³) y el reconocimiento normativo de la progresiva autonomía del menor con relación al ejercicio de los derechos de la personalidad²⁴. Así las cosas

¹⁶ Como señalan HODGKING/NEWELL (2007), p. 523, representantes de Francia y los Países Bajos, que habían propuesto la inclusión de un artículo sobre la protección de los niños contra la explotación, incluida en particular la explotación sexual, declararon que el propósito no era regular la vida sexual de los niños, sino combatir su explotación sexual.

¹⁷ Desde el CP de 1848 se estableció la edad de doce años, pues el CP de 1822 diferenciaba los abusos deshonestos en función de si el niño o niña había cumplido la edad de la pubertad.

¹⁸ Desde la reforma del CP por la LO 11/1999, de 30 de abril.

¹⁹ Merced a la reforma del CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

²⁰ No solo en España, sino en general en todos los países se observa un incremento en la edad del consentimiento sexual (v. *infra*).

²¹ V. GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 110 y s., resalta el acceso acrítico de niños y jóvenes a la pornografía.

²² De acuerdo con la Encuesta Nacional 2018 sobre la Anticoncepción en España, elaborada por el Observatorio de Salud Sexual y Reproductiva de la Sociedad Española de Contracepción y la Fundación Española de Contracepción, la edad media de inicio en las relaciones sexuales en las mujeres de entre 15 a 49 años es de 18,13 años y la edad de inicio en las mismas osciló entre los 19,4 años en el caso de las mujeres que actualmente tienen de 45 a 49 años, y los 16,37 de las mujeres que tienen entre 15 y 19. Descargable desde: <http://hosting.sec.es/descargas/encuesta2018.pdf> (consultado el 27/06/19). Por su parte, en el documento “Resultados del estudio HBSC 2018 en España sobre conducta sexual”, editado por el Ministerio de Sanidad, y con relación al análisis de las tendencias desde 2002 se avanza que las relaciones sexuales coitales se han ido haciendo más frecuentes entre los y las adolescentes de 15 a 18 años (declaran haberlo mantenido en 2002 el 26,2% y en 2018 el 35,1%), advirtiéndose un descenso en la edad de inicio de este tipo de relaciones, cuya media se sitúa en 2018 en ese tramo de edad analizado en 14,33 años (frente a los 14,61 de 2002); descargable desde: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/saludJovenes/estudioHBSC/docs/HBSC2018/HBSC2018_ConductaSexual.pdf (consultado el 23/02/21). Semejantes descensos en la edad de iniciación sexual se observan en otros países; sobre Chile, v. COUSO (2009), p. 12.

²³ GONZÁLEZ AGUDELO (2021), p. 38, destaca que en el marco de una sociedad pluralista y multicultural, se ha pasado de un modelo de sexualidad reproductiva (asociado a una concepción tradicional del matrimonio y de la familia, basado en concepciones patriarcales) a otro cuyo objetivo es la felicidad y el deseo.

²⁴ Por lo que es fácil de entender que algunos autores consideren dicha elevación de la edad de

y al elevarse hasta los dieciséis años la edad de consentimiento sexual, los menores de esta edad no solo son potenciales víctimas de los delitos sexuales, sino que también pueden aparecer en ocasiones como responsables de los mismos si han alcanzado la edad de imputabilidad penal²⁵.

La tendencia hacia el incremento de la edad de consentimiento sexual, favorecida también por la creciente inclinación a prolongar la infancia de los más jóvenes²⁶, se ha producido igualmente en el Derecho comparado (Islandia en 2007: de 14 a 15 años; Canadá en 2008: de 14 a 16 años; Croacia en 2013: de 14 a 15 años)²⁷. Sin embargo, no existe un consenso internacional para establecer una edad concreta, de modo que los rangos de edad más habituales en las legislaciones comparadas fluctúan y se sitúan en los catorce (Italia, Portugal, Alemania²⁸, Austria²⁹), quince (Francia, Suecia, Rumanía, Grecia) y dieciséis años (Reino Unido, Suiza, Noruega), y, solo excepcionalmente, por debajo o por encima de tales edades: trece (Argentina), diecisiete (Irlanda) o dieciocho años (Malta).

La mayor parte de las reformas acaecidas en los últimos años en torno a los delitos sexuales cuya víctima es menor de edad han sido tributarias de los compromisos internacionales adquiridos por España, en los cuales se ha positivizado el consenso social en torno a la limitación de la libertad sexual del menor en aras de la protección de la indemnidad sexual. En particular, la reforma del CP de 2015 en este ámbito se justificó con base en la Directiva 2011/93/UE, que pretendía endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil. Sin embargo, la mencionada directiva no obligaba a modificar la edad de consentimiento sexual y, menos aún, a elevarla de trece años a

consentimiento sexual moralizante y alejada de parámetros de ofensividad y proporcionalidad [v. en este sentido ORTS/ALONSO (2014), p. 37], o que la elevación de la edad de consentimiento convierte en delito conductas que socialmente son aceptadas por no afectar a un contenido específico de lesividad, excepto si se miran desde un determinado punto de vista moral [v. GONZÁLEZ AGUDELO (2016b), p. 10].

²⁵ Las últimas Memorias de la Fiscalía General del Estado dan cuenta de un incremento paulatino en los últimos años de los delitos sexuales cometidos por menores de edad, favorecido por la elevación de la edad de consentimiento sexual en la reforma penal de 2015, entre varias posibles causas de dicho aumento (como, por ejemplo, también la mayor concienciación social en torno a esta clase de delitos y el consiguiente aumento de las denuncias). Según los datos del INE sobre condenas recaídas en procedimientos por delito sexual, uno de cada ocho delitos sexuales cometidos en España tuvo como persona penalmente responsable a un menor de dieciocho años.

²⁶ Así MALÓN MARCO (2016), pp. 467 y s., alude a ciertas limitaciones para el acceso laboral o al matrimonio, al propio retraso de la edad de emancipación e independencia de los padres, a la prolongación de la edad formativa, etc., que explican la creciente propensión de nuestras sociedades a infantilizar a los jóvenes y en ese contexto a elevar la edad en que consideramos que la experiencia sexual es permisible.

²⁷ Un estudio detallado de la evolución de la edad de consentimiento sexual en el Derecho anglosajón puede verse en MARTÍNEZ GUERRA (2020), pp. 67 y ss.

²⁸ No obstante, también en el § 182 del CP alemán se prevé el castigo del mayor de veintiún años que realiza o determina a un comportamiento sexual a una persona de catorce a quince años, aprovechando su falta de capacidad de autodeterminación sexual.

²⁹ Sin embargo, en el § 207b del CP austriaco se establece la posibilidad de incriminar la realización de actos sexuales con una persona menor de dieciséis años, cuando no sea lo suficientemente madura para comprender el significado del proceso o para actuar de acuerdo con esta percepción.

dieciséis, esto es, nada menos que tres años, que son precisamente aquellos que discurren en una de las fases más comprometidas de la pubertad o de la adolescencia, lo que para algunos autores constituye con razón un error político-criminal³⁰. En principio, la elevación de la edad de consentimiento sexual hasta dieciséis años implica equiparar a todos los menores de esa edad (sean púberes o prepúberes, niños propiamente dichos o adolescentes), no reconociéndoles capacidad concreta de acción y generando con ello un problema de indiferenciación de espaldas a la realidad. Los diversos grupos etarios presentan en materia sexual grandes y relevantes diferencias personales, así como distintas necesidades de protección que la ley parece ignorar de entrada mediante la prohibición general del sexo con menores de dieciséis años. Como señala GONZÁLEZ AGUDELO³¹, las barreras, establecidas formalmente como salvaguardas, se convierten en un obstáculo para identificar y consolidar un sistema modulado, progresivo e individualizado de adquisición de competencias y derechos de los menores, de manera que mantener una prohibición colectiva sin el análisis individualizado, no estaría justificado. Es decir, en la medida que no estamos ante una prohibición absoluta y general, sino ante una restricción en el ejercicio de los derechos, se requiere una valoración caso por caso para determinar la validez del consentimiento si es puesta en duda.

A tenor del art. 2 b) de la Directiva 2011/93/UE, la edad de consentimiento sexual es «la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». Es decir, la determinación de dicha edad queda a la discreción del legislador nacional. Pero la directiva declara expresamente que no regula «las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación. Estas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los Estados miembros que hagan uso de las posibilidades que se ofrecen en la presente Directiva, lo harán en el marco del ejercicio de sus propias competencias» (Considerando 20)³². En consecuencia, lo que está prohibido por la directiva básicamente es tener sexo con menores de determinada edad, no que los menores de esa edad tengan sexo entre sí.

³⁰ Así RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 631; RAMOS VÁZQUEZ (2016), p. 185; MORILLAS FERNÁNDEZ (2015), p. 442; GARCÍA ÁLVAREZ (2013), p. 23. Por su parte, CUERDA ARNAU (2017), pp. 17 y s., critica la ausencia de un verdadero control de la racionalidad legislativa, pues en este ámbito, al igual que en otras materias penales, es manifiesta la ausencia de toda evaluación *ex ante* y *ex post*.

³¹ GONZÁLEZ AGUDELO (2021), pp. 66 y ss.

³² Una de las facultades que ofrece la directiva está contenida en su art. 8.1 y consiste en dejar a los Estados miembros la discreción de considerar válido el consentimiento otorgado entre menores pertenecientes a un mismo grupo etario, es decir, si se trata de «actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos».

Pues bien, para justificar la elevación de la edad de consentimiento sexual de los menores de edad, dado que es decisión propia y autónoma del Estado español, el Preámbulo de la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/2015 señala que: «en la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil»^{33/34}. Se concluye de esta manera que la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo. Pero como semejante prohibición podría criminalizar el sexo consentido entre menores –ya que pueden incurrir en responsabilidad penal desde los catorce años de acuerdo con la LO 5/2000–, afectando de modo significativo a sus derechos fundamentales a la libertad y a la intimidad³⁵, era inexcusable para el legislador reconocer que el hecho de tener sexo con un menor será delictivo excepto cuando se trate de relaciones libremente consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. No obstante, eso no impide que las relaciones libremente consentidas por un menor, aunque finalmente no sean consideradas punibles, sean objeto de acusación y posible enjuiciamiento por delito, de manera que, como acertadamente indica RAMOS TAPIA, en lugar de proteger a los menores se les traumatiza mediante su exposición al sistema

³³ El Comité no ha recomendado una edad particular o concreta para el consentimiento sexual, si bien en el caso de algunos Estados Partes ha propuesto que se aumente la edad. Ha considerado que la edad de doce años es manifiestamente demasiado baja y la de catorce años bastante baja, ya que puede no brindar una protección adecuada a los niños mayores de 14 años contra la explotación sexual; v. HODGKING/NEWELL (2007), p. 523, aunque sin mencionar a España. Cuando el Comité se limitó a expresar su preocupación en 2007 sobre la baja edad de consentimiento sexual en España (trece años) lo hizo por entender infundadamente que podía suponer una desprotección de los menores frente a los delitos de prostitución (siendo que, por el contrario, la edad de consentimiento sexual no rige para tales delitos); v. RAMOS TAPIA (2015), pp. 125 y s., y DE LA MATA BARRANCO (2019), p. 43. En realidad, la opinión pública y política que propició la elevación de la edad de consentimiento sexual tuvo su espoleta en el “crimen del Salobral”, ocurrido en 2012, en el que un hombre de treinta y nueve años asesinó a su pareja de trece años. Como explica Ramos Tapia (p. 126), se transmitió la idea de que la denuncia de esa relación por los padres de la víctima no había prosperado por tener la menor trece años y ser la relación consentida. A raíz de ese caso se empezó a demandar al Gobierno a través de los medios y las organizaciones no gubernamentales la elevación de la edad de consentimiento sexual. Es decir, un suceso relacionado con la violencia de género se transformó, en el debate mediático, en un relato de abuso; v. igualmente sobre este caso RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 182.

³⁴ Con relación a la elevación de la edad de consentimiento sexual de catorce a dieciséis años en Canadá en el año 2008, las razones gubernamentales fueron otras menos normativas y más sociológicas. Se estimaba que los adolescentes más jóvenes tenían mayores probabilidades de experimentar explotación sexual (especialmente cuando se trata de depredadores sexuales en internet) y participar en conductas sexuales de riesgo, argumentos puestos en duda con datos empíricos para el rango de edad de 14 y 15 años en MILLER/COX/SAEWYC (2010), pp. 105-117.

³⁵ Apunta específicamente ambas cuestiones MARTÍNEZ GUERRA (2020), p. 99. También GONZÁLEZ AGUDELO (2020), pp. 2 y ss. y 9.

de justicia penal, que impide la vivencia del comienzo de la sexualidad con una valoración positiva³⁶.

III. Excepción a la edad de consentimiento sexual: libertad sexual condicionada del menor que no alcanza la edad de consentimiento sexual

Inspirándose en la Directiva 2011/93/UE, el art. 183 quater del CP declara que «el consentimiento libre 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»³⁷. Esta salvaguarda de defensa es conocida en el Derecho comparado como excepción o cláusula “*Romeo y Julieta*” (R&J)³⁸. A pesar de designarse con el nombre de la tragedia shakespeariana que representaban a una menor y a un joven enamorados, la defensa o exclusión de responsabilidad penal no se vincula con el “amor” o con su prueba, sino exclusivamente con la edad y la madurez. No obstante, en la práctica las relaciones de noviazgo o de pareja pueden desempeñar un factor favorable para extender las diferencias de edad susceptibles de acogerse a la exclusión de responsabilidad penal, de manera que es más fácil dejar al margen de la ley penal el sexo en pareja que el simple sexo ocasional³⁹.

