Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Últimas reformas y jurisprudencia sobre la cláusula "Romeo y Julieta". Últimas reformas y jurisprudencia en delitos de pornografía infantil.

José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal de Sala adscrito a la Sección Civil del TS. Doctor en Derecho

Curso "delitos contra la infancia y adolescencia en la red. El derecho a un entorno digital seguro en el marco de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y a la preserva de sus derechos como víctimas en el proceso"

17, 18, 19 y 20 de abril de 2023

SUMARIO 1. Introducción 2. La cláusula de simetría de edades 2.1 Concepto y evolución 2.2 Naturaleza jurídica 2.3 Criterios generales 2.4 Ámbito objetivo de aplicación 2.4.1 Violencia, intimidación o ausencia de consentimiento 2.4.2 Grooming y sexting 2.4.3 Delitos de pornografía infantil 2.4.4 Exhibicionismo 2.4.5 Difusión de material pornográfico entre menores 2.5 Ámbito subjetivo de aplicación 2.5.1 Criterios generales 2.5.1 Exclusión de la aplicación de la cláusula 2.5.2 Aplicación de la cláusula 2.6 La madurez 2.7 Bajo cociente intelectual del autor del delito 2.8 Aplicación de la cláusula como atenuante 2.8.1 El criterio de la Circular 2.8.2 Resoluciones del TS 2.8.3 Especial referencia al caso Arandina 2.8.4 La reforma de 2022 2.9 Error 2.9.1 Error de tipo 2.9.1.1 Doctrina general 2.9.1.2 En relación con los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores 2.9.2 Error de prohibición 2.9.2.1 Doctrina general 2.9.2.2 En relación con los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores 2.10 Cuestiones de derecho transitorio: la antijuridicidad sobrevenida **3. Última jurisprudencia e incidencia de la reforma de 2021 en los tipos de pornografía infantil** 3.1 Conceptos generales 3.1.1 Bien jurídico protegido 3.1.2 Concepto de pornografía infantil: los desnudos 3.1.3 Distribución de material: los programas de intercambio 3.1.4 Borrado de fotografías 3.2 Subtipos agravados 3.2.1 Carácter particularmente degradante o vejatorio 3.2.2 Víctimas necesitadas de especial protección 3.2.3 Responsables que se prevalen de superioridad 3.2.4 Notoria importancia 3.3 Error 3.4 Cuestiones relativas a la imputabilidad de los pedófilos 3.5 Proporcionalidad de las penas 3.6 Análisis de algunos supuestos concursales 3.6.1 Utilización de varios menores para producir el material 3.6.2 Pluralidad de actos de producción de material respecto de un mismo menor 3.6.3 Concurso de normas entre la elaboración de material pornográfico y la difusión del mismo material pornográfico por su autor. 3.6.4 Relación entre el tipo de sexting y los tipos de pornografía infantil 3.6.5 Relación entre el abuso sexual y la acción de fotografiar el mismo

Análisis de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales en relación con la cláusula "Romeo y Julieta". Error de tipo y de prohibición en relación con delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Análisis de las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales en relación con los delitos de pornografía infantil. Problemas concursales.

1. Introducción

Las reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han sido reiteradas y continuadas[1]: contabilizando sólo las acaecidas con posterioridad a la entrada en vigor del CP 1995 podemos consignar las siguientes: la reforma llevada a cabo por LO 11/1999, de 30 de abril; la operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre; la efectuada por LO 5/2010, de 22 de junio, la llevada a cabo por LO 1/2015 y la realizada por LO 8/2021, de 4 de junio. La reciente aprobación de la LO 10/2022, de 26 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* ha supuesto, sin duda, una vuelta de tuerca más, que nos lleva a la insólita situación de que -en el momento de escribir estas líneas- ya se está tramitando una proposición de Ley de contrarreforma.

Como expresara D. Víctor COVIÁN Y JUNCO en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1920 "toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza, sino cuando perdura y, por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente, pierden, a la par que el respeto que se las debe, su fuerza y autoridad".

Ya DE LA OLIVA apuntaba a que "la falta de respeto a la ley misma a la hora de legislar no es sino otra modalidad de desprecio al Derecho… las leyes deben hacerse para aplicarse con estabilidad, y no para ser reformadas".

Como expuso SÁNCHEZ CÁMARA el desprecio al Derecho conduce al envilecimiento de la vida social, a la inseguridad e indefensión, pues él es, ante todo, instancia y recurso, y en definitiva, a la barbarie.

Se echa de menos el necesario respeto al principio de seguridad jurídica, que debe ser sagrado en Derecho Penal y que no es compatible con estas reformas continuadas y en ocasiones apresuradas, omitiendo trámites e informes preceptivos. Como atinadamente subraya GONZÁLEZ CUSSAC la seguridad jurídica "…es la última idea a la que no debemos renunciar, porque sin ella no existe Derecho, ni por tanto Democracia, ni en consecuencia libertad …".

La LO 8/2021, de 4 de junio llega al extremo de introducir un tipo nuevo, el art. 189 bis, respecto del que ni siquiera está claro qué pretende castigar[2].

2. La cláusula de simetría

2.1 Concepto y evolución

[1] Alguna de estas reformas discurren por la desaconsejable senda del Derecho Penal simbólico, llevadas a cabo de cara a la galería y sin justificación. Vid. MUÑOZ CUESTA, Javier ¿Es necesaria una reforma del delito de agresión sexual?. BIB 2018\11736 Actualidad Jurídica Aranzadi num.943/2018

[2] El tenor literal de este precepto es el siguiente: *la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años*. Abordamos su interpretación en la ponencia "El nuevo tipo del art. 189 bis CP", CEJ, 2022

La cláusula de simetría, doctrinalmente denominada "Romeo y Julieta" se introduce en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. No aparecía en el Anteproyecto de 2012. Se incluye por primera vez en el Anteproyecto de 2013[3].

Su redacción original en el art. 183 quater (actual 183 bis) fue la siguiente:

"*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*".

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, en su apartado XII justificaba la *ratio* de esta novedad, íntimamente conectada con la elevación de la edad del consentimiento sexual:

Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» 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.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

---

[3] La enmienda nº 561 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia propuso requisitos adicionales: que "exista similar grado de desarrollo o madurez y no existan más de tres años de diferencia" (entre el autor y la víctima). En su justificación se aduce lo siguiente: "se considera positiva la inclusión de la exención de responsabilidad cuando entre autor y víctima no exista diferencia de edad o madurez. Sin embargo, consideramos que la utilización del concepto "próximo" es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación de juez. Por tanto consideramos más adecuado fijar en tiempo concreto el concepto de "proximidad", en este caso, 3 años.
En este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir "la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores". En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza.
Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola. Como hemos propuesto la reducción del consentimiento a los 15 años, esta proximidad estaría precisamente en los 18 años. Si se mantiene la previsión del Proyecto de los 16 años, estaría en los 19 años".

La introducción de esta cláusula se alinea con la filosofía del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007[4] que en el apartado 129 de su Memorando advierte que "no es la intención de esta Convención criminalizar las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y se comprometen en experiencias sexuales con […] personas de edad y madurez similar". El art. 18.1.a del Convenio establece la obligación de los Estados Parte de tipificar como delito la realización de "actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades". Este precepto, en su apartado segundo dispone que "cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño", insistiendo en que "las disposiciones del apartado 1.a no tienen por objeto regular las actividades consentidas entre menores".

También se inspira en la previsión contenida en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/92/UE[5], en la que se dispone que "quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 *y* 4, *será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos*"[6].

El TS ha reconocido el papel de la Fiscalía en la introducción de esta cláusula: la elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años acrecentó la necesidad de incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores, tal como fue sugerido por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del Código Penal (vid. SSTS nº 828/2021, de 29 de octubre; 1001/2016, de 18 de enero de 2017).

Puede considerarse pionera la Circular 9/2011 de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, que antes de la reforma estableció lo siguiente:

«No todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. […] 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

[4] BOE de 12 de noviembre de 2010

[5] *Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo* del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011

[6] En el considerando 20 de la Directiva se hace referencia a *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*.

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 […] Ha de considerarse también que cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila. Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores […] Estas pautas también son extensibles al nuevo delito de captación de niños y niñas por medio de internet con fines sexuales (grooming) (art. 183 bis CP) al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)».

Lo novedoso del precepto y las dudas que su exégesis genera impulsaron a la Fiscalía General del Estado a dictar la Circular 1/2017, de 6 de junio, *sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal* (en adelante, Circular 1/2017) profusamente citada por la posterior jurisprudencia recaída en la interpretación de la cláusula.

La idea básica que subyace es dejar *extra muros* del Derecho Penal las relaciones sexuales libres de menores de 16 años con personas próximas en edad y madurez[7].

La introducción de una cláusula de este tipo era ineludible, tras la elevación de la edad de consentimiento de 13 a 16 años. Con el modelo anterior, se partía de la presunción *iuris et de iure* de falta de consentimiento bajo el umbral de los 13 años. Con el nuevo sistema la elevación de edad de consentimiento devalúa la presunción iuris et de iure a una presunción *iuris tantum* de falta de consentimiento por debajo de los 16 años[8].

---

[7] Como se ha escrito "se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez" MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Comentarios al Código Penal", edición nº 1, LA LEY, Madrid, 2016. LA LEY 3287/2016

En esta misma línea se ha considerado que "se pretende buscar la existencia de equilibrio en la pareja y se rechazan los casos de desequilibrio relevante. El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad está en situación de desigualdad madurativa y le impide decidir libremente. En estos casos no se da, en puridad, una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual" OCÓN, Ana María y VALERO FERNÁNDEZ, Carmen Yolanda "Características procesales del delito de abuso sexual a menores. La declaración de la víctima como prueba preconstituida". La Ley Penal, Nº 157, Sección Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto 2022, Wolters Kluwer, ISBN-ISSN: 2254-903X

[8] En este mismo sentido se ha considerado que "se sustituye la vieja fórmula de la presunción iure et de iure de falta de consentimiento del menor de 13 años, por la cual cualquier comportamiento de naturaleza sexual llevado a cabo con un menor de esa edad era contrario a la ley, por una fórmula que requiere que el juez valore caso por caso si el grado de madurez de los sujetos implicados puede haber dado lugar al abuso. Resulta evidente que el empeño legislativo en fijar la edad de consentimiento sexual a una edad avanzada, obligaba a la introducción de alguna cláusula que permitiera salvar los supuestos más extremos" CARUSO FONTÁN, Viviana "La reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿Regreso de los delitos de propia mano?" La Ley Penal, Nº 128, Sección Legislación aplicada a la práctica, Septiembre-Octubre 2017, Wolters Kluwer

En este sentido, la Circular 1/2017 declara que *tras la reforma de 2015, nuestro Código Penal establece una presunción iuris tantum de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente.*

También se asume este esquema en la STS nº 446/2022, de 5 de mayo[9], que reproduce la literalidad del párrafo de la Circular transcrito *supra*.

Como señala la STS nº 949/2021, de 2 de diciembre se trata de buscar (y encontrar) "ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva"[10].

El precepto fue retocado por LO 8/2021[11] que le dio la siguiente redacción:

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

La reforma operada por LO 8/2021 tenía como objetivo según el Preámbulo "limitar el efecto de extinción de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de dieciséis años, únicamente a los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad".

[9] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

[10] La STS 478/2019, 14 de octubre se refiere al deseo legislativo de "...destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez. Con cita de este mismo precedente, la STS 699/2020, 16 de diciembre, recordaba que "...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

[11] La reforma tiene su origen en la enmienda nº 251 presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común que proponía la siguiente redacción: "el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad"

A parte de la deficiencia técnica en la que incurre el Preámbulo al utilizar la expresión "extinción de la responsabilidad criminal", la reforma carece de utilidad, pues ya era meridianamente claro que los casos del art. 183.2 CP (*sexting*, con empleo de embaucamiento) eran incompatibles con el consentimiento libre, y, por tanto, era evidente que no podían quedar dentro del radio aplicativo de la cláusula de simetría. No solo es una innovación inútil, sino también contraproducente, pues puede dar a entender que por exclusión esta cláusula sería aplicable a otros tipos del capítulo en los que parece claro que no concurre consentimiento y que por tanto no pueden entrar dentro del radio operativo de la cláusula (*grooming* con coacción, intimidación o engaño)[12].

Tampoco parece que arroje excesiva luz la precisión de que la madurez engloba la física y la psicológica[13]. En definitiva, la reforma de 2021 nada aportó, pese a que, si realmente pretendía mejorar el texto legal, tenía un amplio campo de acción. Como expone la STS nº 949/2021, de 2 de diciembre[14] la fórmula exoneratoria es indeterminada, "tanto porque no se

[12] En esta línea se ha considerado que "se olvida de que existe otro delito dentro de este capítulo, el tipo cualificado del delito de acceso a menores a través de las TIC con fines sexuales del artículo 183 ter 1, donde no cabría afirmar la presencia de un consentimiento libre del menor debido a la utilización en su realización como medio comisivo de la coacción, intimidación o el engaño, y que, por el mismo motivo que el delito de agresión sexual a un menor de 16 años, debería ser mencionado en este precepto. Pero sobre todo porque la exigencia de que el consentimiento sea libre ya excluye la aplicación de la cláusula por falta de la concurrencia de éste". GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta "Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal" Diario La Ley, Nº 9902, Sección Doctrina, 29 de Julio de 2021, Wolters Kluwer

[13] En este mismo sentido se ha considerado que añadir los calificativos de física y psicológica al objeto de determinar la proximidad en grado de madurez no va a evitar "lo que hasta el momento se ha venido produciendo, de manera que parece se va a seguir obligando a los tribunales a indagar en aspectos íntimos de los implicados en el marco de un proceso penal, con el consiguiente efecto pernicioso para la víctima" VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 431

[14] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

establece un límite mínimo de edad como porque no se concreta la proximidad"[15]. Las críticas en cuanto a la indeterminación de la cláusula son compartidas por la doctrina[16].

La LO 10/2022, de 26 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* reubica el precepto, que pasa a enumerarse como 183 bis CP[17] y le da una nueva redacción del siguiente tenor:

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

El Preámbulo no se molesta en explicar las derivaciones de la reforma.

Conforme al apartado segundo del art 178 CP […] *se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*

En palabras de la Circular 1/2023, de 29 de marzo, *sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre* "el similar grado de desarrollo o madurez que determina la

---

[15] "es obvio que el legislador de 2015 no quiso criminalizar todas las relaciones de contenido sexual que pudiera mantener, con pleno y consciente asentimiento, cualquier menor entre los 13 y los 16 años de edad. De hacerlo así, la nueva ley habría dado la espalda a una realidad estadística que muestra que la aceptación de una práctica sexual en esa franja de edad, en no pocos casos, es fruto de una decisión consciente y voluntaria del propio menor. Precisamente para evitar el efecto de una criminalización indiferenciada de esa clase de relaciones, el legislador situó fuera de los márgenes del tipo aquellos contactos amparados por el art. 183 quater del CP. El problema, sin embargo, no ha quedado resuelto de forma satisfactoria. […] La indeterminación de la fórmula exoneratoria es evidente. De un lado, porque, sorprendentemente, parece abarcar en su literalidad cualquier relación mantenida con un menor de 16 años, sea cual fuere su edad. […] Contribuye también a la ambigüedad -y sigue intacta pese a la reciente reforma de 2021- la utilización de expresiones como proximidad, desarrollo y madurez, que hacen previsible la dispersión interpretativa. De hecho, así fue puesto de manifiesto en los informes y debates que acompañaron a los trabajos prelegislativos de la reforma. […]".

[16] Como señala ORTS BERENGUER, la cláusula "deja muchos interrogantes abiertos", ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.) Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

En este mismo sentido se ha considerado que añadir los calificativos de física y psicológica al objeto de determinar la proximidad en grado de madurez no va a evitar "lo que hasta el momento se ha venido produciendo, de manera que parece se va a seguir obligando a los tribunales a indagar en aspectos íntimos de los implicados en el marco de un proceso penal, con el consiguiente efecto pernicioso para la víctima" VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 431

[17] Lo insólito de esta nueva reforma ha sido advertido por la doctrina. Vid. VALMAÑA OCHAITA, Silvia "La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal" La Ley Penal, Nº 159, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2022, LA LEY, ISBN-ISSN: 2254-903X

atipicidad debe darse tanto a nivel físico como psicológico, circunstancia que no modifica los criterios sentados en la Circular de la FGE núm. 1/2017, *sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal*."

También para la Circular 1/2023 "en lógica coherencia con el resto de la reforma, esta cláusula pasa a circunscribir su ámbito de aplicación a los delitos comprendidos en el Capítulo II («De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años»), circunstancia que más que una novedad supone, en realidad, una consecuencia de la nueva sistemática ofrecida a los delitos contra la libertad sexual".

En definitiva, puede considerarse que antes de la reforma de 2015 existía una presunción *iuris et de iure* de falta de validez del consentimiento de los menores de 13 años en materia sexual. Tras la reforma de 2015 -y entendemos que esto no se ha modificado ni con la reforma de 2021 ni con la de 2022- existe una presunción *iuris tantum* de falta de validez del consentimiento de los menores de 16 años en materia sexual.

2.2 Naturaleza jurídica

Cabe plantearse si nos encontramos ante una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

Para la STS nº 460/2022, de 11 de mayo[18] la cláusula "tiene su razón de ser en la necesidad de encontrar "salvoconductos" en el CP para no castigar penalmente el sexo entre jóvenes, pero cuando existe el consentimiento en los dos para hacer el acto sexual".

La STS nº 294/2021, 8 de abril parece apuntar a la identificación con una causa de justificación: "...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal".

Sigue esta resolución la estela de la STS nº 1001/2016, de 18 de enero de 2017, que configura la cláusula como causa de justificación al afirmar que "la eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima. Así, en la Parte Especial, el Código Penal concede eficacia justificante al consentimiento en algunos supuestos de lesiones, pudiendo considerarse justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente, conforme al art. 10 de la Constitución, que declara fundamento del orden político y de la paz social el "libre desarrollo de la personalidad".

La STS nº 798/2022, de 5 de octubre la conceptúa como "cláusula de atipicidad".

Doctrinalmente TAMARIT SUMALLA, considera que su naturaleza puede ser entendida como una causa de justificación, o como un "supuesto de declaración expresa de la atipicidad

[18] Ponente: Magro Servet, Vicente

de estos supuestos, ya que en el abuso sexual el consentimiento es un elemento esencial del tipo"[19].

Otros autores han defendido que se trata de una excusa absolutoria[20].

2.3 Criterios generales

La cláusula deriva a los Tribunales la sin duda compleja determinación en cada caso de si concurre o no proximidad[21].

Las exigencias son cumulativas: además de la simetría en edades debe concurrir simetría en la madurez, lo que ha generado alguna crítica doctrinal[22].

La formación y los condicionamientos culturales son trascendentes a la hora de valorar la simetría en relación con la madurez. En este sentido se pronuncia la STS nº 828/2021, de 29 de octubre[23].

---

[19] TAMARIT SUMALLA, Josep María: "La elevación de la llamada edad del consentimiento sexual" en Comentario a la reforma penal de 2015, Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 432.

[20] SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos "Manual de Derecho Penal. Parte especial", Cizur Menor, 7ª edición 2018 pag. 249

[21] Se ha escrito que los tribunales "se verán obligados a indagar en el ámbito íntimo y privado de los sujetos intervinientes, lo cual podría revertir en una experiencia traumatizante para muchos menores, al verse sometidos a un cuestionamiento y sobre exposición" VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 421

[22] Así se ha mantenido que "si no basta sólo con la similitud de edades sino que hay que acreditar igualdad en madurez o desarrollo, de facto se está haciendo gravitar el peso de la eximente sobre este último requisito: requisito que habrá de acreditarse en juicio y que, por su propia esencia, presenta obvias dificultades de prueba objetiva, por lo que el arbitrio del juzgador puede llegar a desempeñar un papel determinante […] Esto significa, en pocas palabras, que, por supuesto, va a haber un proceso en todo caso: los menores tendrán que dar explicaciones y, a buen seguro, someterse a un peritaje tanto físico (pues «desarrollo», separado de «madurez», apunta a que venga referido al aspecto puramente físico) como psicológico. Finalmente, un juez dirá si su comportamiento entra dentro de lo permitido o no. Poco importa que hayan consentido libremente y que tengan una similar edad: será la autoridad judicial la que decida sobre la *legitimidad* (cuando no sobre la *normalidad*) de la relación sexual que hayan tenido, basándose en dos nociones tan poco cuantificables como «desarrollo y madurez». Incluso si, como propuso en su día una autora, cuando la actual regulación era sólo un proyecto, hemos de entender esas nociones en el sentido de una «sintonía de expectativas, intereses y emociones» y una igualdad en la vivencia de la experiencia sexual mantenida entre ellos, la inconcreción de todo ello y la necesidad de indagar en aspectos íntimos de los menores implicados en el seno de un proceso penal me resultan muy perturbadoras". RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio "El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP" Documento TOL5.009.929

[23] Ponente: Hurtado Adrián, Angel Luis: "no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que ha combinado la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y la de simetría de madurez entre ambos, factores no sujetos a reglas fijas, en que la formación y condicionantes culturales de cada cual juega un papel importante, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que

Para la STS nº 1001/2016, de 18 de enero de 2017 hay que tener en cuenta "el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

En palabras de la Circular 1/2017 la esencia de este precepto "radica en saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras (menor edad y juventud), las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso".

Para TAMARIT SUMALLA para calibrar la asimetría ha de tenerse presente la "fenomenología del abuso sexual infantil concretamente en lo que respecta al elemento de la asimetría de edad, entendida como desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida, dadas la diferencia en las experiencias, madurez y expectativas sobre la relación sexual"[24]. Este autor también apunta que "algunos estudios han establecido como diferencia orientativa a partir de la cual una relación puede considerarse asimétrica un mínimo de cinco años, sin olvidar que la propia ley exige tener en cuenta además el grado de desarrollo y madurez. Al encontrarnos ante un prototípico "delito de relación", este criterio debe ser valorado respecto a los intervinientes en la relación, a los efectos de poder establecer si efectivamente en el caso concreto se ha producido una situación en la que uno pueda ser considerado autor y otro víctima de abuso"[25].

2.4 Ámbito objetivo de aplicación

Conforme al tenor literal del art. 183 bis la cláusula sólo es aplicable a "los delitos previstos en este capítulo". Se refiere, por tanto, al capítulo II (de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, arts. 181 a 183). Esta restricción ha sido criticada por la doctrina[26].

2.4.1 Violencia, intimidación o ausencia de consentimiento

Debe partirse de la incompatibilidad ontológica de la violencia o intimidación con la cláusula de simetría.

---

uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración"

[24] TAMARIT SUMALLA op. cit. p. 433

[25] TAMARIT SUMALLA, Josep María "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores" coordinadora Carolina Villacampa Estiarte Thomson Reuters Aranzadi, 2015 pag. 92

[26] Así se ha considerado que "llama la atención el ámbito de aplicación tan reducido de la cláusula […] no ampliando sus efectos a otros delitos contemplados en otros capítulos relacionados con la libertad e indemnidad sexual de los menores" SÁNCHEZ DOMINGO, Belén "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022

Así "... cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia […] ya de por sí es suficiente para no aplicar dicho precepto" (STS nº 694/2021, 15 de septiembre).

Como se expone en la Circular 1/2017 "el capítulo al que la norma se proyecta […] abarca acciones típicas en las que concurre violencia, intimidación o prevalimiento. Lógicamente estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión […]

El ATS nº 419/2021, de 13 de mayo[27], analiza los siguientes hechos probados:

Pedro, nacido en 1993 sobre las 17:00 horas del domingo 12 de febrero de 2017, se encontró, cerca del Instituto con la menor Catalina., nacida en 2002, con quien había quedado previamente a través de Instagram. Fueron a pasear, y en el trayecto, con ánimo libidinoso, el procesado intentó besarla, pero ella lo esquivó, y también intentó hacerle tocamientos en los glúteos, pero ella le quitó las manos. Seguidamente, bajo la cubierta de un garaje, le intentó tocar la zona púbica, pero ella se opuso. Finalmente, llegaron a un descampado, situado más allá de la zona universitaria, donde Pedro, con el mismo ánimo, la hizo sentar en el suelo, le dijo "que quería hacerlo con ella", la menor dijo que no quería, y sin embargo él hacía por bajarle los "leggins" mientras ella se los subía. En un momento dado, estando ella estirada en el suelo, el procesado se bajó los pantalones, le bajó los "leggins" a ella, y la penetró vaginalmente, a pesar que la menor le empujaba con las manos en el estómago, para, deshacerse de él y le pedía repetidamente que la dejara. La menor vivió esta situación con miedo, dada la determinación del procesado, y la diferencia de edad entre ellos, llegando a pensar la menor que el procesado podía pegarla si mostraba mayor oposición. Cuando acabó el procesado le dijo a la menor que no contara nada.

El TS descarta la aplicación de la cláusula (la negrita es nuestra):

en los hechos probados, de cuya inmutabilidad se ha de partir, se constata que el acusado "la penetró vaginalmente, a pesar que la menor le empujaba con las manos en el estómago, para, deshacerse de él y le pedía repetidamente que la dejara", así como que "la menor vivió esta situación con miedo, dada la determinación del procesado, y la diferencia de edad entre ellos, llegando a pensar la menor que el procesado podía pegarla si mostraba mayor oposición".[…] En definitiva, se constata la existencia de una violencia suficiente y determinante del consentimiento forzado, determinante del delito de agresión sexual por el que ha sido condenado el recurrente, procediendo recordar, que, como hemos declarado en forma constante, la fuerza física exigida por el delito únicamente implica una agresión real, más o menos violenta, y supone imposición material […] Y que **la violencia empleada no ha de ser de tal grado que deba representar el carácter de irresistible, invencible o de gravedad inusitada, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal […] hay oposición cuando la voluntad de resistencia de la víctima queda paralizada o inhibida** […] y que cabe estimar que se actuó "contra" la voluntad del sujeto pasivo, y no sólo "sin la voluntad" de éste, cuando la situación de ilícita satisfacción se provoca a través de la violencia o intimidación […] Tampoco es preciso que el acceso carnal se logre por el sujeto activo haciendo uso de una fuerza mantenida durante toda la acción y correspondida también por una oposición o resistencia a ultranza del sujeto pasivo que permanezca en todo momento, sino que es suficiente con que la oposición sea cierta, real y exteriorizada, aunque termine cediendo, bien por pusilanimidad, bien por convicción de la inutilidad de una resistencia, bien por miedo a males mayores o por otra circunstancia que no sea su aceptación voluntaria y de buen grado del acto sexual que se le impone […] Con estos datos, la correcta calificación jurídica de los hechos por parte del órgano a quo no admite lugar a dudas; debiendo destacarse particularmente, que, por lo que al art. 183 quater CP se refiere, por más que el mismo se refiera a los "delitos previstos en este capítulo", parte de un supuesto fáctico que no concurre en el caso examinado, como es "el consentimiento libre del menor" […] con lo que resulta de todo punto inoperante tan pronto como se aprecia la existencia de violencia o intimidación determinante del consentimiento forzado y, como tal, inexistente.

