



CEF.-

Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-



www.civil-mercantil.com

CIRCULAR 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

SUMARIO:

Responsabilidad penal de los menores. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. La edad de consentimiento sexual. Conforme al artículo 183 quáter del Código Penal, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. El fundamento de la excepción, radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso. El artículo, 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). 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). Cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez. En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 quáter, procederá el sobreseimiento del art. 637 nº 2 LECrim. La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concorra violencia, intimidación o prevalimiento. En relación con el delito del art. 183 ter apartado primero (*grooming*) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño. No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 ter (*sexting*), por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el art. 183 quáter con el «embaucamiento» propio de este tipo.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 183 ter y 183 quáter.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 637.2.

1. Introducción 2. La edad de consentimiento sexual 3. Fundamento de la excepción recogida en el art. 183 quáter 4. Criterios que contempla el precepto 4.1. La edad 4.2. El grado de desarrollo o madurez 5. Simetría de edades y responsabilidad penal de los menores 6. Posibilidad de construir una atenuante analógica en relación con el art. 183 quáter 7. Ámbito de aplicación 8. Cláusula de vigencia 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del Capítulo II bis (de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) del Título VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) del Libro II del CP, el art. 183 quater, introducido tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

El preámbulo de la citada LO (apartado XII) aclara que la elevación de la edad del consentimiento sexual se inscribe en el propósito de atender las recomendaciones del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, subrayando que, “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”.

Destaca igualmente el referido preámbulo que las modificaciones en los delitos contra la libertad sexual obedecen a la necesidad de llevar a cabo la transposición 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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. La Directiva especifica en sus considerandos (20) que “no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación”.

En el mismo sentido, el Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010) 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” (ap. 129).

Bajo esta premisa, el art. 18.1.a del referido Convenio regula 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”. En su ap. 2, el referido precepto aclara 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”.

2. LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL

La Directiva 2011/93/UE define la “edad de consentimiento sexual” en su art. 2 b) 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, todos los países europeos cuentan con tales límites de edad.

En España, el Código Penal de 1822 estableció una pena más elevada para el caso del niño o niña víctima que “no haya cumplido la edad de la pubertad” en sus arts. 671 y 672. El art. 354 del Código Penal de 1848 fijó el límite de edad en los 12 años cumplidos, que se mantuvo invariable hasta que la reforma del art. 181 CP operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, lo elevó a 13 años.

Con 13 años, la edad de consentimiento sexual en España era la más baja en la Unión Europea, contemplando otros países la edad de 14 años (República Federal de Alemania, Italia, Portugal, Austria, Hungría), 15 (Francia, Polonia, Dinamarca, Suecia), 16 (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega), 17 (Irlanda y Chipre) y 18 años (Malta).

Atendiendo a esta realidad, el Comité de los Derechos del Niño (2007) recomendó a España considerar “la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo”. Siguiendo tal recomendación, el Legislador de 2015 ha fijado la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años.

Con anterioridad a la reforma, la STS nº 411/2006, de 18 de abril ya había señalado que el Código Penal establecía una presunción iuris et de iure sobre ausencia de consentimiento en el menor de trece años, que “es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual” y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. “Este límite de edad” -continuaba la citada sentencia- “ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica”.

Es oportuno recordar que los menores que se sitúan fuera de esta franja de edad (es decir, los comprendidos entre los 16 y 17 años) también gozan de protección penal, si bien limitada a los supuestos de engaño o abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia (art. 182 CP), actos de exhibicionismo

o provocación sexual (arts. 185 y 186, que se refieren a “menores de edad” sin efectuar distinción), y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (arts. 188 y 189 CP).

3. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN RECOGIDA EN EL ART. 183 QUATER

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.

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”.

Con anterioridad a la introducción del art. 183 quater y, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existían en España reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. 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.

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, ya defendió la pertinencia de esta cláusula en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), manteniendo una exégesis coherente con el sistema de justicia juvenil que evitara la punición indiscriminada de conductas que, aun siendo típicas, no ponen en peligro el bien jurídico protegido. Se refrendaba así el criterio seguido en el Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, que consideró que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por ello no debería ser penalmente sancionable.