³⁶ RAMOS TAPIA (2015), pp. 127 y s.

³⁷ El art. 8 de la directiva se refiere a «los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos». Así pues, en la directiva se alude al carácter físico y psicológico del desarrollo o madurez respectivamente, pudiendo entenderse que habrían de concurrir ambos aspectos, esto es, tanto un desarrollo físico como una madurez psicológica equivalentes. Sin embargo, la cláusula del art. 183 quater no incluye tales adjetivos y presenta los requisitos –grado de desarrollo y grado de madurez– como alternativos (v. *infra*).

³⁸ Esta expresión se atribuye en la literatura académica a HUFFMAN/HUFFMAN (1987), p. 68, al mencionar un tipo de canción denominada “*jailbait*” –término sexista para designar a las Lolitas de la época anterior a Nabokov– que empieza a aparecer a finales de los cincuenta y que designa a alguien que es sexualmente atractivo (generalmente chicas, aunque también chicos y transexuales), pero que al ser menor de edad es indisponible legalmente, aludiendo tanto a la tentación que genera en el adulto como a la advertencia del peligro legal de ser encausado por “*statutory rape*”, una especie de estupro sin las notas de engaño o prevalimiento de una relación o situación de superioridad. Ejemplo de esas canciones sería precisamente “*Jail Bait*”, de Andre Williams (1958). Literalmente y por separado “*jail*” significa cárcel y “*bait*” carnaza. En relación con ello Huffman/Huffman apuntan a que en alguna de esta clase de relaciones, como en *Romeo y Julieta*, la sociedad interfiere con el amor verdadero. Posteriormente, la expresión *Romeo y Julieta*, en conjunción con la exención de responsabilidad penal, apareció en el debate legal y legislativo varias décadas después en las leyes de gran parte de los estados norteamericanos, en los que es común establecer una diferencia de edad máxima entre los sujetos (oscila generalmente entre dos y cinco años) e, incluso, en función de la gravedad del delito sexual de que se trate. V. BIERIE/BUDD (2016), pp. 4 y ss. Dicha referencia literaria en el fondo no es muy afortunada, puesto que *Romeo y Julieta* representan el “amor prohibido” que, además, concluye en suicidio.

³⁹ Así, SAP de Madrid (sec. 26) 449/2018, de 5 de junio (ECLI:ES:APM:2018:9602): relación de noviazgo entre sujetos de trece y veinte años, considerando aplicable para excluir la responsabilidad del adulto el error de prohibición, y aunque por esta razón sea irrelevante plantearse otra causa de exención, la cláusula del consentimiento del art. 183 quater CP, según la indicada resolución, también habría podido ser operativa en el caso concreto en la medida en que no existían diferencias sustanciales “en cuanto a la inmadurez” (sic) entre el procesado y la menor. Por el contrario, SAP de Madrid 31/2018, de 12 de enero (ECLI:ES:APM:2018:305): diferencia de más de diez años; en dicha sentencia se indica que no había “una relación de noviazgo, caracterizada por una voluntad reflexiva y reiterada”, sino un “contacto aislado que se reduce a una noche y con

Los efectos jurídicos del consentimiento del menor excepcionalmente relevante no siempre conducen a la exclusión de la responsabilidad penal. Otras consecuencias previstas en el Derecho comparado son la mera atenuación de la pena o la suspensión de su ejecución. Nuestra jurisprudencia inicialmente no parecía plantearse la posibilidad de atenuar la pena si no procede la total exclusión de responsabilidad penal. La STS 946/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5491), reconocía que la pena legalmente resultante podía estimarse muy alta, teniendo en cuenta la relación consentida (en el supuesto concreto se trataba de una situación de pseudonoviazgo o prenoviazgo) y la relativamente próxima edad entre los sujetos, aunque en todo caso “fuera de los límites señalados para la exclusión de responsabilidad”. Asimismo la STS 337/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2658), aducía que la dicción del art. 183 quater es demasiado maniquea: “la disyuntiva que encierra es exoneración o responsabilidad íntegra, sin matices o soluciones intermedias simplemente atenuatorias cuando aparezcan episodios de cierta penumbra como una madurez solo relativa...”, de modo que si la pena resultante puede percibirse como desproporcionada solo cabría recurrir a mecanismos excepcionales de anclaje no jurisdiccional (es decir, a un indulto parcial). Y, por último, el ATS 889/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:12025A), respaldaba los argumentos del TSJ que afirmaban que la pena resultante pudiera percibirse como desproporcionada, pero ello no autorizaba a imponer una pena más benigna por impedirlo el principio de legalidad.

Sin embargo, la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) ya describía la posibilidad de construir una atenuante analógica en relación con el art. 183 quater, incluso como muy cualificada. Aunque ponía de manifiesto que la jurisprudencia rechaza la atenuante por analogía a la minoría de edad para personas jóvenes, la *ratio essendi* del tratamiento especial del indicado precepto no es la simple alegación de la edad. Concluye por ello que debe admitirse la posibilidad de construir una atenuante por analogía al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. De ahí que en la jurisprudencia inferior no ha existido inconveniente en apreciar una atenuante por analogía con efectos ordinarios (pena dentro del marco penal abstracto), pero también con efectos penológicos extraordinarios (pena que puede reducir el marco penal en uno o dos grados)⁴⁰, siendo éste el único modo directo para disminuir sensiblemente las duras condenas que se

ingesta de bebidas alcohólicas”. No obstante, se rechaza la aplicación del precepto estudiado, incluso en relaciones de “pseudonoviazgo” y “prenoviazgo”, cuando la diferencia de edad es notoriamente relevante (en torno a nueve o diez años): SsTS 946/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5491), 1001/2016, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:88), y Autos TS 889/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:12025A), y 381/2020, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:4071A).

⁴⁰ SAP Albacete (sec. 2) 105/2020, de 30 de marzo (ECLI:ES:APAB:2020:226): sujeto de veintitrés años y menor de trece (atenuante muy cualificada); STSJ Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo (ECLI:ES:TSJCL:2020:62): sujetos de veintidós y veinticuatro años y menor de quince (atenuante muy cualificada); SAP Las Palmas (sec. 1) 34/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APGC:2019:350): sujeto veintinueve años y menor de catorce (atenuante muy cualificada).

derivan de las figuras de abuso sexual a menores de dieciséis años aunque sean acciones consentidas, singularmente si hubo acceso carnal. El contacto sexual con un menor por debajo de la edad de consentimiento sexual que voluntariamente se presta o participa en tal comportamiento se castiga con la misma pena especialmente grave que se aplica al abuso sexual en el que la víctima menor de dieciséis años no consiente. La equiparación legal de los comportamientos sexuales consentidos y no consentidos con menores por debajo de la edad de consentimiento sexual –los primeros son atentados contra la indemnidad sexual (con consentimiento) y los segundos constituyen, además, atentados contra la libertad sexual (sin consentimiento)–, obliga en ocasiones al tribunal sentenciador a recurrir a la atenuante análoga como muy calificada cuando no concurren todos los requisitos legales de manera absoluta.

Al haberse elevado el límite del consentimiento sexual muy por encima de la edad en la que biológicamente se producen cambios esenciales que hacen que un menor sea una persona reproductivamente apta (madurez sexual), y siendo que normativamente la prohibición de sexo con menores se pretende que rija para adultos, pero no necesariamente también para los menores, la previsión de una disposición como la contenida en el art. 183 quater resultaba completamente necesaria para evitar criminalizaciones indeseadas alejadas de la realidad biológica y cultural⁴¹. Como se ha indicado, las relaciones sexuales entre adolescentes menores de dieciséis años que se encuentran próximos en edad son una realidad en las sociedades occidentales, y aunque no se trata de rendirse a la fuerza normativa de lo fáctico, es preciso admitir que una regulación que ignore el consentimiento sexual de un menor de dieciséis años podría considerarse inconstitucional en la medida en que estarían negando derechos fundamentales a determinados menores en el uso de su legítima libertad⁴². No obstante, el simple hecho de que las relaciones sean consensuadas no las convierte en saludables, ni hace que desaparezca sin más la idea de abuso o explotación del menor⁴³. Es decir, no queda descartada la existencia de delito tratándose de relaciones sexuales consensuadas entre menores (por ejemplo, como podría ser en un caso concreto entre menor púber y menor impúber). Para ello hay que atender a varios factores, como la naturaleza del comportamiento, pero especialmente la diferencia de edad y el grado de madurez de los sujetos. Ello implica indagar en la vida íntima de los afectados por la duda sobre la legalidad de sus actuaciones si no se comprueban aspectos relacionados con el grado de madurez o desarrollo, convirtiendo en excepción lo que debería ser regla general⁴⁴.

⁴¹ MORILLAS FERNÁNDEZ (2015), p. 441; GONZÁLEZ AGUDELO (2021), p. 18; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS (2020), p. 286.

⁴² Así lo estima GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 42.

⁴³ BIERIE/BUDD (2016), pp. 2 y s.

⁴⁴ V. RAMOS TAPIA (2015), p. 129, quien, con razón, señala que el planteamiento político-criminal debería ser otro, esto es, que la regla general partiera de que las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes fueran libres, excepto que concurra alguna circunstancia –incluida la asimetría de edad– que indique la existencia de un abuso de superioridad por parte de la otra persona. Por su parte, TAMARIT SUMALLA

Antes de la elevación de la edad de consentimiento sexual, las relaciones sexuales entre menores no planteaban especiales dificultades por no aparecer como hechos con relevancia penal material. El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del CP de 2008, de 4 de febrero de 2009, indicaba que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por ello no debería ser penalmente sancionable. Por ello, la Circular FGE 9/2011 estimaba que “en este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible”. La elevación de la edad de consentimiento sexual hizo necesaria la adopción de una cláusula que consagrara legalmente el parecer de que el ejercicio consentido de la sexualidad entre menores no solo no afecta a la indemnidad sexual, cuya esencia reside en el desequilibrio o desigualdad madurativa entre los sujetos, sino que es expresión de su libertad sexual.

La mayor parte de los países que fijan una edad de consentimiento relativamente alta (en general, a partir de dieciséis años) incorporan en la regulación una cláusula semejante. No es así, en cambio, en aquellos en los que la edad de consentimiento sexual se ha establecido en catorce años. La regulación internacional, aunque siga una misma tendencia hacia la elevación de la edad de consentimiento, es muy dispar. La falta de homogeneidad en la determinación de la edad de consentimiento sexual pone de manifiesto la ausencia de un criterio definitivo en el plano internacional (más incluso que el de la mayoría de edad), que es especialmente llamativo cuando se comparan culturas muy parecidas. En EE.UU., dependiendo del Estado, la edad de consentimiento sexual se sitúa en dieciséis, diecisiete o dieciocho años, y en la mayoría de los Estados se contemplan diferencias de edad dentro de las cuales las conductas sexuales no se consideran delito en atención a la naturaleza de la conducta sexual (con/sin penetración) y a la diferencia de edad entre los involucrados⁴⁵.

En Europa las diferencias en la edad de consentimiento sexual son más amplias, pero una cláusula de exención por una determinada cercanía cronológica se contempla en muchos países. En general consiste en el establecimiento de una diferencia de edad máxima a contar entre las fechas de nacimiento de los sujetos: Rumanía, Grecia,

(2015) p. 91, en parecidos términos, estima que la ley que eleva la edad de consentimiento sexual debería fijar con claridad que “la presunción de irrelevancia del consentimiento hace referencia al contacto sexual del menor con un adulto en el que exista asimetría de edad, no a las relaciones entre menores de similar edad”.

⁴⁵ V. DARROCH/LANDRY/OSLAK, S. (1999), pp. 160 y ss.; BIERIE/BUDD (2016), p. 5; GLOSSER/GARDINER/FISHMAN (2004), pp. 6 y ss.

Croacia y Suiza, de tres años⁴⁶; Austria, de tres o cuatro años⁴⁷; Italia, de cuatro años⁴⁸; Francia de cinco años⁴⁹. En alguno de ellos figura una edad mínima del menor y/o máxima de la persona de mayor edad.

En cambio, en la mayoría de los países de la región de Latinoamérica y el Caribe, en los que la edad mínima de consentimiento sexual se sitúa relativamente baja, entre los catorce (Colombia, Costa Rica, Panamá, Perú, Bolivia, Paraguay, Honduras, Chile, Brasil, Ecuador, Honduras) y quince años (Uruguay, El Salvador) –con excepciones: Argentina (trece), Venezuela (dieciséis)–, no es habitual encontrar una disposición semejante⁵⁰. Téngase en cuenta que la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes⁵¹ establece en sus artículos 1 y 20 que los jóvenes mayores de quince años tienen derecho a elegir libremente una pareja y a la vida en común (incluyendo el derecho a la constitución de matrimonio, así como a la maternidad y paternidad responsables, de acuerdo con la capacidad civil establecida en la legislación interna de cada país).

No obstante, una cláusula que ofrezca cobertura legal al sexo entre menores parece obligada en todo caso, sea cual sea la edad para consentir válidamente, porque deja resueltas las dudas acerca de la licitud de los contactos sexuales consensuados de menores con una edad inferior a la de consentimiento sexual con otros menores que tengan atribuida legalmente por su edad capacidad de responsabilidad penal.

La fórmula material basada en los criterios de la Directiva 2011/93/UE no menciona una o varias diferencias de edad entre los sujetos, ni fija edades mínimas o máximas, ni distingue en función de la naturaleza del comportamiento sexual, sino que únicamente apela de manera abierta a la proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los hechos no impliquen abusos. Ésta es la fórmula, mucho más abierta pero de contornos imprecisos, que ha inspirado

⁴⁶ En Suiza se tiene en cuenta también que el ofensor no alcance veinte años y concurren circunstancias especiales, o que sea esposa o pareja registrada del ofensor (esta última circunstancia, la del matrimonio, se tiene en cuenta también en Grecia).