[27] Ponente: Hernández García, Javier

El ATS nº 867/2021, de 9 de septiembre[28] ante la reclamación de la aplicación de la cláusula, aduciendo que se trataba de dos personas de edad parecida y un nivel de madurez similar, declara que "el Tribunal de apelación consideró huérfano de toda acreditación que Sofía hubiese consentido en el mantenimiento de relaciones sexuales. La falta de acreditación de la existencia de aquiescencia por parte de Sofía cierra la posibilidad de apreciar el artículo 184 quáter".

El TS excluye su aplicación cuando no concurre un dato esencial, cual es el consentimiento de ambos en la relación sexual (STS nº 460/2022, de 11 de mayo)[29].

El ATS nº 260/2022, de 24 de febrero[30] analiza la relación entre un varón de 23 años y una niña de 13[31]. Para el TS "para la aplicación del artículo 183 del Código Penal se requiere que haya existido una decisión libre y una actividad sexual compartida. Teniendo en cuenta lo anterior, la causa de exención alegada no puede ser aplicada en el presente caso, ya que el relato de hechos probados señala que el acusado "presionó a la menor" para iniciar las relaciones sexuales, que cuando la menor "no quería tener sexo, la amenazaba con dejarla" y que "en muchas ocasiones, la menor se sentía obligada a mantener relaciones sexuales con el procesado y éste la presionaba hasta conseguirlo".

2.4.2 Grooming y sexting

La Circular 1/2017 parte de que el delito de grooming, actualmente tipificado en el art. 183 CP apartado primero (anterior art. 183 ter CP) "podrá teóricamente apreciarse esta cláusula en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que requiere la concurrencia de violencia, intimidación o engaño". […]

En cuanto al sexting, la Circular considera que no podrá apreciarse la exención por ser incompatible el "consentimiento libre" que se exige en el 183 bis con el "embaucamiento" propio del doctrinalmente denominado sexting".

[28] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

[29] Ponente: Magro Servet, Vicente

[30] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

[31] Los hechos probados son los siguientes:: Carmelo, de 23 años de edad, entabló contacto con Candida de 13 años de edad, en noviembre del año 2016. Teniendo conocimiento de la edad de la misma, y con la finalidad de proporcionarse placer sexual, mantuvo con ella relaciones sexuales completas consistentes en penetraciones vaginales y sexo oral, con una frecuencia diaria o incluso varias veces al día. Estas relaciones comenzaron una semana o diez días después de conocerse, y el acusado presionó a la menor para iniciarlas, diciendo que a él no le iba a tener a dos velas, y que tenía que hacer con él lo que hacía con los demás; y cuando ella no quería tener sexo, la amenazaba con dejarla. En muchas ocasiones la menor se sentía obligada a mantener relaciones sexuales con el procesado, pero éste la presionaba hasta conseguirlo. Estas relaciones se mantuvieron durante dos meses aproximadamente, entre noviembre y diciembre de 2016, y se producían tanto en la vivienda del encausado como en el de la menor. A raíz de estos hechos la menor ha precisado tratamiento psiquiátrico.

El TS acoge los criterios de la Circular. En cuanto al grooming, la STS nº 478/2019, de 14 de octubre[32] reproduce literalmente el contenido de la misma. También en relación con el sexting[33], esta misma resolución asume el criterio de la Circular reproduciéndola.

También la doctrina asume estas pautas[34].

2.4.3 Delitos de pornografía infantil

Los delitos de pornografía infantil se ubican en el capítulo V, fuera por tanto del ámbito del art. 183 bis CP.

No obstante, debe aquí recordarse el epígrafe 5.7 de la Circular 2/2015, de 19 de junio, *sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*. En esta Circular se llegó a la conclusión de que debía ponderarse la posibilidad de instar el sobreseimiento en "supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros". Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, "desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido" (conclusión 6.2)[35].

---

[32] Ponente.: Magro Servet, Vicente

[33] En la misma línea, se ha considerado que "no podrá aplicarse la cláusula Romeo y Julieta cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño o incluso cuando pueda entenderse que no concurre un consentimiento libre por haberse obtenido este abusando de una situación de superioridad" VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 424

En el mismo sentido, GUTIÉRREZ AZANZA, Diego Alberto "Delito de «child grooming», configuración jurisprudencial" LA LEY Derecho de familia, Nº 27, Tercer trimestre de 2020, Wolters Kluwer

[34]En el mismo sentido, GUTIÉRREZ AZANZA, Diego Alberto "Delito de «sexting», configuración jurisprudencial" Diario La Ley, Nº 9760, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2020, Wolters Kluwer

En el mismo sentido se ha defendido que "al igual que en el grooming, en principio cabría la exoneración de responsabilidad criminal a través de la aplicación de la cláusula […] si bien […] parece incompatible un consentimiento válido tras haber sido embaucado" GUISASOLA LERMA, Cristina "Los delitos de on line child grooming y sexting a la luz de la reciente jurisprudencia" en "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 378.

Para SÁNCHEZ DOMINGO, op cit pag. 465 en relación con el grooming "la conducta descrita no exige la presencia de ningún medio coercitivo que pueda afectar a la capacidad de decisión del menor, si el sujeto llega a contactar con el menor de 16 años a través de alguno de los medios previstos en el tipo penal y consiente en la propuesta de encuentro, entiendo que no hay inconveniente alguno para que entre en juego la cláusula […]". La misma autora excluye la posibilidad de aplicar la cláusula a la conducta del apartado segundo pues se exige engaño

[35] En este mismo sentido se ha mantenido que "no hay lógica alguna en la idea de que un menor pueda consentir válidamente tener relaciones sexuales a partir de los dieciséis años y, sin embargo, no pueda consentir en formar parte de un material pornográfico para su uso privado" MORENO ACEVEDO, Rosario "Los delitos de

Para la Circular 1/2017 los mismos razonamientos y la misma conclusión serán aplicables en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis años, se hubiera aplicado el art. 183 bis a la relación sexual subyacente.

2.4.4 Delitos de exhibicionismo

El tipo contenido en el actual art. 182 CP, dentro del capítulo II castiga al que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. El apartado segundo introduce un subtipo agravado (si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual).

Entendemos que en principio, si no concurre violencia, intimidación, engaño o prevalimiento (el tipo no los exige) podría ser de aplicación la cláusula[36].

El art. 185 CP queda *extra muros* del capítulo II y castiga al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección[37]. El solapamiento con el tipo del art. 182 CP es evidente. Para la STS nº 468/2017, de 22 de junio[38] "constituye esta nueva conducta un comportamiento próximo a la corrupción de menores (art. 189.1.a) y al delito de exhibicionismo […]. Ahora bien, desde esta última perspectiva y por principio de especialidad se deberá aplicar el art. 183 bis [actual 182]. En consecuencia, el art. 185 tendrá un carácter residual, y solo se aplicará a actos de exhibicionismo entre personas de 16 y 17 años de edad".

La cláusula podrá aplicarse en estos casos para los supuestos de menores de 16, en tanto la conducta castigada es muy parecida al tipo del art. 182 CP.

Cuando el destinatario fuese un mayor de 16, no será de aplicación la cláusula (prevista solo para menores de 16) pero lógicamente, de no apreciarse antijuridicidad material, por ser la relación sexual subyacente conforme a Derecho, entendemos no sería procedente formular acusación.

2.4.5 Difusión de material pornográfico entre menores

pornografía infantil" Universidad Pablo de Olavide Facultad de Derecho Departamento Derecho Público Sevilla, 2021

[36] En sentido contrario, SÁNCHEZ DOMINGO, op cit pag. 464 ha considerado que "la expresión hacer presenciar al menor la visualización del acto sexual puede ser interpretada como una modalidad de conducta que se asemeja más a obligar, a presionar, a imponer, lo que nos recuerda en forma al delito de coacciones […] en consecuencia, no parece que pueda aceptarse que el consentimiento del menor al que se le hace presenciar un abuso sexual se considere libre"

[37] Se prevé la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses

[38] Ponente.: Sánchez Melgar, Julián

El art. 186 castiga al que, "por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección".

En los supuestos de exhibición de materiales pornográficos llevados a cabo entre menores de similar edad o entre un mayor con edad próxima al menor (pensemos en la entrega de material por parte de un sujeto de 18 años a otro de 17) [39], cuando existe consentimiento y no concurren elementos de abuso o prevalimiento, entendemos debe optarse por considerar que la ausencia de lesión al bien jurídico protegido debe llevar a la no persecución penal. Aunque formalmente no pueda aplicarse la cláusula de exención del art. 183 bis (pues la misma solo es aplicable según su tenor literal a las delitos previstos en el capítulo II), se trataría de supuestos en los que no concurre antijuridicidad material ni lesión al bien jurídico protegido. La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* da pautas de gran interés y trasladables *mutatis mutandis* a la jurisdicción de adultos.

Entendemos, por tanto, que en supuestos de exhibición de pornografía, cuando concurriera consentimiento y simetría de edades y de madurez en términos tales en los que la relación sexual fuese atípica, no procedería promover la acción penal.

Incluso algunos autores consideran que debe admitirse la posibilidad de aplicación directa de la cláusula de simetría a los delitos de exhibicionismo y exhibición de material pornográfico a menores[40].

2.5 Ámbito subjetivo de aplicación

2.5.1 Criterios generales

La cláusula del art. 183 bis no especifica rango de edades. Como expone la Circular 1/2017 "el establecimiento de un criterio estrictamente cronológico presenta la ventaja de favorecer la seguridad jurídica y es, por ello, la forma preferida por muchos ordenamientos. Sin embargo, nuestro Legislador se ha inclinado por un sistema mixto, que deja abierto con patente vaguedad el dato cronológico. Esta flexibilidad permite dar respuesta a una realidad

[39] Como expone CABRERA MARTÍN op cit pag. 236 "el hecho de que los sujetos pasivos puedan ser menores que hayan alcanzado la edad genérica de consentimiento sexual unido a la ausencia de requerimiento de medios comisivos específicos conduce a la paradoja de que el menor con 16 o 17 años pueda mantener libremente relaciones sexuales completas con quien desee mientras que se sanciona penalmente a quien realiza actos de exhibición sexual ante él también en los casos en los que esta persona sea su pareja o incluso otro menor. El sinsentido se agudiza ante la imposibilidad de acudir a la cláusula de exención de la responsabilidad penal del art. 183 quater, que solo afecta a los delitos del capítulo II bis"

[40] Para SÁNCHEZ DOMINGO, op cit pag. 466 "es evidente que ambos delitos deben ser abarcados por la cláusula"

no susceptible de reconducción a esquemas simples, aunque impone un difícil análisis caso a caso sobre el grado de desarrollo o madurez del menor".

Las conclusiones a las que llega la Circular 1/2017 en cuanto al radio de edades potencialmente comprendidas son las siguientes:

3º El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

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

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

También para la Circular la "previsión del art. 69 CP de tratamiento como menores de los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21, permite operar con un parámetro especialmente adecuado para interpretar el art. 183 quater CP".

La Circular también introduce como criterio hermenéutico, en su opción por la flexibilidad, el dato de que durante la tramitación parlamentaria fue rechazada una enmienda presentada para fijar límites de edades (tres años de diferencia) y fue rechazada: *el Legislador se planteó la predeterminación de la proximidad limitándola a tres años y expresamente rechazó esta alternativa, opción de la que necesariamente deben extraerse pautas exegéticas.*

No excluye por tanto la Circular la posibilidad de aplicar la cláusula a menores de 13 años, pero siempre que sean púberes.

2.5.1 Exclusión de la aplicación de la cláusula

Debe rechazarse de raíz la posibilidad de aplicar la cláusula a relaciones mantenidas con menores que no han alcanzado la pubertad[41].

El TS ha seguido una interpretación rigurosa del precepto: "el aseguramiento de los irrenunciables fines de protección del derecho a la indemnidad sexual de las personas menores de edad, como una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se garantiza en el artículo 10 CE, obliga, como lógica consecuencia, a una

[41] En relación con los impúberes la Circular 1/2017 declara que "en ellos aún no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual. No puede establecerse una edad fija para delimitar la infancia de la pubertad pues el inicio del proceso de cambios varía de una persona a otra, dependiendo de diversos factores, entre ellos el sexo. Se trata propiamente de niños y no de adolescentes y respecto de ellos su protección debe ser absoluta".

interpretación rigurosa de los presupuestos aplicativos del artículo 183 quáter CP" (STS nº 798/2022, de 5 de octubre).

Así se ha descartado la aplicación en casos en que la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio cuando se trata de jóvenes de más de 20 años y niñas que todavía no han alcanzado los 12 años (SSTS nº 1001/2016, de 18 de enero y 946/2016, de 15 de diciembre).

El art. 183 quater [actual art. 183 bis] exige no solo madurez similar, sino, como presupuesto inexcusable, proximidad de edad. Una diferencia de treinta y cinco años (catorce años frente a cincuenta y nueve) es incompatible con ese imprescindible parámetro de proximidad cronológica. Es irrelevante por tanto cuál fuese la madurez de la menor; y hasta dónde llegase la supuesta inmadurez del agente (que, no lo olvidemos, tiene hijos y nietos) […] Carece de todo sentido una prueba irrelevante a efectos penales. Jamás podría desmentir esa diferencia de edad cuya constatación basta para rechazar la aplicación tanto del […] actual 183 bis (STS nº 58/2023, de 6 de febrero[42]).

No obstante el TS parte de que el precepto "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre" (STS nº 13/2020, de 28 de enero; AATS nº 850/2022, de 22 de septiembre; nº 470/2020, de 18 de junio) y que no se definen "franjas de edad" (STS nº 478/2019, de 14 de octubre), aunque debe tenerse en cuenta que "tiene relación con la elevación de la edad a los dieciséis años" (AATS nº 653/2022, de 16 de junio; 523/2021, de 17 de junio).

La STS nº 489/2022, de 19 de mayo[43] confirma los argumentos de la sentencia de instancia para descartar la aplicación de la cláusula: "respecto de estos dos presupuestos, que han de concurrir conjuntamente, el tribunal justifica la no aplicación del art. 183 quáter en razón de la existencia de una importante diferenciación en la edad, más de 8 años de edad, y la falta de acreditación de una similitud en los procesos de desarrollo y madurez. En el recurso de casación, frente a este argumento, nada se dice, si bien se reitera que la menor había mantenido relaciones sexuales con anterioridad y que según reseña una psicóloga vivía con normalidad las relaciones sexuales con el acusado, extremo que no evidencia la similitud entre ambos sujetos. Ningún presupuesto de aplicación de la exclusión concurre, por lo que el motivo se desestima. Desde el hecho probado, del que se parte en la impugnación, no cabe la aplicación de una causa de extinción de la responsabilidad civil (sic) ni hay cercanía en la edad, más de 8 años de diferencia, y no se declara probado, ni alegara nada respecto de similar grado de madurez y desarrollo[44].

---

[42] Ponente: del Moral García

[43] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

[44] Los hechos declarados probados eran los siguientes: Celso mantuvo una relación sentimental con Luisa, menor de edad, en el período comprendido entre el 21.12.14 y el 10.12.15. Entrada en vigor la LO 1/2015 siendo Celso sabedor de la reforma legal y de que Luisa era menor de 16 años y hasta que ésta los cumplió, esto es, entre el 01.07.15 y el 17.10.15, el referido Celso, persona no próxima a la menor ni en edad ni en grado de desarrollo o madurez, realizó reiteradamente actos varios de carácter sexual con Luisa, siéndolo al menos con penetración vaginal y/o anal. Según informe pericial psicológico forense (ff 217 y ss), al tiempo de su realización Luisa presentaba sintomatología de ansiedad, de intensidad moderada, compatible con un trastorno

La STS nº 811/2022, de 13 de octubre[45] excluye la aplicación de la cláusula: "[…] una diferencia de más de 11 años, y tenían al inicio de los hechos, 25 y 14 años respectivamente, diferencia de edad que está, sin duda, fuera del límite que permite la aplicación de la cláusula de exención de responsabilidad, al resultar superior a la máxima admitida doctrinal y jurisprudencialmente, sin que dejen margen aquellas edades al criterio exculpatorio. […] Y en cuanto a la madurez, debe tenerse en cuenta que la Audiencia ya recogió que Marí Trini vivía en casa de sus padres y según informe médico forense no presentaba en modo alguno un grado de desarrollo superior al propio de su edad y que su madurez tampoco era superior a dicha edad. Por el contrario, en el acusado, que llevaba una vida independiente, "no observamos en el mismo un grado de madurez inferior a la edad cronológica o limitación intelectual que le impidiese conocer realmente la trascendencia de su relación con la menor. […] En definitiva, como dice la sentencia recurrida, nos encontramos ante una relación asimétrica, no solo en relación a la edad, sino también en el grado de madurez de ambas partes. No existe en el acusado y Marí Trini simetría de edad y del grado de madurez o desarrollo, no había una situación de igualdad entre ambos, por lo que deviene inaplicable el art. 183 quater CP".[46]

La STS nº 294/2021, de 8 de abril[47] considera que la "relación de proximidad no concurre, como es evidente, ni por razones meramente vinculadas a la edad del sujeto activo y de la víctima, ni tampoco por el grado de desarrollo y madurez de cada uno de ellos (la menor, una niña, de 10 años de edad cuando se iniciaron las conductas enjuiciadas; el acusado, de 36 años, licenciado en pedagogía y educador en un centro de protección de menores).

Para la STS nº 478/2019, de 14 de octubre "no puede pretenderse nunca en ningún caso la aplicación de este precepto, ya que no concurre en este caso cuando se triplica la edad de agresor y víctima, pero tampoco desde el punto de vista médico, porque esta disminución de la conciencia y voluntad o de su capacidad de discernir, lo que podría acercarle a una edad psicológica menor que la que tiene, no se ha acreditado, por lo que es inaplicable el precepto".

El ATS nº 850/2022, de 22 de septiembre[48] excluye la operatividad de la cláusula de edad:

adaptativo reactivo a su vivencia de conflicto de queja, con impacto negativo en las esferas social y escolar (f 228).

[45] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

[46] El procesado Jesus Miguel, nacional de Marruecos, con pasaporte número NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001-1991, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España, mantuvo desde el verano de 2016 hasta abril de 2018 una relación sentimental con Marí Trini, quien al inicio de la relación contaba catorce años de edad, en tanto que nacida el NUM002 de 2002. Durante la relación, el procesado, movido por el ánimo de satisfacer su deseo sexual y siendo conocedor de la edad de Marí Trini, mantuvo habitualmente relaciones sexuales plenas con esta, hasta el punto de que la menor quedó embarazada y hubo de practicársele un aborto el 12 de enero de 2018.

[47] Ponente: Puente Segura, Leopoldo

[48] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

“fue descartada por el Tribunal Superior de Justicia que […] consideró que no concurrían los presupuestos legalmente exigidos […] la prueba practicada reveló que la menor tenía un grado muy inferior de madurez y desarrollo, siendo más manipulable; mientras que la diferencia de edad era notable, siendo el acusado persona de 24 años y ella de 12 años al iniciarse la relación entre ambos, dándose, asimismo, un distinto grado de madurez y desarrollo intelectual que hacía imposible acceder a la pretensión del recurrente. […] se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios", sin que "se definan franjas de edad" […] "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente, cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso". […] precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal […] existía una diferencia de edad sensible entre el acusado y la menor y, por lo demás, observamos que el Tribunal de instancia expuso, asimismo, las razones por las que debía prevalecer el informe pericial ratificado por los forenses, que apreciaron en el acusado una capacidad mental correspondiente a su edad, de la misma manera que la de la menor era acorde a su edad, sin detectarse en ninguno de ellos afectaciones psicopatológicas, más allá de sus diferentes respuestas personales, dada precisamente su edad cronológica[49].

El ATS nº 653/2022, de 16 de junio[50] descarta también la aplicación en un supuesto de relación con chica de 15 años[51]. Para el TS:

“El recurrente sostiene que es de aplicación el art. 183 quater CP, ya que, por un lado, él tiene una madurez inferior a la de su edad biológica (sólo ha tenido una relación sentimental a lo largo de su vida, y carece de experiencias vitales); y, por otro, la menor, a la que le quedaban pocos meses para cumplir los 16 años, ya había

[49] Los hechos probados eran los siguientes: Porfirio mantuvo una relación sentimental con la menor de edad, Martina, que se inició, aproximadamente cuando la menor contaba con doce años de edad, y que finalizó también, aproximadamente, antes del día 09/07/2020, momento en la que se presentó la denuncia que ha dado origen al presente procedimiento, sin que entre ambas personas existiese en ningún momento convivencia durante el indicado periodo temporal. En el trascurso de esa relación, Porfirio mantuvo con la menor Martina., y desde que ésta tenía 12 años de edad, a sabiendas de tal minoría de edad, relaciones sexuales completas, con penetración por vía vaginal, las cuales fueron consentidas por ella, a pesar de la significativa diferencia de edad cronológica existente entre ambos, que era la de doce años. Queda también probado que fruto de las referidas relaciones sexuales, Martina. quedó embarazada, practicándose una interrupción voluntaria de su estado cuando la menor acababa de cumplir los 13 años, además de continuar las referidas relaciones sexuales completas entre ambas personas hasta, al menos, tres o cuatro meses antes de julio de 2020, cuando Martina. detentaba una edad cronológica de 14 años. A continuación se

[50] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

[51] Los hechos probados son los siguientes: Dimas, aprovechando la relación de amistad que le unía con la pareja de la madre de la menor K.N, de 15 años de edad, en cuanto nacida en 2004, aquel acudía con asiduidad al domicilio de esta, trabando amistad con la menor y contándole los problemas sentimentales que tenía con su novia actual con la que pensaba casarse en octubre de 2019, con la finalidad de ganarse la confianza de la menor. Esto llevó a que K.N en principio escuchara al acusado para después acabar manteniendo con él una relación sentimental. Como consecuencia de dicha relación, K.N mantuvo relaciones sexuales con el acusado con penetración vaginal al menos durante cinco veces, siendo la primera el 17 de julio de 2019 y la última antes del día 12 de agosto de 2019. El acusado conocía que K.N tenía 15 años edad.

mantenido relaciones sexuales previamente y se había iniciado en el consumo de sustancias estupefacientes. […] respecto del artículo 183 quater del Código Penal, hemos manifestado que se trata de una exclusión "que no existía en el texto precedente, lo cual quiere decir que la misma tiene relación con la elevación de la edad a los dieciséis años, dato orientador a tener en cuenta, aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios […] el precepto obliga a tener en cuenta "el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso" […] "no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración.[…] la Audiencia Provincial aborda la cuestión y la resuelve conforme a derecho y la jurisprudencia ut supra. Así, la Audiencia Provincial expone que lejanía de edad entre la menor y el recurrente (19 años) hacen inviable apreciar la atenuante que se pretende, "precisamente ante la tan notable distanciación en el tiempo para que entrase en juego el primero de los presupuestos imprescindible para su aplicación; pero es que tampoco concurre el segundo, pues el acusado estaba unido a otra mujer (como él mismo refiere), evidencia de una madurez sexual, completamente alejada de la que pueda tener una joven de 15 años".

En el ATS nº 470/2020, de 18 de junio[52] se aborda una relación sexual entre varón de 25 años y chica de 15[53]. El TS declara que "[…] 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 en cuanto al criterio de la edad, que es notoriamente superior en el autor (veinticinco años) respecto a la víctima (quince años de edad recién cumplidos).

[52] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

[53] Se declara probado, en síntesis, que, Dionisio, de 25 años de edad, conoció a Juana., de 15 años de edad recién cumplidos a través de la red a la que Juana. había subido una foto en la que aparecía ella con unas velas de cumpleaños con el número 15, habiendo felicitado Dionisio a Juana. a través de dicha aplicación. Dionisio y Juana. concertaron una cita; la menor se subió voluntariamente al vehículo conducido por Dionisio, el cual tenía conocimiento de la edad de Juana. En lugar de llevarla a su casa -como habían quedado- Dionisio la trasladó hasta unos dos kilómetros del domicilio de la menor, diciéndole que no se preocupase, que era amigo de su primo Cesar. Estacionó el vehículo en el aparcamiento del polideportivo, que en aquellos momentos estaba vacío de gente, y allí permaneció hablando en el interior del vehículo hasta que Dionisio, con ánimo de satisfacer su deseo sexual, le pidió a Juana. que le hiciese un masaje en la ingle, bajándose parte del pantalón y facilitando a la menor una crema que tenía en la guantera del coche, accediendo Juana. a realizarle el masaje. Acto seguido, Dionisio pidió a Juana. que le hiciera una felación, a lo que ésta se negó, en vista de lo cual le dijo que al menos le masturbara cogiéndole la mano y acercándosela a su miembro viril, retirándola Juana. por dos o tres veces, hasta que la menor finalmente, inquietada por la situación en que se encontraba, accedió a masturbarle, pidiéndole luego que la llevara a su casa, cosa que hizo Dionisio, indicando a la menor que borrara todos los mensajes que habían cruzado.

El ATS nº 889/2019, de 3 de octubre[54] inadmite el recurso y rechaza la aplicación de la cláusula respecto a una relación entre un varón de 24 años y una niña de 12. Para el TS "son diversos los pronunciamientos de esta Sala donde se rechaza la aplicación del precepto debatido, incluso en relaciones de "seudonoviazgo" o "prenoviazgo", con fundamento en la diferencia de edad existente entre las partes (SSTS 946/2016, de 15 de diciembre; y 1001/2016, de 18 de enero de 2017)"[55].

El ATS nº 81/2022, de 13 de enero[56] analiza las relaciones entre un varón de 19 años y una chica de 14, habiendo comenzado la relación (sin sexo) cuando tenía 13[57]. Se descarta la posibilidad de aplicación de la cláusula: "la Sala de apelación señala que este precepto exige la proximidad en edad y en madurez, y que, si bien en el acto del juicio oral no se aprecia una dismetría clara entre el acusado y Sonia. ni física ni en grado de madurez (así se recoge en la sentencia de primera instancia), la diferencia de edad entre ambos es abultada y no ha quedado acreditado cuál era el desarrollo cognitivo y de madurez de Sonia. a fecha de los hechos, pues la misma se negó a completar la entrevista y a realizar los test psicológicos necesarios para determinar estos extremos […] Lo que es conforme con la doctrina de esta Sala, pues en relación con este artículo 183 quater, decíamos en nuestra Sentencia 478/2019, de 14 de octubre de 2019, que "la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez" (STS 699/2020, de 16 de diciembre). […] La decisión del Tribunal Superior de Justicia es acertada, dada la gran diferencia de edad entre el acusado y Sonia.