En el marco del Derecho Comparado tales cláusulas de asimetría se conocen como “cláusulas de Romeo y Julieta”. En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido todavía los 14 años. La obra no precisa la edad de Romeo, aunque sí se le describe como joven. El propósito de este tipo de disposiciones consiste en evitar que la norma, al establecer límites de edad, pueda conllevar interpretaciones estrictas que impidan las relaciones sexuales consentidas entre personas jóvenes semejantes en edad y madurez.

Como ha señalado la doctrina, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

En los distintos ordenamientos tales excepciones presentan grandes diferencias debidas, entre otras razones, a que la edad del consentimiento sexual no es idéntica, lo que determina que las franjas de edad donde pueda apreciarse la excepción también sean diferentes.

4. CRITERIOS QUE CONTEMPLA EL PRECEPTO

4.1. La edad

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

En el derecho comparado se observan soluciones dispares. Por ejemplo, en el Estado norteamericano de Maine, para los casos de menores de edad comprendida entre los 14 y 15 años, se establece una franja de edad del autor de hasta 5 años mayor. Otros países contemplan franjas menores, como Suiza, que fija una diferencia de edad de 3 años. Interesante es el ejemplo de Canadá, que ofrece un modelo por tramos de edad: 2 años, en el

caso de menores de edad comprendida entre 12 y 13; y 5 años, en el caso de menores con edades comprendidas entre 14 y 15 años.

El criterio de la edad fue promovido durante la tramitación parlamentaria del Proyecto por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, cuya propuesta de enmienda nº 561 (BOCG nº 66-2, de 10 de diciembre de 2014) se apoyaba en que “la utilización del concepto «próximo» es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación del juez”, considerando por ello más adecuado fijar un tiempo concreto, que se proponía de 3 años.

Por tanto, 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.

Otro concepto manejado para delimitar la edad es el de “juventud”. La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Badajoz, 11 de octubre de 2005) constata que “los jóvenes conforman un sector social que tiene características singulares en razón de factores psico-sociales, físicos y de identidad que requieren una atención especial por tratarse de un período de la vida donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro” y considera que “debe avanzarse en el reconocimiento explícito de derechos para los jóvenes, la promoción de mayores y mejores oportunidades para la juventud y la consecuente obligación de los Estados de garantizar y adoptar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los mismos”.

A diferencia de los bien delimitados conceptos de “niño” (“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, según el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989), “menor” (“menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”, conforme al art. 1 LOPJM) o “mayor de edad” (dieciocho años cumplidos, de acuerdo con el art 315 CC) el concepto de “joven” presenta unos perfiles más difusos.

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes incluye “bajo las expresiones «joven», «jóvenes» y «juventud» a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad”.

Este margen es el mismo que ordinariamente emplea la Organización de Naciones Unidas a la hora de definir el término juventud. Sin embargo, en muchos países la transición hacia la edad adulta y la autonomía se extiende más allá, por lo que la edad se contempla de manera diferente en sus políticas juveniles. Así, por ejemplo, en la Carta Africana de la Juventud (2006) se define como joven a las personas que se encuentran entre la edad de 15 y 35 años.

En lo que concierne a nuestro país, esta franja se amplía respecto de la fijada por Naciones Unidas -tanto en el límite superior como en el inferior-, probablemente debido a que va asociada a la posibilidad de disfrutar de una serie de beneficios (descuentos en transportes, alojamiento, ofertas culturales, compras, ocio, etc.).

Así, la inmensa mayoría de las CCAA acoge el tramo comprendido entre 14 y 30 años (ambos inclusive), susceptible de ampliarse para el acceso a determinadas actividades, servicios o programas. Se trata de una delimitación demasiado laxa, que se aparta del fijado en la Convención Iberoamericana, de las correspondientes orientaciones en el ámbito internacional y que, en definitiva, ofrece unos márgenes demasiado amplios para que puedan servir de pauta interpretativa del art. 183 quater CP.

