

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

MÁSTER EN DERECHO PENAL



VNiVERSIDAD
D SALAMANCA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 183 QUATER DEL CÓDIGO PENAL
EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA CLÁUSULA “*ROMEO Y
JULIETA*”**

TAMARA POZA MIGUEL

TUTORA: LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS

Junio de 2018

A mi familia, en especial a mis padres y hermano, porque se lo debo todo.

Y a Carlos, por ser siempre ánimo y apoyo incondicional.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL ORIGEN DEL ARTÍCULO 183 QUATER EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	3
2.1 Política criminal seguida en España en relación a la delincuencia sexual	3
2.1.1 <i>Análisis de las principales medidas político-criminales seguidas en España.</i>	3
2.1.2 <i>Causas que influyen en la política criminal represiva seguida frente a la delincuencia sexual</i>	10
2.2 La elevación de la edad de consentimiento sexual como origen de la cláusula “ <i>Romeo y Julieta</i> ”	13
2.2.1 <i>Evolución de la edad de consentimiento sexual en España</i>	13
2.2.2 <i>Presunción iuris tantum y cláusula “Romeo y Julieta”</i>	17
2.3 El consentimiento de los menores y el ejercicio de su libertad sexual	18
3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA “ROMEO Y JULIETA” EN EL SISTEMA ESPAÑOL	23
3.1 Fundamento y objetivos perseguidos con su implantación	23
3.2 Examen de la naturaleza jurídica del artículo 183 quater CP	25
3.2.1 <i>Debate planteado: ¿causa de atipicidad? ¿Causa de justificación?</i>	25
3.2.2 <i>Tendencia actual y consecuencias</i>	28
3.3 Examen de las condiciones exigidas por el sistema español en la aplicación de la cláusula: el recurso a la “ <i>proximidad</i> ”	30
3.3.1 <i>La proximidad en la edad</i>	32
3.3.2 <i>La proximidad de desarrollo o madurez</i>	36
3.4 La aplicación parcial de la cláusula <i>Romeo y Julieta</i> a los delitos sexuales y su consecuente problemática	40
3.4.1 <i>Alcance del artículo 183 quater: Capítulo II bis del Título VIII del Libro II, “abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”</i>	40
3.4.2 <i>Delitos excluidos de la protección</i>	45

4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y COMPARADO DE LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA	49
4.1 Una aproximación a la jurisprudencia española sobre la cláusula <i>Romeo y Julieta</i> . 49	
4.1.1 <i>Jurisprudencia anterior a la inclusión del artículo 183 quater CP.....</i>	49
4.1.2 <i>Situación jurisprudencial después de la inclusión del artículo 183 quater y la reforma de 2015</i>	55
4.2 La cláusula <i>Romeo y Julieta</i> a través de diferentes ordenamientos jurídico-penales: análisis de Derecho Comparado	58
4.2.1 <i>De los sistemas que no prevén la cláusula Romeo y Julieta a los sistemas que solo articulan una rebaja de la pena</i>	60
4.2.2 <i>Sistemas que exoneran la responsabilidad penal</i>	62
5. CONCLUSIONES	66
6. BIBLIOGRAFÍA	69
ANEXOS	

1. INTRODUCCIÓN

La elevación de la edad de consentimiento operada a través de la última reforma que sufría nuestro Código Penal (CP en adelante) en el año 2015 y que determinaba la misma en los 16 años, nos planteaba un escenario complejo. Y ello es así porque a raíz de tal medida, todo contacto sexual en el que participe un menor de dicha edad supone un delito de naturaleza sexual. Con ello, se nos presentaba el problema de tener que condenar penalmente los posibles contactos sexuales que pudieran darse entre nuestros jóvenes menores de la citada edad, sin que en ello exista lesión al bien jurídico protegido ni conducta delictiva alguna, lo cual reviste de mayor paradoja teniendo en cuenta que como podremos ver, el comienzo en la sexualidad por parte de nuestros jóvenes se da cada vez antes.

Con el objetivo de paliar la situación anterior, el legislador decidió entonces incluir en nuestro sistema penal la denominada “Cláusula *Romeo y Julieta*” a través del artículo 183 quater, conforme a la cual no existirá responsabilidad penal en los tratos sexuales que se den con consentimiento del menor y siempre que exista proximidad de edad y madurez o desarrollo entre ambas personas. Con ello, se pretende por lo tanto, alejar de la esfera penal las posibles relaciones sexuales que puedan darse entre nuestros adolescentes por carecer estas de relevancia penal y ser propias del crecimiento y desarrollo de los jóvenes.

Sin embargo, lo anterior no resulta tan satisfactorio como podríamos pensar en un primer momento. Y es que, si bien el objetivo perseguido por la cláusula es importante, lo que realmente supone la misma es ser un remedio a una medida político criminal del Estado que ha limitado fuertemente la libertad sexual de nuestros menores.