La Audiencia condenó a ocho años de prisión. El TSJ apreció error vencible de prohibición y rebajó la pena a dos años. El TS inadmite el recurso. El razonamiento del TS nos parece cuestionable, en cuanto se hace depender la aplicación del art. 183 quater de la voluntad de

[54] Ponente: Lamela Díaz, Carmen

[55] Los hechos son los siguientes: Avelino, nacido en 1991, inició una relación sentimental con Remedios, nacida en 2003, en septiembre de 2015, cuando él contaba con veinticuatro años de edad y ella con doce años de edad, manteniendo desde su inicio relaciones sexuales con penetración vaginal, y conociendo Avelino, al menos desde septiembre de 2016, cuando Remedios. contaba con trece años, su edad, pese a lo cual siguieron manteniendo las relaciones sexuales, habiendo tenido como consecuencia de las mismas un hijo.

[56] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

[57] Se enfrenta a los siguientes hechos probados: El acusado, nacido en 1990, a principios del año 2018 inició una relación sentimental con Sonia., española de etnia gitana, nacida en 2004 con pleno conocimiento de que al inicio de esa relación la misma contaba con tan solo 13 años de edad. Durante el periodo de la relación de ambos que media entre el inicio de la misma y hasta el 27 de septiembre de 2018, no se ha acreditado que mantuvieran ningún tipo de relación sexual, ni que iniciaran una convivencia conjunta. Si está probado que, en tomo a las 14:30 horas del día 27 de septiembre de 2018, Sonia., que ya había cumplido el 21 de marzo los 14 años, tomó la decisión de no entrar en el domicilio de sus padres a la salida del colegio, marchándose con O. al domicilio de un amigo de éste, donde ambos, ya en la madrugada del día 28 de septiembre de 2018, con el pleno consentimiento de Sonia., mantuvieron una relación sexual completa, con penetración vaginal. […] El acusado conocía la edad de Sonia pero no sabía que mantener relaciones sexuales con ella cuando era menor de dieciséis años era delictivo, ya que no utilizó los medios a su alcance para informarse de ello.

someterse o no a la práctica o no del test psicológico, pese a que en el acto del juicio oral no se aprecia una dismetría clara entre el acusado y Sonia. ni física ni en grado de madurez.

En el caso abordado por el ATS nº 399/2022, de 17 de marzo[58] la relación sexual tiene lugar entre un varón de 28 años y una menor de 13[59]. Se declara que "el Tribunal Superior de Justicia, ratificando los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial, descartó la aplicación de la exención prevista en el primero de los artículos, además de por la evidente diferencia en edad (quince años), porque no se practicó prueba alguna en relación con el grado de madurez de ambos. […] También la respuesta dada por el Tribunal Superior de Justicia a propósito de la reclamada operatividad del art. 183 quater CP es acertada […] Ninguno de los dos requisitos concurre. Debe recordarse que, en el momento de suceder los hechos, el recurrente tenía 28 años, y la menor 13. Solo esa diferencia de edad impide la aplicación del precepto señalado".

El ATS nº 67/2016, de 21 de enero analiza un supuesto en el que en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años: "resulta evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista: "Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos "persona próxima por edad y madurez" no puede extenderse a supuestos como el presente [...]. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo".

2.5.2 Aplicación de la cláusula

En el caso Arandina se da por buena la aplicación de la cláusula en un supuesto en el que entre uno de los acusados de 19 años y la víctima de 15 se entendió que concurría similar madurez (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre[60]).

El ATS nº 655/2020, de 10 de septiembre[61] inadmite el recurso y con ello considera correcta la aplicación de la cláusula en un supuesto de relaciones entre un varón de 20 años con cierto

[58] Ponente: Hurtado Adrián, Ángel Luis

[59] Los hechos probados en síntesis son los siguientes: El acusado Rodrigo, quien contaba con 28 años de edad acudió con su prima lejana, Carmela, entonces con 13 años de edad, y una amiga de ésta, Custodia, a una casa que estaba vacía y de la que aquél disponía a cuyo lugar acudieron el acusado e Carmela., de mutuo acuerdo con la finalidad de mantener relaciones sexuales cuando, tras estar en la vivienda y estar hablando los tres durante un rato en una de las dependencias de la casa, el salón, Custodia. salió a una de las terrazas del inmueble, quedándose solos en la estancia el acusado e Carmela, y tras cerrar aquel la puerta y bajar la persiana, pidió a Carmela. que le hiciera una felación, a lo que ésta se negó e, insistiendo el acusado en tener sexo con ella, situó a Carmela. frente al sofá, colocándose el acusado detrás de ella y, tras bajar a Carmela. el pantalón y las bragas, intentó penetrarla analmente, desistiendo de ello en un primer momento al decirle la menor que le dolía, intentándolo de nuevo transcurrido un rato, consiguiendo penetrarla, al menos parcialmente, desistiendo de continuar al manifestar Carmela. que le dolía y que tenía miedo.

[60] Ponente: Magro Servet, Vicente

[61] Ponente: Magro Servet, Vicente

deterioro cognitivo y una chica de 15[62], integrados en la misma pandilla. El TS considera que:

"resulta procedente ratificar los razonamientos valorativos del Tribunal de apelación, que se sustentan, en buena parte, sobre la apreciación directa e inmediata de la prueba practicada ante el Tribunal de instancia, respecto no sólo de los miembros del grupo y de la menor Elsa., sino también respecto del propio acusado, cuyo deterioro cognitivo no les pasó desapercibido y quien se definió a sí mismo como "un poco niño", o inmaduro para su edad […] La jurisprudencia de esta Sala, a la hora de delimitar el alcance del artículo 183 quater del Código Penal, ha establecido una serie de pautas, recordando que su aplicación requiere la concurrencia conjunta de sus dos elementos, el dato objetivo de la edad del autor y la proximidad valorativa. […] "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente, cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso". […] A la vista de lo expuesto, resulta procedente respaldar los juicios valorativos del Tribunal Superior de Justicia. Pese que, ciertamente, hay una diferencia de edad sensible entre el acusado y la menor Elsa. tampoco era tan manifiesta como para que, de plano, resulte imposible hablar de un mismo nivel de desarrollo y madurez. Por el contrario, la prueba ha puesto de manifiesto que Paulino era, para el conjunto de los amigos de su grupo o pandilla, uno más, sin que albergasen nada más que una vaga y desvaída idea de que era mayor que la edad que parecía o decía tener, pero sin que se concretase en nada particular, lo que, en un entorno de desarrollo natural, hubiese sido evidentemente palpable".

La STS nº 626/2022, de 23 de junio[63] también aplica la cláusula pese a la diferencia de edad de siete años:

"en nuestro caso, en el momento de los hechos, D.ª Tomasa tenía quince años y dos meses. Por su parte el acusado contaba con veintidós años y cinco meses. Por tanto, la diferencia de edad entre ambos era de siete años. Ello no obstante, en el caso analizado, esta circunstancia no excluye definitivamente la posibilidad de aplicar la disposición contenida en el art. 183 quater CP, si tomamos en consideración los otros dos factores que se mencionan en el citado precepto: grado de desarrollo o madurez física y psicológica […] Las actuaciones revelan que el acusado, aun cuando ya era persona adulta, no dejaba de ser un joven no muy distante de la menor en inquietudes, madurez y desarrollo. […] Tomasa en el momento de los hechos tenía quince años y dos meses. Restaban diez meses para alcanzar los dieciséis años. Ella misma señaló en el juicio que siempre le había parecido mayor de lo que era y que desde que tenía trece años parecía una chica de veinte. Circunstancia que también puede comprobarse analizando las fotografías subidas por ella a las redes sociales en las que se presentaba como una chica de diecinueve años, el tipo de páginas a las que accedía, algunas de ellas en busca de nuevos contactos y el contenido de los mensajes que en ellas publicaba. Igualmente, sus amigas tenían algún año más que ella. En concreto, el día de los hechos, a la llegada del acusado, se encontraba acompañada de dos amigas de dieciséis y dieciocho años. Su novio tenía diecinueve años y, conforme se hace constar en el informe clínico de urgencias, mantenía habitualmente relaciones sexuales consentidas con su pareja utilizando preservativo. En el mismo sentido, el informe emitido por la Médico Forense indica que la última relación sexual consentida (incluyendo sexo oral de su pareja hacia ella) había sido el día 13 de julio de 2015. […] Junto

[62] Parte de los siguientes hechos probados: Paulino, nacido en 1996, inició una relación con la menor Elsa, nacida en 2002, sin que conste la antigüedad y duración de la misma, ni el pleno conocimiento por el procesado de la edad de la menor en esa fecha, que tenía 15 años, teniendo él 20. En la tarde del día 4 de marzo de 2017, la menor y el procesado estuvieron, en compañía de los amigos, en el parquey, tras estar un rato besándose, decidieron abandonar el grupo y el que el procesado propuso a Elsa mantener relaciones sexuales, a lo que ella se negó. En un momento dado, encontrándose ambos besándose, estando los dos de pie y apoyada la menor sobre el muro, el procesado, tras besarle el cuello, bajó a la menor sus pantalones y le introdujo uno o dos dedos en la vagina, invitando a la menor a que le masturbase, actos a los que la menor no manifestó oposición alguna. El procesado presenta un deterioro cognitivo importante y tenía, a la fecha de los hechos, un grado de desarrollo y de madurez semejante al de Elsa.

[63] Ponente: Lamela Díaz, Carmen

a ello, el hecho probado de la sentencia dictada por la Audiencia describe los actos y conductas de la denunciante y del acusado en momentos inmediatamente anteriores a los hechos objeto de reproche, de una forma que denota una mentalidad y madurez afín entre ambos. El modo de aproximación del acusado a la menor; el cortejo que mantuvieron al mismo nivel y en el transcurso del cual Tomasa, según ella misma refirió, le dio una oportunidad para conocerse ambos y para conquistarla. Este comportamiento, junto con el intercambio de mensajes y fotos entre ellos, son datos reveladores de un grado de madurez y de desarrollo psicológico del acusado no muy distante del de Tomasa. […] Todo ello nos lleva, conforme a la doctrina antes expuesta, a la aplicación de la cláusula de exclusión contemplada en el art. 183 quater CP.

En el supuesto analizado por el ATS nº 523/2021, de 17 de junio[64] la parte recurrente alega la indebida aplicación de la cláusula, partiendo de que en los hechos probados se declara que el acusado tenía 20 años y la menor 13 años cuando mantuvieron las relaciones sexuales. El TS también admite la aplicación de la clásula pese a la diferencia de siete años.[65]. Para el TS:

"el precepto obliga a tener en cuenta "el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso" […] Las alegaciones deben ser inadmitidas. […] porque en el relato de hechos probados se contienen todos los elementos que justifican la aplicación del artículo 183 quáter del Código Penal pues, a pesar de la diferencia de edad entre la menor y el acusado, no se apreciaba "asimetría entre aquéllos que impidiera una relación igualitaria, vislumbrándose por el contrario próximos en grado de desarrollo y madurez". […] Esta Sala debe ratificar dicho pronunciamiento por cuanto se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, hemos manifestado que "no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que lo ha combinado con la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y en la simetría de madurez entre ambos, y ello porque estos son factores no sujetos a reglas fijas, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración. En este sentido la referida Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: "Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurran entre autor y víctima".[…]

La STS nº 828/2021, de 29 de octubre admite la aplicación la cláusula de exclusión con diferencias de siete años. Se trata de un supuesto en el que la menor cuenta con 13 años y mantiene una relación sexual con dos jóvenes, uno de 20 años, y otro de 19. Para el TS:

la distancia entre las edades de la menor y los acusados no nos parece tan lejana como para dejar de apreciar el elemento de la proximidad, más si la ponemos en relación con el grado de madurez entre los tres intervinientes en los hechos […] cabe asumir que la madurez de la menor en lo físico y en lo psicológico no era muy distante de la de los acusados en lo que es el ámbito de las relaciones sexuales, que es en el que nos estamos moviendo; ya nos hemos referido al régimen de noviazgo entre la menor y Diego; pero también hay que tener en cuenta

[64] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

[65] Los hechos probados de la sentencia afirman, en síntesis, que Moises cuando contaba con 20 años de edad, mantuvo una relación sentimental de noviazgo con Rita. de entonces 13 años de edad, durante 6 meses. Relación iniciada a raíz de conocerse a través de amigos comunes en un parque al que el procesado acudía a jugar al fútbol. A lo largo de la relación sentimental referida, que era conocida y admitida por las familias de uno y otra, compartiendo también el procesado y Rita. amigos y ocio, mantuvieron en diversas ocasiones relaciones sexuales con penetración vaginal, sin que aparezca existiera por la diferencia de edad asimetría entre aquellos que impidiera una relación igualitaria, vislumbrándose por el contrario próximos en grado de desarrollo y madurez.

que, momentos antes de mantener la relación sexual con éste en que se centra el objeto de la presente causa, había mantenido relaciones sexuales completas con él; que, cuando las termina, Diego le pregunta si le importa que venga su primo Eladio y no se opone, que, incluso en relación con el momento en que tienen lugar los actos sexuales que se enjuician, la menor se sentó en la cama junto a Diego, quien la cogió de la mano y comenzó a besarla correspondiendo la menor a sus besos, que, a continuación, mantiene relaciones sexuales completas con Diego y su primo, y que, como complemento de esto, en el fundamento quinto de su sentencia, uno de los motivos que tuvo en cuenta la Audiencia para excluir la violencia y la intimidación, fue "la confesión de la menor, que admite que después de haber mantenido relación sexual con Diego, este le pidió permiso para llamar a su primo y ella consintió, deduciéndose por pura lógica que el objeto de la nueva presencia era para mantener también relaciones sexuales, lo que es entendido de esta misma manera hasta por el padre de la menor, como resulta de su declaración ante el instructor"; como también encontramos en el mismo fundamento, entre las consideraciones que se hacen en relación con los testimonios oídos en juicio, el relativo a la profesora de la menor que encontró a esta "madura", datos indicativos de un cierta experiencia en el ámbito de las relaciones sexuales, que permiten no descartar que la relación sexual de la menor con los dos acusados se encontraba tan próxima a la simetría en cuanto a edad, desarrollo y madurez física y psicológica, que hacen que nos decantemos por la aplicación de la cláusula de exclusión del art. 183 quater.

El ATS nº 138/2023, de 26 de enero[66] inadmite el recurso y considera correcta la aplicación de la cláusula ante una relación de una chica de 14 años y 8 meses y el acusado con 18 años recién cumplidos. Se considera que no hay desequilibrio o asimetría, apreciándose una proximidad de desarrollo y madurez, teniendo en cuenta que la presunta víctima mantendría ya relaciones afectivas propias de personas mayores de 16 años, acudiendo ambos el día de los hechos al recinto ferial dentro de un grupo de amigos, comprendidos entre su edad y la del acusado, e incluso mayor, en un ambiente desinhibido que relata la propia menor, lo que redundaría en la simetría apreciada[67].

2.6 La madurez

Para comprobar si es de apreciar o no la simetría, la evaluación del grado de madurez debe llevarse a cabo tanto respecto del menor como del joven.

Respecto del menor, para la Circular 1/2017, “los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las

[66] Ponente: Lamela Díaz, Carmen

[67] Para este auto “conviene traer a colación que la jurisprudencia de esta Sala sostiene que el artículo 183 quater del Código Penal "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre" (STS 13/2020, de 28 de enero), pero que, "sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios", sin que "se definan franjas de edad" (STS 478/2019, de 14 de octubre). Por último, la sentencia de esta Sala 1001/2016, de 18 de enero establece que "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente, cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso". […] En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos (STS 700/2020, de 16 de diciembre), cuya concurrencia, en el caso examinado, ha sido confirmada por ambas Salas sentenciadoras con solventes argumentos, que no se combaten por la parte recurrente”.

expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso".

Por lo que hace al joven, también para la Circular "frente a la definición centrada exclusivamente en la edad cronológica, surge la idea de la juventud como constructo sociológico orientado a la transición hacia la edad adulta que considera la diversidad de experiencias de una persona joven, la forma en que se ve afectada por las realidades sociales y la capacidad para hacerles frente. El país y el contexto también cobran su importancia. Tanto en los países en desarrollo como en los industrializados, el concepto de "jóvenes" varía de acuerdo a factores culturales y jurídicos, al tiempo que ha experimentado importantes cambios a lo largo del siglo XX".

Para calibrar la madurez también se tiene en cuenta el desarrollo psicosexual y la experiencia de vida, el desarrollo y la madurez sexual (ATS nº 452/2021, de 20 de mayo).

A los efectos de calibrar la madurez de los partícipes en la relación sexual podrá acordarse la correspondiente pericial psicológica.

Deberán calibrarse factores tales como "el contexto en el que tiene lugar la relación sexual, la forma en que se desarrolla, la presencia o no de patologías en el desarrollo intelectual del sujeto adulto, el modo de comportarse, anomalías en el comportamiento del menor, amistades compartidas, formas de diversión etc"[68].

La STS nº 798/2022, de 5 de octubre[69] analiza un supuesto en el que L., de nacionalidad ecuatoriana tenía alquilada una habitación a doña Susana. Esta señora residía en esa citada vivienda junto con sus dos hijas, siendo una de ellas Petra, la cual contaba con la edad de 13 años en aquellas fechas, conviviendo, por tanto, el procesado y todas ellas en el mismo domicilio. En aquella época, contando el procesado con la edad de 36 años, comenzó una relación con Petra. Durante el tiempo que duró esa relación fueron numerosos los actos sexuales completos realizados en dicho domicilio entre ambos. El TS, profundizando en el parámetro de la simetría de madurez, hace referencia a una tríada, integrada por tres variables: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje y considera que:

"no se trata de negar toda autonomía a las personas menores de 16 años en su esfera sexual, a prescindir de su evolución madurativa y del propio descubrimiento de la dimensión sexual de las relaciones personales. Sino de asegurarse que, atendido el contexto relacional, el consentimiento, al que se refiere el tipo del artículo 183 quáter CP, de la persona menor de 16 años que excluye la responsabilidad penal de la persona con la que mantenga relaciones sexuales es, en efecto, libre. Que se neutraliza todo riesgo de abuso, derivado precisamente del aprovechamiento del victimario de la edad para obtener el resultado de cosificación sexual buscado. […] El valor legitimante del consentimiento de la persona menor de 16 años que se contempla en el artículo 183 quáter CP reside, sobre todo, en que la persona con la que mantenga la relación sexual, por sus circunstancias vitales

[68] SÁNCHEZ DOMINGO op cit pag. 472. Para esta autora "uno de los criterios que pueden contribuir a dar mayor concreción a lo que es proximidad en desarrollo y madurez es la experiencia afectivo-sexual de ambos sujetos, así como el medio social y cultural en el que se desenvuelven los implicados"

[69] Ponente: Hernández García, Javier

de edad, grado de desarrollo y madurez, participa de parámetros valorativos similares, de experiencias evolutivas comunes. Excluyéndose todo atisbo de superioridad emocional o situacional que comprometa, hasta desfigurarlo o anularlo, la libertad de consentimiento de la persona menor de 16 años. […] Muy en especial de la necesaria correlación cumulativa entre edad, desarrollo y madurez de la persona menor de 16 años con quien, mayor de esa edad, mantenga relaciones sexuales. […] La fenomenología del abuso infantil identifica que, precisamente, la asimetría de edad constituye un factor decisivo que impide el ejercicio por parte del menor de una libre decisión y la conformación de una actividad sexual compartida con plena autonomía. […] Es cierto, no obstante, que en nuestro sistema penal no se fija una franja de edad en la que deba operar la cláusula de exclusión de la tipicidad del artículo 183 quáter CP -vid. al respecto, la regulación del Código Penal francés, introducida por la Ley 2021-478, de 21 de abril de 2021, en la que se establece en el artículo 222.31 que " *constituye igualmente violación todo acto de penetración ...cometido por un mayor sobre un menor de quince años o cometido sobre el mayor por el menor cuando la diferencia de edad entre el mayor y el menor es de, al menos, cinco años"*-. […] Pero es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez contenidas en el tipo obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales. […] En particular, la expresa mención a "desarrollo" que se contiene en el tipo sugiere con claridad la necesidad de aplicar una perspectiva evolutiva en el análisis que debe llevarse a cabo. […] Como es sabido, la categoría "desarrollo" viene integrada por tres variables: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje. El crecimiento significa el aumento de los elementos constitutivos de la personalidad, especialmente en su aspecto físico, la adición de algunos elementos más perfeccionados dentro del esquema general de desarrollo y de la progresión físico-biológica. La maduración identifica la capacidad adaptativa en términos graduales a nuevos modos y exigencias de acción y a los nuevos objetivos derivados del crecimiento que culmina con la edad adulta. Proceso de desarrollo que viene también configurado por el aprendizaje que implica la evolución del reflejo condicionado al pensamiento y que transcurre junto al proceso de maduración, marcado de manera individual por numerosas condiciones ambientales. […] Pues bien, a la hora de evaluar la proximidad madurativa a los efectos del artículo 183 quáter CP no puede prescindirse del desarrollo de cada una de las personas y de sus propias etapas de crecimiento que suscitan los nuevos objetivos adaptivos. Solo en condiciones de desarrollo próximas puede medirse relacionalmente el grado de madurez que presenta cada una de las personas concernidas. […] La sentencia recurrida no cuestiona que el Sr. Lucas tuviera rasgos de inmadurez personal, pero es obvio que ello no significa que su nivel se equipare al de una niña de trece años, aunque esta, a la luz de su desarrollo, pueda considerarse madura. Insistimos, para comparar y equiparar niveles de madurez no puede prescindirse de los respectivos grados de desarrollo alcanzados. […] En el caso, las experiencias vitales de uno y otro, marcadas por una diferencia de edad de 23 años, determinan un profundo diferencial en el desarrollo y, en esa medida, alejan toda expectativa de proximidad madurativa. […] No es asumible que una menor de trece años pueda ejercer plenamente su autonomía personal y sexual frente a una persona de treinta y seis años, padre de tres hijos, que decide entablar una relación personal y sexual con ella […] No nos cabe duda de que los elementos relacionales indican con toda claridad abuso en el acceso sexual -en la terminología propia de la ley aplicable-. Lo que excluye todo juego a la cláusula de atipicidad del artículo 183 quáter CP y, también, a la rebaja del reproche por la vía de la atenuante analógica pretendida. La marcadísima asimetría de los respectivos desarrollos vitales rompe toda conexión con el sentido y el fin de protección de la norma que puede servir de categoría de referencia. […] la clave de la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias reside en la identificación de datos objetivos que adquieran un significado o valor funcional equivalente a aquellos que sustentan la apreciación de las circunstancias típicas. La fórmula analógica de atenuación debe nutrirse del fundamento al que responde la atenuante típica a la luz, además, de las concretas condiciones de merecimiento de la persona acusada -vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre; 401/2022 de 22 de abril-. […] Lo que, en el caso, reiteramos, no concurre".

2.7 Bajo cociente intelectual del autor del delito

Aunque se tiene en cuenta el déficit cognitivo del joven (ATS nº 655/2020, de 10 de septiembre), este dato no siempre es relevante a efectos de apreciar la cláusula de simetría. El ATS nº 655/2020, de 10 de septiembre El ATS nº 452/2021, de 20 de mayo[70] descarta la aplicación de la cláusula pese al bajo cociente del autor:

[70] Ponente: Hernández García, Javier

"En primer lugar, por la notable diferencia de edad entre las partes que a la fecha de los hechos contaban con 23 años y 6 meses -el acusado- y con 14 años y 7 meses -la menor-. En definitiva, para la Sala de apelación, el acusado, aunque joven, hacía tiempo que había dejado atrás la adolescencia y estaba adentrándose en la edad adulta, y, en todo caso, concurría una diferencia cronológica de 9 años, muy superior a la que generalmente se estima como admisible a estos efectos. […] En segundo lugar, el Tribunal Superior descartaba que, como aducía el recurrente, debieran valorarse positivamente a estos efectos los resultados extraídos del informe pericial, relativos a su bajo cociente intelectual y la consiguiente estimación de una edad mental de 19 años y 4 meses, en tanto que, de un lado, también se apreció respecto de la víctima un nivel madurativo y un grado de desarrollo emocional inferior a su edad cronológica; y, de otro, porque lo requerido no es sólo una proximidad estrictamente cronológica, sino de desarrollo y madurez. […] Finalmente, se invocaba un factor adicional, como era que el desarrollo psicosexual y la experiencia de vida del acusado era incomparablemente superior al de la menor, toda vez que éste ya tenía un hijo de una relación anterior con una mujer 8 años mayor que él, además de mantener una relación simultánea con otra menor con la que tuvo otro hijo poco después de los hechos enjuiciados, mientras que la menor era virgen cuando consintió el acto sexual enjuiciado. Además, se dice, el acusado llevaba trabajando desde los 14 años, mientras que la perjudicada todavía cursaba Educación Secundaria. […] Con estos datos, la respuesta del Tribunal Superior es acertada. La jurisprudencia de esta Sala, a la hora de delimitar el alcance del artículo 183 quater del Código Penal, ha establecido una serie de pautas, recordando que su aplicación requiere la concurrencia conjunta de sus dos elementos, el dato objetivo de la edad del autor y la proximidad valorativa. […] En todo caso, se trata de una cláusula para cuya aplicación en la relación sexual de un mayor de edad con un menor de 16 años precisa que la edad del mayor sea próxima a la del menor, y que, también, ambos sean próximos en madurez; son, pues, dos requisitos cumulativos, que, de no concurrir ambos, descartan de raíz la aplicación de dicha cláusula de exención de responsabilidad penal (STS 700/2020, de 16 de diciembre). […] A la vista de lo expuesto, resulta procedente respaldar los juicios valorativos del Tribunal Superior de Justicia. Pese a que se hubiere constatado su bajo cociente intelectual, existía una diferencia de edad sensible entre el acusado y la menor, y, sobre todo, no concurría el segundo de los presupuestos legalmente exigidos por el art. 183 quater CP, pues, como se deja constancia, el acusado ha mantenido varias relaciones (una de ellas con una mujer de mayor edad que la suya) con las que ha tenido dos hijos, lo que evidencia un desarrollo y madurez sexual completamente alejados a los constatados respecto de la menor.

2.8. Aplicación de la cláusula como atenuante

2.8.1 El criterio de la Circular

La Circular 1/2017 admitió decididamente esta posibilidad, lógica, teniendo en cuenta que la simetría se presta a gradaciones. En sus conclusiones 5ª y 8ª establece que:

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

8ª Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

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

Las bondades de esta interpretación flexibilizadora afloran en alguna reflexión de nuestro TS: "la dicción del art. 183 quater es quizás 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

que, sin llegar a cumplir todos los requisitos de la norma, se aproximen a la situación allí contemplada" (STS nº 337/2018, de 5 de julio[71]).