⁴⁷ De tres años de diferencia como máximo para actos con penetración o similares, a menos que el menor no haya cumplido trece años de edad; de cuatro años para el resto de abusos menos graves, a menos que el menor no haya cumplido doce años de edad.

⁴⁸ Siempre que el menor haya cumplido al menos trece años.

⁴⁹ Cláusula aprobada recientemente (15/03/2021, en vigor desde el 23 de abril), según la cual las penas solo se aplican si “la diferencia de edad entre el adulto y el menor es de al menos cinco años”. A partir de la misma puede entenderse que se reduce el umbral del consentimiento a trece años cuando el autor tenga dieciocho, pero no es aplicable si los actos se cometen a cambio de una remuneración, una promesa de remuneración, la prestación de un beneficio en especie o la promesa de tal beneficio (art. 222-23-1 CP francés).

⁵⁰ Existen previsiones semejantes en Panamá (art. 176 CP: cuando entre la víctima y el agente exista una relación de pareja permanente debidamente comprobada y siempre que la diferencia de edad no supere los cinco años), Bolivia (art. 308 bis CP: quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación) y Uruguay (art. 272 bis CP: la presunción de violencia cuando el acto sexual se efectúa con una persona menor de quince años no rige si se trata de relaciones consensuadas entre personas de trece años cumplidos y no exista entre ambas una diferencia mayor de ocho años).

⁵¹ <http://www.injuve.es/sites/default/files/ConvencionIberoamericana2005.pdf>

la regulación española, y coincide básicamente con las normativas sueca (escasa diferencia de edad y desarrollo entre la persona que cometió el acto y el niño), finlandesa (no exista una gran diferencia en la madurez mental y física de las partes) y noruega (personas que sean aproximadamente iguales en edad y desarrollo). El presupuesto para este régimen excepcional, de exclusión o limitación de la responsabilidad, no es otro que la existencia de consentimiento, es decir, que las actividades sexuales sean consentidas libremente por el menor (lo que, sorprendentemente, casi nunca se explicita en el Derecho comparado, quizás por obvio), mientras que los requisitos o condiciones para su validez se concentran en la cercanía cronológica y madurativa de los sujetos.

Por ello el bien jurídico en juego, si se admite la validez del consentimiento del menor a las acciones sexuales con terceros en determinadas circunstancias en virtud del art. 183 quater, deja de ser la indemnidad sexual y es solo la libertad sexual. La indemnidad sexual hay que referirla a los menores y personas con discapacidad frente a los comportamientos sexuales con terceros, aun consentidos. Lo injusto de las acciones sexuales de estas personas con menores que consienten en ellas reside desde este punto de vista en la asimetría o desigualdad cronológica (y por ende generalmente también madurativa) entre los sujetos⁵², circunstancia que no afecta a la libertad, sino a la indemnidad sexual (se estima que son dañinas o potencialmente dañinas, ya que el menor es utilizado como simple objeto sexual). Por el contrario, cuando se concede relevancia eximente al consentimiento libremente expresado por parte del menor es porque no se entiende afectada la indemnidad sexual (no puede derivarse un daño cuando no hay desequilibrio, ni relaciones de poder, ni mera utilización instrumental). De modo que el bien jurídico que se está protegiendo en atención a la cláusula de exención, descartada la afección a la indemnidad sexual, es la libertad sexual de los menores. Ahora bien, dicha libertad sexual está condicionada por las concepciones ético-sociales imperantes sobre el sexo y la sexualidad de los menores, según las cuales, por un lado, el sexo consentido entre menores y adultos constituye en general un abuso sexual, pero, por otro lado, el sexo consentido de menores entre sí o entre menores y jóvenes puede ser lícito si no tiene lugar en un contexto de desequilibrio entre los sujetos (está ausente el desvalor material de estos comportamientos)⁵³.

⁵² De acuerdo con el Informe del Consejo Fiscal, de 4 de febrero de 2009, “existe un consenso básico y general en estimar abusivas todas las relaciones en las que medie una relevante asimetría o diferencia de edad” (p. 116).

⁵³ La CIRCULAR FGE 1/2017, p. 3, habla de “una actividad sexual compartida”, que está excluida en situaciones de desigualdad madurativa. En sentido similar TAMARIT SUMALLA (2015), p. 92, y las SsTS 478/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3397), y 699/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4326).

IV. Condiciones para la validez del consentimiento sexual de un menor de dieciséis años

De acuerdo con el contenido de la cláusula del art. 183 quater CP lo decisivo es el consentimiento libre de un menor de 16 años, que solo será relevante (y, por tanto, se considerará legalmente “libre”) si concurre la proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez con quien interactúa sexualmente. Son varios, por tanto, los datos que deben examinarse y cuya acreditación no siempre será fácil, dado que algunos de los requisitos constituyen verdaderos conceptos jurídicos indeterminados⁵⁴.

Por lo tanto y como ya se ha indicado, la existencia de un consentimiento libre del menor no aparece tanto como un requisito más para la exclusión de la responsabilidad penal, sino como un presupuesto de la misma. El consentimiento de un menor de dieciséis años para una acción sexual con un tercero no se reconoce jurídicamente salvo en determinadas circunstancias, que son las que aparecen como auténticos requisitos de la cláusula de exención. Así pues, el consentimiento solo será libre si, además, tienen lugar dichas circunstancias (consentimiento condicionado).

1. *Presupuesto: consentimiento*

En primer lugar, debe darse el consentimiento de un menor de dieciséis años, es decir, el consentimiento del menor en el sentido de conocer y querer el carácter sexual del acto desarrollado con un tercero y la relevancia que conlleva. Bastará para ello la capacidad natural de juicio, como en el resto de delitos que protegen la libertad, lo que explica que no se establezca un mínimo concreto de edad para considerar válido el consentimiento del menor a la acción sexual (como sí sucedía en la regulación anterior: menor de trece años)⁵⁵. Consiguientemente, cualquier menor de dieciséis años –y por debajo de esa edad sin límite mínimo de edad⁵⁶– dotado de capacidad

⁵⁴ Frente a la combinación de los dos criterios de proximidad (cronológico y madurativo) para otorgar validez al consentimiento del menor, algunos países requieren únicamente el requisito cronológico (*close-in-age exemption*), lo que coincide con aquellos que establecen límites máximos de cercanía o proximidad en edad (por ejemplo, Canadá, de acuerdo con la *Tackling violent crime Act* de 2008: de cinco años para menores con 14 y 15 años y de dos años para menores de 12 y 13 años siempre que no exista una relación de confianza, autoridad o dependencia o cualquier otra explotación de la persona joven). En cambio, en otros países se limitan a mencionar el requisito de la madurez: por ejemplo, Finlandia, conforme al Cap. 20, sección 7(a) de su CP: no se considera abuso sexual de niños el acto que no viola la autodeterminación sexual del sujeto y en el que no hay una gran diferencia en la madurez mental y física de las partes (no prescinde absolutamente, sin embargo, del criterio cronológico); Eslovenia: según el art. 183.1 de su CP, el delito de asalto sexual a una persona por debajo de quince años se condiciona a que exista una marcada discrepancia entre la madurez del perpetrador y de la víctima.

⁵⁵ En el sentido de estimar que para la operatividad de la cláusula debe atenderse a un límite mínimo de edad *de lege lata*: ROPERO CARRASCO, (2014), p. 268 (trece años); o *de lege ferenda*: GARCÍA ÁLVAREZ (2013), p. 22 (trece años).

⁵⁶ En este sentido RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 190, ejemplifica con un supuesto de menores de doce y catorce años como susceptible de ser incluido en la cláusula; en parecidos términos SANCHO CONDE (2020), pp. 136 y 167. En la jurisprudencia, a favor de entender que no existe un límite mínimo: STS 1001/2016, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:88).

natural de juicio puede consentir válidamente en la medida en que pueda ser calificado su consentimiento como libre en los términos legalmente señalados.

Se incurre en una aparente contradicción o antinomia, puesto que se parte de que un menor de dieciséis años de edad no puede consentir libremente una acción sexual, para a continuación afirmar que sí puede hacerlo en determinadas condiciones (de cercanía con la persona con la que comparte la acción sexual). En realidad se convierte una presunción *iuris et de iure* sobre la irrelevancia del consentimiento de un menor de trece años para las acciones sexuales con terceros que ha estado vigente hasta la reforma del CP de 2015⁵⁷, en una presunción *iuris tantum* sobre la irrelevancia del consentimiento de un menor de dieciséis años⁵⁸. Así pues, se admite prueba en contrario que versará sobre la validez del consentimiento condicionado por unas circunstancias legales que deberán ser apreciadas por la autoridad judicial (no solo en sentencia, sino antes incluso durante el proceso, permitiendo su desjudicialización)⁵⁹. Si se aplica la cláusula sobre el consentimiento del art. 183 quater CP, se desvanece toda idea que relacione las acciones sexuales con los menores desde el prisma de la “intangibilidad” o “indemnidad” sexual⁶⁰. De modo que estamos ante el principal reconocimiento legal sobre la libertad sexual positiva de los menores que no alcanzan la edad de consentimiento sexual, a los que también se les atribuye autodeterminación sexual, toda vez que si hasta entonces la ley presumía, no la ausencia de consentimiento en el menor (es decir, su capacidad natural), sino la falta de capacidad jurídica para consentir, dicha presunción se descarta desde el momento en que para determinados casos se califica como libre el consentimiento del menor y, por lo tanto, se le otorga capacidad de consentimiento jurídico bajo determinadas circunstancias. En este contexto prevalece la libertad sexual del menor, por cuanto la afirmación sobre la concurrencia de dichas circunstancias en el examen individualizado del caso concreto –edad y madurez– supone a la par excluir cualquier afección de la

⁵⁷ Decía la STS 411/2006, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2006:2619), en torno a la presunción *iuris et de iure* sobre ausencia de consentimiento del menor de trece años, que el mismo “es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándose toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido”. La STS 287/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2211), insiste en la idea de que esa doctrina sigue siendo aplicable tras la reforma de 2015, y ello a pesar de la existencia de una cláusula sobre el consentimiento libre del menor. Como indica RAMÓN RIBAS (2013), p. 28, el TS ya se había abierto antes de las reformas del CP de 2010 y 2015 a conceder relevancia al consentimiento de los menores cuya edad está muy próxima al tope legal, citando al efecto y en estos términos la STS 426/2016, de 2 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:2578).

⁵⁸ Así GARCÍA ÁLVAREZ (2013), p. 21; GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 536; GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 121; CIRCULAR FGE 1/2017, p. 2; SAP de Islas Baleares (sec. 2), 262/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:APIB:2018:1676); y AAP de León (sec. 3), 1333/2017, de 30 de noviembre (ECLI:ES:APLE:2017:1514A).

⁵⁹ La CIRCULAR FGE 1/2017 alude en sus conclusiones a que, de acreditarse las circunstancias el art. 183 quater, procede el sobreseimiento del art. 637.2.º Lecr («cuando el hecho no sea constitutivo de delito»), lo que tiene sentido en la medida que se pretende evitar un procedimiento penal invasivo de la intimidad ajena y estigmatizador de determinados comportamientos sexuales, aunque finalmente no resulten punibles.

⁶⁰ V. GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 536.

indemnidad sexual. No es que se prescindiera de ella, sino que queda probado no haber sido afectada por una conducta sexual realizada en términos prácticamente de igualdad y entre iguales.

Por otro lado, el carácter libre del consentimiento es compatible no solo con el sexo voluntario y deseado, sino también con el sexo voluntario y ambivalente o contradictorio y, en su caso, con el sexo voluntario y no deseado. En el CP no se protege el bienestar sexual, sino la libertad sexual. Los deseos íntimos del sujeto quedan completamente al margen de las valoraciones jurídicas. Asimismo, como dice GONZÁLEZ AGUDELO, “el otorgamiento de un consentimiento no conlleva necesariamente la racionalidad de la decisión y, mucho menos, garantiza la bondad de la misma, es más, asumimos los errores como parte del aprendizaje de la vida”⁶¹. Por otro lado, dado que el consentimiento libre es el presupuesto básico de la acción que representa para el menor el ejercicio de un derecho fundamental, el mismo debe exteriorizarse de modo expreso o tácito, no bastando un mero consentimiento presunto al tratarse de menores de dieciséis años⁶².

Con independencia de los supuestos de oposición o de ausencia de consentimiento, hay que atender a las circunstancias susceptibles de constituir vicios del consentimiento y, por tanto, capaces de negar o poner en cuestión su carácter libre. Por ejemplo, podrá ser viciado aquel consentimiento que se prestó bajo la influencia de las drogas o del alcohol o encontrándose el menor en situación de enfermedad, en la medida en que tales circunstancias afecten al juicio y a la capacidad del individuo para consentir en una actividad sexual. En estos supuestos habrá que atender a las circunstancias del caso concreto, porque una simple febrícula o la mera ingesta de una o dos cervezas no incapacita de manera absoluta la voluntad sexual del sujeto menor de dieciséis años, y ello a pesar de las prohibiciones relativas al consumo de alcohol. Sería precisa una verdadera intoxicación o una sensible reducción de sus capacidades cognitivas y volitivas.

La ausencia de libertad para consentir es más evidente en las hipótesis abusivas en las que ha mediado precio, recompensa o promesa, prevalimiento de una situación de superioridad o abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre el menor de dieciséis años para conseguir la acción sexual. Aunque la ley no aluda a estas circunstancias, algunas de las cuales acompañan las descripciones típicas de los abusos sexuales, pueden estimarse implícitas en el carácter “libre” del consentimiento del menor de dieciséis años. En cambio, el alcance de la modalidad abusiva basada en el engaño para obtener el consentimiento de ese menor puede resultar

⁶¹ V. GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 116.