La delimitación por tramos también plantea interrogantes. Si se considera el límite inferior el determinado por el hecho biológico de la pubertad (que no obedece a una edad fija) y el superior el establecido con carácter general por la ONU y los países iberoamericanos (24 años), podrían utilizarse las referencias de la OMS (1986).

La OMS realiza una distinción entre la adolescencia inicial (10 a 14 años), la adolescencia media (14 a 17 años) y la adolescencia final (17 a 20 años).

Finalmente, se definiría un último grupo de 20 a 24 años de edad que compartiría con la adolescencia media y final el concepto de juventud, pero que estaría más orientado hacia la edad adulta.

Sin embargo, la propia OMS advierte que no puede establecerse una categorización universalmente válida. Las subdivisiones son necesariamente arbitrarias. La clasificación, por ejemplo, no reconoce las discrepancias entre la edad cronológica, la biológica y las etapas psicosociales del desarrollo, ni tampoco las grandes variaciones debidas a factores personales y ambientales.

En lo que concierne al menor protegido, puede trazarse el siguiente esquema:

- Impúberes. 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. La Ley marca, además, circunstancias de agravación en los casos en que el escaso desarrollo intelectual y físico de la víctima la coloca en situación de total indefensión (la presunción de la norma es *iuris et de iure* para los menores de 4 años, pero

puede darse en edades superiores cuando las circunstancias comporten un plus de vulnerabilidad, vid. SSTS nº 398/2015, de 17 de junio y 609/2012, de 11 de julio, entre otras).

- El segundo nivel de protección abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, siempre que dicho proceso fisiológico haya comenzado antes de dicha edad. En esta franja, la protección del menor es intensa por encontrarse en la primera fase de la adolescencia. El límite de los 14 años es habitualmente empleado por nuestra legislación (así, para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores en el art. 1 LORPM o para la capacidad de testar en el art. 663.1º CC). En relación con la edad del autor, el límite máximo respondería a la mayoría de edad, esto es, hasta cumplir los 18 años, por lo que -con carácter general- podría dar cobertura únicamente a las relaciones entre menores.

- 14 y 15 años, ambos inclusive. La protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez).

Excepcionalmente podrían comprenderse los jóvenes de hasta 24 años inclusive, atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual. Esta pauta debe entenderse de carácter orientador.

En relación con las edades mínima y máxima contamos con algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, en un supuesto de abusos sexuales en el que, en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años, el ATS nº 67/2016, de 21 de enero, expresa que 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”.

La STS nº 782/2016, de 19 de octubre contempla un caso de relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14, respectivamente. El TS considera dicha diferencia “abultada”. Ahora bien, en el caso concreto, 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). Razona la sentencia: “Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del «amor» que Laura 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”.

La STS nº 946/2016, de 15 de diciembre examina un supuesto de relaciones consentidas entre persona de 11 años y otra mayor que ella en 8 años y 7 meses, en una relación de “seudonoviazgo o prenoviazgo”, estimando que “la relativamente próxima edad entre los mismos” se encontraba “fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el art. 183 quater del CP”.

La STS nº 1001/2016, de 18 de enero examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de “más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor”. El TS señala que el nuevo art. 183 quater “no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre”, pero, “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”. La resolución expresa 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”.

El TS destaca que en los dos últimos casos “la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio” y que “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”.

Consecuentemente, en ambos supuestos el TS considera inaplicable el art. 183 quater.

El ATS n° 601/2017, de 23 de marzo exige que concorra conjuntamente la proximidad de edad y la proximidad madurativa.

4.2. El grado de desarrollo o madurez

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 concurren entre autor y víctima.

La esencia del art. 183 quater CP 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.

En lo que concierne a menores de edad, como recuerda el Comité de los Derechos del Niño, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las 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.

La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores abordó el concepto madurez:

"la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate".

Del mismo modo, 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, plasmados en la fijación de una edad de escolarización obligatoria, la elevación de la edad para contraer matrimonio o la legislación laboral protectora de la niñez.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta evolución y prueba de ello ha sido la reciente modificación legislativa derivada de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que ha dado nueva redacción a los artículos 48, 314 (disposición final primera) y derogado el art. 316 CC (disposición derogatoria única). Tales cambios contemplan la supresión de la dispensa de edad a partir de los 14 años para contraer matrimonio y de la posibilidad de emancipación por tal motivo, reforma reiteradamente demandada por el Comité de los Derechos del Niño.