También la doctrina ha apoyado la interpretación de la Circular[72].

2.8.2 Resoluciones del TS

La jurisprudencia también ha admitido esta posibilidad. En la STS nº 699/2020, de 16 de diciembre[73] se parte de un supuesto en el que en la instancia se había apreciado la atenuante analógica de consentimiento de la víctima en relación con el 183 quater CP, aplicando la pena inferior solo en un grado[74]. El TS estima el recurso para degradar la pena en dos grados. Se trata de una relación entre dos venezolanos, el varón de 18 y la menor de 13 años. Se considera que la diferencia de cinco años de edad entre el acusado y la menor no descarta la aplicación de la atenuante. Conforme al relato fáctico "los hechos tienen lugar en el contexto de una relación sentimental, lo que precisa de una cierta sintonía en términos de afectividad; es cierto que se da por probado que la menor no tenía capacidad para consentir relaciones sexuales y que la que nos ocupa fue su primera, pero también se dice que no se ha objetivado daño psíquico en ella, ni se han derivado secuelas de estos hechos, y esto no se debe aislar de ese contexto de afectividad en que tienen lugar la relación. Estas circunstancias nos permiten pensar que, si no tan cercana a la simetría en cuanto al grado de madurez como para apreciar la exención de responsabilidad penal, desde luego no era tan lejana como para no considerarla muy próxima, o, al menos, no contamos con elementos que nos hagan descartar tal alternativa que, por ser favorable al acusado". El TS considera que "hay datos en los hechos probados como para considerar que la relación entre el acusado y la menor era muy

[71] Ponente: Moral García, Antonio del

[72] SÁNCHEZ DOMINGO, Belén "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 480 "en la medida en que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado como es la proximidad en el grado de desarrollo y maduración, cabe considerar la aplicación como atenuante analógica incluso como muy cualificada".

[73] Ponente: Hurtado Adrián, Angel Luis

[74] Los hechos probados son, en síntesis los siguientes: Ambrosio , nacido en 1997 en Venezuela, en situación irregular en España inició una relación sentimental a finales del mes de diciembre de 2015 con Carina nacida en 2002. Sobre las 08:00 horas del día 28 de enero de 2016, Carina. en vez de ir a su centro escolar se vio con el encausado, con quien había quedado previamente, decidiendo ambos ir al domicilio de aquel donde pasaron la mañana hasta que en un momento dado se dirigieron al dormitorio, donde mantuvieron de mutuo acuerdo relaciones sexuales con penetración vaginal. En el momento de estos hechos, Ambrosio contaba con dieciocho años y cuatro meses de edad y Carina. con trece años y tres meses de edad, conociendo aquel la edad de la citada menor. En el momento de los hechos Carina. no tenía capacidad para consentir relaciones sexuales ni para valorar las consecuencias de la relación, siendo la referida su primera relación sexual. Ambrosio a las fecha de los hechos no presentaba trastorno alguno, habiendo mantenido relaciones sexuales con otras mujeres con anterioridad, no existiendo en el momento de los hechos y entre ellos, un equilibrio de madurez, desarrollo y capacidades a la hora de consentir aquel tipo de relaciones, existiendo una dismetría clara, con superioridad de Ambrosio sobre Carina. No se ha objetivado daño psíquico reactivo en Carina. ni se han derivado secuelas de los referidos hechos".

cercana a la simetría en cuanto a desarrollo y madurez, o, por lo menos, que no existían unas diferencias tan sustanciales como para no reducir la pena en dos grados"[75].

La STS nº 672/2022, de 1 de julio[76] también aborda la posibilidad de apreciar la cláusula del 183 quater como atenuante. Los hechos son los siguientes: Noelia contaba con 13 años y 5 meses, y Justino, con 24 años y 11 meses. Tuvieron una única relación sexual mediante penetración vaginal en el domicilio del propio acusado, sin que por su parte empleara violencia o intimidación. Noelia le contó a su madre que había mantenido la relación sexual con el encartado al estar preocupada porque pudiera estar embarazada o haber sido contagiada de una enfermedad de trasmisión sexual. La instancia apreció el 183 quater como atenuante analógica y rebajó la pena en un grado. El recurrente pretende la exclusión completa de la responsabilidad penal a tenor de la cláusula de simetría o la rebaja en dos grados. El TS rechaza la pretensión y considera que la apreciación como atenuante muy cualificada con rebaja en un grado ya es suficientemente generosa:

"La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima. […] la sentencia de apelación razona que entre el acusado y la menor "mediaba una diferencia de edad de 11 años y 7 meses, no se ha practicado prueba pericial que estudie la madurez pero el Tribunal a quo, y también esta Sala en la medida que permite la documentación videográfica del juicio, ha comprobado que la madurez del acusado concuerda con la edad biológica, y la menor al tiempo de su inicial exploración presentaba idéntico grado de desarrollo emocional, intelectivo y volitivo que en el plenario, ergo estaba en condiciones de comprender el alcance y trascendencia del acto que iba a realizar, y meditó sobre ello optando por mantener relaciones sexuales, consistiendo en todo momento y en cierto modo con iniciativa en la decisión. La Sala de instancia acudió al expediente de acoger como circunstancia atenuante analógica muy cualificada la relativa concurrencia de la situación prevista en el artículo 183 quáter, y para ello ponderó adecuadamente los datos con los que contaba; no cabe dotar de más intensidad exonerativa la relativa proximidad de edad y madurez entre víctima y victimario, con una barrera de casi doce años y una evaluación existencial lógicamente anticipada en el caso del Sr. Justino, quien trabajaba, hacía vida independiente y era padre de un niño, por tanto con responsabilidades disímiles a las propias de una persona de 13 años." […]

[75] Los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 14 de noviembre de 2018 son del siguiente tenor literal: " ÚNICO .- Son hechos probados y así se declara que Ambrosio , nacido el NUM001 de 1997 en Venezuela, en situación irregular en España, con NIE NUM002 , arraigo familiar y social y sin antecedentes penales, inició una relación sentimental a finales del mes de diciembre de 2015 con Carina. nacida el NUM003 de 2002.
Sobre las 08:00 horas del día 28 de enero de 2016, Carina. llegó desde su domicilio en el municipio de DIRECCION002 a DIRECCION003, donde cursa estudios, y en vez de ir a su centro escolar se vio con el encausado, con quien había quedado previamente, decidiendo ambos ir al domicilio de aquel en la CALLE000 nº NUM004, donde pasaron la mañana hasta que en un momento dado se dirigieron al dormitorio, donde mantuvieron de mutuo acuerdo relaciones sexuales con penetración vaginal.
En el momento de estos hechos, Ambrosio contaba con dieciocho años y cuatro meses de edad y Carina. con trece años y tres meses de edad, conociendo aquel la edad de la citada menor.
En el momento de los hechos Carina. no tenía capacidad para consentir relaciones sexuales ni para valorar las consecuencias de la relación, siendo la referida su primera relación sexual. Ambrosio a las fecha de los hechos no presentaba trastorno alguno, habiendo mantenido relaciones sexuales con otras mujeres con anterioridad, no existiendo en el momento de los hechos y entre ellos, un equilibrio de madurez, desarrollo y capacidades a la hora de consentir aquel tipo de relaciones, existiendo una dismetría clara, con superioridad de Ambrosio sobre Carina. No se ha objetivado daño psíquico reactivo en Carina. ni se han derivado secuelas de los referidos hechos".

[76] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

Siendo así, esa diferencia de edad constatada entre el acusado y la menor, 11 años y 7 meses, aquel 25 años recién cumplidos y ésta 13 años y 5 meses, no puede defenderse esa proximidad por edad o grado de desarrollo y madurez, requisitos necesarios para apreciar la exención prevista en el precepto y ello aunque fuese la menor la que propiciara la relación sexual. […] Ni tampoco resulta procedente la rebaja en dos grados de la pena que postula el recurrente. Si la apreciación de la atenuante analógica ya ha sido harta generosa al considerarla como muy cualificada, la pretensión de rebaja en dos grados resulta improcedente e injustificable a la vista de las circunstancias expuestas.

En el ATS nº 320/2022, de 24 de marzo[77] se parte de un supuesto en el que se aplicó una atenuante analógica simple. Se pretendía que se aplicara como muy cualificada y el TS lo rechaza. Se parte de los siguientes hechos: el acusado inició una relación sentimental con su sobrina Concepción. Teniendo el acusado 24 años y Concepción 14 años, mantuvieron una relación sexual consentida con penetración vaginal y anal en una casa abandonada. Concepción no había tenido con anterioridad relaciones de esta naturaleza. El acusado continuó manteniendo relaciones sexuales consentidas con penetración con Concepción de forma habitual hasta el 2 de mayo de 2017, fecha en la que la pareja fue sorprendida por un familiar cuando realizaba el mismo acto. El acusado presenta una inteligencia dentro de lo normal, aunque en el rango inferior (C.I. de 90). Es de carácter inocente y simple. Tiene una buena adaptación e integración en el medio social, con estructura sociofamiliar adecuada (amigos, pareja, trabajo, etc.). Tiene estudios hasta 2º de la ESO, ha trabajado en la construcción y en el campo y ha tenido otras parejas. La menor, que no había tenido relaciones sexuales con anterioridad, está integrada en su grupo de iguales, es consciente de la diferencia de edad con el acusado y presenta un factor de desprotección derivado de su personalidad ingenua y confiada. El Tribunal Superior de Justicia destaca que existía una diferencia cronológica de diez años, encontrándose Concepción. todavía en la etapa de adolescencia temprana y el acusado en la etapa de juventud plena; que, además, el desarrollo psicosexual y la experiencia de la vida del acusado eran muy superiores a los de la menor, si se tiene en cuenta que aquél había tenido ya relaciones de pareja anteriores y Concepción no, o que el acusado llevaba trabajando desde los catorce años, mientras la menor todavía era una escolar que se relacionaba principalmente con sus iguales de edad. También señala el Tribunal de apelación que, dado que las psicólogas que examinaron a Concepción tuvieron en cuenta su edad al emitir su informe, si hicieron constar la ingenuidad y confianza que observaron en la misma es porque esos rasgos eran superiores a lo esperable en la media de sus coetáneos.

El TSJ aprecia concurrencia de una atenuante analógica al artículo 183 quater del Código Penal, reduciendo la pena impuesta de cinco años a dos años y seis meses de prisión

Descarta el Tribunal Superior la aplicación de la citada atenuante como muy cualificada razonando que es necesario que esa especial intensidad de la atenuante resulte con claridad de los hechos probados, lo que en este caso no sucede; reiterando la excesiva asimetría de la relación, derivada de la importante diferencia de edad y de experiencia de la vida entre ambos.

Para el TS "la respuesta dada es conforme con la jurisprudencia de esta Sala […] el Código Penal, ni el anteriormente vigente ni el actual, definen qué se ha de entender por atenuante muy cualificada, […] se ha reiterado el criterio de que la atenuante muy cualificada es aquella

[77] Ponente: Hurtado Adrián, Ángel Luis

que alcanza una superior intensidad comparada con la normal o no cualificada, teniendo a tal fin en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes o circunstancias del hecho y cuántos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculpado. Y ese requisito no se advierte en el presente caso tal como ha quedado expuesto y se razona en la sentencia recurrida".

La STS nº 446/2022, de 5 de mayo[78] aunque confirmatoria de la sentencia de instancia considera que "ha apreciado la atenuante analógica cualificada en relación al art. 183 quáter -de forma harto generosa, dada la diferencia de edad entre el acusado Ernesto, nacido en 1994 y la menor Pilar, nacida en 2004, comenzando las relaciones sexuales cuando ésta tenía 14 años- teniendo en cuenta que ésta presenta un grado de desarrollo físico y psicológico que aconseja acomodar la entidad de la pena a dichas circunstancias y entiende que resulta adecuada la cualificación de la atenuante a la vista del grado de antijuricidad y culpabilidad apreciado, pero sin hacer referencia alguna al grado de desarrollo y madurez del acusado".

2.8.3 Especial referencia al caso Arandina

En la STS nº 930/2022, de 30 de noviembre (caso Arandina)[79] se plantea la aplicabilidad de la cláusula como atenuante muy cualificada para dos de los acusados: En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano, Jose Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Jose Manuel. En cuanto a Severiano, padeció [una enfermedad] en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica. Para el TSJ la valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en José Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7º CP con el carácter de muy cualificada en relación con el 183 quater.

El TS considera que no cabe aplicar la exención, dado que no concurren todos los requisitos y las edades son de 24 y 22 años en los condenados que distancia el arco diferencial de la edad en 9 y 7 años respectivamente. Muy por encima de los 5 años de edad.

Pero considera igualmente que no cabe la atenuación. Para el TS

"la pregunta que nos hacemos es si puede construirse una atenuante ex novo, porque así lo sería, bajo el apoyo de la citada Circular, pero sin cobertura legal habilitante que permita a los jueces aplicarla en los casos del nuevo art. 183 bis CP. […] Pero esta aplicación de la exención o de la atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión en favor o de la exención absoluta cuando concurran todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad. El texto penal no permite una opción intermedia. […] Así, la cuestión es si cabrían en este caso atenuantes analógicas cuando el legislador ha fijado de forma expresa en el art. 21.7 CP que solo lo son respecto a las circunstancias anteriores, y este precepto (art. 21.7 CP) no se refiere en nada al art. 31 quater CP, (Y podría haberlo hecho y al art. 183 bis CP; pero no fue decisión del

[78] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

[79] Ponente: Magro Servet, Vicente

legislador) y, además, hace mención a la expresión Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, la cual no es baladí, y que, aunque se comparta o no, es disposición legal que no admite interpretación en contrario. […] Pues lo mismo ocurre en este caso con el art. 183 bis CP, el cual solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación. Ni simple ni muy cualificada. […] Señala también la doctrina especializada que con relación a las expresiones "desarrollo", separado de "madurez", apunta a que la primera mención venga referida al aspecto puramente físico, mientras que la segunda se refiera al "estado en que se encuentre su proceso de progreso cognitivo y emocional. Debe considerarse, no solo las distintas diferencias de edad entre los involucrados en la actividad sexual de los menores, sino, también la proximidad y equilibrio (de desarrollo y madurez) que debe predicarse de los que realizan actos sexuales en dichas franjas de edad. El denominado "consentimiento libre" del menor no bastará para no castigar la conducta; por cuanto, debe darse esa "proximidad" entre el/la menor y el sujeto activo que exige la participación de periciales psicológicas y médicas que determinen dicho extremo. […] Con ello, en el presente caso no existe un "previo" soporte donde poder situarnos para permitir esa atenuación. Y no es posible construir "edificios atenuatorios" de responsabilidad sin una base estructural que permita llevarlo a cabo, por cuanto no es válido el argumento de que, si admitimos la exención del art. 183 quater en la inexistencia de culpabilidad, pero tampoco de antijuridicidad y, por ello, punibilidad, se puedan construir una especie de "espacios intermedios" sin soporte legal por atentar al principio de legalidad. Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya construido en ocasiones opciones que, más tarde, ha recogido el legislador, pero con una mínima base legal en la que "anclar" esta opción, que en este caso no existe. […] Por ello, en la actualidad, a falta de una mención legal en el art. 183 bis CP resulta imposible aplicar la atenuante ni como simple ni como muy cualificada por no ser la citada Circular, pese a su correcta explicación, un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar ex lege. […] También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal".

Entendemos desacertado el razonamiento por dos razones: primero, por desconocer la posibilidad de aplicar la analogía *iuris* para construir atenuantes analógicas y la admisibilidad de la analogía *in bonam partem*, sin merma del principio de legalidad; segundo por utilizar razonamientos antitéticos: tras afirmar la imposibilidad de aplicar la atenuante analógica por motivos de legalidad, sin solución de continuidad se afirma que podría llegar a plantearse en "relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja".

En el voto particular, el magistrado[80] discrepa de la solución de no admitir la cláusula de simetría como atenuante (las negritas son nuestras):

Una segunda discrepancia la muestro con la supresión que hace el voto mayoritario de la atenuante analógica del anterior art. 183 quáter, cuyo parangón sería el actual 183 bis, tras la reforma operada por LO 10/2022.
1. Dicho voto, a la hora de rechazar la aplicación de la atenuante analógica, que, con base en el art. 183 quáter , aprecia la sentencia recurrida, realiza determinadas consideraciones, en línea con la exposición que hace el M.F. en su recurso, del que, por otra parte, me sorprende que no siga las pautas de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del referido artículo, que sí contempla la posibilidad de tal atenuante, y que, además, ha sido tenida muy en cuenta por la sentencia recurrida para su apreciación.
De entre esas consideraciones destacaré dos, que me parecen determinantes para la conclusión final que mantiene: una, cuando argumenta que más compleja parece la posibilidad de apreciar una circunstancia de análoga significación conforme al art. 21.7ª CP, que el voto mayoritario acaba rechazando, porque entiende que no tiene «anclaje legal» , donde coloca la clave para su desestimación y, entre las reflexiones que hace al respecto, esgrime que no puede construirse una atenuante ex novo, porque carecería de cobertura legal habilitante, e invoca el art. 21.7 CP, que establece que, para aplicar una atenuante analógica, se refiere a «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores», de manera que, si solo dice «las

[80] Hurtado Adrián, Ángel Luis

anteriores», no cabe en él cualquier otra causa de atenuación de responsabilidad que se encuentre en otro articulado del CP, como sucede con el derogado el art. 183 quáter, actual 183 bis. […]

La sentencia recurrida que aquí nos ocupa, en su fundamento de derecho 13º, que parte de que ni en Severiano ni en Jose Manuel cabe apreciar lo que llama eximente del art. 183 quáter, pasa a las consideraciones para su aplicación como una eximente incompleta o una atenuante analógica cualificada, con el siguiente razonamiento: «Ello no obstante, en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 […] Continúa con una serie de consideraciones al respecto, tras las que acaba decantándose por aplicar la atenuante como muy cualificada, con el siguiente discurso: «Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos. Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en Jose Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quáter del Código Penal» .
El anterior discurso no difiere mucho del que hacíamos en nuestra STS 699/2020, y, por lo tanto, no debería habérsele puesto reproche alguno y mantener la atenuante apreciada en la sentencia recurrida.
2.3. Además, en el repaso por nuestra jurisprudencia, en el fundamento jurídico 136 de la STS 749/2022, de 13 de septiembre de 2022, recogiendo doctrina asentada en relación con la creación de circunstancias atenuantes por analogía decíamos como sigue:
«Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que **pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía**: a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y característica de las cinco restantes (hoy 6) del art. 21 del Código penal; b) En segundo lugar, **aquéllas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico Protegido; e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal**, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante cómo efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».
Y más en concreto, en favor de su apreciación como muy cualificada para los casos de delito de abuso sexual y en relación con el art. 183 quáter, en la STS 672/2022, de 1 de julio de 2022, se admitía expresamente. **[..]**
Por lo tanto, sí existen antecedentes de esta Sala manifestándose sobre la creación de una atenuante analógica, incluso como muy cualificada, a partir de la cláusula de exoneración del art. 183 quáter .
3.1. En relación con el argumento que, poniendo el acento en la «análoga significación que las anteriores», como dice el art. 21.7ª CP, mantiene el voto mayoritario que la referida circunstancia no tendría «anclaje legal», sino que sería construir una atenuante ex novo, que carecería de cobertura legal habilitante, tampoco lo considero obstáculo alguno para su apreciación.
[…]

3.3. Tampoco comparto que el art. 21.7 CP sea un obstáculo para aplicar por analogía, como atenuante/semieximente, el art. 183 quáter. Es cierto que no se trataría de una circunstancia de análoga significación a las demás que se encuentran el dicho art. 21, pero ello no es óbice que impida que la analogía, en la pura compresión que de su uso y sentido cabe hacer acudiendo al art. 4 del Código Civil, pueda entrar en juego. De hecho, así lo ha considerado este Tribunal en Sentencias como las más arriba mencionadas 672/2022 y 749/2022.
[…]

En todo caso, se comparta, o no, el anterior criterio, en mi opinión la cuestión ha de resolverse desde el alcance que a la analogía corresponde a partir de este art. 4 del Código Civil […] Este es el criterio que sigue la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 […] puesto que estos parámetros son difusos, o si se quiere, conceptos jurídicos indeterminados, el precisar con exactitud qué situaciones tienen cabida en el precepto, o no lo tienen, sobre todo si nos encontramos en situaciones limítrofes, no es fácil, sin olvidar que, **en atención a la rigidez con que se interprete la norma, puede depender de ello una absolución o una condena sin pasar por una zona intermedia, lo que, en mi opinión, podría generar roces con el principio de proporcionalidad, al que no debe ser ajeno el aplicador de la ley penal.**

[…] Si el art. 183 quáter contempla un caso de exención de responsabilidad penal, conectado con el consentimiento, no veo razón que impida extender a él, por razones de analogía, el mismo régimen de atenuación que para otras eximentes se establece en el art. 21.1ª CP; con más razón si se entiende que la dicción del propio artículo, cuando establece que el consentimiento del menor de 16 años «excluirá la responsabilidad penal», no impide apreciar zonas intermedias entre la total responsabilidad y la total exoneración de responsabilidad. **El que se niegue que tal proceso se pueda aplicar al 183 quáter, es negar la operatividad de la analogía a favor de reo en el ámbito penal, en contravención de lo dispuesto en el art. 4 de Código Civil**, porque, si el legislador ha previsto que, desde la definición de una eximente completa, quepa llegar a una incompleta, no veo razón que impida seguir el mismo criterio para conformar, a partir de la causa de exoneración del 183 quáter, una causa incompleta, y, si se quiere, una analógica a ella. […]

En resumen, si se reconoce la existencia de situaciones intermedias, como sucede en el caso, no es razonable que se les dé una respuesta penal extrema, como hace el voto mayoritario, sino que debería ser en ese marco intermedio, lo que es posible mediante la apreciación de la atenuante cualificada que, con buen criterio, aplica la sentencia recurrida. No operar así, lo considero incoherente, por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena, en relación con ese reproche intermedio que la propia mayoría admite que merece la conducta, cuando ello puede ser evitado conforme al principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad […]

3.6. No obstante ser la línea argumental del voto mayoritario, para no apreciar la atenuante, la expuesta, esto es, que no caben zonas intermedias, introduce ese párrafo de solo ocho líneas al finalizar, en apoyo de su tesis, que supone un cambio radical en su discurso, y que, si su razón de ser es para abundar en el rechazo de la atenuante, no veo su necesidad, y no acabo de entenderlo, cuando no le encuentro apoyo en el hecho probado. Lo transcribo:

«También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal». […] Y en esos hechos probados, tal como quedan, tras la redacción que les da el TSJ, básicos para la estimación de su recurso, tampoco encuentro vestigio alguno de relación sexual grupal; es más, se descarta la intimidación ambiental que tiene en cuenta sentencia de instancia, como también la participación de cada uno de los acusados en la relación sexual de los otros […] Pues bien, si la sentencia mayoritaria, además asumir la línea argumental de la recurrida, que descarta la intimidación ambiental, dice esto, no veo razón para que introduzca un pasaje como el que he reproducido en el párrafo segundo de este mismo apartado, a los efectos de descartar la atenuante con otro argumento, no ya porque fuera innecesario para incidir en su no concurrencia, cuando con anterioridad y en extensión lo había defendido con otro discurso, sino por la carga peyorativa que añade, que no debería haber introducido en contra de reo.

Y, si no fuera así, que se diga que la atenuante no sería de aplicación en un marco de orgía sexual como el que se describe en los hechos probados, no acabo de verlo, porque, como he expuesto más arriba, tal marco, del que se habla en una conversación del día 21, lo descarta el hecho probado, y si se considera que se produjo el día 24, cuando se cometen los hechos, debiera haber merecido alguna explicación por parte de mis compañeros, y en qué términos y circunstancias tuvo lugar.

Como tampoco entiendo que se diga que el escenario en que se producen los hechos fue cercano a una relación sexual grupal, cuando tal circunstancia se ha descartado y es algo que es difícil compatibilizar con algún otro pasaje, como el que reproduzco, traído del F.J. 1º 3, en que recojo argumentaciones que hay en la sentencia mayoritaria:

«Por otro lado, la circunstancia de que se trate de tres personas no determina por sí mismo la concurrencia de una persuasión coercitiva por el hecho de que se trate de una actuación sexual entre tres hombres y una mujer», pasando a explicar cuando un escenario de ese tipo permite hablar de tal tipo de persuasión, que descartan mis compañeros que se diera en el caso que nos ocupa, diciendo que «pero distinto es cuando de la prueba practicada

y de la propia declaración de la víctima en su entorno social se determina que esa actuación sexual ha sido realizada de modo voluntario, como así expone el TSJ de forma racional».
3.7. Por las consideraciones realizadas en el presente fundamento, entiendo que no debió suprimirse la atenuante analógica contemplada en la sentencia recurrida.

2.8.4 La reforma operada por LO 10/2022

Debe tenerse en cuenta que la reforma operada por LO 10/2022 introduce un tipo atenuado de delito contra la libertad sexual por razón de la menor entidad de la conducta en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

En concreto, el párrafo segundo del art. 181.2 CP establece que "en estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4".

El art. 181.4 enuncia los subtipos agravados.

Interpretando este precepto, la STS nº 967/2022, de 15 de diciembre[81] declara que "en estos casos, la nueva regulación contenida en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 10/2022, contiene una previsión específica para los casos de agresiones sexuales sobre personas menores de 16 años, que permite imponer la pena de prisión inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias previstas en el artículo 181.4. […] Esta previsión legal no existía con anterioridad a la reforma que se menciona, de manera que la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años estaba castigada como abuso sexual con la pena de 2 a 6 años (artículo 183.1 del CP). Por lo tanto, en principio, la nueva regulación debe considerarse más favorable, ya que introduce un distinto marco penológico de menor gravedad al permitir la reducción en un grado y por ello la imposición de una pena inferior a 2 años, mínimo legal previsto anteriormente. Conclusión que se alcanza tanto si se entiende que la nueva regulación incorpora una nueva posibilidad de individualización de la pena, como si se sostiene que introduce un subtipo atenuado, caracterizado por un elemento normativo consistente en la menor entidad del hecho, tal como esta Sala sostuvo generalmente en relación a las previsiones similares contenidas en el artículo 368.2 del CP […] En el caso, no media violencia o intimidación, ni se aprecia ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 181.4, no concurriendo por ello las causas de exclusión de la aplicación del nuevo subtipo atenuado".