⁶² V. GONZÁLEZ AGUDELO (2020), pp. 123 y 129, quien descarta el consentimiento presunto y considera que el consentimiento ha de ser inequívoco, manifiesto y actualizado, por lo que en principio el silencio por sí solo no es indicativo del contenido de la voluntad, a no ser que, en función de las circunstancias de la interacción sexual y el comportamiento activo desplegado por quien tiene que consentir, se deduzca inequívocamente la intencionalidad de continuar la acción sexual. Sobre el consentimiento presunto v. MORILLAS CUEVA (2013), pp. 154 y ss.

discutible: ¿el engaño ha de vincularse exclusivamente con el significado sexual del comportamiento o, por el contrario, puede referirse también a los motivos o circunstancias para consentir la acción sexual? Si bien es cierto que el engaño tiene que presentar suficiente entidad para influir sobre la voluntad de la víctima, descartando, como dice GONZÁLEZ AGUDELO, los argumentos propios de las relaciones amorosas y sexuales aparentes o transitorios, especialmente intensos en la etapa de la adolescencia, pero que entran dentro de la normalidad de este tipo de relaciones⁶³, algunas conductas engañosas se presentan como problemáticas. Así, por ejemplo, el castigo como abuso sexual de las conductas de “*stealth*” (quitarse el preservativo de forma no consentuada) se encuentra entre las conductas abusivas realizadas mediante engaño que presenta contornos imprecisos y dudas acerca de la concurrencia del consentimiento a la acción sexual⁶⁴. En cualquier caso, tratándose de menores y un vicio del consentimiento, como es el engaño, lo que puede ser irrelevante para engañar a un adulto, puede ser merecedor de reproche si el engañado es un menor de dieciséis años cuyo grado de madurez sexual es en general relativamente bajo⁶⁵.

2. *Requisitos para la validez del consentimiento*

Los requisitos para la exclusión de la responsabilidad penal, si media el consentimiento libre de un menor de dieciséis años, son la proximidad por edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez entre ese menor y el otro sujeto, requisitos que aparecen como cumulativos y no alternativos. De ello se desprende la voluntad de la ley de prohibir y castigar penalmente las relaciones sexuales con menores cuando existan grandes asimetrías, pero particularmente la cronológica, porque si esta asimetría se verifica, la conducta constituye un abuso sexual, sin necesidad de entrar a especular en el terreno madurativo. Solo si entre los sujetos no hay una gran asimetría cronológica, se tiene que valorar adicionalmente para excluir o atenuar la responsabilidad penal la proximidad en el grado de desarrollo o madurez. Ambas pues aparecen como condiciones que han de concurrir unitariamente para la validez y consiguiente relevancia jurídica del consentimiento otorgado por un menor de

⁶³ GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 127. Sobre el consentimiento expreso o afirmativo, su origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón v. MALÓN MARCO (2020), pp. 21 y ss.

⁶⁴ V. SJI n.º 2 de Salamanca 155/2019, de 15 de abril (ECLI: ES:JI:2019:1): en ella el hecho de quitarse el preservativo de forma no consentuada se considera abuso sexual, pues se entiende que se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, pero la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, “lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual”. Cabe objetar que el daño al que se alude en realidad no es de carácter sexual y, por ello, resulta dudoso que se pueda hablar de indemnidad “sexual” si el sujeto pasivo no es menor de edad (o persona con trastorno mental). Más bien, lo que resulta objeto de discusión es si está en juego o no la libertad sexual con relación a semejantes conductas engañosas (o si, alternativamente, son otros los bienes jurídicos puestos en peligro por la conducta furtiva: la salud y los derechos reproductivos y de filiación, en cuyo caso se requeriría una tipificación expresa y separada).

⁶⁵ En este sentido RAMÓN RIBAS (2013), pp. 85 y ss.

dieciséis años. En supuestos de concurrencia completa de ambas condiciones la exención de responsabilidad penal es total, mientras que en supuestos de concurrencia parcial de alguna de ellas, solo cabe la atenuación de la pena.

Se entiende en atención a ambas condiciones que estamos ante un sistema mixto (cronológico-biopsicológico), que es hermenéuticamente complejo y abierto, frente a los sistemas cronológicos puros. En principio pues, no bastaría para la exclusión de la responsabilidad con la proximidad en la edad cronológica, sino que también deberá concurrir adicionalmente la proximidad en el grado de desarrollo o madurez. Como indica la jurisprudencia, con referencia al análisis de estos dos elementos sometidos a juicio, se trata de “tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrios relevantes y notorios desde un punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación” (STS 1001/2016, de 18 de enero, ECLI:ES:TS:2017:88). De ese modo, debe ponerse el acento no tanto en que la edad y la madurez sean equiparables en un sentido positivo, como en el sentido negativo de la cláusula y, por tanto, aplicarla si hay consentimiento, pero no desequilibrios cronológicos y madurativos notorios y relevantes entre los sujetos⁶⁶.

A) *Proximidad en edad*

En cuanto a la edad, algunos Códigos penales fijan un máximo de diferencia de edad en virtud del cual se determina el límite entre lo delictivo y lo lícito, que va de los dos a los cinco años como términos generales (criterio cronológico de grupo o franja etaria). Este modelo prescinde por tanto del grado de desarrollo o madurez, confiando la respuesta a un criterio objetivo y puro, que ofrece plena seguridad jurídica pero no permite interpretaciones adicionales, matizaciones o excepciones.

Nuestro CP establece, en cambio, una fórmula mucho más abierta, porque no fija una o varias diferencias máximas de edad concretas. A pesar de la inseguridad jurídica de esta opción⁶⁷, la misma supera los estrechos márgenes legales que se manejan

⁶⁶ Este criterio es invocado también en Autos del TS 470/2020, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:4746A), y 655/2020, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:7711A).

⁶⁷ MUÑOZ CONDE (2019), p. 225, destaca que la ambigüedad del texto deja un gran margen al juez que tenga que decidir este tema, que puede dejarse llevar por prejuicios morales o culturales no coincidentes con los de los protagonistas del acto sexual. También TERRADILLOS/GONZÁLEZ (2016), p. 224, aluden a la indeterminación y ambigüedad de la formulación, de manera que cualquier interacción sexual de un menor de dieciséis años puede terminar en los juzgados (por celos, venganza, razones religiosas, desacuerdo parental, etc.). Del mismo modo se expresa GONZÁLEZ AGUDELO (2016a), pp. 220 y s.: basta un interés personal (padres, exparejas, fanáticos religiosos, organizaciones conservadoras, vecinos, etc.) o las dudas razonables – o motivos ideológicos– en quienes conocen la situación en razón de su cargo (profesores, trabajadores sociales o proveedores de servicios de salud) para poner en marcha todo el aparato judicial con las graves consecuencias estigmatizadoras negativas. Por su parte, CANCIO MELIÁ (2018), p. 1055, resalta que la inseguridad jurídica es aún más preocupante dada la posibilidad de ejercer la acción penal a título de acusación particular o popular, sin el filtro de la fiscalía “y en el cual una primera investigación inicial es obligación del órgano de instrucción, con el coste que ello puede suponer para la persona inicialmente investigada” y, por supuesto,

en el Derecho comparado, siendo admisible la aplicabilidad de la exoneración de responsabilidad en relaciones entre adolescentes, pero también adultos jóvenes y menores de dieciséis años, conforme a un criterio material que atiende a la ausencia de desequilibrios madurativos en el marco de diferencias de edad no relevantes.

Hasta tal punto es abierta y amplia de alcance la fórmula mixta que el art. 183 quater ha podido aplicarse de manera excepcional a supuestos en los que existía una diferencia de edad de hasta casi diez años entre los sujetos, compensada o neutralizada por el criterio sobre el desarrollo o madurez, es decir, casos en los que, a pesar de la diferencia no excesivamente relevante o notoria de edad, existía una misma o parecida trayectoria, experiencia o historial sexual que aminora la importancia de las divergencias cronológicas entre los intervinientes en la acción sexual⁶⁸. Para ello se relaciona a los menores de dieciséis años con los jóvenes, que, aunque sean adultos, son los únicos –además de los mayores de catorce y menores de dieciocho años– a quienes podría llegar a aplicarse esta cláusula. Por jóvenes se puede entender el mayor de dieciocho y menor de veintiún años (así estaba previsto en el art. 69 CP y en la LO 5/2000)⁶⁹, pero este concepto sociológico sitúa su límite máximo en ocasiones en los veinticuatro años.

La Circular FGE 1/2017 recuerda que la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes incluye “bajo las expresiones «*joven*», «*jóvenes*» y «*juventud*» a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los quince y los veinticuatro años de edad”⁷⁰. Incluso menciona que en la Carta Africana de la Juventud (2006) se define como joven a las personas que se encuentran entre la edad de quince y treinta y cinco años. Sin embargo, atendiendo a la distinción que realiza la OMS entre adolescencia inicial (10 a 14 años), adolescencia media (14 a 17 años) y la adolescencia final (17 a 20 años), la FGE considera que el grupo de veinte a veinticuatro años comparte con los dos anteriores el concepto de juventud. En consecuencia, la FGE sostiene como pauta orientadora que, con relación a menores de catorce y quince años, la protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive (distancia cronológica máxima: inferior a siete años), pudiendo excepcionalmente comprenderse los jóvenes mayores de 21

para el menor (pone como ejemplo, la querrela criminal del titular de la patria potestad contra la relación amorosa de una joven de 15 años y 11 meses y un joven de 18 años recién cumplidos).

⁶⁸ GONZÁLEZ AGUDELO (2020), pp. 132 y ss., plantea la cuestión de si la referencia a la edad es exclusivamente cronológica o si debe tenerse en cuenta el grupo etario de referencia al que pertenece el menor y/o su pareja (definido en términos sociales, educativos, étnicos, antropológicos, de género, etc.: por ejemplo, el grupo de compañeros de clase). Habida cuenta que el criterio de proximidad cronológica ya implica aceptar un margen (indeterminado) de edades diferentes, susceptibles de ser ampliadas o moduladas a través del criterio subsiguiente del grado de desarrollo o madurez, parece que tenga que ser en este segundo requisito donde pueda valorarse, y no en el primero, si el desarrollo personal y madurativo del menor, con relación al grupo o grupos etarios en los que socialmente se inserta, guarda correspondencia o no con la edad biológica.

⁶⁹ ROPERO CARRASCO (2014), p. 268, estima que puede llegarse a un límite entre veinte y veintidós años.

⁷⁰ Quedan excluidos otros entendimientos más amplios de la juventud concernientes a políticas que los Estados extienden hasta los treinta años (para el acceso a determinados servicios o programas).

y hasta 24 años inclusive (distancia cronológica extraordinaria: inferior a once años). Ahora bien, la exención o atenuación en estos supuestos solo sería excepcional, pues como dice la FGE, “cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez”.

La jurisprudencia sobre la cláusula contenida en el art. 183 quater CP es muy variada en la medida en que el precepto se aplica o no en función de las circunstancias que rodean el caso concreto. En general se ha mostrado abierta a considerar una interpretación amplia de la exención de la responsabilidad o de la posible atenuación de la misma. Durante los primeros años tras la reforma del CP de 2015, la exclusión de responsabilidad solía basarse principalmente en el error de prohibición invencible, aunque a veces los argumentos exculpatorios se deslizaban también por los requisitos típicos de la exención del art. 183 quater. Así, SsTS 782/2016, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4517; relación de noviazgo o seminoviazgo de sujetos de 14 y 29 años)⁷¹, 155/2018, de 4 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1304; adulto de 22 años y menor por debajo de la edad de consentimiento, pero sin que en los hechos probados se refleje la edad exacta, aunque sí la personalidad madura de la víctima)⁷², y 13/2020, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2020:256; relación de noviazgo entre menor de 13 años y joven de 20 años con patología psíquica de inmadurez hasta el punto de equipararse a un adolescente medio entre 14 y 15 años)⁷³.

Cuando el art. 183 quater ha sido el único elemento eximente llamado a ser analizado en el supuesto enjuiciado (al margen del error de tipo o de prohibición), se han considerado claramente fuera del rango admisible para la cláusula diferencias de edad superiores a cinco años respecto de sujetos pasivos menores de once o doce

⁷¹ Estima el recurso planteado por la defensa, puesto que el error vencible que habían reconocido como probado los jueces de instancia (condenando por abusos sexuales continuados a la pena de prisión de cinco años y un día y sus accesorias) “supone aceptar que todo aquel que tiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en un delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto desborda los límites del error vencible de prohibición (...). En definitiva, en el supuesto de hecho que es objeto del presente recurso, el carácter invencible del error no es sino consecuencia de un análisis de los hechos que no prescinda de la personalidad de sus protagonistas, de su contexto cultural y, sobre todo, de la inicial licitud que preside sus primeros contactos sexuales”.

⁷² “No resulta viable aceptar la hipótesis de partida de que José conociera que la edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales se había elevado a los dieciséis años merced a una norma que acababa de entrar en vigor, ni siquiera conocemos cuál es la edad de consentimiento en Rumanía. Nótese que los hechos ocurren en fecha 22-8-2015 y la reforma que eleva la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años entre en vigor en fecha 1-7-2015; es decir, hacía poco más de un mes y medio”.