La adolescencia merece también una referencia como etapa clave del desarrollo de las personas, condicionada por los procesos biológicos de maduración física y sexual y ligada a la experimentación, la exploración y la asunción de riesgos. El adolescente es una persona diferente del niño, pero también distinta al adulto. El desarrollo de la identidad, la transición hacia una mayor independencia, la adquisición de mayores responsabilidades, la mayor conciencia y control de los actos son algunos de los jalones que marcan la adolescencia. El carácter vulnerable del adolescente puede verse acentuado por una pluralidad de factores, entre los que destacan los individuales (edad, conocimientos, habilidades sociales, control de sus actos...), familiares (apoyo), grupo de iguales, nivel de servicios a los que tiene acceso en su comunidad o las normas y prácticas culturales.

Al definir la franja de edad que comporta el concepto de "juventud" ya se expresaron las dificultades prácticas que entraña concretar los tramos de edad.

Aunque se ha utilizado un concepto que se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento (en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes) y que se corresponde con el habitualmente manejado por Naciones Unidas, la franja de edad contemplada resulta demasiado amplia atendiendo a las pautas que se manejan en Derecho Comparado. Como se ha expuesto, el concepto de juventud es susceptible de ampliación o reducción en atención al contexto, que puede ser geográfico, cultural o referido, por ejemplo, a actividades específicas.

Por otra parte, conceptos tales como “juventud”, “mayor edad”, o “edad para el consentimiento” son construcciones sociales no estáticas. Buen ejemplo de ello es la evolución del concepto de mayor edad en nuestro ordenamiento. El Código Civil español redujo la edad que figuraba en el derecho de partidas (25 años) paulatinamente a 23 (art. 320 CC, Gaceta de Madrid de 25 de octubre de 1888, nº 299), 21 (Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil) y, finalmente, a los actuales 18 años del art. 315 CC (RDL 33/1978, de 18 de noviembre, sobre mayoría de edad) en concordancia con el art. 12 CE.

Actualmente es generalmente aceptada la edad de 18 años como el momento de cambio a la vida adulta, lo que no obsta para que determinadas actividades puedan ser realizadas con eficacia en una edad inferior (por ejemplo, el consentimiento a las intervenciones sanitarias) u otras requieran una edad superior (por ejemplo, la capacidad para ser adoptante, que el art. 175 CC fija en 25 años). El marco debe tener una cierta flexibilidad.

En este sentido, debe mencionarse el todavía vigente art. 69 CP. Es cierto que se trata de un precepto que “carece de contenido práctico”, cuya existencia “obedecía solo a consideraciones preventivo-especiales y no a suponer una menor culpabilidad por el delito cometido” (STS nº 11/2016, de 21 de enero). Ello no obstante, la equiparación que establece resulta significativa, pese a no ser aplicable en el ámbito de la LORPM. Así lo reconoce la Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cuando reseña que “la definitiva aplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables” (véase, en este sentido, la STS nº 508/2007, de 13 de junio). Evidentemente, como recuerda la Instrucción, no se puede convertir en menores de edad a quienes legal y constitucionalmente no lo son. Ahora bien, ello no obsta a que ciertas características de su personalidad aconsejen un tratamiento especial en el marco penal.

Esta 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 existencia de un concepto de juventud aplicable al art. 183 quater CP, conforme se ha señalado, no impide que pueda contemplarse una subdivisión en el marco de los jóvenes adultos que abarque, por un lado, al mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, al comprendido entre los 21 y 24 años. En este último tramo -en el que las diferencias de edad son ostensibles- las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

5. SIMETRÍA DE EDADES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

En materia de responsabilidad penal de los menores, la aplicación de este tipo de excepciones constituía ya práctica habitual. Ya se ha citado la Circular 9/2011 que estableció como conclusión (apartado XII.2.2) que “determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible”.