Para la Circular 1/2023 "las circunstancias que deberán valorarse para la apreciación del subtipo privilegiado podrán ser, entre otras: el lugar donde se comete la agresión, considerando más graves las agresiones que se verifican en el domicilio de la víctima, centro docente o, en general, en aquellos que frecuente por ser en los que desarrolla su vida privada, profesional o escolar; los concretos medios comisivos empleados en la ejecución; la edad de la víctima; la previsible afectación para su desarrollo o las secuelas que el hecho

[81] Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

previsiblemente pueda ocasionar.” Continúa la Circular 1/2023: “parece acertado que entre la aplicación en toda su extensión del marco penológico contemplado en el art. 181.1 CP (dos a seis años de prisión) y la apreciación de la causa de exclusión de la responsabilidad del art. 183 bis CP puedan contemplarse situaciones intermedias en las que, a pesar de no concurrir la totalidad de las circunstancias exigidas por este último precepto que darían lugar a la atipicidad, subsista un fundamento atenuatorio”.

La Circular 1/2023 prescinde de analizar las relaciones entre este tipo atenuado del párrafo segundo del art. 181.2 CP y la cláusula del art. 183 bis CP. Aunque tampoco se pronuncia expresamente la Circular, no parece que el tipo atenuado pueda aplicarse cuando el acto sexual consista en acceso carnal, pues la tipificación de esta conducta se ubicara en el apartado tercero del art. 183 bis CP.

En nuestra opinión, el nuevo tipo puede sustituir la aplicación del art. 183 bis CP como atenuante cualificada, aunque por un lado solamente permitirá bajar la pena en un grado y por el otro no podrá ser aplicado cuando el acto sexual consista en acceso carnal. De ello deriva que la tesis de la Circular 1/2017 para respetar el principio de proporcionalidad mediante la posibilidad de aplicar la cláusula del art. 183 bis CP como atenuante muy cualificada sigue teniendo plena utilidad y vigencia. Es de desear que no se consolide la interpretación excluyente mantenida en la sentencia del caso Arandina.

2.9 Error

2.9.1 Error de tipo

2.9.1.1 Doctrina general

Para el TS el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de la conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS nº 1254/2005, de 18 de octubre).

Ahora bien, el TS ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. (STS nº 811/2022, de 13 de octubre).

2.9.1.2 En relación con los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores

El error de tipo invencible excluye la responsabilidad penal, y el vencible o evitable permitirá una condena por imprudencia, si cabe tal forma de comisión en relación con el delito cometido. En los delitos contra la libertad sexual de los menores no se contempla la modalidad imprudente, por lo que la consecuencia de su aplicación será una sentencia

absolutoria)[82]. Esta conclusión sobre la impunidad también es asumida por la doctrina[83], aunque *de lege ferenda* se propone su revisión[84].

Las pautas del TS pueden sintetizarse en: 1) el dolo de indiferencia sobre la edad se equipara al dolo eventual y descarta el error; 2) el error sobre la edad debe acreditarse; 3) las relaciones prolongadas apuntan a descartar la posibilidad de error sobre la edad; 4) el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo: éste se inserta en el juicio de tipicidad mientras que el error de prohibición se analiza en el juicio de culpabilidad.

Las relaciones entre el error de tipo y la cláusula de simetría fueron explicadas con claridad por la Circular 1/2017 que declara que "en definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 quater. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurran elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo".

Esta interpretación es acogida por la STS nº 460/2022, de 11 de mayo[85], que cita y reproduce literalmente la Circular.

---

[82] Como se expone en la Circular 1/2017 "la alegación del desconocimiento de la edad del sujeto pasivo suele presentarse, como argumento de defensa, en este tipo de infracciones. Dicho conocimiento equivocado o juicio falso puede constituir error de tipo (art. 14.1 CP). Es indiferente que sea vencible o invencible, "dado que el delito de abusos sexuales no contempla la modalidad culposa" (STS nº 183/2016, de 4 de marzo), por lo que el error vencible también genera como efecto la exención de responsabilidad penal".

[83] En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia en "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 291

[84] En este sentido se ha defendido "la necesidad de tipificar una modalidad imprudente, para evitar la impunidad en supuestos de error vencible sobre el consentimiento de la víctima o sobre su edad inferior a dieciséis años" LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio "¿Qué es una violación?" Diario El País, Tribuna de 24 de noviembre de 2018.

En el mismo sentido se ha escrito que "debe destacarse también como una carencia de la nueva regulación que no se haya previsto una disposición específica para poder castigar los casos de error vencible sobre la edad de la víctima como una modalidad imprudente del delito. En efecto, la falta de esta disposición hace que, en virtud de la regulación del error de tipo en el art. 14.1 CP, según la cual "el error vencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal" permite castigar la infracción, en su caso, como imprudente", los errores vencibles sobre la edad del menor queden impunes, al no existir un tipo imprudente de abuso sexual de menor. Ante lo insatisfactorio que resulta en muchos casos dejar impune la conducta de abuso sexual, especialmente en aquellos casos de error sobre la edad fácilmente vencible o de lo que se conoce como "ceguera ante los hechos", los tribunales pueden llegar a negar forzadamente la existencia de tal error o a extender incorrectamente el ámbito del dolo a situaciones donde no ha existido ni conocimiento ni previsión alguna por parte del autor sobre la edad" RAMOS TAPIA, M. Inmaculada "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores" coordinadora Carolina Villacampa Estiarte Thomson Reuters Aranzadi, 2015 pag. 117

[85] Ponente: Magro Servet, Vicente

Para el TS "el desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado" (SSTS nº 811/2022, de 13 de octubre; 672/2022, de 1 de julio).

La tendencia jurisprudencia de considerar que la prueba del error respecto de la edad de la víctima debe ser acreditada por quien la alega ha sido objeto de críticas doctrinales[86].
En el caso abordado por el ATS nº 399/2022, de 17 de marzo[87] la relación sexual tiene lugar entre un varón de 28 años y una menor de 13[88]. Para el TS, en relación con el error alegado la "indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito".

El ATS nº 850/2022, de 22 de septiembre[89] analiza una relación con una menor de doce años y declara que "el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición, sino como un error de tipo […] El error de tipo, por tanto, excluye el dolo y su prueba corresponde al que lo alega […] concurrían datos capaces de sustentar el pleno conocimiento del recurrente sobre la real edad de la menor a la fecha de los hechos […] No nos encontramos ante una relación esporádica […] los sujetos intervinientes no son desconocidos, sino que existe un conocimiento de las

[86] Desde algunos sectores se ha considerado que es "poco respetuosa con los principios constitucionales de presunción de inocencia y responsabilidad subjetiva, en cuanto que invierte la carga de la prueba del error de tipo al acusado, presume la existencia de dolo eventual ante la falta de prueba del error, acudiendo para ello a la vieja teoría de la indiferencia del dolo eventual, es decir, una presunción iuris tantum del dolo" OCÓN, Ana María y VALERO FERNÁNDEZ, Carmen Yolanda "Características procesales del delito de abuso sexual a menores. La declaración de la víctima como prueba preconstituida". La Ley Penal, Nº 157, Sección Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto 2022, Wolters Kluwer, ISBN-ISSN: 2254-903X

[87] Ponente: Hurtado Adrián, Ángel Luis

[88] Los hechos probados en síntesis son los siguientes: El acusado Rodrigo, quien contaba con 28 años de edad acudió con su prima lejana, Carmela, entonces con 13 años de edad, y una amiga de ésta, Custodia, a una casa que estaba vacía y de la que aquél disponía a cuyo lugar acudieron el acusado e Carmela., de mutuo acuerdo con la finalidad de mantener relaciones sexuales cuando, tras estar en la vivienda y estar hablando los tres durante un rato en una de las dependencias de la casa, el salón, Custodia. salió a una de las terrazas del inmueble, quedándose solos en la estancia el acusado e Carmela, y tras cerrar aquel la puerta y bajar la persiana, pidió a Carmela. que le hiciera una felación, a lo que ésta se negó e, insistiendo el acusado en tener sexo con ella, situó a Carmela. frente al sofá, colocándose el acusado detrás de ella y, tras bajar a Carmela. el pantalón y las bragas, intentó penetrarla analmente, desistiendo de ello en un primer momento al decirle la menor que le dolía, intentándolo de nuevo transcurrido un rato, consiguiendo penetrarla, al menos parcialmente, desistiendo de continuar al manifestar Carmela. que le dolía y que tenía miedo.

[89] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

diferentes circunstancias personales y familiares de ambos sujetos, activo y pasivo, de modo que no es creíble que se produjera en el sujeto agente la equivocación que se pretende sobre la edad de la menor. […] En todo caso, cabe significar que la Jurisprudencia viene sosteniendo que para excluir el error resulta suficiente con que pueda racionalmente inferirse que el sujeto agente tenía conciencia de una alta probabilidad de que concurriese el elemento típico. De modo que, para excluir el error de tipo, no se requiere la plena seguridad sobre la concurrencia de un hecho constitutivo de la infracción, sino que basta con que se tenga conciencia de la alta probabilidad de que dicho elemento concurra y pese a todo se opte consciente y voluntariamente por realizar la acción típica […] El error de que habla el art. 14 CP exige certeza, o quasi certeza: un conocimiento equivocado pero seguro. Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese error consciente; o, mejor, buscada situación de error. […] El no querer despejar sus serias dudas, equivale a la conocida como ignorancia deliberada. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuricidad de la conducta no sería error (STS 204/2021, de 4 de marzo).

En el caso resuelto por la STS nº 811/2022, de 13 de octubre[90] se alegaba por el recurrente el desconocimiento de que la niña tuviera 14 años. El TS asume el razonamiento de la instancia: no ha quedado probada la existencia de error de tipo, pues la menor siempre ha sostenido que el acusado sabía que tenía 14 años de edad, y en todo caso, el hecho de que Marí Trini viviera en casa de sus padres y fuera al instituto, que precisamente dejó por recomendación del acusado, le permitía conocer su minoría de edad, sin que exista dato alguno, salvo ese supuesto amigo que le dijo que Marí Trini tenía 19 años cuando se la presentó, que nos permita afirmar que el acusado desconocía su edad. […] Resulta totalmente increíble y va contra el sentido común que en el curso de una relación que duró más de un año y en la que se produjo incluso una interrupción de embarazo, el procesado ignorase por completo que su pareja tiene menos de 16 años. […]. En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 16 años. […]. Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del delito continuado de abuso sexual y corrupción de menores de 16 años, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual […] Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" […]

[90] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

En el mismo sentido, STS nº 672/2022, de 1 de julio:

2.9.2 Error de prohibición

2.9.2.1 Doctrina general

El error de prohibición puede ser invencible, lo que supone ausencia de culpabilidad y absolución y vencible, que genera sólo una (aunque importante) atenuación: en los casos de error vencible de prohibición, directo o indirecto, se impone la pena inferior en uno o dos grados, conforme al art. 14.3 CP.

La doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación (SSTS nº 17/2003, de 15 de enero, 755/2003 de 28 de mayo y 861/2004 de 28 de junio).

Se destaca la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible.

No basta con alegar la existencia del error, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre).

Así, "la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y habrá de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento" (STS nº 302/2003 de 27 de febrero).

Los parámetros principales que se desprenden de la jurisprudencia son: 1) no cabe extender el error a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida; 2) no habrá de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar; 3) no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error; 4) no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento; 5) basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social prohíben el comportamiento realizado; 6) deben tenerse en cuenta las circunstancias personales y el contexto sociocultural en el que se desarrolla la acción antijurídica; 7) el error sobre la significación antijurídica afecta al juicio de culpabilidad.

Se constituye como reverso de la conciencia de la antijuricidad, y se integra como elemento constitutivo de la culpabilidad, exigiendo que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente excluye o atenúa la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho. (SSTS nº 336/2009, de 2 de abril; 266/2012, de 3 de abril; 461/2020, de 17 de septiembre),

No habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS nº 1141/1997 de 14 de noviembre). Es decir, basta la conciencia potencial o la alta probabilidad de la antijuridicidad, sin que sea necesaria la conciencia real.

Para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia, razón por la que se requiere para la punición de la conducta antijurídica lo que se ha denominado doctrinalmente "conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza" (SSTS nº 411/2006, de 18 de abril, 1287/2003, de 10 de octubre).

La duda no permite aplicar la teoría del error, porque el autor del hecho llega a plantearse que lo que hace es ilícito, y pese a ello llega a hacerlo, lo que debe excluir la ignorancia de la antijuridicidad y, por ello, atrae la culpabilidad en el sujeto autor del hecho y convierte en ilícito su actuar, porque esencialmente lo es, aunque este dude de si lo es o no, pero se lo llega a representar como posible. La normalidad de su reacción ante la duda debería ser no actuar, en lugar de llegar a actuar, ya que si se plantea la opción alternativa de que su acción puede ser antijurídica se debe plantear que sea típica, y, por ello, que sea punible, por lo que se excluye aplicar en estos casos el error (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre)[91].

La jurisprudencia ha distinguido también si se trata de infracciones de carácter natural o formal (las acciones que los canonistas denominaban *mala in se*) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quia prohibita*). El error de prohibición podrá operar ordinariamente en los *mala quia prohibita*.

No cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS nº 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio). No cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas (STS nº 411/2006, de 18 de abril). Existirán supuestos, como el homicidio, el asesinato, delitos

[91] Ponente: Magro Servet, Vicente

contra la propiedad, etc, donde resulta inadecuado alegar este error por su absoluta inoperatividad ante la "evidencia" de un ilícito proceder en estos casos (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre[92]).

La STS nº 482/2007, 30 de mayo[93] realiza un esfuerzo de sistematización de los parámetros a tener en cuenta para evaluar la concurrencia o no del error de prohibición, y así enumera: 1) Las circunstancias objetivas del hecho y 2) Las circunstancias subjetivas del autor. En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar: 1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente. 2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento. 3.- Las posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. 4.- La naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo.

Al movernos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito. (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre[94]).

En los supuestos donde se puede aplicar, siempre en teoría, se exigirá una adecuada probanza por el autor de que era cierta, consistente y creible esta alegación, sin tener por qué exigirse que esta posibilidad se predique de personas de bajo nivel cultural sin más, ya que su apreciación se hará siempre teniendo en cuenta sus circunstancias y las del caso concreto, ya que en caso contrario solo los conocedores de la norma jurídica podría entenderse que podría ser sujetos activos del delito, además de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva", podríamos denominarlo (STS nº 930/2022, de 30 de noviembre[95]).

2.9.2.2 En relación con los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores

La invocación de la inaplicación de la cláusula del art. 183 quater viene habitualmente acompañada de invocación de error de prohibición.

Bajo la denominación de “error culturalmente condicionado” se ha defendido doctrinalmente que “es frecuente que algunos comportamientos sexuales sean realizados por la influencia de los factores socio culturales, y aunque el sujeto conoce las normas de la sociedad en la que está inserto, no obstante, la cultura a la que pertenece determina su actuación (pensemos en

[92] Ponente: Magro Servet, Vicente

[93] Ponente: Granados Pérez, Carlos

[94] Ponente: Magro Servet, Vicente

[95] Ponente: Magro Servet, Vicente

miembros de la raza gitana, u otras culturas conforme a las cuales es frecuente mantener relaciones sexuales a edades muy tempranas)[96]"

En relación con la acreditación del error la STS nº 322/2019, de 19 de junio[97] declara que "no basta con alegar la existencia del error. El error ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Cuando esta información se presenta como de fácil acceso, no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia […] Ello no supone un desplazamiento de la carga de la prueba sobre el imputado. Éste, en la medida que ya forma parte de la sociedad, deberá acreditar su auto exclusión, que desconoce de forma errónea e invencible aquello que es de común conocimiento por todos […]. Además, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error […]

Sobre la existencia del error de prohibición respecto de la ilicitud del acto sexual con menores, la STS nº 782/2016, de 19 de octubre[98] realiza unas reflexiones generales que consideramos de especial relevancia:

"la efectividad del mensaje imperativo de la norma penal exige dar por supuesta una presunción de racionalidad y no arbitrariedad, así como conectar su origen con la legitimidad del poder normativo de quien emana. Pero también exige admitir la existencia de un marco de excepcionalidad en el que tienen cabida supuestos en los que ese mensaje puede llegar distorsionado a un concreto destinatario o, incluso, neutralizado, siempre en atención a sus circunstancias personales y al contexto sociocultural en el que se desarrolla la acción antijurídica. La regulación de esos casos y la definición de sus efectos en el plano de la culpabilidad refuerzan la vigencia del mandato imperativo de la norma y le añaden dosis de legitimación, como consecuencia de la racionalidad y la humanidad del sistema jurídico. […] Reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal -más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorantia iuris non excusat- no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente. Se ha apuntado también que para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso representarse previamente la posible antijuridicidad del hecho que se va a ejecutar. Basta un saber implícito, actualizable sin dificultad para que pueda proclamarse un verdadero conocimiento de la significación antijurídica del hecho imputado. Desde otra perspectiva, la doctrina alude al conocimiento potencial de esa antijuridicidad que, de poder ser afirmado, nos situaría en el terreno de la vencibilidad, al ser reprochable su ausencia al propio autor.[…] Sea como fuere, lo que es evidente es que sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala -no sin críticas doctrinales que cuestionan el presupuesto de una moral compartida por todos los

[96] MONGE FERNÁNDEZ, Antonia en "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2002. Para esta autora estos supuestos entrarían dentro del error de prohibición indirecto, dado que el sujeto actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación.

[97] Ponente: Lamela Díaz, Carmen

[98] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

integrantes de la sociedad- ha llegado a proclamar la existencia de una presunción iuris tantum respecto de lo que denomina infracciones de carácter material o natural. También lo es que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, podría situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor. […]

constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación - error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible […]

la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo […]. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

La STS nº 798/2022, de 5 de octubre[99] también realiza pronunciamientos generales de especial interés:

la operatividad de dichas cláusulas viene marcada por presupuestos estrictos que acrediten que el déficit de cognoscibilidad no pueda reprocharse a una conducta descuidada o despreciativa del derecho por parte del destinatario de la norma prohibitiva. En efecto, si partimos de la función motivacional de la norma por la que esta debe servir para que el destinatario ajuste su conducta a los límites y prohibiciones que incorpora, deberá concluirse que no todo déficit de conocimiento adquiere relevancia penal.

Como principio general, debe partirse de la idea de que el derecho exige al autor imputable, que es capaz potencialmente de reconocer la antijuricidad, la ilicitud de la acción, su contradicción con el mandato normativo que la prohíbe, que también determine su voluntad conforme a este conocimiento posible. En consecuencia, el autor deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar

Para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento, habrá que estar, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo, a su formación, su nivel de sociabilidad en el entorno determinado donde actúa, con relación a lo que constituye la conducta prohibida. Dicho espacio suministrará los elementos principales para poder valorar si el desconocimiento de la ilicitud puede tener, o no, efectos disculpantes.

Tomando como base no solo la norma afectada sino también y, principalmente, el ámbito concreto en el que la persona se desenvuelve socialmente se puede distinguir cuándo el desconocimiento de la norma no es disculpable y cuándo es plausible, incluso, en personas motivables por el derecho.

Esta aproximación al contexto de lo cotidiano permite descubrir un primer nivel de cognoscibilidad. En este sentido, puede afirmarse, bajo criterios de experiencia general, que toda persona que forma parte de una sociedad

[99] Ponente: Hernández García, Javier

dispone de una "reserva de conocimientos" relativos a su mundo vital. Un saber caracterizado por su tendencial incuestionabilidad y que se presenta como necesario para que la persona pueda desenvolverse en sociedad.

Y aun cuando ese conocimiento de lo cotidiano permita fórmulas abiertas o incluso presente perfiles de indeterminación, la consecuencia que se deriva es que, como principio general, la ignorancia de los mandatos normativos que integran dicha cotidianidad no puede tener relevancia exculpante.

El error de prohibición disculpante solo actúa cuando el sujeto, en consideración a déficits de cognoscibilidad razonablemente explicados, no solo desconoce la antijuricidad de la conducta, sino cuando está convencido de que se ajusta a la norma. Cuando, como se contempla en alguna regulación próxima -vid. artículo 20 Código Penal suizo-, la persona dispusiese " *de razones bastantes"* para creer que su conducta estaba permitida. Lo que se traduce en una *representación falsa positiva*. Como afirmábamos en la STS 694/2021, de 15 de septiembre, el error supone " *un conocimiento equivocado, firme e indubitado de la juridicidad de la acción"*. Un " *conocimiento equivocado pero seguro",* precisába precisábamos en la STS 722/2020, de 30 de diciembre.

La Constitución pluralista es compatible con la exigencia razonable de deberes de atención, cuidado y diligencia. Que no se traducen, desde luego, en que la persona alcance o disponga de un determinado y exhaustivo grado de conocimiento de la norma. El estándar aplicable es mucho menos ambicioso. Lo que se exige es una conducta ajustada a la idea de prudencia.

Por tanto, para evaluar si una conducta debe, o no, ser reprochada o reprochada menos de lo que prevé la norma penal cuando el autor invoca que ignoraba su ilicitud no hay que estar tanto a si tenía, o no, una conciencia subjetiva de ilicitud. Debe atenderse, sobre todo, a si pudo conocer la ilicitud si se hubiera esforzado suficientemente en identificar las razones públicas que regulan el conflicto concreto.

Situaciones, rigurosamente acreditadas, de aislamiento socio-cultural o déficits significativos de las condiciones de previsibilidad, precisión y accesibilidad a dichas razones pueden explicar que la persona que infringe la norma prohibitiva no sea castigada o lo sea menos porque en las circunstancias concretas no le era exigible, o lo era en menor medida, ese deber de ajuste prudente.

Por tanto, no cualquier convicción personal ni cualquier representación conceptual de lo que establece una norma prohibitiva sirve para desplazar la sanción por su infracción. Insistimos, no basta en el simple no saber que la conducta realizada está prohibida.

La exención o la semiexención del reproche debe basarse en que el deber de ajuste consistente en recabar la información necesaria resultaba, en términos situacionales, inexigible o menos exigible que a otro ciudadano medio. Lo que explica que el autor creyera de manera fundada en la licitud de la conducta.

De ahí que la creencia errónea de actuar conforme a la norma a los efectos del artículo 14.3 CP no pueda confundirse con el error derivado de la indiferencia sobre si la actuación se ajusta o no a la norma o con la simple y desnuda convicción del sujeto activo de que la actuación "debe" ser conforme a la norma -vid. STS 256/2020, de 28 de enero, en la que se analiza un interesante supuesto en el que se reconoce error invencible sobre la ilicitud de la conducta. Además de proximidad de edad y madurez entre la menor y el acusado, estos mantenían un relación afectiva y sexual iniciada antes de la reforma operada en 2015. En este caso, la Sala consideró que el deber de ajuste no pasaba por una suerte de reelaboración de la previa situación a la luz de la entrada en vigor de la reforma legislativa que elevó la edad del consentimiento sexual a los 16 años-.

En el caso, y en los términos bien precisados en la sentencia recurrida, no identificamos que el hoy recurrente contara con buenas razones para estar convencido de que su conducta era lícita.

No lo es, desde luego, la invocación al origen nacional del recurrente y al hecho, según se afirma, de que en la República del Ecuador las relaciones sexuales se inicien a edades más tempranas que en España.

Sin perjuicio de la prudencia con la que siempre deben tratarse las presunciones de tipo cultural o antropológicas, no soportadas en sólidos elementos de prueba, tal dato en modo alguno supone que el potencial de reconocimiento exigible al Sr. Lucas venga delimitado y condicionado de forma exclusiva por los estándares y costumbres de dicho País.

Su experiencia vital se nutre no solo de elementos de autorreferencia grupal o de origen nacional sino de otros más generales y comúnmente compartidos.

Para la STS nº 482/2007, 30 de mayo “resulta inadmisible la invocación de error de prohibición, ya sea vencible o invencible, al referirse a un delito, como es el de abusos

sexuales con una niña de 11 años, cuya ilicitud resulta bien patente para la generalidad de las personas, máxime cuando se trata de un hombre de unos sesenta años de edad, que no padece anormalidad psíquica alguna, y que lo único que supo manifestar para justificar su conducta es que era acosado por la menor para mantener tales relaciones, lo que tampoco ha quedado acreditado".

El ATS nº 81/2022, de 13 de enero[100] analiza las relaciones entre un varón natural de República Dominicana de 28 años y una chica de 14, de etnia gitana, habiendo comenzado la relación (sin sexo) cuando tenía 13[101]. Para el TS "para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene por qué ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. […] El Tribunal Superior de Justicia aprecia el error de prohibición como vencible atendiendo al tiempo de residencia del acusado en España (pues contaba con 28 años y llevaba 20 o 21 años en España, en consecuencia había desarrollado la mayor parte de su vida en este país), por lo que podía conocer las normas de su país de residencia, siendo notoria la ilicitud de las conductas sexuales con menores en nuestro ámbito cultural. Se confirma por tanto la apreciación de error de prohibición en su modalidad de vencible".

La Audiencia condenó a ocho años de prisión. El TSJ apreció error vencible de prohibición y rebajó la pena a dos años. El TS inadmite el recurso.

En el ATS nº 470/2020, de 18 de junio[102] el TS rechaza el error:

> en cuanto al desconocimiento de la ilicitud de la conducta […] tampoco puede acogerse toda vez que del testimonio prestado por Juana.-al que se le otorgó plena credibilidad- quedó acreditado que el acusado le pidió que borrase todos los mensajes que hubiesen intercambiado y la bloqueó de la red social […] así como rehúso coger el teléfono al padre de la menor cuando éste trató de ponerse en contacto con él; actos que fueron valorados en ambas instancias como indicativos del conocimiento de la ilicitud del mantenimiento de relaciones sexuales con una menor que, al tiempo de los hechos, contaba con quince años de edad recién cumplidos […] penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración

[100] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

[101] Se enfrenta a los siguientes hechos probados: El acusado, nacido en 1990, a principios del año 2018 inició una relación sentimental con Sonia., española de etnia gitana, nacida en 2004 con pleno conocimiento de que al inicio de esa relación la misma contaba con tan solo 13 años de edad. Durante el periodo de la relación de ambos que media entre el inicio de la misma y hasta el 27 de septiembre de 2018, no se ha acreditado que mantuvieran ningún tipo de relación sexual, ni que iniciaran una convivencia conjunta. Si está probado que, en tomo a las 14:30 horas del día 27 de septiembre de 2018, Sonia., que ya había cumplido el 21 de marzo los 14 años, tomó la decisión de no entrar en el domicilio de sus padres a la salida del colegio, marchándose con O. al domicilio de un amigo de éste, donde ambos, ya en la madrugada del día 28 de septiembre de 2018, con el pleno consentimiento de Sonia., mantuvieron una relación sexual completa, con penetración vaginal. […] El acusado conocía la edad de Sonia pero no sabía que mantener relaciones sexuales con ella cuando era menor de dieciséis años era delictivo, ya que no utilizó los medios a su alcance para informarse de ello.