⁷³ “El procesado conocía que Paloma era menor, pero no sabía que mantener relaciones sexuales con ella cuando era menor de 16 años era delictivo (...). La relación entre el acusado y la menor comenzó a finales de mayo de 2015 (...) entre los días 22 y 25 de julio de 2015 se produjeron (...) de mutuo acuerdo relaciones sexuales completas (...). Cuando se inició la relación entre el acusado y la menor las relaciones sexuales consentidas entre una menor mayor de trece años y un adulto no era constitutivas de delito (...). No existen diferencias sustanciales en cuanto a la inmadurez entre el acusado y la menor (...). El procesado requería a la menor que le presentara a su madre para no tener que estar siempre escondiéndose (...). Ello evidencia aun más que, frente a la estimación de la recurrente, Jesús Manuel no era consciente de la antijuridicidad de su conducta, y viene a ratificar la invencibilidad del error apreciada por el Tribunal *a quo*”.

años, en tanto que a edades tan tempranas esas diferencias de edad influyen igualmente en el grado de desarrollo o madurez, alejándolo de la proximidad mencionada. Así las SsTS 946/2016, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5491), y 1001/2016, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:88): en ambas resoluciones los sujetos contaban con 11 y 20 años). En la SAP de Zaragoza (sec. 3) 72/2018, de 15 de febrero (ECLI:ES:APZ:2018:409), en un supuesto en el que los sujetos tenían doce y veinte años, tampoco se aplica el art. 183 quater por la diferencia de edad y porque las madureces psicológicas eran acordes con la respectivas edades. En cambio, en la SAP de Navarra (sec. 1) 229/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APNA:2018:873), resulta de aplicación la cláusula de exclusión de responsabilidad penal a una relación mantenida por sujetos de trece y veinte años, al estar ausente un desequilibrio relevante y notorio, lo que se deduce de la semejanza en cuanto al aspecto físico, la falta de especiales diferencias en el grado de madurez en cuanto jóvenes con similares formas de entretenimiento, concepto cultural, formación y situación socio-económica, así como que las relaciones se circunscribían a un ámbito exclusivamente familiar.

A medida que se eleva la edad del menor y, por tanto, cuando la persona menor de edad se encuentra en los catorce o quince años, su desarrollo madurativo y social puede resultar más cercano al de la otra persona con la interacciona sexualmente, de manera que las diferencias cronológicas se relativizan, hasta el punto de llegar a valorar como razonables diferencias de edad entre los implicados de hasta casi diez años. Así, por ejemplo, en la SAP de Islas Baleares (sec. 2), 262/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:APIB:2018:1676): sujetos entre catorce y veinticuatro años edad; en la resolución se aprecia un error de tipo vencible y no punible, pero también la cláusula del consentimiento. Son supuestos en todo caso excepcionales, porque por el contrario, la SAP de Valencia (sec. 3) 172/2017, de 13 de marzo (ECLI:ES:APV:2017:727), respecto de sujetos que contaban con una diferencia de edad en torno a cinco años (14 y 19 años), aprecia un error de tipo, pero rechaza la aplicación del art. 183 quater, porque no considera próximas las edades de los sujetos implicados en el hecho enjuiciado⁷⁴.

Así pues, aunque con excepciones, a partir de una diferencia de edad en torno a los cinco años⁷⁵, se tiende a estimar inaplicable el art. 183 quater CP al menos como eximente completa, tanto más cuanto más baja sea la edad del menor de dieciséis años, al no poder quedar compensada o neutralizada la diferencia cronológica por una proximidad de carácter madurativo⁷⁶.

⁷⁴ V. ATS 470/2020, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:4746A): considera inaplicable el art. 183 quater porque el autor tenía una edad notablemente superior (25 años) respecto de la víctima (15 años). En el mismo sentido Autos del TS 889/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:12025A), y 381/2020, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:4071A): en ambos supuestos eran sujetos de catorce y veinticuatro años.

⁷⁵ TAMARIT SUMALLA (2015), p. 92, alude a que algunos estudios han establecido como diferencia orientativa a partir de la cual una relación puede considerarse asimétrica un mínimo de cinco años.

⁷⁶ Otros ejemplos de aplicación de la exclusión de responsabilidad son: SsAP Navarra (sec. 1) 220/2017,

B) *Proximidad en grado de desarrollo o madurez*

Junto al criterio cronológico debe concurrir uno biopsicológico o biopsicosocial, basado en el grado de desarrollo y/o la madurez. El nuevo criterio supone tener que indagar en la vida íntima de los sujetos, sus culturas, experiencias y trayectorias vitales y sexuales con relación a las respectivas edades⁷⁷, e implica dotar de un ulterior relativismo e incertidumbre a la cláusula en detrimento de la seguridad jurídica. Recordemos que no se indica un límite de edad prestablecido ni por arriba ni por abajo y, por consiguiente, a la subjetividad de la valoración sobre la proximidad cronológica, se suma un criterio de mayor carga subjetiva si cabe, que tendrá que ser evaluado a través de los instrumentos de las ciencias del comportamiento⁷⁸. En contrapartida, el campo de la aplicación de la cláusula es notablemente superior y abarca supuestos que quedan fuera del criterio cronológico puro.

Puede llamar la atención que entre las condiciones para la validez del consentimiento del menor de dieciséis años no se mencione expresamente la necesidad de demostrar la madurez suficiente del mismo en el caso concreto para ejercitar su libertad sexual, en la medida en que lo primero que se cuestiona en el caso del menor es su capacidad de discernimiento para ejercitar derechos en el plano de la sexualidad (presumida legalmente si tiene al menos dieciséis años y cuestionada si tiene menos)⁷⁹. La cláusula solo requiere que su grado de desarrollo o madurez (y en el mismo sentido de inmadurez) sea próximo al de la otra persona con la que interacciona sexualmente. Si se parte de la base de que el contacto sexual del menor que es objeto de valoración jurídica tiene que serlo con una persona de mayor edad (puesto que si fueran de la misma edad este otro criterio resultaría fútil y por ello irrelevante), habrá que deducir para entender concurrente este requisito que, o bien la madurez del menor era superior a la propia de su edad, o bien, conjunta o alternativamente, que la madurez del de mayor edad no se correspondía con su verdadera edad, sino con una inferior. Parecería pues que la determinación sobre la madurez necesaria exigible al menor para ejercer libremente su sexualidad en función de su edad concreta plantearía más inconvenientes probatorios que el mero hecho de tener que valorar la proximidad o lejanía en el desarrollo madurativo entre los sujetos intervinientes. Ahora

de 27 de octubre (ECLI:ES:APNA:2017:494): sujetos de quince y veinte años; y Madrid (sec. 27) 745/2018, de 28 de noviembre (ECLI:ES:APM:2019:16554): sujetos de trece y veinte años; STSJ Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo (ECLI:ES:TSJCL:2020:62): sujetos de quince y diecinueve años.

⁷⁷ Como señala RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 634, esto requiere que los menores tengan que dar explicaciones y someterse a peritajes. Destaca asimismo la conveniencia del investigado de alegar inmadurez sexual como estrategia defensiva. Por su parte, TERRADILLOS/GONZÁLEZ (2016), p. 224, critican que sea el único supuesto de ejercicio de derechos fundamentales que requiere autorización del juez penal.

⁷⁸ V. GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 535, quien considera que la cláusula es difícilmente compatible con la seguridad jurídica porque va a permitir pronunciamientos judiciales muy diversos según las convicciones, educación o prejuicios de cada juzgador.

⁷⁹ La capacidad de discernimiento en materia sexual podría estar condicionada por la concreta acción sexual de que se trate. En el Derecho comparado hemos visto que en ocasiones se diferencia según si la acción sexual implica o no acceso carnal para establecer una u otra edad de consentimiento sexual.

bien, no es cierto que en el art. 183 quater se prescindiera de evaluar una mínima madurez sexual del menor porque no se mencione expresamente. En realidad se hace implícitamente, porque el presupuesto de la cláusula consistente en un consentimiento libre del menor de dieciséis años implica, al menos, que goza de capacidad natural de juicio sobre la disposición del bien jurídico, de manera que ese mínimo de capacidad suficiente para comprender el sentido y trascendencia de la disposición del bien jurídico ha de suponer necesariamente también un grado suficiente de madurez.

Este nuevo criterio para fijar la proximidad es cumulativo de la edad y no alternativo⁸⁰. Así se deduce de una interpretación gramatical (conjunción “y”), pero también teleológica. La principal finalidad de la reforma del CP de 2015 al elevar la edad de consentimiento sexual fue prohibir el sexo de adultos con menores (los temidos pederastas). Por lo tanto, los requisitos para la aplicación de la cláusula no pueden concurrir de manera alternativa (la relativización de los requisitos de la cláusula puede plantearse para la atenuación, pero no para la exclusión de la responsabilidad penal), de modo que no han de considerarse lícitas las relaciones sexuales entre menores y adultos mayores de veinticinco años aunque su apariencia o experiencias madurativas fueran similares a la del menor de edad. Los problemas madurativos del adulto, caso de considerarse graves, tendrían que valorarse desde el punto de vista de su imputabilidad. Sin embargo, un sector de la doctrina considera criticable que los requisitos cronológicos y de desarrollo o madurez sean cumulativos y no alternativos⁸¹.

No obstante, es necesario *de lege lata* excluir la responsabilidad en los supuestos en los que los menores que intervienen en la acción sexual tienen ambos catorce o quince años, sin necesidad de indagar sobre la proximidad madurativa, conforme a un argumento *a fortiori* de la cláusula, de la que se desprende que los abusos sexuales a menores de dieciséis años se justifican en la asimetría de edad. Es decir, son a éstos –a los que poseen la misma edad– a los que hay que proteger, y no incriminar. De ahí que para la posible apreciación de la cláusula con sus requisitos cumulativos necesariamente uno de los sujetos tendrá que tener edad de consentimiento sexual y el otro no, o bien el autor menor deberá disponer de capacidad de responsabilidad penal pero la víctima ser aún impúber. En cambio, si ambos son penalmente imputables, pero están por debajo de la edad de consentimiento sexual, basta atender al criterio

⁸⁰ Así ATS 470/2020, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2020:4746A): “el precepto exige, de forma conjunta y no alternativa, que la proximidad sea tanto por edad como por grado de desarrollo y madurez”, no concurriendo semejante igualdad cuando la edad es notoriamente superior en el autor; y, en los mismos términos ATS 889/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:12025A).

⁸¹ RAMOS VÁZQUEZ (2015), pp. 631 y 633; RAMOS VÁZQUEZ (2016), pp. 184 y 187, ejemplificando con la regulación noruega que, según este autor, establece una regulación alternativa de los requisitos de proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez; igualmente, SANCHO CONDE (2020), pp. 108 y 168 y ss., quien propone *de lege ferenda* la adopción de un criterio alternativo en virtud del cual se atiende en primer lugar a la diferencia de edad (que no supere cinco años) y, si este criterio no se verifica, subsidiariamente pueda apreciarse la exención de responsabilidad cuando superado el límite cronológico puro, sin embargo, la relación sexual se pueda considerar amparada por la proximidad en el grado de desarrollo o madurez.

cronológico para excluir el abuso. La cláusula de exención se aplica cuando hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor en edad, es próxima al menor en edad y madurez (AP las Palmas, sec. 1.^a, 34/2019, de 16 de febrero; ECLI:ES:APGC:2019:350). Si la edad de los menores es básicamente la misma o la diferencia es prácticamente irrelevante, apreciándose tal circunstancia cuando entre ellos media una diferencia de más/menos un año de edad (en todo caso, no superior a dos años), no hay una verdadera proximidad madurativa evaluable y carece de sentido exigir la doble concurrencia de los requisitos de la cláusula, debiendo bastar el criterio cronológico con arreglo a una interpretación teleológica del art. 183 quater (estamos ante una regulación que trata de proteger los derechos de los menores de dieciséis años). El problema –que es más teórico que práctico (en la medida en que se ignoran las cifras oficiales de los supuestos abusos consentidos cometidos contra menores de dieciséis)⁸²– se plantea porque la edad de consentimiento sexual (dieciséis años) no coincide con la edad para poder ser penalmente responsable de los delitos (catorce años)⁸³. Sobre el papel habría que admitir una doble incriminación de los menores de catorce y quince años que interaccionan entre sí sexualmente, dado que inicialmente aparecerían como sujeto activo y pasivo del delito derivado de la relación sexual⁸⁴. En concreto, si los menores que intervienen en una acción sexual compartida tienen catorce o quince años sus papeles se intercambian, esto es, a los ojos de la ley son a la par y de entrada (presunción *iuris tantum*) autores y víctimas recíprocos de un mismo suceso (que daría lugar a dos presuntos delitos, esto es, los que aparentemente cometería cada menor respecto del otro). Sin embargo, en estos casos en los que los menores se encuentran más cercanos a la edad de consentimiento sexual, hay que estimar lícitas las relaciones sin necesidad de indagar en el terreno madurativo, como sí debe hacerse cuando la diferencia de edad es sensiblemente superior (más de dos años). En efecto, esta última valoración sobre la madurez debe llevarse a cabo en los casos de edades próximas pero claramente diferenciables, porque la diferencia de edad puede resultar irrelevante cuando exista proximidad madurativa, si bien la sola proximidad madurativa es insuficiente cuando la diferencia de edad es manifiestamente notoria o relevante⁸⁵. Además, no tendría sentido dejar de aplicar esta cláusula porque, siendo de igual o similar edad los menores, madurativamente fueran muy dispares.

⁸² Como indica RAMÓN RIBAS (2013), p. 195, la práctica evidencia que los contactos sexuales de adolescentes no alcanzan relevancia judicial, aunque siempre existe la posibilidad de una denuncia que obligue al fiscal y al juez de menores a entrar en escena.