La Circular precisa que “en este ámbito debe huirse de las respuestas estereotipadas para tratar de llegar en cada caso a la solución más adecuada a partir del abanico de posibilidades que la LORPM ofrece, sopesando las peculiaridades inherentes a los menores como seres en evolución y evitando operar con los esquemas propios del Derecho Penal de adultos, teniendo presente el fuerte componente de etiquetaje inherente a las condenas formales por hechos relativos a la delincuencia sexual”.

Tanto la Unidad de Menores de la FGE (dictámenes 4/2011 y 2/2015) como las Jornadas de Fiscales Delegados han abordado esta cuestión, siguiendo la doctrina ya fijada en la Circular antedicha.

Por tanto, conforme a lo acordado a la Conclusión IV.3ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2015, “en la instrucción de las causas por presuntos abusos sexuales sobre menores de dieciséis años se tomará especialmente en cuenta el nuevo art. 183 quater del CP, interpretado a partir de las directrices impartidas en la Circular 9/2011 de la FGE (Apdo. III. 2. Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual). Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal”.

6. POSIBILIDAD DE CONSTRUIR UNA ATENUANTE ANALÓGICA EN RELACIÓN CON EL ART. 183 QUATER

En el caso de quedar plenamente acreditadas las circunstancias previstas en el art. 183 quater (consentimiento libre de la víctima y proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez) debe procederse al sobreseimiento del nº 2 del art. 637 LECrim, “cuando el hecho no sea constitutivo de delito”.

El precepto sustantivo no hace referencia a la posibilidad de que, concurriendo el consentimiento y la proximidad por edad, el grado de desarrollo o madurez concorra solo parcialmente, de forma que, aunque la vulnerabilidad de la víctima y la situación de abuso exijan la aplicación de una sanción penal, atendidas las circunstancias del adulto y del menor, esta deba ser atenuada.

En el Derecho Comparado la posibilidad de aplicar simples atenuaciones en los países que contemplan este tipo de excepciones es bastante común.

Desde luego, no parece existir inconveniente a su valoración puesto que el art. 66.6 CP permite atender a las “circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”, cuando no concurren agravantes ni atenuantes.

Más compleja es la posibilidad de apreciar en estos casos una circunstancia atenuante de análoga significación conforme al art. 21.7ª CP. Con carácter general, “la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante análoga” (STS nº 922/2012, de 4 de diciembre). De hecho, “por sí sola, la edad del autor del delito, una vez superada la legalmente prevista para la aplicación de la legislación especial relativa a la responsabilidad penal de los menores, no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del ilícito” (STS nº 154/2009, de 6 de febrero).

La primera de las resoluciones anteriormente citadas señaló: “Es cierto que el CP 95 valoró la existencia de un espacio intermedio, entre la menor edad penal y la plena madurez, entre los 18 y los 21 años, al disponer en el art. 69 que «al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Sin embargo la LO 9/2002, de 10 de diciembre suspendió la aplicación de la Ley del Menor a las personas de entre 18 y 21 años, con carácter general para cualquier infracción, hasta el 1 de enero de 2007. Y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, derogó el art. 4 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor que preveía las condiciones de aplicación del art. 69 CP, haciendo inaplicable dicho precepto”. Por ello, continúa la sentencia, “en los casos de acreditada inmadurez mental del agente que ya ha cumplido 18 años lo que procede no es la atenuante análoga con la minoría de edad, sino la eximente incompleta o la atenuante análoga referidas a la anomalía o alteración psíquicas” (así, SSTS 948/2000, de 29 de mayo y 1050/2002, de 6 de junio). En definitiva, “se es o no mayor de edad desde la perspectiva penal y no cabe una mayoría de edad incompleta, con independencia de que puedan serle aplicados a la persona concernida los expedientes de atenuación recogidos en el art. 21 CP como atenuante o eximente incompleta pero no fundadas en la edad mayor de 18 años, pero inferior a 21 años” (STS nº 11/2016, de 21 de enero).

Sin embargo, en el ámbito del art. 183 quater la ratio essendi del tratamiento especial no es la simple alegación de la edad.

El Tribunal Supremo ha considerado que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía “las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido” (SSTS nº 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras). La propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse a “abuso” (excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados, como ya se dijo), indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación.

Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante análoga con relación al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento.

La exención total requerirá, además del consentimiento libre, la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos que incorpora la cláusula: proximidad en edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez.

Indirectamente conectado con lo anterior, 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.

La regla del art.183 quater CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas.

Con la legislación precedente (en la que la edad del consentimiento sexual se fijaba en los 13 años y no existía exención de responsabilidad posible), cuando un mayor de edad mantenía relaciones con un menor de 13 años desconociendo esta condición, en algunos supuestos se admitió el error vencible de tipo. Tal es el caso de la STS nº 58/2017, de 7 de febrero que absolvió a una mujer de 32 años que mantuvo relaciones sexuales con el hijo de su socio, de 12 años de edad, desconociendo su edad exacta. El TS subrayó que la verosimilitud de las

circunstancias que condujeron al error había sido comprobada por la Sala en apelación, al haber examinado personalmente a la víctima concluyendo que el menor “presentaba una apariencia física adolescente, con una especial corpulencia y un tono de voz que dificultaría, de no conocer sus datos personales, la precisión de su edad, no descartando situar la misma en una horquilla entre los 15 y 16 años”.

Tras la reforma operada por LO 1/2015, al elevarse la edad del consentimiento sexual a los 16 años e incluirse una exención de responsabilidad basada en el consentimiento del menor de esa edad, el radio de operatividad del error de tipo queda muy reducido, por cuanto el hecho de que el autor desconociera la edad exacta del menor y creyera que estaba por encima de los 16 años no tendrá consecuencias penales si efectivamente la relación fue consentida y se dan el resto de requisitos que prevé el artículo 183 quater, es decir, una simetría de edad y de grado de madurez o desarrollo. Sólo cuando no se den éstas podría, en teoría, venir en aplicación el error de tipo del art. 14 CP.

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 concurren 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.

Debe recordarse que el error de tipo “no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación” (SSTS nº 533/2010, de 25 de marzo y 145/2011, de 21 de febrero, entre otras). Se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado. Su apreciación depende, en cada caso, de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable.

En lo que se refiere a las simples dudas, la STS nº 97/2015, de 24 de febrero, expresa: “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 (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). 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”.

El Tribunal Supremo ha estimado que, incluso aun cuando se llegase a admitir un error sobre la edad exacta de la víctima, puede resultar aplicable otra modalidad delictiva (así, STS nº 58/2017, de 7 de febrero, FJ 10º, que, obiter dicta y refiriéndose a la regulación precedente, reseñó la posibilidad de calificar los hechos como abuso sexual con prevalimiento sobre víctima especialmente vulnerable por razón de edad).

Si el sujeto activo cree erróneamente que el menor de edad tiene 16 ó 17 años, podría resultar aplicable el actual art. 182 (que exige que la acción se realice “interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima”). Es en este punto necesario recordar que nuestro ordenamiento se inspira en la tutela de la indemnidad sexual de los menores.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El precepto señala que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo...”.

El capítulo al que la norma se proyecta es el II bis, que 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 del art. 183 quater CP.

En relación con el delito del art. 183 ter CP apartado primero (el doctrinalmente denominado grooming) 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.

Tampoco podrá apreciarse la exención respecto del delito del apartado segundo del art. 183 ter, por ser incompatible el “consentimiento libre” que se exige en el 183 quater con el “embaucamiento” propio del doctrinalmente denominado sexting.

Debe en este punto darse por reproducidas las consideraciones contenidas en 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). Pues bien, 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 quater a la relación sexual subyacente.

8. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de las Circulares e Instrucciones anteriores.

9. Conclusiones

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

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

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 constatar caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6º En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, mutatis mutandis, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.

7º En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 quater, procederá el sobreseimiento del art. 637 nº 2 LECrim.

8º 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.

9º La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito del art. 183 ter apartado primero (grooming) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 ter (sexting), por ser incompatible el "consentimiento libre" que se exige en el art. 183 quater con el "embaucamiento" propio de este tipo.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 6 de junio de 2017

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

José Manuel Maza Martín

EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.