[102] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP. cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. […] debe señalarse con la STS 1070/2009, de 2 de noviembre, que en caso de colisión de normas ha de considerarse de aplicación preferente el art. 14.1 del Código Penal: el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo. Así ha de entenderse como consecuencia del lugar lógicamente prioritario que ocupa este elemento del delito, la tipicidad (en la llamada teoría del delito de la parte general del Derecho penal) respecto del otro elemento, la culpabilidad, donde se inserta el tema del error de prohibición. […] es claro que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y menores de edad cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general".

La STS nº 930/2022, de 30 de noviembre (caso Arandina)[103] contiene afirmaciones, en nuestra opinión, excesivamente terminantes y rígidas en relación con la posibilidad de apreciar error de prohibición en delitos contra la indemnidad sexual de menores:

"hay que incidir en la consolidada figura de la ilicitud del contacto sexual con menores de edad, y la constatación probada en la sentencia del conocimiento de que Hortensia era menor de 16 años, lo que ya ha quedado acreditado en la sentencia. Por ello, no puede hablarse de que en el recurrente existe un absoluto desconocimiento de que la acción está prohibida por el ordenamiento jurídico, ante la obviedad de conocimiento público de esta ilicitud de la conducta por la que aquí se ha condenado. […] En una cuestión tan evidente y obvia como se trata de relaciones sexuales con menores de 16 años hoy en día, no puede sostenerse, salvo que se acredite de manera cierta y probada un apartamiento absoluto de la realidad social y circunstancias personales constatadas pericialmente, lo que no es el caso, que determinen un alejamiento absoluto de un acusado respecto a las consideraciones y consecuencias de cualquier acto realizado en la vida real, que se desconozca la ilicitud de los actos sexuales con menores de 16 años. En el presente caso consta el conocimiento de la edad de la menor por parte del recurrente. Consta en el hecho probado 3º que: "Que estando solamente en el salón la menor Hortensia y los tres acusados, los cuales eran conocedores de su minoría de edad y en concreto que tenía quince años, alguno de ellos apagó todas las luces de la estancia, se desnudaron, ante lo cual Hortensia fue al baño, regresando con posterioridad y sentándose en una esquina del sofá." […] No existe acreditación suficiente de una desconexión ni relevante ni parcial de la realidad social por parte de los condenados por estos hechos que lleve a pensar que por un contexto de nacionalidad, cultural o desviaciones en la percepción pueda llegar a considerarse un posible error en la prohibición legal de la conducta del acceso sexual con menores de 16 años. Los autores sabían que se trataba de menor de edad, y conocían la ilegalidad de la conducta, pese a lo cual la asumen y ejecutan. […] Es obvia la existencia de una presunción iuris tantum muy arraigada: el conocimiento de la ilicitud de las «infracciones penales naturales», lo que se traduce en la constatación de que todos sabemos que la relación sexual con menores incapaces de autodeterminarse sexualmente está prohibida".

Para la STS nº 811/2022, de 13 de octubre, en relación con un nacional de Marruecos[104]:

el desconocimiento de la ilicitud de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años no puede ser aceptado. En el propio motivo se refiere que La Mudawa (Código de Familia marroquí) estipula que la edad para casarse es 18 años, y la construcción de un error de prohibición en estos delitos, en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas, máxime en abusos sexuales a menores, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión generalizada[105]. El penado

[103] Ponente: Magro Servet, Vicente

[104] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

[105] El procesado Jesus Miguel, nacional de Marruecos, con pasaporte número NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001-1991, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España, mantuvo desde el verano de 2016 hasta abril de 2018 una relación sentimental con Marí Trini, quien al inicio de la relación contaba catorce años de edad, en tanto que nacida el NUM002 de 2002. Durante la relación, el procesado, *movido*

era nacional de Marruecos, nacido en 1991 y en situación administrativa irregular en España, y mantuvo desde el verano de 2016 hasta abril de 2018 una relación sentimental con Marí Trini, quien al inicio de la relación contaba catorce años de edad. Durante la relación, el procesado, movido por el ánimo de satisfacer su deseo sexual y siendo conocedor de la edad de Marí Trini, mantuvo habitualmente relaciones sexuales plenas con esta, hasta el punto de que la menor quedó embarazada y hubo de practicársele un aborto el 12 de enero de 2018.

La STS nº 798/2022, de 5 de octubre[106] descarta el error de prohibición en un supuesto de acceso sexual a una persona de trece años de edad por parte de un varón de 36 años, padre de un hijo y de dos hijas, una de ellas de edad muy similar a la menor víctima de los hechos objeto de este proceso. Se alegaba su origen ecuatoriano, y que en dicha cultura las relaciones se iniciaban antes. El TS considera que:

"no tenemos ninguna razón para plantearnos que el acusado ante una manifiesta y desproporcionada diferencia de edad carecía de condiciones para despejar con prudencia si el derecho contemplaba como legítimo mantener relaciones sexuales plenas con una niña de trece años. […] Pero, además, situacionalmente, el Sr. Lucas dispuso de información significativa. La Sra. Graciela, en los términos que esta refirió en el plenario, ante actitudes y comportamientos observados, le advirtió directa y expresamente del riesgo que suponía mantener relaciones sexuales con una menor de corta edad como Petra. Advertencia que ni le hizo recabar información ni cesar en la propia relación. […] se mostró indiferente respecto a si mantener relaciones sexuales con una menor de trece años estaba permitido por la norma. Y esa indiferencia le priva, como apuntábamos, de razones bastantes para invocar error penalmente significativo en su conducta". […] El hoy recurrente, al tiempo de los hechos justiciables, llevaba residiendo en España 18 años, donde trabajaba y había mantenido distintas relaciones familiares. El Sr. Lucas reúne todos los indicadores de integración social, cultural y relacional comunes a cualquier otra persona, miembro de esta sociedad. No hay ninguna razón mínimamente atendible que permita considerar que el recurrente no participara de la esfera de lo socialmente cotidiano o que tuviera dificultades cognitivas o culturales para aprehender el especial valor que social y normativamente se otorga a la libertad e indemnidad sexual. En particular, de las personas menores de edad.

El ATS nº 260/2022, de 24 de febrero[107] en una relación entre un varón de 23 años y una niña de 13 declara que:

"el recurrente insiste en afirmar que actuó en la creencia de que su comportamiento no estaba prohibido y recuerda que la edad para la autodeterminación sexual, se elevó hasta los dieciséis años en el año 2015, apenas un año antes de suceder los hechos. Alega error invencible de prohibición. […] para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene por qué ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. […] Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta

por el ánimo de satisfacer su deseo sexual y siendo conocedor de la edad de Marí Trini, mantuvo habitualmente relaciones sexuales plenas con esta, hasta el punto de que la menor quedó embarazada y hubo de practicársele un aborto el 12 de enero de 2018.

II.- No ha quedado probado que dichas relaciones sexuales en ocasiones, sobre todo después del embarazo, fueran inconsentidas por la menor, ni las mismas se produjeran en un clima de dominio y violencia ambiental generada por el propio procesado

[106] Ponente: Hernández García, Javier

[107] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta. […] En el presente caso se apreció por la Audiencia Provincial error vencible. Esta decisión no ha sido impugnada, por lo que el debate se limita a determinar la aplicabilidad de un error invencible. La jurisprudencia señalada, aplicada al caso que nos ocupa, tal y como destacó la Sala de apelación al validar la decisión del Tribunal de enjuiciamiento, impide declarar probado que el comportamiento del recurrente estuviera presidido por un error invencible. […] No es apreciable el error invencible, dado que el recurrente tuvo la oportunidad de conocer la ley. La indisponibilidad de la libertad sexual de las menores de edad de 13 años es una norma de imperativo acatamiento cuyo contenido esencial es de general conocimiento y patente para la generalidad de las personas, siendo clara la ilicitud del trato sexual entre adultos, que aunque jóvenes, son capaces, y niñas de esa edad, cuya capacidad de discernimiento no se encuentra mínimamente formada, tal y como puso de manifiesto la perito psicóloga en el acto del juicio al indicar que los 13 años son una época de gran vulnerabilidad e inmadurez. […] De acuerdo con lo expuesto, debe convenirse con el Tribunal de apelación en que el comportamiento del recurrente no estuvo viciado por un error de prohibición invencible, sin que tal razonamiento pueda ser considerado como ilógico o arbitrario y, en consecuencia, sin que pueda ser objeto de tacha casacional en esta instancia".

Para la STS nº 58/2023, de 6 de febrero[108] "el error de prohibición también es descartable. Lo que se exige es un conocimiento genérico de la antijuricidad de la conducta; no su concreto encuadre legal o el castigo previsto. Que una persona de cincuenta y nueve años no está autorizada a mantener relaciones sexuales con una adolescente de catorce años prevaliéndose de sus relaciones familiares y la diferencia de edad es algo que cualquier persona integrada mínimamente en la sociedad española del siglo veintiuno conoce necesariamente. Por eso el acusado se ha resistido desde el principio a aceptarlo y se esforzó desde que fue señalado por otros familiares en hacer protestas de que no la había tocado. Esa actitud solo es compatible con el conocimiento de la ilicitud de su conducta, ilicitud que, como se ha dicho, es obvia para cualquiera.

2.10 Cuestiones de derecho transitorio: la antijuridicidad sobrevenida

La STS nº 1001/2016, de 18 de enero[109] se plantea la posibilidad de aplicar la cláusula de simetría con carácter retroactivo. No lo descarta, pero considera que debe tenerse en cuenta que está pensada para las edades de entre 13 y 16 años, pues es la subida de la edad de consentimiento la que justifica su introducción. En el caso objeto de análisis no la aplica, teniendo en cuenta la diferencia de edades: 11 años la menor y 20 el adulto[110]. Para la resolución, asumiendo los razonamientos de la instancia:

[108] Ponente: del Moral García

[109] Ponente: Saavedra Ruiz, Juan

[110] Los hechos probados son los siguientes: el acusado, Romualdo había finalizado una relación de noviazgo, en septiembre u octubre de 2012, con una joven que había llegado a vivir en el domicilio familiar mientras estudiaba. Hacia finales de diciembre de 2012 Gema, que por esas fechas había tenido la menarquia, comenzó a estrechar su relación con el acusado, que se mostraba más cariñoso hacia ella. En el curso de este enamoramiento, comenzaron los besos y las caricias, pues se tenían por novios. En fechas no determinadas hacia el mes de enero o febrero de 2013, el acusado le propuso tener relaciones sexuales a Gema que aceptó, y aprovechando que se encontraban

“la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio. A ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada. […] También hay que añadir otras circunstancias del caso, especialmente, […] que el acusado en el momento de los hechos acababa de finalizar una relación de dos años con una joven de su edad con la que convivía. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso”.

La STS nº 782/2016, de 19 de octubre contempla un caso de relaciones consentidas entre dos personas de 29 años y 14, respectivamente, considerando diferencia "abultada". Sin embargo, el TS tiene en cuenta que:

“el nacimiento de la relación es anterior a la reforma de la LO 1/2015 y se inicia en una fecha en que se situaba dentro del margen permitido por la legislación penal (mayor de 13). "Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Encarnacion sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad”.

3. Última jurisprudencia e incidencia de la reforma de 2021 en los tipos de pornografía infantil

3.1 Conceptos generales

La lucha contra la pornografía infantil ha sido decididamente impulsada desde el Derecho internacional y supranacional. Ello puede explicarse -además de la intensa reprochabilidad de estos ataques a la indemnidad de los menores- por el hecho de que como quiera que la

---

solos en el domicilio, se dirigieron al dormitorio de Romualdo y, tras ponerse un preservativo, mantuvieron relaciones sexuales por vía vaginal. Esto mismo se repitió en unas seis ocasiones, en parecidas circunstancias, lo que les parecía algo natural, pues no pensaban que estuvieran haciendo algo malo o que no fuera correcto.- En la exploración médica, Gema presenta una conformación de los genitales externos bien desarrollada, no muestra lesiones ni cicatrices en el área genital, el himen ha sido desflorado. El nivel intelectual es normal, no se aprecia sintomatología compatible con depresión o ansiedad, reacción a estrés agudo o trastorno de estrés postraumático, en el momento de la exploración no se apreciaban consecuencias psíquicas de la relación, pero no se descartaba la posible aparición futura de sintomatología en relación con estos hechos.- 6. El acusado Romualdo presenta dentro de la normalidad un nivel intelectual inferior a la media, inmadurez teniendo en cuenta su edad cronológica con pobreza de relaciones interpersonales, escasas áreas de interés, baja capacidad de elaboración y resonancia afectiva, pobreza de contenidos del pensamiento y afectos asociados, dificultad para la anticipación de consecuencias de sus actos y conciencia moral, autoestima precaria, dinámica familiar con ausencia de límites.-

difusión de este material tiene lugar fundamentalmente a través de internet, se trata de delitos que desbordan las fronteras de los estados.

El art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que "los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos".

El segundo protocolo de la Convención, el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil[111] establece en el art. 1 que "los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo".

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual[112] y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, han sido los posteriores hitos fundamentales en la materia.

Pese a ello, las cifras de criminalidad de los delitos relacionados con la pornografía infantil han experimentado un incremento ciertamente alarmante, en especial durante el confinamiento por la pandemia[113].

[111] Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000

[112] Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010)

[113] Vid. TAPIA BALLESTEROS, Patricia "La respuesta de la Unión Europea frente a los efectos de la pandemia de Covid-19 en el abuso sexual online a menores" La Ley Unión Europea, Nº 106, Septiembre 2022, LA LEY 7880/2022 "Un informe de Interpol puso de relieve el impacto de la Covid-19 en el abuso sexual de menores, tanto en la denominada red oscura como en la Clearnet, así como un incremento del intercambio de material relacionado con el abuso y la explotación sexual de menores mediante el uso de redes P2P, o el incremento de contenido viral compartido en redes sociales y aplicaciones de mensajería con estos contenidos. Así, un estudio realizado por Internet Watch Fundation publicado en noviembre de 2021, concluyó que el año 2020 fue un año record para esta organización ya que tomó medidas para eliminar un total de 153.350 contenidos en la red de abuso sexual, mientras que en el año 2011 se habían atendido 13.161. Si nos detenemos un instante en España, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020 se detecta un crecimiento de un 55% en los procesos judiciales de los delitos de online child grooming (p. 1005). En este contexto, el 24 de junio de 2020 se publicaba la Estrategia de la Unión Europea para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores (COM(2020) 607 final). Este documento es una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, cuyo objetivo principal es la configuración de un «marco de referencia para la acción de la UE en la lucha contra el abuso sexual de menores para el período 2020-2025» (p.1), en el que el uso de Internet y redes sociales tiene un papel destacado. La Estrategia parte de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Se considera que los Estados miembro no han traspuesto adecuadamente esta norma y, por ello, se insta a que se realice de manera urgente, al tiempo que se deben subsanar algunas lagunas legislativas".

La reforma de 2021 no afecta al concepto de pornografía infantil ni a los tipos básicos, limitándose a retocar varios de los subtipos agravados.

3.1.1 Bien jurídico protegido

Stuart Mill en su célebre defensa de la libertad publicada en 1859[114]. subrayó que esta no podía ser limitada so pretexto del propio bienestar del individuo[115], pero excluyendo a los menores: "esta doctrina no alcanza más que a los seres humanos que se hallen en la madurez de sus facultades. No hablamos de niños ni de jóvenes de ambos sexos que no hayan llegado al tope fijado por la ley para la mayoría de edad. Aquellos que están en edad de reclamar todavía los cuidados de otros, deben ser protegidos, tanto contra los demás, como contra ellos mismos".

Como pronunciamientos recientes sobre el bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores podemos destacar la STS nº 672/2022, de 1 de julio[116], que declara que (la negrita es nuestra):

"los tipos penales relacionados con la indemnidad y libertad sexual de menores de 16 años tratan de procurar la protección de éstos, que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por **actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de delitos** […] la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto. […] tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles. […] se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo iuris et de iure no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor **es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido**. […] Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones -u otra conducta relacionada con el ámbito sexual- toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, **se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser consideraba libre** y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste. […] En estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica".

[114] STUART MILL, John "Sobre la libertad" Aguilar Libros

[115] "Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano".

[116] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

El abordaje penal de la pornografía infantil debe partir de la idea de que los menores necesitan, por serlo, de una especial protección.

A la hora de especificar más, existe un intenso debate doctrinal en el que frente a autores que defienden que debe mantenerse la libertad sexual o la indemnidad sexual como bien jurídico protegido para todas las conductas tipificadas en el art. 189, otros impugnan abiertamente tal postulado, explorando otros bienes jurídicos subyacentes. Algunos autores otorgan un papel relevante al bien jurídico intimidad y propia imagen. Otros autores traen a primer plano la dignidad de la persona.

La doctrina norteamericana encuentra el bien jurídico protegido en la necesidad de proteger a las víctimas menores, que aún en el caso de los supuestos de incriminación de la mera posesión, se ven revictimizadas por quien utiliza el material obtenido para su satisfacción sexual en violación de sus derechos[117].

Tras la reforma operada en el CP por LO 11/1999 puede entenderse que la libertad y la indemnidad sexuales no son los únicos bienes jurídicos en juego, sino que también hay que tener especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.

En realidad, el art. 189 acuña varios tipos en los que se castigan distintas conductas que protegen diferentes bienes jurídicos.

Debe también partirse de la idea de que afirmar de un tipo que protege esencialmente un bien jurídico concreto no excluye la coexistencia de otros valores o intereses protegidos de carácter accesorio.

Pasando ya a analizar los tipos de pornografía infantil debe entenderse que en las modalidades delictivas de la letra a) del apartado 1 del art. 189 (utilización de menores para la producción de pornografía), el bien jurídico protegido será la libertad sexual (si el sujeto pasivo es mayor de 16 años y no consiente) o la indemnidad sexual (si el sujeto pasivo es menor de 16 años y si siendo mayor, se presta voluntariamente a la elaboración del material pornográfico). También se protegería la propia imagen del menor afectado y la dignidad de la infancia. Por tanto, en el primer tipo el bien jurídico principal sería la libertad o la indemnidad sexual de los concretos menores afectados.

En el tipo del art. 189.1 b) (distribución de pornografía infantil) no se puede asignar como bien jurídico la libertad/indemnidad sexual del o de los menores que aparecen en el material, pues el ataque a este bien ya se ha consumado[118]. Por tanto, el bien jurídico habría que identificarlo

---

[117] WOLAK, Janis; FINKELHOR, David and MITCHELL, Kimberly "Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study" 2005. Funded by the U.S. Congress Through a Grant to the National Center for Missing & Exploited Children®. www.oijj pag. 32

[118] En este sentido para MORILLAS FERNÁNDEZ, op. cit. pag 188 "el art. 189 engloba una serie de supuestos típicos que en unos casos por su confusa redacción y otros por la inclusión de tipos de dudosa legitimidad, no permiten tratar la figura de la pornografía infantil bajo una perspectiva de unidad de bienes jurídicos…esta figura delictual representa un delito pluriofensivo no circunscribiéndose su objeto tutelable a un único ámbito –la indemnidad sexual- sino que con él coexisten otros aplicables de forma subsidiaria o independiente. Piénsese en el supuesto de utilización de un menor de 10 años para la elaboración de material pornográfico…el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual relativa. Si un sujeto distinto interviene transmitiendo las fotos a un tercer sujeto que solo las va a poseer..la indemnidad sexual ya no es objeto tutelable"

con la indemnidad sexual de los menores en general, como tipo de peligro[119], y la dignidad de la infancia[120]. En un plano accesorio o secundario también habría de hacerse referencia al derecho a la propia imagen de los menores afectados[121].

El art. 189.5 CP tipifica la conducta del que *para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad.* Es el que la doctrina y la jurisprudencia llama "delito solitario" (vid. STS nº 1055/2009, de 3 de noviembre).

[119] Para CABRERA MARTÍN, op. cit. pag. 402 "la pornografía infantil puede constituir una poderosa forma de justificación de las conductas y preferencias pederastas, en la medida en que el intercambio de material de este tipo pone en contacto a personas que padecen este trastorno de la inclinación sexual, las retira del aislamiento y la marginación en la que hasta ahora habían tenido que vivir su tendencia y les hace creer que su inclinación constituye una opción sexual válida, con las consecuencias que ello puede acarrear al inhibir los frenos de cara a un posible paso al acto pederasta".

En esta línea FERNÁNDEZ TERUELO, op. cit. pag. 260 en relación con el apartado b del art. 189.1 ha mantenido que "lo que a mi juicio con este precepto se reprime es, en primer lugar, un peligro abstracto para el conjunto de los menores o cuando menos para aquellos que por encontrarse en determinadas situaciones sociales, económicas o geográficas, sean víctimas potenciales de este tipo de prácticas, en la medida en que como ya dijimos, el abastecimiento del mercado con estos materiales genera nuevas necesidades". Este autor también admite que "en segundo lugar, y ya respecto a los menores cuya imagen aparece recogida en los distintos soportes, existe una evidente lesión de su intimidad personal, en la medida en que se ponen a disposición de múltiples personas aspectos relativos a la imagen o intimidad sexual protegidos constitucionalmente y de un modo autónomo en el propio Código Penal (art. 197.5)"

[120] En contra, se ha considerado que "el legislador de 1999, pese a los excesos intervencionista y penalizadores detectados en determinados actos del Derecho Penal sexual, ha evitado incriminar comportamientos atentatorios contra bienes jurídicos de contenido mas espiritualizado referidos a valores supraindividuales. Así al permanecer fuera de lo típico la producción o difusión de pornografía infantil ficticia, cabe sostener que el bien jurídico protegido en estos delitos se vincula a la libertad sexual de los concretos menores utilizados para la producción del material pornográfico, sin que proceda acudir a valores genéricos referidos a la dignidad de la infancia o la moral sexual. Ello es así incluso en el nuevo tipo delictivo de posesión del referido material del segundo párrafo del art. 189.1, que ha sido perfilado con arreglo a una serie de límites que impiden una interpretación en clave de tutela de bienes jurídicos colectivos". TAMARIT SUMALLA, Josep Mª "La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Aranzadi, 2000 pag 69

[121] En este último sentido se ha alineado la STS nº 674/2010, de 5 de julio Ponente: Manuel Marchena "Conviene reparar, además, en que el bien jurídico protegido en supuestos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene mucha más relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores (arts. 18 CE, art. 4.1 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y 16 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y, en fin, a su dignidad constitucionalmente protegida (art. 10 CE), que a una indemnidad sexual que el mero consumidor de esas imágenes, no ha llegado a vulnerar".

Su tipificación tiene lugar en la reforma operada por LO 15/2003.[122] Pese a la polémica que tal novedad provocó, generando oposición a su tipificación en el trámite parlamentario[123], tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI, la Directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote optaron claramente por promover la punición de la posesión de pornografía infantil.

El tipo de posesión de pornografía infantil y el de acceso a la misma ya de forma clara, no puede tener como bien jurídico protegido la indemnidad sexual de menores individualmente considerados, pero si cabe identificar como tal la dignidad, la intimidad y la propia imagen del menor representado. Además, como bien jurídico supraindividual puede entenderse que se protege la indemnidad sexual de los menores en su conjunto, estructurándose como tipo de peligro, en cuanto la existencia de oferta genera el incremento de la demanda. Debe también subrayarse que se ataca igualmente la dignidad de la infancia en general[124]. Algunos autores añaden que a través de la adquisición y posesión de pornografía infantil se perpetúa el ataque sufrido por los menores y se contribuye al mantenimiento de estas prácticas[125].

En esta línea, la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado considera que estos tipos "a diferencia del tipo del art. 189.1 a) no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la

[122] Como se ha apuntado desde la perspectiva del Derecho comparado "no ha supuesto una primicia en el ámbito internacional en tanto gran parte de las legislaciones europeas e internacionales tipificaban con anterioridad en sus respectivos cuerpos normativos los nuevos tipos penales introducidos en el art. 189 del Código Penal español antes incluso de la aprobación de la referida Decisión Marco. A modo de ejemplo, cabe resaltar como la simple posesión de material pornográfico infantil fue incriminada en el Reino Unido, Canadá y Estados Unidos a finales de los años ochenta y principios de los 90" MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo "Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado" Cuadernos de política criminal segunda época 2004 nº 84 pag 32

[123] Tanto la enmienda nº 52 del PNV como la nº 108 del Grupo Socialista propusieron su supresión

[124] En la posesión de pornografía GIMBERNAT que ha defendido como bien jurídico protegido la dignidad de los menores de edad e incapaces en tanto el consumidor de material pornográfico "contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante industria que tiene por objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niños y niñas, pues aquella solo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores". GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Prólogo a la 5.a ed. del Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 18 a 20.

[125] Es sugerente el enfoque de GARCÍA VALDÉS que considera que "estamos ante un comportamiento estructuralmente semejante al clásico delito de receptación –que se comete por ejemplo cuando se compran objetos robados con conocimiento de su ilicitud de origen- ya que la razón por la cual esa conducta se considera punible reside, por una parte, en que el receptador ataca el mismo bien jurídico (la propiedad) que el delincuente originario, pues al adquirir la cosa sustraída perpetúa y agudiza la situación patrimonial antijurídica creada por el ladrón y por otra, en consideraciones de prevención general, ya que el perista supone un estímulo para que se cometan delitos contra la propiedad, en cuanto que –por acudir a un ejemplo característico-muchos robos de joyas no se cometerían si el autor no contara con que a posteriori iba a encontrar una persona que diese salida a las alhajas sustraidas. De la misma manera, el adquirente de pornografía infantil, por una parte y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas…perpetúa el ataque a la libertad y dignidad de los niños que han sido grabados previamente; y por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante "industria" que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquella sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores". GARCÍA VALDÉS, Carlos "Acerca del delito de pornografía infantil" Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004 pag 420

infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a conductas que pueden fomentar prácticas pedofílicas sobre menores concretos" [126].

El concepto que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica. Con las nuevas previsiones se abarcan estas modalidades, que generan mayores dificultades a la hora de aislar el bien jurídico protegido, en tanto no aparece ningún menor real representado. No obstante, cabe justificar la tipificación en que estas conductas "pueden constituir una provocación para la comisión de abusos sobre menores y una exaltación de las conductas pederastas"[127], en que banalizan y pueden contribuir a la aceptación de estas conductas y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto. En las audiencias del Senado norteamericano previas a la aprobación de la *Child Pornography Prevention Act* 1996 (CPPA) algunos expertos pusieron de manifiesto cómo la pornografía virtual generaba un incremento en la adicción sexual dirigida contra los niños. Por otro lado, también se ha alegado una razón práctica: muy pronto –ya es difícil- será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador[128]. Las derivaciones del *onus probandi* han sido fundamentales en algunos países a efectos de optar por criminalizar estas conductas. Por todo ello podemos considerar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro.

Para la Circular 2/2015, *sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015* "cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto".