⁸³ A favor de fijar la edad del consentimiento sexual en catorce años: ROPERO CARRASCO, (2014), pp. 271 y 273; RAMOS TAPIA (2015), p. 125; GÓMEZ TOMILLO (2011), p. 728.

⁸⁴ RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 629, quien lo pone de manifiesto con signos de admiración.

⁸⁵ 889/2019, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:12025A): existe en el caso una igualdad en el grado de desarrollo y madurez entre el recurrente y su pareja –teniendo los dos el mismo grado de desarrollo psicológico e intelectual–, pero no concurre semejante igualdad en cuanto al criterio de edad, duplicando la del autor (24 años) a la de la víctima (12 años).

De este modo se evitaría una intromisión excesiva en la vida sexual de los menores próximos a la edad de consentimiento. Como acertadamente dice RAMOS VÁZQUEZ, el mero hecho de la necesidad de indagar sobre el desarrollo o la formación en materia sexual de los implicados sugiere más una dinámica de control que de protección⁸⁶. Por ello, solo si la asimetría de edad entre los sujetos no es especialmente relevante –no son iguales o similares, pero sí próximos– tiene sentido preguntarse por sus diferencias madurativas, pero no cuando ni siquiera existe asimetría cronológica de edad entre ellos. De hecho no constan registradas sentencias en las que se aplique la exención contenida en el art. 183 quater a menores de dieciséis años que tuvieron relaciones sexuales entre sí, a no ser que se aprecie una diferencia de edad de alguna significación (siempre superior a dos años)⁸⁷.

En ese preciso supuesto no puede afirmarse la concurrencia de lo injusto específico de los delitos sexuales realizados sobre menores de edad como un hecho atentatorio contra su indemnidad sexual, es decir, la existencia de una desigualdad relevante entre sujeto activo y sujeto pasivo del delito. Si el atentado contra la indemnidad sexual se puede descartar en supuestos de edad igual o equivalente, prevalece el libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, la libertad sexual como bien jurídico. En consecuencia, ni siquiera se puede plantear como hipótesis que la conducta sea aparentemente típica, pero deje de serlo con base en una proximidad que tampoco tiene lugar ni en su justa medida ni en un sentido literal (porque hay igualdad o semejanza de edad, no simple proximidad)⁸⁸.

Consecuencia de ello es que en supuestos de consentimiento libre entre sujetos de la misma edad, en todo caso de catorce o quince años, no habría que investigar la proximidad madurativa, sino que debería hacerse únicamente en las verdaderas hipótesis de edad próxima (superior a dos años), esto es, edad distante aunque cercana. Por lo tanto, cuando la edad es igual o similar (diferencia que no excede de dos años), al concurrir por ambas partes consentimiento libre, no viene al caso atender a la madurez.

⁸⁶ RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 636.

⁸⁷ Son muy escasas las resoluciones que aplican el art. 183 quater CP en relación exclusivamente con menores (la inmensa mayoría tienen como sujeto activo a un adulto); v. SsAP Tarragona 579/2016 (sec. 2) de 20 de diciembre (ECLI:ES:APT:2016:1723; obliga a dictar nueva sentencia por irracionalidad sustancial de la motivación por la que se aprecia error de prohibición invencible y la exención del art. 183 quater a unas relaciones sexuales entre una menor de once años y un menor de quince); Valencia 56/2018 (sec. 5) de 12 de enero (ECLI:ES:APV:2018:59; aplica la exención del art. 183 quater a la grabación y conservación, sin difusión a terceros, de la relación sexual de dos menores de catorce y dieciséis años, por la que éste había sido condenado); y Almería 423/2019 (sec. 2) de 22 de octubre (ECLI:ES:APAL:2019:1086; revoca la sentencia por la que había sido condenado un menor que, a la edad dieciséis años, había mantenido una relación sexual con una menor de catorce años de edad, en este caso porque se duda de la veracidad del testimonio de la menor y porque los menores tenían un grado de desarrollo o de madurez similar).

⁸⁸ En contra RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 633; RAMOS VÁZQUEZ (2016), p. 188, para quien “el hecho de que ambos menores que se relacionan sexualmente tengan la misma edad no supone, de por sí, que su conducta sea impune, habiendo de recurrirse a un ulterior criterio de una patente vaguedad”. En parecidos términos se expresa GARCÍA ÁLVAREZ (2013), p. 23, dando cuenta de los interrogantes que suscita valorar la madurez.

Por otro lado, el criterio sobre la proximidad en el grado de desarrollo o madurez puede ser interpretado con dos alcances, uno estricto y otro más amplio. El primero relativo exclusivamente a excluir la asimetría madurativa y por tanto enfocado en los aspectos psicológicos y relativos a la experiencia personal del sujeto. El segundo requeriría, además, una igualdad respecto al desarrollo físico de los individuos, es decir, su apariencia externa. Pues bien, la Directiva 2011/93/UE, en la que se inspira nuestro legislador, menciona expresamente y por separado la proximidad, no solo en edad, sino también en «grado de desarrollo o madurez física y psicológica» (art. 8.1). Es decir, parece que se requiere no solo parecido físico, sino también proximidad psicológica. Sin embargo, el art. 183 quater CP no hace mención ni del aspecto físico ni del psicológico⁸⁹. Al aludir exclusivamente al «grado de desarrollo o madurez» convierte literalmente en alternativo lo que en la directiva aparece como acumulativo, de manera que puede entenderse que el desarrollo se refiere al aspecto físico y la madurez al aspecto psicológico. Así pues, gramaticalmente sería admisible considerar concurrentes los requisitos legales con tal que los sujetos fueran próximos en edad y en grado de desarrollo físico (apariciencia) o de madurez (desarrollo psicológico con base en datos diversos relativos a experiencias previas, inserción cultural, relaciones sociales, etc.). De este modo habría proximidad tanto si la apariencia de los sujetos es semejante como, alternativamente, si tienen una experiencia madurativa similar. La ventaja de entenderlo de modo alternativo residiría en considerar atípicos un número superior de casos, es decir, supuestos en los que se parte de una edad próxima, pero también de una apariencia o experiencias próximas (y no de una apariencia y experiencias próximas). Esto es así, no obstante, en un plano teórico, porque en la práctica la simple proximidad en edad y apariencia no es suficiente para un juicio pleno sobre la aplicabilidad de la cláusula, ya que el aspecto madurativo no se puede ignorar. Incluso podría decirse que la diferente apariencia es irrelevante si por edad y madurez hay equilibrio o, por decirlo más precisamente aún, no hay relevantes o notorios desequilibrios⁹⁰.

3. Naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la cláusula

La naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal, a la vista de que se basa en el consentimiento libre, no puede ser ni la de una excusa absolutoria ni la de una causa de justificación, sino la de una causa de atipicidad⁹¹. Queda excluida de

⁸⁹ El Proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia prevé la modificación del art. 183 quater en el sentido de incluir expresamente la referencia al grado de desarrollo o madurez “física y psicológica”.

⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 536, estima que el nivel de desarrollo físico no debía ser un dato que consideramos decisivo cuando de proteger la indemnidad sexual se trata.

⁹¹ En este sentido GARCÍA ÁLVAREZ (2013), pp. 21 y s.; GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 535; TAMARIT SUMALLA (2015) p. 92; ORTS BERENGUER (2015), p. 230; PÉREZ CEPEDA (2015), p. 297; CANCIO MELIÁ (2018), p. 1054.

forma radical la contemplación del consentimiento como una excusa absolutoria, porque habría que estimar ilícitas y culpables, aunque no punibles, las conductas sexuales entre menores, y no parece que esa fuera la voluntad del legislador⁹². De ese modo se estarían realmente criminalizando tales comportamientos, que, aunque no fueran punibles, seguirían estando prohibidos según esta interpretación restrictiva de la exención del art. 183 quater CP. Tampoco se puede calificar en este caso el consentimiento del menor como una causa de justificación⁹³. La conducta sexual entre menores próximos consensuada por ambos y que es legalmente considerada libre no puede excluir tan solo la antijuridicidad de un abuso sexual típico. En la resolución del conflicto de intereses propio de la antijuridicidad habría que afirmar que la libertad sexual prima o neutraliza el menoscabo típico a la indemnidad sexual por constituir un interés superior. Pero si la exención se aplica es justamente porque se ha descartado la afección a la indemnidad sexual, de manera que el único bien jurídico que se puede tomar en consideración es la libertad sexual. Por esa razón, lo que realmente está excluido cuando el consentimiento libre se produce en las circunstancias legalmente establecidas (proximidad cronológica y madurativa) es el abuso mismo y, en consecuencia, la propia tipicidad de la conducta. Como dice GÓMEZ TOMILLO, desde tal perspectiva cabe su apreciación en la instrucción misma, pero además la carga de la prueba concierne a quien la alega⁹⁴.

En relación con la clase de comportamientos sexuales idóneos para ser incluidos en el art. 183 quater, al referirse este precepto a los delitos del capítulo (delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) como aquellos susceptibles de quedar cubiertos por la cláusula (en los que por descontado deberán estar ausentes circunstancias que puedan afectar al consentimiento del menor, es decir, todas aquellas que puedan calificarse como agresivas o abusivas), se está incluyendo

⁹² Tanto la Fiscalía como la jurisprudencia han aducido frecuentemente que la cláusula de consentimiento sexual del art. 183 quater CP constituye una excusa absolutoria: SAP de Navarra (sec.1) 229/2018, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APNA:2018:873); SAP de Valencia (sec. 5) 56/2018, de 12 de enero (ECLI:ES:APV:2018:59); y el Dictamen 2/2015 de la FGE sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo; también ORTEGA LLORENTE (2016), p. 143. En cambio, las SsTS 478/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3397), y 700/2020, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4332) admiten que está en juego la libertad sexual, señalando la segunda que la naturaleza del art. 183 quater “se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad”, mientras la primera indica que “se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad”. La CIRCULAR FGE 1/2017, sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica, parece inclinarse por esta interpretación, en tanto que manifiesta en sus conclusiones que “el fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso”.

⁹³ En este sentido, como supuesto de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, se ha pronunciado ESCOBAR GIMÉNEZ (2016), p. 10.

⁹⁴ GÓMEZ TOMILLO (2015), p. 535. En cuanto a la instrucción, dice la CIRCULAR FGE 1/2017 que cuando el investigado sea un menor se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LO 5/2000) y, tratándose de un adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 quater, procederá el sobreseimiento del art. 637.2.º LECrim.

en el ámbito de la cláusula cualquier conducta sexual, desde la más intensa y grave a la menos intensa y menos grave (pero de suficiente entidad como para activar el tipo básico del abuso sexual), calificación que depende de la propia conducta sexual y de los medios comisivos. En concreto el art. 183 CP habla de “*actos de carácter sexual*”, y tales actos pueden consistir como mínimo en besos, caricias o conductas semejantes que implican contacto corporal aunque no vayan más allá. Para ello no bastará siempre con atender exclusivamente a datos meramente objetivos o externos, sino que habrá que recurrir muchas veces para constatar esa naturaleza –dado el carácter equívoco de ciertos comportamientos físicos de contacto– a elementos subjetivos, esto es, será preciso acreditar que concurría ánimo lúbrico o la tendencia a involucrar al menor de dieciséis años en un contexto sexual.

Por lo que respecta a los concretos delitos a los que resulta aplicable la exoneración, aunque el art. 183 quater menciona los previstos en el Capítulo II bis del Título VIII (bajo la rúbrica de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años), carece de fundamento plantear la aplicabilidad de la exención a las circunstancias típicas constitutivas de delitos de agresión sexual (con violencia o intimidación)⁹⁵, incluso si el medio coercitivo es consentido⁹⁶. Respecto del resto de delitos en principio será preciso contar con consentimiento libre por parte del menor, pero en ese caso más que excluir la responsabilidad por un abuso sexual o por otro comportamiento típico similar, como el embaucamiento de menores de dieciséis años, lo que la aplicación de la cláusula determina es la inexistencia del delito sexual imputado, ya que niega la propia tipicidad del comportamiento (a diferencia de una eximente de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad): no hay abuso, ni embaucamiento típico posible.

Sin embargo, la cláusula de exención tendría que haberse extendido a delitos de menor gravedad como el exhibicionismo o la facilitación de pornografía a menores (que pueden ser el preludeo de una acción sexual posterior)⁹⁷, así como a algunos tipos de corrupción en la medida en que si se permite lo más (realizar una acción sexual libremente establecida entre próximos), se tendría que permitir lo menos (grabar dicha acción lícita y poseerla para uso propio)⁹⁸. Al no ser directamente aplicable el art. 183 quater, solo cabe *la analogía in bonam partem*. Sistemáticamente la regulación es deficiente por no ofrecer cobertura a todos los delitos sexuales en los que

⁹⁵ El Proyecto de LO de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia prevé la modificación del art. 183 quater en el sentido de excluir expresamente los casos del art. 183.2 CP, esto es, los hechos cometidos empleando violencia o intimidación.

⁹⁶ Como señala GARCÍA ÁLVAREZ (2013), pp. 21 y s., la violencia no es incompatible con el consentimiento (por ejemplo, relaciones sadomasoquistas) y se pregunta cómo sería posible que se admitiera el consentimiento en casos de actos de carácter sexual mediando violencia o intimidación tratándose de menores de dieciséis años, cuando tal previsión no existe para los adultos, decantándose por no reputar válido el consentimiento del menor de dicha edad.

⁹⁷ En este sentido GARCÍA ÁLVAREZ (2013), p. 31.

⁹⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ (2015), p. 443.

están en juego bienes jurídicos de un menor de dieciséis años⁹⁹. Respecto de mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, la Circular FGE 2/2015, de 19 de junio, sobre delitos de pornografía infantil, decía que debía ponderarse la posibilidad de instar el sobreseimiento siempre que concurra el pleno consentimiento y en condiciones que excluyan el riesgo de difusión a terceros. Posteriormente, la Circular FGE 1/2017 sugirió la misma conclusión “en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis años, se hubiera aplicado el art. 183 quater a la relación sexual subyacente”¹⁰⁰. Si no se insta el sobreseimiento y se abre juicio, en el mismo sentido la jurisprudencia ha estimado que el significado de la exención no puede limitarse únicamente a los delitos del Capítulo II bis¹⁰¹.

V. Supuestos de exclusión de responsabilidad penal relacionados: error de tipo y error de prohibición

La jurisprudencia consultada sobre este precepto no realiza siempre una aplicación aislada de la cláusula, sino que en ocasiones argumenta la exoneración de responsabilidad aludiendo también a errores de tipo o de prohibición que podrían fundamentarse en el caso concreto. No obstante, se deben diferenciar todos estos supuestos.

En cuanto al error de tipo, puede versar sobre el consentimiento, pero también sobre la edad del sujeto pasivo: menor de dieciséis años. En relación con la edad su ratio de operatividad entiende la FGE que queda muy reducido tras la inclusión de una exención de la responsabilidad basada en el consentimiento del menor de dieciséis años. Porque “el hecho de que el autor desconociera la edad del menor y creyera que estaba por encima de los 16 años no tendría consecuencias penales si efectivamente la relación fue consentida y se dan el resto de requisitos que prevé el art. 183 quater”. Solo cuando no se den éstas podría venir en aplicación del error de tipo del art. 14.1 CP¹⁰².

Particularmente, el error sobre ese o cualquier otro límite de edad puede resultar

⁹⁹ RAMOS VÁZQUEZ (2015), p. 633; RAMOS VÁZQUEZ (2016), p. 187.

¹⁰⁰ CIRCULAR FGE 1/2017, p. 11. Previamente, alegando la ausencia de contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de la conducta respecto de menores que son mayores de la edad de consentimiento sexual, v. Informe del Consejo Fiscal, de fecha 8 de enero de 2013, p. 185 y CIRCULAR FGE 9/2011, pp. 12 y s.; GONZÁLEZ AGUDELO (2020), pp. 143 y ss., aboga por considerar fuera del ámbito de protección de la norma las conductas sexuales libremente consentidas entre iguales o similares, pues a pesar de la tipicidad formal se trata de conductas completamente normales en su interacción social.

¹⁰¹ V. por ejemplo, la SAP de Valencia (sec. 5) 56/2018, de 12 de enero (ECLI:ES:APV:2018:59), en un caso de grabación de la relación sexual entre dos menores (de 14 y 16 años) que mantienen una relación afectiva de meses, sin constatación de su difusión y con el consentimiento de la menor afectada. Aun cuando la resolución admite que la excusa no se contempla para los delitos del art. 189 CP, entiende que aquélla permite dotar de cierto significado a la definición típica del hecho delictivo. En este sentido considera que sería un contrasentido jurídicamente entender la comisión de un delito por la mera grabación (sin difusión), basándose en la inviabilidad del consentimiento, si resulta que para delitos tanto o más graves el Código admite la validez del mismo cuando la contraparte es próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En suma, estima que no se ha producido el referido delito en virtud del art 183 quater.

¹⁰² CIRCULAR FGE 1/2017, p. 10.

verosímil aunque excepcional. Para que esta clase de error sea admisible en la práctica, es menester que de modo racional el sujeto tenga una falsa representación sobre la edad de la víctima, normalmente por haber sido engañado o inducido a error, no bastando la mera indiferencia para admitir el error cuando el autor tiene a su alcance la opción entre desvelar la verdadera edad de la otra persona o prescindir de la acción. Para la jurisprudencia, la pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual¹⁰³.

Tanto si el error es vencible como invencible y tratarse de un error sobre un elemento del tipo, en ambos casos exime de responsabilidad penal al carecer el texto legal de un tipo que castigue la imprudencia¹⁰⁴. Sin embargo, habría que estudiar si el error vencible sobre la edad en los delitos sexuales debe deparar siempre la irresponsabilidad a pesar de concurrir una imprudencia en el agente por no haber adoptado mayores cautelas para cerciorarse de la verdadera edad del sujeto¹⁰⁵. Así el CP noruego, regula el requisito del “deber de cuidado en consideración a la edad del niño”, en el sentido de que el desconocimiento de la edad correcta del niño no conlleva una exención del castigo si la persona acusada puede ser responsabilizada por su ignorancia de alguna forma.

Aunque el error sobre la edad de consentimiento sexual afecta a un elemento del tipo, en la práctica puede acabar derivando en un error sobre la prohibición. En concreto el hecho de haber elegido dieciséis años y no catorce años para fijar la edad de consentimiento sexual envía un mensaje ambiguo a los menores: se puede incurrir en responsabilidad penal para cometer delitos, incluidos los delitos sexuales, desde los catorce años, pero no se puede consentir libre e incondicionadamente para el sexo hasta los dieciséis. Sin embargo, si se tiene madurez suficiente para lo primero, no se entiende que no se pueda poseer también lo segundo. Al estimarse ilícitas en general las relaciones sexuales por debajo de los dieciséis años, los menores pueden considerar que están haciendo algo prohibido, reprimiendo con ello sus comportamientos sexuales o, si no es el caso, impidiendo o dificultando el acceso a recursos e información sobre sexo seguro y salud sexual¹⁰⁶. Lo que en principio son normas

¹⁰³ STS, por ejemplo, 97/2015, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:823). V. críticamente PÉREZ ALONSO (2019), pp. 8 y 35 y ss.

¹⁰⁴ V. SAP de Islas Baleares (sec. 2), 262/2018, de 11 de julio (ECLI:ES:APIB:2018:1676), aprecia un error de tipo vencible respecto del conocimiento de la edad de la menor de catorce años cumplidos, habiendo razones objetivas bastantes para admitir la existencia de error, pero valorable desde el plano jurídico como imprudente, aunque impune por no constar modalidad imprudente en los tipos.

¹⁰⁵ CANCIO MELIÁ (2018), p. 1046, no considera acertada la falta de una disposición específica para la punición por imprudencia, pues la disyuntiva entre impunidad y punición por la infracción dolosa necesariamente conlleva distorsiones respecto de la apreciación procesal de los errores en cuestión, y conduce a una aplicación laxa del dolo eventual en relación con el elemento típico en cuestión. El autor citado considera que se alcanza así un resultado equivalente al “*statutory rape*” anglosajón respecto de los contactos sexuales con menores de una determinada edad, considerando una infracción respecto de la cual no cabe alegar la falta de dolo respecto de la edad.

¹⁰⁶ MILLER/COX/SAEWYC (2010), pp. 105-117.

destinadas a proteger a los menores pueden condicionar gravemente, como dice GONZÁLEZ AGUDELO, el ejercicio de sus derechos¹⁰⁷.

Respecto del error de prohibición, del que ya se hizo mención, debe insistirse en que es incompatible conceptualmente afirmar que concurre un hecho libremente consentido, por tanto atípico, y a la par considerarlo ilícito pero susceptible de un error sobre la prohibición, como ha sucedido en algunas sentencias¹⁰⁸. Se trata de exoneraciones de responsabilidad completamente diferenciables. Solo si no concurre la cláusula del art. 183 quater como completa se puede plantear subsidiariamente la concurrencia de un error de prohibición. La modificación legal de la edad del consentimiento de trece a dieciséis convirtió, con la entrada en vigor de la reforma, en ilícitas conductas hasta entonces lícitas. Ello resultaba particularmente relevante cuando entre los sujetos mediaba una diferencia de edad muy significativa, por cuanto antes de la reforma de 2015 las relaciones sexuales desde los trece años de edad realizadas con adultos no constituían delito sexual si no mediaban otras circunstancias que afectaran a la libertad para otorgar el consentimiento¹⁰⁹. De ahí la disposición de los jueces y tribunales a apreciar en aquellos casos fronterizos temporalmente con la reforma un error de prohibición invencible, conectando dicha circunstancia con la personalidad del sujeto y con el contexto cultural, cuando la diferencia de edad es tan notable que no permitía aplicar la cláusula del art. 183 quater, aunque sí un error de prohibición vencible o invencible. Hoy esto ya no es así, pues el paso de los años consolida la vigencia normativa de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, de modo que hace inexcusable su conocimiento a la generalidad de las personas, y más a aquellos adultos que quieren experimentar sexo con menores¹¹⁰.

¹⁰⁷ Así lo estima GONZÁLEZ AGUDELO (2020), p. 3.

¹⁰⁸ SAP de Castellón (sec. 1) 106/2019, de 20 de marzo (ECLI:ES:APCS:2019:12): relaciones entre sujetos de trece y dieciocho años con diferencias madurativas, pero no significativas, por las que aprecia simetría de madurez y edad y, por ende, considera aplicable el art. 183 quater. Sin embargo, también aprecia un error de prohibición, consistente en el desconocimiento sobre la trascendencia penal de lo sucedido (que por un hecho atípico, tendría que ser ninguna), con base en que los cambios legales sobre la edad de consentimiento eran cercanos y en un contexto de adelantamiento en el inicio de las relaciones sexuales; y la ya citada SAP de Madrid (sec. 26) 449/2018, de 5 de junio (ECLI:ES:APM:2018:9602): relación de noviazgo entre sujetos de trece y veinte años, con acusado cuyas características le asemejan a un adolescente medio; estima el tribunal la concurrencia de un error de prohibición invencible con base en los recientes cambios legales sobre la edad de consentimiento sexual; no obstante, y aunque carezca de relevancia, una vez apreciado el error de prohibición invencible, da también por acreditada la concurrencia de la cláusula en el caso concreto, en la medida en que no está reñida con la otra eximente.

¹⁰⁹ V. SAP Tarragona (sec. 2) 11/2012, de 16 de enero (ECLI:ES:APT:2012:173): relación de amistad de niña de trece años cumplidos y hombre de sesenta y cuatro años, a quien le practicó felaciones voluntariamente y en diversas ocasiones. En este supuesto se absolvió al adulto al estimar que la exagerada diferencia de edad por sí sola no era bastante para poder afirmar el prevalimiento del agente, no concitándose alguna de las circunstancias que, adicionalmente a la diferencia de edad, viene exigiendo la jurisprudencia.

¹¹⁰ V. STSJ Castilla-La Mancha 19/2020, de 22 de junio (ECLI:ES:TSJCLM:2020:1526): ante la alegación de un error de prohibición dada la proximidad de los hechos y la reforma del CP que rebajó la edad de consentimiento sexual, el tribunal no comparte “que el transcurso de cuatro meses y medio desde la entrada en vigor del Código penal, elevando la edad de consentimiento sexual a 16 años, pueda amparar un error de prohibición considerando la publicidad que acompañó a la reforma legal”.

VI. Conclusiones y propuestas

La llamada cláusula Romeo y Julieta, incorporada al art. 183 quater CP, era completamente necesaria desde el momento en que la edad de consentimiento sexual se elevó de trece a dieciséis años. Su misión principal es evitar la criminalización de las acciones sexuales consentidas entre menores, pero subsidiariamente también entre menores de aquella edad y adultos jóvenes en el legítimo ejercicio de sus derechos de la personalidad y, entre ellos, el de la libertad sexual. Sin embargo, también habría resultado recomendable una mención expresa al consentimiento de los menores si la edad del consentimiento sexual no se hubiera modificado o se hubiera establecido en catorce años, haciéndola coincidir con la edad para la imputabilidad penal (o con cualquier otra edad)¹¹¹, porque el sexo consentido de menores por debajo de esa edad no tiene por qué ser penalmente relevante cuando la pareja sexual es otro menor próximo en edad y grado de desarrollo o madurez que tiene edad de consentimiento sexual y capacidad de responsabilidad penal. La ausencia de una declaración legal en este sentido dejaba sin cobertura jurídica conductas sexuales consentidas entre menores que no merecerían reproche penal, ni siquiera en el plano formal.

Aunque sistemática y lógicamente parece que habría sido más coherente hacer coincidir la edad para poder ser penalmente responsable y la edad para consentir a una acción sexual, es impensable dar marcha atrás en esa decisión legislativa reduciendo la edad de consentimiento sexual a catorce años, pues se haría ver como una desprotección de los menores de edad. Sin embargo, con ello se acompañaría la edad de consentimiento sexual con la media de edad en la que los menores declaran iniciar sus prácticas sexuales y se evitaría la contradicción legal que parte de la incapacidad jurídica para consentir válidamente en el terreno sexual por debajo de determinada edad, para al mismo tiempo estimar que el menor a partir de catorce años puede cometer responsablemente cualquiera de los delitos sexuales, incluidos el abuso sexual de menor de dieciséis años con su consentimiento.

Además de estas consideraciones sobre la edad de consentimiento sexual, para evitar tanta complejidad regulativa e inseguridad interpretativa, la regla general tendría que ser que el consentimiento libre de los menores para realizar contactos sexuales entre sí fuera válido, salvo cuando existieran razones de asimetría o desigualdad patentes o relevantes que excluyeran dicha validez¹¹². Sin embargo, el texto de la ley se pronuncia en el sentido inverso: el contacto sexual (de un menor imputable

¹¹¹ RAMÓN RIBAS (2013), p. 197, sugería acertadamente antes de la reforma de 2015, con independencia de la edad de consentimiento sexual que se estimara conveniente, introducir una norma especial para regular, consentir o no castigar los actos sexuales consensuados entre menores cuando uno de ellos no alcanza la edad de consentimiento sexual (de acuerdo a un criterio cronológico).