La STS nº 395/2021, de 6 de mayo[129] aborda la cuestión del bien jurídico protegido y asume las ideas expuestas (la negrita es nuestra):

"una doctrina mayoritaria sostiene que *la libertad sexual* puede ser un bien jurídico concurrente, pero que **confluye con otros bienes jurídicos también subyacentes en la tipificación, tales como el derecho a la *intimidad,* el derecho a la *propia imagen o* el respeto a la *dignidad de la persona.*** Tesis acogida por nuestro legislador a partir de la reforma operada en el Código Penal por la LO 11/1999, que subrayó que con la *libertad sexual* confluía otro bien jurídico igualmente protegible, al acuñar el Titulo VIII del Libro II del Código Penal como de los "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual", añadiendo este último inciso a la redacción original del Código Penal de 1995. Y, en coherencia con ello, la exposición de motivos de la reforma reflejó que "la integridad sexual de los

[126]En el mismo sentido, *ad pedem litterae*, la SAP Madrid, sec. 6ª, nº 52/2010, de 3 de febrero Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier

[127] En este sentido, CABRERA MARTÍN, Myriam La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal" Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003 pag. 416

[128] BERGELT Kelley "Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?", Capital University Law Review 2003 culsnet.law.capital.edu/LawReview/BackIssues/31-3/Bergelt6.pdf pag. 587. El corolario es claro: *the statutes that have been enacted to protect children will be unenforceable because the risk of punishment has been substantially lowered if simulated child pornography is legal.184 Individuals could potentially escape criminal conviction because law enforcement will be unable to ascertain the difference between an actual or simulated child.*

[129] Ponente: Llarena Conde, Pablo

menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos". […] La indemnidad sexual se contempla como una manifestación de la dignidad de la persona y del derecho de todo ser humano al libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. […] Respecto de los menores, **la defensa de la indemnidad sexual comporta una campana de protección de mayor amplitud que un derecho a la libertad sexual que todavía no puede ejercerse de manera informada y autónoma**. El derecho a la indemnidad sexual se reconoce como la protección frente a cualquier actuación que pueda resultar abusiva e injustamente dañosa para la correcta formación del menor en su sexualidad, debiéndose ponderar el valor y alcance de esta protección desde el interés de la víctima y en consideración a los valores generalmente asumidos en una sociedad democrática […] la indemnidad sexual de los menores consiste en "su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente sobre el de la libertad sexual dado que, por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo como comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas". […] Pero tampoco aquí se agota la enumeración de los bienes jurídicos que el tipo penal protege. […] Recogiendo las posiciones doctrinales anteriormente expuestas, nuestra jurisprudencia no es extraña a identificar otros bienes jurídicos distintos de la libertad e indemnidad sexual. La STS 803/2010, de 30 de septiembre, destacaba: "no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos [los menores], cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considera, en cuanto a cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, sí sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias". Y respecto del derecho a la propia imagen, la STS 988/16, de 11 de enero de 2017, destacaba que el material pornográfico obtenido con la grabación de un menor es un "material apto para ser reproducido indefinidamente, en el que los menores eran víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad, y sumisión sexual, pudiesen ser reproducidas indefinidamente por y ante cualquiera". […] Si plasmamos el análisis de la tipicidad desde otros comportamientos que giran alrededor de la pornografía infantil, como sería la divulgación o el consumo de materiales de esta naturaleza, podemos identificar con mayor claridad **un bien jurídico de naturaleza plurisubjetiva y sustancialmente distinto de la *libertad sexual*, de la *indemnidad sexual del menor* o de su *propia imagen*, también afectados. Para estos supuestos, hemos apreciado como bien jurídico la necesidad de amparar *la seguridad y dignidad*** de la infancia en abstracto; un bien jurídico de contornos específicos que **justifica que el legislador adelante las barreras de protección y defina un delito de peligro que sanciona determinadas conductas que pueden fomentar prácticas pederastas sobre menores concretos** (STS 826/2017, de 14 de diciembre). […] En todo caso, esta protección más específica no se desvincula sin más del amparo de la *indemnidad* y resto de derechos de los menores pues, pues como reflejaba la STS 298/2007, de 10 de julio, "lo cierto es que el peligro ya se ha concretado o materializado en un menoscabo de la personalidad de los menores que han intervenido en las escenas de pornografía infantil grabadas previamente. Lo que realmente sucede es que se expande la punición de las conductas hasta los meros distribuidores del material pornográfico con el fin de disuadir mediante una mayor persecución delictiva". […] Hay sin embargo supuestos en los que la protección de la seguridad y dignidad de la infancia se potencia hasta casi desengancharse de una sincrónica protección de la *indemnidad sexual* u de otros bienes jurídicos de menores concretos, lo que se manifiesta claramente a partir de la reforma de esta categoría de delitos operada por LO 1/2015". […] el legislador incorpora dentro de esta definición aquella pornografía que doctrina y jurisprudencia designaban como "pornografía técnica", esto es, cuando el material que analizamos incorpora personas que son presentadas como menores, aparentando falsamente tener esa condición (apartado c). […] En estos supuestos en los que el material pornográfico no afecta realmente a un menor, las conductas típicas de producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, la venta, la difusión o la exhibición del material por cualquier medio (conducta prevista en el art. 189.1.b del Código Penal), no permiten identificar un quebranto ya consumado de los derechos a la *libertad sexual, la indemnidad sexual* o la *imagen* de unos menores inexistentes. **En estos supuestos, el tipo penal sólo puede contemplar la indemnidad sexual de manera potencial, configurándose como un delito de peligro en abstracto**; con la peculiaridad que la punición prevista por el legislador es la misma que la recogida para las conductas de plena lesión de la indemnidad sexual de los menores, esto es, de aquellos supuestos en los que el menor es efectivamente utilizado en espectáculos o en la elaboración de material pornográficos (art. 189.1.a del Código Penal). La equiparación punitiva entre el delito de

resultado y el delito de peligro, se justifica porque la condena de divulgar este tipo de material pornográfico, si bien previene conductas que podrían favorecer los abusos sexuales infantiles de futuro, hace frente a ataques directos del interés genérico y colectivo por proteger la *dignidad de la infancia*. […] Se concluye así que **no todas las conductas del tipo penal afectan a un mismo bien jurídico, ni lo hacen con la misma intensidad**. Pero ni siquiera cada categoría de comportamiento se somete necesariamente a una idéntica afectación de los bienes protegibles. […] los comportamientos descritos en el artículo 189.1.a) del Código Penal suponen un contacto del sujeto activo del delito con el proceso de elaboración del material pornográfico y con el menor corrompido, frente a las actuaciones previstas en el artículo 189.1. b), que se caracterizan por la conexión del sujeto activo con el material creado y por su desvinculación con el proceso de elaboración. […] De esta manera, comportamientos como la financiación o producción de la pornografía infantil, o su posterior venta, exhibición o distribución con una finalidad lucrativa, pueden ser subsumibles en ambas previsiones sancionadoras. Son las circunstancias del caso las que permiten establecer si el comportamiento o la participación del sujeto activo tuvo conexión con el proceso de elaboración del material y con el menor que los protagoniza, o exclusivamente se orientó a replicar o difundir obras ya creadas o que no afectan a menores reales. Es el supuesto concreto el que mostrará si la actuación del sujeto activo ofende principalmente a la libertad o indemnidad sexual de los menores o se ubique en un espacio en el que esa ofensa disminuye para acentuarse la protección del derecho a la imagen o el interés colectivo de proteger la dignidad de la infancia y evitar que puedan impulsarse futuras conductas de abuso.

3.1.2 Concepto de pornografía infantil: los desnudos

La Circular 2/2015 postuló "el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). Para deslindar el desnudo relevante penalmente del irrelevante habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor"[130].

Para la Circular "a tales efectos habrán de entender los Sres. Fiscales que los "fines principalmente sexuales" que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde […] Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el animus del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico".

El TS ha asumido esta tesis.

En este sentido podemos citar las siguientes resoluciones (las negritas son nuestras):

1) La STS nº 395/2021, de 6 de mayo[131] profundiza en la significación de los desnudos infantiles, considerando que la calificación como pornográficos se amplía respecto del mismo material en adultos. La resolución declara que:

---

[130] Para la Circular "A tales efectos habrán de entender los Sres. Fiscales que los "fines principalmente sexuales" que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde. […] Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el animus del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico".

[131] Ponente: Llarena Conde, Pablo

“ tiene razón el recurrente cuando argumenta que la imagen de un desnudo no puede ser considerada objetivamente material pornográfico si el descubrimiento del cuerpo no se acompaña de un añadido de imágenes obscenas o de situaciones impúdicas (SSTS 1342/2003 o 376/2006, de 8 de marzo). La pornografía se integra por obras que van más allá de reflejar el desnudo o de buscar despertar la sensualidad a partir del erotismo, caracterizándose por imágenes o representaciones que, a partir de una obscenidad o sordidez aceptada por cualquier observador imparcial conforme a los usos morales generalmente aceptados en el grupo social, se oriente directamente a satisfacer un instinto sexual. Y la definición de pornografía infantil proporcionada por el Consejo de Europa, refleja que se integra por cualquier material audiovisual que utiliza a niños en un contexto sexual.

Desde ambas consideraciones, la incorporación del derecho a la indemnidad sexual de los menores, al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección, supone constatar que **el espacio de representación gráfica de los menores que queda fuera de las formas socialmente toleradas de despertar el amor sensual, es mucho más amplio que el que es predicable de los adultos**. Cuando se contempla la obtención de imágenes de menores que puedan tener un cierto contenido sexual, se produce un corrimiento de las líneas que fijan las fronteras de entrada a la perversión sexual en el mundo de los adultos, tanto por el distinto umbral a partir del cual se ofende el pudor colectivo, como por la especial necesidad de proteger la dignidad presente y futura de los menores directamente afectados.

En tal sentido, **por más que la ingenua desnudez infantil no convierte en pornográfico al material fotográfico que la recoge, no puede predicarse lo mismo de imágenes que desbordan la simple carencia de ropa y que se afanan en recoger el detalle de los órganos genitales de los niños o su año, con clara fruición del significado sexual que tienen esos inusuales planos para las tendencias pedófilas**, esto es, para aquellos adultos que sienten atracción sexual hacia niños o adolescentes. Como hemos indicado en múltiples ocasiones, podemos considerar pornografía infantil aquello que sobrepasa los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, desde una interpretación acorde con la realidad social (SSTS 1058/2006; 739/2008 o 105/2009, entre otras).

2) El ATS nº 501/2022, de 7 de abril[132] asume que el carácter pornográfico del desnudo de un menor puede proceder de la intención con la que el autor del material operó.

“el Tribunal Superior de Justicia, en respuesta a las mismas alegaciones realizadas en el recurso de apelación señaló que la Audiencia Provincial no había incurrido en error de subsunción alguno y destacó: (i) que el concepto de pornografía se identifica con la presentación abierta y cruda del sexo, en lo que encajaba el envío de la fotografía de los pechos de la menor; y (ii) que **los hechos constituían elaboración de pornografía porque el acusado había intervenido en el proceso de creación y había recibido la fotografía con finalidad libidinosa.** […] Las consideraciones del Tribunal Superior son correctas y merecen refrendo en sede casacional. […] En el factum de la sentencia, a que no se atiene el recurrente, se indica que **el acusado mantuvo conversaciones sexuales con la menor, le solicitó fotografías desnuda o de contenido sexual y ésta le envió una fotografía de su torso desnudo a petición de aquél.** […] En este punto, debe recordarse que el artículo 189.1 del Código Penal describe lo que puede considerarse pornografía infantil. El contenido de las fotografías solicitadas y la recibida colma el concepto de "pornografía infantil", atendida la doctrina de esta Sala. A este respecto, la STS 240/2020, de 26 de mayo, con referencia a la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, recordaba que el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual" y, conforme a ello, la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones gravemente impúdicas. **Por lo tanto, la fotografía de los pechos de la menor constituye pornografía infantil.** […] Tal y como exponíamos en la STS 670/2019, de 15 de enero de 2020, en lo tocante a la consideración sustantiva del precepto, el artículo 189.1.a) del Código Penal sanciona: " El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas", previéndose como subtipo agravado aquellos supuestos en los que se utilice menores de 16 años (art. 189.2). […] En lo que a este procedimiento interesa, se trata de un delito cuya acción consiste en la creación o producción de material de pornografía infantil, diferenciándose en ello de la conducta prevista en el artículo 183.ter.2 (embaucar a un menor para obtener imágenes pornográficas de este), que se configura como una

[132] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

tentativa al delito previsto en el artículo 189.1, al hacer referencia al sexting, esto es, al envío de mensajes o fotografías propias reales o simuladas, para lograr del embaucado la remisión de material pornográfico o para que le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca el menor. […] Lo expuesto muestra la tipicidad de los hechos y la correcta calificación jurídica. Por más que la imagen en la que se asienta la condena fuera obtenida y facilitada con la complicidad de la menor, pues si se dio esta participación voluntaria fue precisamente por la actuación delictiva del recurrente que, quebrantando el derecho a la indemnidad sexual de una menor de 16 años, así como el adecuado respeto del derecho a su propia imagen en un periodo de su formación en el que no se perciben con claridad los perjuicios que pueden derivarse de la circulación incontrolada de determinado material sexual que le hace referencia, impulsó a Sonsoles. a realizarse la fotografía sexualmente explícita y le requirió para que se hiciera más en reiteradas ocasiones.

La intención de quien elaboró el material debe por tanto tenerse en cuenta a la hora de evaluar el carácter pornográfico de las imágenes cuando objetivamente puedan plantearse dudas[133].

3) Para la STS nº 881/2022, de 8 de noviembre[134] el relato fáctico es expresivo de la catalogación de las fotografías del menor como material incluido en la tipicidad del delito del apartado a) del número 1 del art. 189 del Código Penal. Dice el hecho probado que del disco duro del ordenador se extrajeron seis imágenes del menor desnudo, mostrando sus genitales... en las que aparece el menor con su pene en erección".

3.1.3 Distribución de material: los programas de intercambio

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda celebrado el 27 de octubre de 2009, acordó que:

Una vez establecido el tipo objetivo del artículo 189.1.b) del Código Penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos.

El ATS nº 1124/2021, de 18 de noviembre[135] desecha el error en cuanto a la difusión: "la Sala de apelación desechó la posibilidad de una remisión de los vídeos puramente fortuita, acudiendo al alto número de vídeos descargados y compartidos, así como el período durante el que se extendió esta actividad. Además, la existencia de la carpeta de almacenaje desvelaba que el acusado realmente, no eliminaba o borraba los archivos después de visionarlos, sino que los guardaba allí y los remitía a terceras personas"

[133] En este sentido, se ha defendido que "una fotografía en que aparezcan los órganos sexuales de un menor podría pasar por una escena natural o artística que perdería dicha condición si se descubre que el menor había mantenido conversaciones con un adulto y que éste le había dirigido para obtener precisamente esos archivos con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso. Por lo tanto, la consideración de pornografía infantil se desprende de la suma interpretativa de imagen más contexto". CALVO LÓPEZ, David "Los delitos de pornografía infantil. Actualización tras la reforma LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia". Centro de Estudios Jurídicos, 2022

[134] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés
[135] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

El ATS nº 1098/2021, de 14 de octubre[136] considera correcta la calificación de distribución:

[…]Tribunal Superior consideraba, en la línea apreciada por el Tribunal de instancia, que el acusado poseía conocimientos mínimos, aunque fuese sólo a nivel de usuario, de las características del programa " DIRECCION002". Así destacaba que en el registro se habían encontrado un ordenador de sobremesa, dos ordenadores portátiles, un dispositivo USB y 14 discos duros externos, además de los programas " DIRECCION002" y " DIRECCION004", similares ambos en sus prestaciones y posibilidades, y el denominado explorador DIRECCION003, que permite al acceso a la denominada "Deep Web", con lo que se consigue que la dirección de IP quede oculta. […] En tercer lugar, el Tribunal Superior se fijaba en la gran cantidad de material informático intervenido, que la agente mencionada anteriormente había calculado en varios miles de archivos. Así, en el histórico de descarga del programa DIRECCION002, costaban 3.513 archivos y subrayaba la Sala de apelación que, incluso, en el momento de producirse la intervención policial, el acusado estaba descargando un alto número de archivos. […] A partir de lo anterior, concluía el Tribunal Superior de Justicia que existían unos indicios suficientes para estimar concurrente el dolo, aunque fuese eventual, en la conducta del acusado. […] Los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia son concordes con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia humana. Resulta de común conocimiento entre los usuarios de ordenador que la característica principal de los programas " DIRECCION002" o " DIRECCION004", que las diferencia de otras, es posibilitar la descarga masiva de los archivos subidos a la aplicación. […] Por ello, resulta plausible estimar, por las propiedades de los dispositivos electrónicos incautados y de los programas instalados, que el acusado tenía los conocimientos necesarios para saber que la funcionalidad principal de los dos programas que se han citado es la de poder compartir a nivel global los archivos que se han subido a la aplicación y que cuanto más se suben y más se descargan mayor valoración obtiene el usuario y, con ello, mayor facilidad para seguir descargando otros archivos. En esta apreciación, recibe una especial relevancia, además, que el acusado dispusiese de una aplicación para encriptar y ocultar su IP. En definitiva, todo lo anterior permitía racionalmente estimar que el acusado, aunque no fuese un profesional de la informática, conocía a nivel de usuario las reglas de funcionamiento de los programas " DIRECCION002" y " DIRECCION004". […] En segundo lugar, el número de archivos descargados era copioso, con lo que forzosamente y sabiendo que la principal característica de este sistema es la posibilidad de que se compartan por los usuarios, el acusado tenía que ser consciente de la altísima probabilidad de que esos videos y películas de contenido pornográfico, con menores de edad, pudiesen ser descargados, a su vez, por terceras personas. […] Ambos razonamientos abocan a una misma conclusión. El acusado tenía que ser consciente y saber, por las propias circunstancias del programa y el nivel de descarga que él había alcanzado, la posibilidad en absoluto remota de que esos videos y películas de contenido pornográfico pudiesen difundirse a otros usuarios del programa.

Para el ATS nº 1022/2021, de 14 de octubre[137] es suficiente el dolo eventual para el delito del art. 189.1 b) CP "es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido" Pero no es correcto deducir tal conocimiento del mero uso del programa, sino que es preciso, en cada caso, establecer su existencia desde el análisis de las circunstancias acreditadas. La demostración del dolo exige algo más que la prueba del mero uso del programa:

En este sentido, ha señalado esta Sala que se ha de tener en cuenta el número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito. Y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito (STS 240/2020, de 26 de mayo, con mención de otras). […] Asimismo,

[136] Ponente: Hernández García, Javier

[137] Ponente: Palomo del Arco, Andrés

hemos dicho que no resulta necesario en una infracción de estas características, de acuerdo con la descripción legal de la misma, contenida en el precepto de referencia, cuando alude como forma de comisión del ilícito a la mera "facilitación de la difusión" que se alcance un resultado difusor, bastando con la mera posibilidad de que ello se produzca, dado que nos hallamos, en este caso, ante un delito de simple actividad que se colma y consume con la sola ejecución de actos que posibilitan la referida distribución de los contenidos pornográficos […] La decisión de la Sala de apelación merece ser refrendada. La prueba de cargo demostrativa de que el recurrente poseía el material pornográfico que le fue ocupado y que era conocedor de que con la utilización de los programas EMULE y UTORRENT no solo se descargaba el material pornográfico prohibido, sino que, al mismo tiempo lo estaba compartiendo, fue bastante y racionalmente valorada de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala. […] En efecto, el órgano de apelación llevó a cabo un análisis exhaustivo de los programas y aplicaciones descargadas por el recurrente y explica que el tipo de programas utilizados por éste son conocidos como "peer to peer" (P2P). En ellos el usuario se descarga unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios y ello le permite obtener otros archivos. De esta forma, cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos. El órgano de apelación concluyó, acertadamente, que el recurrente había actuado, por lo menos, con dolo eventual. Y llegó a esta conclusión, primero, por el tipo de programas que el recurrente utilizaba; segundo por el gran número de archivos descargados y por los tiempos de descargas; y tercero, por los años en los que venía utilizando los programas y la estructura informática intervenida.

3.1.4 Borrado de fotografías

La STS nº 881/2022, de 8 de noviembre[138] analiza un supuesto en el que el condenado por abusos sexuales a un menor accedía a las imágenes mediante comunicaciones a través del ordenador. Para el TS "se afirma en el hecho que las fotografías estaban borradas y que han sido obtenidas después de un análisis pericial realizado en el ordenador de su casa. El hecho de borrarlos, hemos de entender que fue inmediato a su captación, permite la duda sobre la tipicidad de la conducta pues la captación pudo realizarse en el curso de los hechos típicos del abuso -y así lo manifestó el menor víctima de los hechos- se realizaban a través de comunicaciones por el ordenador y su pantalla, duda que ha de favorecer al reo. Además ese borrado, es un acto contrario -entendemos que inmediato- que impide concretar el peligro de acuerdo a las finalidades típicas".

Distinto es el supuesto analizado por la STS nº 251/2022, de 17 de marzo[139]: "en el móvil no se encontró ninguno de los archivos fotográficos que se mencionan en la sentencia, esto es, ni las conversaciones ni fotos entrecruzadas con la menor, ni las otras seis fotografías de carácter sexual y pornográfico que se dicen en los hechos probado, sino que fueron recuperados por un programa informático utilizado por Especialistas del Departamento de Nuevas Tecnologías del Laboratorio de Criminalística de la Guardia Civil, de manera que, si partimos de la premisa de que ese material no estaba en el móvil, concluye el recurrente, no se puede condenar por un delito de tenencia de pornografía que no se tenía. […] Nos cuesta trabajo entender el discurso, porque, si lo que se pretende es una absolución porque no se tiene en un momento dado material pornográfico que se ha tenido en otro momento, no significa que no se tuviera, suficiente para colmar el tipo del art. 189.5 CP, que lo que precisa es que se posea pornografía infantil, que es lo que hizo el condenado durante el tiempo que estuvo en posesión de ella hasta que la hizo desaparecer".

3.2 Subtipos agravados

[138] Ponente: Martínez Arrieta, Andrés

[139] Ponente: Hurtado Adrián, Ángel Luis

3.2.1 Carácter particularmente degradante o vejatorio

La formulación de este subtipo en el art. 189.2 b) CP era la siguiente:

Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Tras la reforma de 2021 se introduce la siguiente redacción:

Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, se emplee violencia física o sexual para la obtención del material pornográfico o se representen escenas de violencia física o sexual.

Se refunden en un subtipo agravado los anteriores subtipos recogidos en las letras b) (cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio) y c) (cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual).

Además de refundirse los subtipos agravados se amplía su radio aplicativo pues el nuevo subtipo operará no solo cuando se representen escenas de violencia sino también cuando tal violencia se utilice para la obtención del material (aunque la violencia no aparezca en el material). Debe entenderse que esta última modalidad sólo operará respecto a los supuestos del art. 189.1 a) CP, pues la violencia la emplea quien produce el material.

La Circular 2/2015 defendía para ambos subtipos (hechos degradantes, representaciones violentas) la aplicabilidad "a los supuestos de difusión siempre que se acredite el dolo específico en relación con los concretos materiales degradantes difundidos y en tanto no se consolide otro criterio jurisprudencial opuesto".

La STS nº 132/2020, de 5 de mayo declara que "la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 189.3.b) del CP, no suscita ninguna dificultad en aquellos casos en los que quien divulga esas imágenes en la red capta con el dolo -directo o eventual- el carácter singularmente degradante que se añade a la vejación predicable de todo acto sexual con menores […] En el presente caso, no es fácil argumentar el desconocimiento del terrible impacto de esas imágenes cuando el autor había creado un grupo de distribución y asumido la condición de administrador, con facultades técnicas para excluir a todo aquel que no aportara escenas en la línea de dureza del grupo que se lidera".

El ATS nº 1124/2021, de 18 de noviembre[140] analiza un supuesto en el que se distribuyó un video donde aparecía una menor inmovilizada para impedir su resistencia, a la que se ataba con una cuerda por las muñecas y las rodillas, y a la que, con la cabeza boca abajo formando un ángulo recto con el sofá y presionando su cara contra el cojín del mismo, un adulto se sentaba sobre sus nalgas y la penetraba desde atrás, sin que ella pudiera moverse. A efectos de la aplicación del suptipo, para el TS el video "tiene un evidente contenido degradante y violento, como resulta de su propia descripción […] la escenificación de los vídeos denotaba

[140] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

el uso de violencia o fuerza física evidente, por lo que concluía que la apreciación del subtipo agravado del artículo 189. 2 c) del Código Penal era correcta"[141].

El descuido del Legislador de 2021 llega al punto de ignorar que ya existía un subtipo hiper agravado: el art. 189.3 CP disponía (y dispone) que *si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.*

Entendemos que será de aplicación preferente el tipo hiper agravado, conforme al principio de alternatividad.

3.2.2 Víctimas necesitadas de especial protección

La formulación de este subtipo en el art. 189.2 c) era la siguiente:

Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

Tras la reforma de 2021 se introduce la siguiente redacción:

Cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.

Entendemos que con la nueva formulación del subtipo, el mismo solo será de aplicación a los supuestos del art. 189.1 a) CP, pues se sustituye el inciso *cuando el material pornográfico represente…* por *cuando se utilice a personas…*

En efecto, parece que quien no ha intervenido en la elaboración del material no puede decirse que haya utilizado a las personas.

Por otro lado, con la nueva formulación parece que quedan fuera del subtipo las personas con discapacidad mayores de edad.

3.2.3 Responsables que se prevalen de superioridad

La formulación de este subtipo en el art. 189.2 g) era la siguiente:

Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

[141] Conforme a los hechos probados Al acusado Jesús Carlos, le fue intervenida el día de su detención, 21 de junio de 2016 el teléfono móvil marca Huawei modelo ascend 530 con número IMEI NUM005 con tarjeta de memoria Yoigo SD con número de serie NUM006, en la cual y tras su análisis pertinente, la policía en una carpeta denominada "Photo Rec recuperación de archivos", encontró un total de seis archivos fotográficos de carácter sexual y pornográfico en el que intervenían menores de edad".

Tras la reforma de 2021 se introduce la siguiente redacción:

Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, de la persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier persona que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

La novedad (además de la nueva terminología que sustituye al "menor" por "la persona menor de edad", se limita a ampliar la aplicabilidad del subtipo a las personas que convivan con el menor, sin que sea necesario que sean miembro de su familia[142].

Lógicamente el principio *non bis in idem* impide apreciar simultáneamente este subtipo y la disposición general del art. 192.2 CP (*los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior*).

3.2.4 Notoria importancia

En su redacción original el subtipo introducido por la LO 11/2003 y Ley Orgánica 5/2010, tenía la siguiente redacción: *cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico*.

La reforma operada por LO 1/2015, atendiendo a las críticas le dio una nueva formulación más simple: *cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia*[143].