¹¹² Una declaración en el sentido de que los abusos sexuales consentidos a menores de dieciséis años solo afectan a los adultos y no a otros menores, tendría el inconveniente de dejar al margen de la respuesta penal algunos supuestos entre menores en los que las diferencias de edad fueran notorias o relevantes. Por ello la referencia a la proximidad cronológica, como punto de partida, es insoslayable.

o de un adulto) con un menor de dieciséis años, aun siendo consentido, es abusivo salvo que existan razones de simetría, semejanza o proximidad entre los sujetos que excluyan el delito.

Con la actual regulación la criminalización de los menores tiene lugar particularmente cuando se trata de relaciones entre menores que cuentan en ambos casos con catorce y/o quince años, es decir, personas carentes de la edad de consentimiento sexual pero penalmente responsables. De tal modo que a los ojos de la ley los dos son sospechosos de haber cometido una conducta con relevancia penal en tanto no se demostrara la ausencia de una asimetría madurativa, pues la proximidad cronológica se da por hecho que concurre. Sin embargo, en estos casos hay que prescindir del análisis del criterio madurativo y estimar que la relación es siempre lícita con base en el mero dato cronológico. Si la edad entre los menores es igual o prácticamente la misma, precisamente en esas franjas etarias tan próximas carece de importancia el criterio madurativo. Es más, lo contrario daría lugar a una intromisión excesiva en la vida íntima de los menores por tener que someterla a una decisión judicial. Esto implica pues excluir otras valoraciones distintas o añadidas a la simple referencia cronológica cuando la diferencia de edad entre los implicados no excede de dos años. Dicho criterio tendría que considerarse general, esto es, cuando la diferencia entre los sujetos no exceda de dos años, sean ambos menores de la edad de consentimiento sexual o alguno de ellos tenga la edad de consentimiento sexual, la conducta debería estimarse en todo caso lícita. Sin duda, una regulación semejante ofrecería más seguridad jurídica que la actual y sería más respetuosa con los derechos sexuales de los menores.

En cambio, con relación a los supuestos en los que el autor es una persona que tiene edad de consentimiento sexual, dado que esa edad marca legalmente un cambio acerca de la comprensión que tiene el Derecho sobre la madurez para consentir sexualmente, habría que mantener los dos criterios, tanto el cronológico como el madurativo, para la validez del consentimiento, pero en todo caso siempre que la diferencia de edad con el menor de dieciséis años fuera superior a dos años. En estos supuestos lo recomendable y garantista sería establecer una diferencia cronológica máxima de, por ejemplo, cinco años siguiendo los modelos más laxos del Derecho comparado, en los que la apreciación de la exención tendría que venir acompañada del examen acerca del grado de proximidad madurativa.

Sin embargo, a partir de esa diferencia cronológica general de cinco años, la posibilidad de apreciar la cláusula debería ser residual y estar acompañada de otros factores adicionales para considerar válido el consentimiento de un menor de dieciséis años, como la naturaleza menos intensa de la conducta sexual desplegada (por ejemplo, todas las que no impliquen acceso carnal), las relaciones de noviazgo o de pareja de los implicados (más o menos estables o permanentes), el grupo etario al que pertenece o en el que se inserta el comportamiento sexual, o el establecimiento

de una determinada edad del menor (por ejemplo, un mínimo de trece o catorce años) para poder aplicar la exención en relaciones sexuales que impliquen penetración, entre otros posibles.

En cierta medida la aplicación generosa de la cláusula del art. 183 quater, no solo interpretándola de modo amplio por parte de la fiscalía y la jurisprudencia para excluir la responsabilidad penal, sino también para apreciar una atenuante por analogía, incluso muy cualificada, obedece a que el legislador castiga con la misma severidad la acción sexual sobre un menor de dieciséis años inconsciente que consentida. En relación con estos menores como sujetos pasivos del delito, los tipos y las penas se diferencian con base en la existencia de violencia o intimidación o de acceso carnal. En cambio, puesto que se parte de la invalidez del consentimiento del menor de dieciséis años, resulta típica y penalmente irrelevante que la acción sexual realizada sobre el mismo sea consentida o no por él. Sin embargo, es más grave lo segundo, porque al menoscabo a la indemnidad sexual se suma el atentado contra la libertad sexual. Por ello si el consentimiento de ese menor puede resultar eficaz, si no para excluir la responsabilidad penal (cláusula como eximente), sí al menos para reducirla (cláusula como atenuante), el único medio de aminorar realmente la responsabilidad y marcar diferencias con el abuso sexual de menores sin consentimiento es la apreciación de una atenuante por analogía con efectos penológicos extraordinarios, que da lugar a la reducción del marco penal abstracto (descenso de la pena en uno o dos grados, de acuerdo con el art. 66.1.2.^a CP).

Ciertamente, de las innumerables relaciones sexuales consensuadas entre menores que se producen a diario, solo unos pocos casos llegan a los jueces y tribunales como sospechosos de abuso sexual. Cuando los implicados son ambos menores de dieciséis años, la inmensa mayoría acaban en archivo. Muy pocos en realidad son finalmente objeto de un enjuiciamiento a través de sentencia. Por lo tanto, la norma legal sobre la incapacidad general de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años, excepto en las hipótesis de proximidad entre los sujetos, en la realidad social opera al revés, porque la regla general es que las relaciones sexuales libremente consentidas de los menores con otros próximos a ellos carezcan de trascendencia penal, excepto unos pocos casos que son objeto de denuncia o enjuiciamiento, incluso aunque haya proximidad entre los implicados.

Pero el hecho es que la inmensa mayoría de los supuestos que no llegan a ser juzgados contraen inicialmente los caracteres delictivos que se derivan de la incapacidad legal de consentir sexualmente por parte de los menores de dieciséis años, salvo prueba en contrario. Y esa incapacidad hay que entenderla siempre en términos de asimetría notoria o relevante. En caso contrario, lo normal es tratar el supuesto como el legítimo ejercicio del derecho de los menores a la experimentación voluntaria y consensuada con sus iguales y semejantes. En este campo queda aún mucho por hacer. De ahí la propuesta que aquí se incluye para ir avanzando en una regulación

garantista de los derechos fundamentales de los menores de edad de consentimiento sexual y de los derechos de quienes, desde la cercanía y proximidad etaria, se quieren relacionar con ellos sexual y consensualmente.

Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M. (2010), “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, en AA.VV.: *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas* (coord. por B. Mendoza Buergo), Madrid, pp. 97-141.
- BLASCO IGUAL, M. C. (2015), “El consentimiento informado del menor en materia sanitaria”, *Revista Bioética y Derecho*, n.º 35, pp. 32-42.
- BIERIE, D.M.; BUDD, K.M. (2016), “Romeo, Juliet, and Statutory Rape”, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 30, n.º 3, pp. 1-26.
- CANCIO MELIÁ, M. (2018), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AA.VV.: *Memento Práctico Penal 2019*, Madrid.
- CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores (citada la versión pdf del BOE).
- CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 (citada la versión pdf del BOE).
- CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal (citada la versión pdf del BOE).
- COUSO, J. (2009), “La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 73. Disponible en internet: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/73 (consultado el 09/05/2021).
- CUERDA ARNAU, M. L. (2017), “Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, pp. 1-45.
- DARROCH, J.E; LANDRY, D.J; OSLAK, S. (1999), “Age Differences Between Sexual Partners In the United States”, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, pp. 160-167 (DOI: <https://doi.org/10.1363/3116099>).
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., (2019), “Tratamiento legal del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, pp. 1-70.
- DICTAMEN FGE 2/2015, sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004), “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AA.VV.: *Comentarios al Código penal, Parte Especial, II*, Valencia.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2020), *Derecho Penal español, Parte General*, 5.ª ed., Valencia.
- ESCOBAR GIMÉNEZ, C., (2016), “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater”. Ponencia Fiscal de la Fiscalía Provincial de Granada. Disponible en internet: <https://docplayer.es/61539916-Los-delitos-sexuales-a-menores-articulo-y-3-examen-del-articulo-183-quarter.html> (consultado el 11/05/2021).

- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B. (2014), *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2013), “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, 2013, pp. 1-55.
- GARCÍA GARNICA, M. C. (2004), *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, Cizur Menor.
- GLOSSER, A.; GARDINER, K.; FISHMAN, M. (2004), *Statutory rape: A guide to state laws and reporting requirements*, Washington, DC: Department of Health and Human Services. Disponible en internet: <https://aspe.hhs.gov/system/files/pdf/75531/report.pdf>.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2011), «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Gómez Tomillo (dir.), Valladolid, pp. 707-774.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015), «Artículo 183 quarter», en *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo II. Delitos contra las personas*, Gómez Tomillo (dir.), Cizur Menor, pp. 539-546.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., (2016a), “Los derechos de salud sexual y reproductiva de los menores de edad en el marco de los derechos fundamentales”, *Ius et Scientia*, vol. 2, n.º 3, pp. 215-225.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., (2016b), “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad de consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, pp. 1-31
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., (2020), “La regla de las equivalencias del art. 183 quater y el consentimiento, La sexualidad de los menores ¿en suspenso?”, *Revista General de Derecho*, n.º 34, pp. 1-46.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021), *Sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (artículo 183 quater del Código Penal)*, Valencia.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, U. (2016), *Derecho Penal, Parte General. Introducción y teoría jurídica del delito*, Romeo/Sola/Boldova (coords.), 2.ª ed., Granada.
- HODGKING, R.; NEWELL, P. (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª ed., Unicef, Ginebra.
- HUFFMAN, J. R.; HUFFMAN, J. L. (1987), “Sexism and Cultural Lag: The Rise of the Jailbait Song, 1955-1985”, *The Journal of Popular Culture*, 21(2), pp. 65-83.
- INFORME DEL CONSEJO FISCAL de 4 de febrero de 2009 (accesible desde www.fiscal.es).
- INFORME DEL CONSEJO FISCAL de 8 de enero de 2013 (accesible desde www.fiscal.es).
- LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; CARRERA FERNÁNDEZ, M. V; RODRÍGUEZ CASTRO, Y; ALONSO ÁLVAREZ, A. (2014), “Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales en la infancia”, en *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Lameiras Fernández, Orts Berenguer coords.), Valencia, pp. 39-67.
- LAPLANCHE/PONTALIS (2004), *Diccionario de Psicoanálisis*, 1.ª ed., 6.ª reimpr., Buenos Aires.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. (2012), “El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad,

- de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal”, *Revista General de Derecho*, n.º 18, pp. 1-48.
- MALÓN MARCO, A. (2016), *Ética sexual contemporánea. Aspectos pedagógicos y límites*, Valencia.
- MALÓN MARCO, A. (2020), *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Cizur Menor.
- MANLOVE, J.; MOORE, K.; LIECHTY, J.; IBRAMULLAH, E.; COTTINGHAM, S. (2005), “Sex Between Young Teens and Older Individuals: A Demographic Portrait”, *Child Trends, Washington*, pp. 1-8.
- MARTÍNEZ GUERRA, A. (2020), “Edad sexual y exclusión de la responsabilidad penal. Fundamentos de Derecho anglosajón”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 23, pp. 67-106.
- MILLER, B. B.; COX, D. N.; SAEWYC, E. M. (2010), “Age of sexual consent Law in Canada: population-based evidence for law and policy”, *The Canadian journal of human sexuality*, vol. 19(3), pp. 105-117. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4830689/?report=classic> (consultado el 27/06/19).
- MORILLAS CUEVA, L., (2013), “Consentimiento y consentimiento presunto: ¿dos formas de un mismo todo?”, en *Libro-Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, pp. 139-162.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. (2015), “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, pp. 439-443.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019), *Derecho Penal, Parte Especial*, 22.ª ed., Valencia.
- ORTEGA LLORENTE, J. M. (2016), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Bien jurídico protegido”, en *Compendio de la Parte Especial del Derecho penal*, Quintero Olivares (dir.), Cizur Menor, pp. 129-144.
- ORTS BERENGUER, E.; ALONSO RIMO, A. (2014), “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Lameiras Fernández, Orts Berenguer coords.), Valencia, pp. 27-37.
- ORTS BERENGUER, E. (2015), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, 4.ª ed., González Cussac (coord.), Valencia, pp. 219-237.
- PÉREZ ALONSO, E. J. (2019), “La prueba del dolo (eventual) y del error de tipo sobre la edad de la víctima en la jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 127, pp. 5-56.
- PÉREZ CEPEDA, A. M. (2015), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I), en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, pp. 259-295.
- RAMÓN RIBAS, E. (2013), *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*, Cizur Menor.
- RAMOS TAPIA, M. I. (2015), “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Villacampa Estiarte (coord.), Cizur Menor, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2015), “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia, pp. 629-636.

- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2016), *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Valencia.
- ROMEO CASABONA C. M. (1981), *El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal*, Barcelona.
- ROPERO CARRASCO, J. (2014), “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores en el Proyecto de 2013”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, pp. 225-300.
- RUEDA MARTÍN, M. A. (2013), “La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen (Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2013, pp. 1-41.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E. (2020), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en *Sistema de derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Morillas Cueva (dir.), Madrid, pp. 259-298.
- SANCHO CONDE, T (2020), *Minoría de edad y delincuencia sexual: consecuencias jurídicas aplicables a menores que cometen delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona. Disponible en internet: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/669895/TESI%20TATIANA%20SANCHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 6 de mayo de 2021).
- TAMARIT SUMALLA, J. M. (2015), “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Villacampa Estiarte (coord.), Cizur Menor, pp. 87-106.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.; GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2016), “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, Derecho Penal, Parte Especial, vol. 1, 2.ª ed., Terradillos Basoco (coord.), Madrid, pp. 193-227.