Este subtipo, que no ha sido modificado, fue interpretado por la Circular 2/2015, que mantiene que "la exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino solo para los que difunden masivamente material"[144].

---

[142] Como apunta CALVO LÓPEZ op. cit. "respecto de la redacción anterior tan sólo nos encontramos una innecesaria precisión terminológica (sustituye el término "menor" por la fórmula "persona menor de edad") y además amplía el abanico de posibles sujetos activos al sustituir la expresión "o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él" por la nueva de "o se trate de cualquier persona que conviva con él" de forma que el autor que conviva con el menor no necesariamente tiene que ser familiar sino que perfectamente encajarían en el supuesto otras situaciones como la de un amigo de los padres que temporalmente haya sido alojado en la vivienda familiar y por tanto haya tenido una mayor facilidad de acceso al bien jurídico protegido" […] Entre estas figuras podemos incluir a profesores particulares, monitores de tiempo libre, referentes religiosos de la comunidad, canguros actuales e incluso quienes lo fueron en el pasado (pero que todavía mantienen lazos de confianza). En definitiva, todo aquel con autoridad moral susceptible de despertar en el menor un respeto reverencial, o que se encuentre en una posición que le permita una mayor accesibilidad sobre la víctima.

[143] El Legislador asumió las sugerencias del Consejo Fiscal en su Informe de fecha 8 de enero de 2013 que propone la supresión o bien la reformulación del anterior art. 189.3 c) CP: "…creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material) …".

[144] En este sentido se ha mantenido también que "no será posible su aplicación a simples poseedores ni a aquellos que incluso habiendo acumulado grandes cantidades de material pornográfico no han difundido masivamente

La STS nº 395/2021, de 6 de mayo[145] analiza este subtipo y considera que " […] la agravación de notoria importancia viene claramente relacionada (quizás no sólo, pero desde luego fundamentalmente) con la trascendencia o la relevancia cuantitativa del material obtenido".

3.3 Cuestiones relativas a la imputabilidad de los pedófilos

Se ocupa de esta cuestión *in extenso* la STS nº 478/2019, de 14 de octubre (la negrita es nuestra)[146]:

Resulta interesante destacar en este punto que, como señala la mejor doctrina, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su XXII edición, hace la distinción entre paidofilia, que sería la atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes, y pederastia que la define como el abuso sexual cometido con niños. Es decir, en un sentido lingüístico, la paidofilia es el deseo y la pederastia es el paso al acto.

Se añade doctrinalmente que desde la ciencia médica, la Clasificación de la OMS, CIE-10, incluye la **paidofilia dentro del grupo de los trastornos de la inclinación sexual y la describe como la preferencia sexual por niños en edad prepuberal**, y señala que algunas de las personas afectadas por este trastorno pueden sentirse atraídos solo por chicas, otros solo por chicos y otros están interesados en ambos sexos. La paidofilia es poco frecuente en mujeres, y los varones que abusan de sus hijos pueden también abusar de otros niños.

La clasificación DSM-IV, elaborada por la Academia Americana de Psiquiatría, incluye el trastorno dentro del grupo de las parafilias y modifica la terminología al denominarla pedofilia y va más allá de la simple descripción y establece unos criterios diagnósticos; tales son:

a) El mantener, durante un período de al menos 6 meses, fantasías sexuales recurrentes y excitantes, impulsos o comportamientos que impliquen una actividad sexual con niños prepúberes de 13 años o menos.

b) Dichas fantasías, impulsos o comportamientos provocarían un malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral u otras áreas de la actividad del individuo.

c) La persona tiene al menos 16 años y al menos 5 años más que la víctima.

[…]

habrá que recurrir a las periciales, como aquí ha hecho el Tribunal, para valorar y ponderar la concurrencia de una conjunción de ese trastorno de contenido sexual, para valorar si afecta de modo profundo o leve a la conciencia y voluntad del sujeto. Porque **es obvio, sin más, que este trastorno, evidentemente, se tiene cuando se llevan a cabo este tipo de conductas, porque su anormalidad es lo que lleva a decir que es un trastorno sin más. Pero la anormalidad del acto no puede llevar consigo sin más una disminución de la pena.**

[…]

En la sentencia de esta Sala de 16 de Julio de 1991 se ha asociado la parafilia a las perversiones sexuales. E incluso se ha llegado a puntualizar que la circunstancia de que un sujeto sufra parafilia no significa que ya, de

dicho material". MORENO ACEVEDO, Rosario "Los delitos de pornografía infantil" Universidad Pablo de Olavide Facultad de Derecho Departamento Derecho Público Sevilla, 2021

[145] Ponente: Llarena Conde, Pablo
[146] Ponente: Magro Servet, Vicente

por sí, pueda y deba quedar afectada su imputabilidad, pues parece existir acuerdo sobre la capacidad de estos sujetos para comprender y entender la gravedad de los actos que realizan, y también para conocer las normas sociales y legales prohibidas.

[…]

Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la ley penal -concretamente, aquellos de los que el procesado ha sido declarado autor- apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y **no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad**. Las perversiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, **sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectiva y volitiva** del sujeto -S 8 Mar. 1995- y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación - SS 24 Dic. 1991 y 22 Abr. 1993- **o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurran con circunstancias excepcionales** -S 6 Nov. 1993- que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. **Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna**, porque el mismo no es mayor que el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad -y éste es el caso de la análoga a la eximente incompleta de enajenación mental- es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se les imputan".

Esta Sala del Tribunal Supremo ha reconocido la afectación a la imputabilidad de la parafilia por la vía del art. 21.1 CP en aquellos supuestos en los que el afectado, además de tener un trastorno de inclinación sexual padece otros trastornos psíquicos relevantes, u otros factores que acentuaban la misma y erosionaban de forma significativa la voluntad del sujeto, lo que implicaba, a su vez, una disminución importante de las capacidades del sujeto que no anulación de las mismas.

[…]

Por todo ello, la doctrina concluye que las parafilias constituyen enfermedades mentales que no siempre afectan a las facultades psíquicas del sujeto, y si lo hacen será la intensidad de esa afectación la que determina la disminución de la imputabilidad en la persona que lo padece. Y así, en este caso está suficientemente reconocida esa afectación en la determinación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal con la que ha sido reconocida, siendo imposible, tras lo expuesto, elevarlo a la pretendida eximente completa.

El ATS nº 1215/2021, de 16 de diciembre[147] analiza un supuesto en el que el condenado contacta con una menor y consigue que esta le envíe no menos de dieciséis fotos de ella totalmente desnuda mostrando los pechos y genitales y vídeos con el mismo contenido. El acusado es persona de una baja inteligencia cercana al límite de la debilidad mental, tiene reconocido un grado de disminución del 33% por el departamento de Benestar Social i Família. Su disminución no le impide comprender el alcance de sus actos y actuar conforme a esa comprensión. Se condenaba a Cesar pero se le aplica atenuante analógica de trastorno psíquico. La cuestión que se plantea es la de la imputabilidad. Para el TS (la negrita es nuestra):

El órgano de apelación llevó a cabo un análisis exhaustivo de la prueba practicada para analizar si quedaba acreditada la afectación psíquica que le hubiera podido impedir al recurrente la comprensión de la ilicitud de su actuación. […] Así, recoge la sentencia de apelación, por la defensa se aportó un informe pericial psicológico. Este informe se elaboró tras la práctica de algunos tests al recurrente (entre ello el test Wais IV) y que arrojaron

[147] Ponente: Palomo del Arco, Andrés

como resultado que éste tenía baja inteligencia, fijando su coeficiente intelectual en 80. Se concluía que el recurrente tiene una baja inteligencia, pero no llega a tener una debilidad o retraso mental. […] El órgano de segunda instancia continuaba analizando que **la prueba pericial psicológica no es una pericial médica que pueda determinar un diagnóstico de enfermedad mental**. Para ello, hubiera sido necesaria la práctica de una pericial médico forense y, concretamente, de un especialista en psiquiatría. Sin embargo, esta prueba no se practicó. Ni siquiera se aportaron informes médicos previos del recurrente que pudieran acreditar, documentalmente, su estado mental. Además, continuó razonando el órgano de apelación, **el propio mecanismo de la actuación del recurrente, engañando a la víctima mediante la suplantación de tres identidades distintas y chantajeando a ésta, amenazando con suicidarse si no le mandaba las fotos que le pedía, excluye, per se, la oligofrenia profunda.** […] En definitiva, el razonamiento de la sentencia de segunda instancia es exhaustivo en su análisis y contundente en su conclusión; la afección mental del recurrente no quedó acreditada en el grado que éste alega y que es el necesario para la apreciación de la eximente pretendida. […] Esta Sala debe ratificar dicho pronunciamiento por cuanto las pruebas practicadas en el plenario no acreditaron los presupuestos fácticos de la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal. Sobre esta cuestión, hemos manifestado que "las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS 1477/2003 de 29.12). En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una eximente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal" (STS 645/2018, de 13 de diciembre).

Cabe, por nuestra parte, hacer alguna acotación. Aunque no sea de aplicación la presunción de inocencia para las eximentes o atenuantes, no debe perderse de vista el art. 2 LECrim: *todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo.*

Ello debe llevar al Fiscal a interesar y al Juez de Instrucción a acordar, aún de oficio, la práctica de pruebas periciales psiquiátricas cuando aparezcan indicios de posibles trastornos.

3.5 Proporcionalidad de las penas

Aborda la cuestión la STS nº 197/2021, de 4 de marzo[148].

El siguiente motivo del recurrente -quinto- versa sobre el principio de proporcionalidad: la pena impuesta (6 años) sería desproporcionada.

Tomando como guía la STS 710/2014 de 29 de octubre, debemos recordar que el principio de proporcionalidad no está expresamente proclamado en la Constitución Española aunque constituye una exigencia implícita en su art. 25 según tempranas declaraciones del Tribunal Constitucional. A partir de diciembre de 2009 un texto normativo de aplicación directa en nuestro ordenamiento lo consagra de manera expresa: el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre y STS 466/2012, de 28 de mayo). A su criterio, trasladado a la ley, han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. En el discernimiento sobre qué sanciones son las más ajustadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad

[148] Ponente: Moral García, Antonio del

democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser acatado. Esa libertad, empero, no es absoluta. La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los derechos proclamados en su art. 25.1. Esa estimación se ve en la actualidad reforzada por la vigencia del citado art. 49.3 de la Carta de Derechos de la Unión Europea. Desde este enfoque una ley penal puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto por resultar patentemente innecesaria una reacción de tipo penal; como por estimarse excesiva la carga aflictiva de la pena en relación con la entidad del delito.

En este segundo nivel, nos moveríamos en el territorio de lo que se ha denominado desproporción en sentido estricto (STC 136/1999, de 20 de julio).

Pero también el Tribunal Constitucional ha de partir del respeto a la potestad del legislador para elegir los bienes dignos de ser penalmente protegidos, y para definir los comportamientos penalmente reprensibles y dosificar tipo y cuantía de las sanciones penales. Esas cautelas le confinan a una posición desde la que solo puede verificar que la norma penal no produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador: "... sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Linderos todavía más angostos encorsetan la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria para valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad (STS 466/2012, de 28 de mayo). Ese principio no queda al margen de sus funciones. De un lado, dentro de los límites legales, el principio de proporcionalidad ha de presidir la tarea de individualización penológica en cada caso atendiendo a los criterios del Código que remiten a esos cánones de proporcionalidad. En este plano parece discurrir el argumentario del motivo.

De otra parte, en los casos excepcionales en que se detecte ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la ilegitimidad de la norma, podrán reenviar la cuestión al TC, único órgano con poderes constitucionales de enmienda del legislador. Por fin, y esa prescripción representa un indubitado eco legal del principio de proporcionalidad, pueden los órganos judiciales elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP).

Pues bien, en el presente supuesto no podemos sino atenernos al criterio del legislador que, además, en esa materia ha de operar con condicionantes derivados de obligaciones internacionales. Más allá de lo valorativo que puede rodear una cuestión de política criminal como es decidir qué sanción resulta ponderada para cada conducta, y de las muy diferentes y respetables opiniones que pueden emitirse al respecto, y constatado que la pena establecida no puede tildarse de desproporcionada, no corresponde a un órgano jurisdiccional ni emitir un juicio crítico; ni, por supuesto, inaplicar la norma aprobada por el Parlamento; ni, forzar la legalidad como coartada para dar primacía a los propios criterios de proporcionalidad sobre los manifestados por el Parlamento en forma democráticamente irreprochable, ni -y esto es lo reclamado en último término por el recurrente- arrogarse facultades de individualización que la ley pone en manos del Tribunal de instancia, y no en el de casación.

La constitucionalidad de la norma desde esa óptica no nos suscita ninguna duda.

Tampoco la legitimidad y legalidad de la concreción penológica efectuada a la instancia. Se ha impuesto la pena privativa de libertad en su extensión no mínima, pero sí elevada muy ligeramente. No es reprochable ese discreto incremento que justifica la Audiencia de forma totalmente razonable: pluralidad de descargas; y carácter de las escenas con un componente pornográfico fuerte y singularmente lesivas para la dignidad de los menores.

3.6 Análisis de algunos supuestos concursales

3.6.1 Utilización de varios menores para producir el material

Para la Circular 2/2015 "en cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados".

La STS nº 395/2021, de 6 de mayo se plantea esta cuestión. Para el TS:

"la utilización de los menores para la elaboración de material pornográfico (art. del 189.1.a) y la posterior divulgación pública de la imagen de esos menores encajada en la previsión del artículo 189.1.b del Código Penal, son conductas que colocan al sujeto activo del delito en comportamientos indiscutiblemente lesivos de bienes jurídicos eminentemente personales como la indemnidad sexual y la imagen de los menores afectados, lo que necesariamente excluye que los actos de corrupción proyectados sobre los diferentes individuos puedan integrarse en un delito continuado, tal y como hace la sentencia de instancia, al ser una posibilidad expresamente excluida en el artículo. 74.3 del Código Penal. […] Los hechos enjuiciados son constitutivos de tantos delitos de corrupción de menores, cuantos menores fueron utilizados en la elaboración del material pornográfico y deben ser sancionados aisladamente en los términos previstos en el artículo 73 del Código Penal, por más que la punición de la completa responsabilidad de los acusados esté finalmente limitada a la privación de libertad por el triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en las que incurrieran (art. 76.1 CP). Situación que no resulta normalmente equiparable a la de quienes, ofendiendo esencialmente un bien jurídico distinto, distribuyen o poseen el material pornográfico sin conexión con el proceso de su creación o con las numerosas víctimas que puedan aparecer en aquel".

3.6.2 Pluralidad de actos de producción de material respecto de un mismo menor

Para la Circular 2/2015 "la realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito".

Analiza esta cuestión la STS nº 395/2021, de 6 de mayo(la negrita es nuestra)[149]:

[…] considerando que corromper el proceso educativo del menor es socavar los criterios y las pautas éticas que deben acompañar su trayectoria hasta la madurez, podemos concluir que la reiteración de la conducta de abuso puede también potenciar el injusto en algunas ocasiones, lo que acaecerá por la profundidad con que se carcoma el daño que el tipo penal trata de prevenir; supuestos en los que la potenciación del injusto justifica la aplicación del delito continuado que analizamos. […] **El delito continuado es predicable en todos aquellos supuestos en los que la repetición de la acción presenta una entidad autónoma y claramente diferenciada, de modo que la conducta nuevamente desplegada introduce la capacidad de tallar el comportamiento futuro del menor de manera profunda y significativamente superior a como lo hubieran hecho las prácticas anteriores.** El delito continuado es apreciable en todos aquellos supuestos en los que la reiteración de abusos no aparece como un impacto que desdibuja puntualmente los correctos referentes educativos del menor, sino que la reiteración comporta introducir un nuevo patrón en su largo proceso educacional, de manera que el sujeto activo somete al menor a todo un proceso educativo inverso, labrando y esculpiendo la personalidad de manera progresiva y realmente eficaz, pero con los contravalores que el legislador proscribe. […] Es cierto que la apreciación del delito continuado debe ser restrictiva pues, como ya hemos indicado, el legislador somete estas conductas a importantes potenciaciones sancionadoras. Así, la captación de varios menores para la elaboración de material pornográfico es constitutiva de una pluralidad de infracciones que operan en concurso real. De igual modo, aun cuando la elaboración del material pornográfico supone en ocasiones repetir un abuso y esta repetición carece de relevancia penal, el legislador ha previsto la agravación de notoria importancia (art. 189.2.e) siempre que el comportamiento lleve a la obtención de un extenso material pornográfico. Por último, como acertadamente subraya la sentencia de instancia, tampoco puede eludirse que son objeto de una punición separada los actos de abuso sexual que frecuentemente acompañan a la utilización de menores en espectáculos o en la elaboración de material pornográficos, de suerte que al delito que contemplamos suelen añadirse otras figuras delictivas, como el abuso sexual o el favorecimiento de la prostitución, que potencian la punición de su responsable. […] Resulta así obligado

[149] Ponente: Llarena Conde, Pablo

que la apreciación del delito continuado en estos supuestos, exija de un plus que debe ser valorado con criterios restrictivos en cada caso concreto. Solo cuando la reiteración de actos homogéneos ofrezca una antijuridicidad que resienta el bien jurídico de manera sustancialmente diferenciada a la que resultaría de cada acto individualmente considerado, puede apreciarse la existencia de una continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal. El delito continuado se caracteriza por una reiteración de ataques lo suficientemente diferenciados como para romper la unidad de acción que preside a los varios comportamientos que el sujeto activo despliega para obtener un material pornográfico (con la idea de acumulación que este mismo concepto encierra), y precisa además de conocer y asumir que la reiteración opera como un mecanismo particularmente hábil para descarriar y torcer el desarrollo del menor de manera profunda e irremediable, descomponiendo palmariamente sus principios y afectando, indefectiblemente, su definitiva personalidad.

3.6.3 Concurso de normas entre la elaboración de material pornográfico y la difusión del mismo material pornográfico por su autor

Para la Circular 2/2015 "en la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, debe plantearse cómo calificar la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico, distribuye posteriormente el material elaborado. La conducta habrá de calificarse exclusivamente conforme al art. 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento".

La jurisprudencia confirma este criterio. Conforme a la STS nº 871/2022, de 7 de noviembre "tiene razón el recurrente cuando recuerda la doctrina de esta Sala que proclama la existencia de un concurso de normas, no de delitos, entre la elaboración de material pornográfico y la difusión de ese mismo material pornográfico por su autor".

No obstante, como se ha mantenido "en aquellos casos en los que la acción de elaboración y difusión se hallan distanciadas en el tiempo, y/o se refieran a material diferente, se ha castigado por los Tribunales las dos conductas, por entender una relación entre ambas de concurso real de delitos"[150].

3.6.4 Relación entre el tipo de sexting y los tipos de pornografía infantil

Conforme a la STS nº 871/2022, de 7 de noviembre[151] la relación entre los arts. 183 ter 2º y 189 del CP es la propia del concurso de normas, de suerte que si a la estrategia inicial de

[150] PILLADO QUINTAS, Victor "Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el código penal. dificultades en su investigación" Centro de Estudios Jurídicos. Cita este autor Así las cosas, el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 2009 castiga de manera independiente ambas conductas en un supuesto de producción del material en el año 2003 y difusión en el año 2007, siendo un material diferente el elaborado del difundido. Igualmente el Tribunal Supremo por sentencia de 17 de abril de 2013 confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2012, la cual condenaba por ambas conductas, porque la difusión del material es de menores diferentes a aquellas que son víctimas del delito de elaboración. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Guipuzcoa en sentencia de 11 de marzo del año 2014 recoge "La relación entre ambos injustos es de concurso delictual y no de concurso normativo, dado que, a diferencia del supuesto contemplado en la STS 947/2009, de 2 de octubre, el material pornográfico elaborado con la menor en diciembre de 2011 no es el mismo que el poseído y distribuido, referido a la misma menor, en septiembre del referido año. En septiembre posee y exhibe unas fotografías sexuales de María Inés y, en diciembre, obtiene otras imágines sexuales de María Inés. Hay, por lo tanto, dos delitos".

[151] Ponente: Marchena Gómez, Manuel

acercamiento siguen actos ejecutivos propios del delito de pornografía infantil, la condena por el art. 189 absorberá el desvalor de las maniobras aproximativas que han permitido ese resultado (art. 8.3 CP).

Cabe entender que si la estrategia de acercamiento no llega a obtener resultados positivos, sería de aplicación el tipo de sexting con preferencia sobre el delito de pornografía infantil en grado de tentativa[152].

Debe no obstante ponerse de manifiesto lo insatisfactorio de la tipificación analizada, teniendo en cuenta que la conducta de sexting puede considerarse como tentativa de utilización de menores para elaborar pornografía infantil[153].

3.6.5 Relación entre la agresión/abuso sexual y la acción de fotografiar el mismo

Para la STS nº 891/2022, de 11 de noviembre[154] la calificación de los hechos son, por un lado, abuso sexual con penetración anal del menor por el acusado -su propio padre-, y el otro, las fotografías que de tal obtuvo el acusado y que incorporó a los dispositivos informáticos de almacenamiento. La primera conducta da lugar a la aplicación del art. 183.1, 3 y 4 a y d, del CP. La segunda a un delito de elaboración de material pornográfico del art. 189.1 a y 3 a. La aplicación de ambos tipos delictivos resulta correcta, pues solo así se cubre el total de la acción. Hay un ataque directo a la indemnidad sexual del menor y se sirve de aquel acto para crear material pornográfico, que se guarda y almacena en dispositivos y se encuentra disponible para ser consumido, exhibido, compartido o difundido. La aplicación del concurso ideal entre ambos delitos es razonado en la sentencia recurrida

[152] En este sentido para CALVO LÓPEZ, op cit"en el supuesto específico de captaciones de menores de 16 años a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación en los que no logre su propósito el sujeto activo, será de aplicación la figura penal del embaucamiento prevista en el artículo 183 ter CP, que en definitiva regula como un delito autónomo lo que de otra forma sería una tentativa o acto preparatorio de elaborar pornografía infantil".

[153] En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma" VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022 pag. 418

[154] Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón

BIBLIOGRAFÍA

BERGELT Kelley “Stimulation by simulation: is there really any difference between actual and virtual child pornography?”, Capital University Law Review 2003

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel “Sistemas de inteligencia artificial y policía predictiva: Sweetie y la lucha contra la pedofilia” Diario La Ley, 2020

CABRERA MARTÍN, Myriam “La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional”. Dykinson S.L., 2019.

CABRERA MARTÍN, Myriam “La pornografía infantil: nuevos retos para el Derecho Penal” Jornadas sobre Derecho de los menores. Documentos de trabajo. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2003

CALVO LÓPEZ, David “Los delitos de pornografía infantil. Actualización tras la reforma LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”. Centro de Estudios Jurídicos, 2022

CARUSO FONTÁN, Viviana “La reforma de los delitos contra la libertad sexual:¿Regreso de los delitos de propia mano?”La Ley Penal, Nº 128, Sección Legislación aplicada a la práctica, Septiembre-Octubre 2017, Wolters Kluwer

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Prólogo a la 5.a ed. del Código Penal, Edit. Tecnos, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta “Observaciones a las novedades introducidas por la Ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal” Diario La Ley, Nº 9902, Sección Doctrina, 29 de Julio de 2021, Wolters Kluwer

GUISASOLA LERMA, Cristina “Los delitos de on line child grooming y sexting a la luz de la reciente jurisprudencia” en “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma” VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022

GUTIÉRREZ AZANZA, Diego Alberto “Delito de «child grooming», configuración jurisprudencial”LA LEY Derecho de familia, Nº 27, Tercer trimestre de 2020, Wolters Kluwer

GUTIÉRREZ AZANZA, Diego Alberto “Delito de «sexting», configuración jurisprudencial” Diario La Ley, Nº 9760, Sección Tribuna, 23 de Diciembre de 2020, Wolters Kluwer

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "Comentarios al Código Penal", edición nº 1, LA LEY, Madrid, 2016. LA LEY 3287/2016

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia en “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma” VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022

MORENO ACEVEDO, Rosario “Los delitos de pornografía infantil” Universidad Pablo de Olavide Facultad de Derecho Departamento Derecho Público Sevilla, 2021

OCÓN, Ana María y VALERO FERNÁNDEZ, Carmen Yolanda “Características procesales del delito de abuso sexual a menores. La declaración de la víctima como prueba preconstituida”. La Ley Penal, Nº 157, Sección Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto 2022, Wolters Kluwer, ISBN-ISSN: 2254-903X

ORTS BERENGUER, E., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

PILLADO QUINTAS, Victor “Pornografía infantil: regulación de estos delitos en el código penal. dificultades en su investigación” Centro de Estudios Jurídicos.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio “¿Qué es una violación?” Diario El País, Tribuna de 24 de noviembre de 2018.

MUÑOZ CUESTA, Javier ¿Es necesaria una reforma del delito de agresión sexual?. BIB 2018\11736 Actualidad Jurídica Aranzadi num.943/2018

MORENO ACEVEDO, Rosario “La pornografía infantil: especial referencia al delito de distribución pornográfica [art. 189.1 b) CP]” La Ley Penal, Nº 149, Sección Legislación aplicada a la práctica, Marzo-Abril 2021, Wolters Kluwer

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo “Los delitos de pornografía infantil en el Derecho comparado” Cuadernos de política criminal segunda época 2004 nº 84

RAMOS TAPIA, M. Inmaculada “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores” coordinadora Carolina Villacampa Estiarte Thomson Reuters Aranzadi, 2015 pag. 117

SÁNCHEZ DOMINGO, Belén “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma” VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022

STUART MILL, John “Sobre la libertad” Aguilar Libros

SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, Carlos “Manual de Derecho Penal. Parte especial”, Cizur Menor, 7ª edición 2018

TAMARIT SUMALLA, Josep María: “La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Aranzadi, 2000

TAMARIT SUMALLA, Josep María: “La elevación de la llamada edad del consentimiento sexual” en Comentario a la reforma penal de 2015, Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015.

TAMARIT SUMALLA, Josep María “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores” coordinadora Carolina Villacampa Estiarte Thomson Reuters Aranzadi, 2015 pag. 92

TAPIA BALLESTEROS, Patricia “La respuesta de la Unión Europea frente a los efectos de la pandemia de Covid-19 en el abuso sexual online a menores” La Ley Unión Europea, Nº 106, Septiembre 2022, LA LEY 7880/2022

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES FERRER, Claudia “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma” VVAA Thomson Reuters Aranzadi, 2022

WOLAK, Janis; FINKELHOR, David / MITCHELL, Kimberly “Child-Pornography Possessors Arrested in Internet-Related Crimes: Findings From the National Juvenile Online Victimization Study” 2005. Funded by the U.S. Congress Through a Grant to the National Center for Missing & Exploited Children®. www.oijj

Centro de Estudios Jurídicos