Precisamente, en tal limitación y condicionamiento de la libertad sexual de los jóvenes radica la trascendencia del tema que vamos a tratar ya que a través del mismo, podremos ver como el reconocimiento jurídico de nuestros menores al referirnos a la esfera sexual ha sido brutalmente disminuido. En efecto, la evolución que hemos seguido en este sentido ha tomado un camino tomado por el exceso de protección y el miedo, así es que hemos preferido que sea el Estado quien tome determinadas decisiones dentro de este ámbito sexual, en lugar de capacitar al menor y fomentar el desarrollo de su madurez para que sea él mismo quien asuma tales situaciones, que, por otro lado, le pertenecen al ser propias de sus derechos de la personalidad.

Nuestra labor por lo tanto, va a consistir en realizar un análisis exhaustivo del artículo 183 quater CP donde se reconoce la citada cláusula, con el objetivo de evidenciar tanto los aciertos y ventajas que puede proporcionarnos, como las deficiencias y problemas que presenta la articulación por la que se ha decantado nuestro legislador.

Así, en primer lugar, debemos trasladarnos al origen del nacimiento de la cláusula, lo que nos obliga a prestar especial atención a la evolución político-criminal que ha seguido España dentro de este ámbito referido a la delincuencia sexual de menores. Desde aquí ya adelantamos, que tal desarrollo ha desembocado en una política criminal represiva caracterizada por una utilización mucho mayor del Derecho Penal para aspectos tan personales de la vida, como ocurre con la cuestión que nosotros vamos a tratar y que se refleja por ejemplo en la medida protagonista de nuestro tema, la elevación de la edad de consentimiento sexual. Todo ello, debemos decir que viene propiciado tanto por las exigencias internacionales como por las nuevas tecnologías, los medios de comunicación y el miedo que ha sido implantado en la sociedad acerca de los delitos de esta clase.

De tal estudio acerca de la línea política penal mantenida nos surgirá el compromiso de referirnos al distinto tratamiento que se ha dado al consentimiento otorgado por el menor en el ámbito sexual, así como el reconocimiento dado a la libertad sexual de nuestro menores, dándonos cuenta del cambio que se ha dado en España en este sentido y de la cantidad de deficiencias y errores en los que aun hoy en día incurrimos.

En segundo lugar, conocido ya el origen del que surge la cláusula, continuaremos con el análisis de la misma conociendo así el fundamento y fin perseguido con su inclusión en nuestro sistema penal y la naturaleza jurídica que presenta, cuestión que no resulta nada fácil habiendo discrepancias en la doctrina sobre tal punto, entre quienes consideran que puede tratarse de una causa de atipicidad y quienes mantienen que se trata más bien de una causa de justificación.

Del mismo análisis estudiaremos los obstáculos y problemática que nos plantean las condiciones exigidas por la cláusula para que la misma sea operativa y por las que se ha decantado nuestro legislador, siendo estas, la "*proximidad*" de edad y de madurez o desarrollo, que deben darse acumulativamente entre las personas protagonistas en la relación sexual. En este orden de ideas y a la vista de los impedimentos que se probarán, merecerá la pena aludir a lo que desde aquí entendemos supone la cuestión clave acerca del reconocimiento de la libertad sexual de los menores y de la cláusula *Romeo y Julieta*, esto es, la madurez del menor

No obstante, no solo resulta problemático el examen de las condiciones que exige el artículo 183 quater para que opere, sino también el campo de aplicación que hoy en día presenta, que, como analizaremos, incluye delitos para los que no va a poder articularse y deja fuera otros que deberían ser incluidos.

En tercer lugar, conoceremos a través de la evolución jurisprudencial cómo ha sido el tratamiento dado por parte de nuestros tribunales al tema. Así, analizaremos los ejemplos que nos han resultado más llamativos diferenciándolos en dos etapas cronológicas distintas: antes de la inclusión de la cláusula, cuando la edad de consentimiento sexual se encontraba por debajo de los 16 años y existía una presunción *iuris et de iure* en relación a la eficacia del consentimiento de los menores en el plano sexual, y después de la inclusión de la cláusula en nuestro sistema.

Y por último, conoceremos como nuestro artículo 183 quater ha sido implantado en otros ordenamientos jurídico-penales, con el objeto de comparar todas las posibles articulaciones que de la citada cláusula se han hecho a través de todo el mundo.

2. EL ORIGEN DEL ARTÍCULO 183 QUATER EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El análisis de la cláusula contenida en el artículo 183 quater de nuestro Código Penal, nos obliga a comenzar examinando cómo ha sido el camino seguido por nuestra política criminal hasta llegar a la tendencia que vivimos hoy en día. Precisamente, el origen de la citada cláusula obedece a una de estas últimas medidas político-criminales que vamos a poder estudiar, esta es, la elevación de la edad de consentimiento sexual articulada con la reforma del CP en el año 2015. Así, vamos a poder conocer como ha sido la evolución que ha seguido nuestro país en relación con la edad de consentimiento sexual y las distintas presunciones que se han adoptado.

En este orden de ideas, el anterior estudio acerca de la citada edad, nos llevará a conocer cuál ha sido la importancia que a lo largo del tiempo ha dado nuestro sistema penal al consentimiento del menor, lo que nos lleva a dar una especial importancia a la idea del “*menor maduro*” y defender un mayor reconocimiento de esta.

2.1 Política criminal seguida en España en relación a la delincuencia sexual

2.1.1 Análisis de las principales medidas político-criminales seguidas en España

La política criminal seguida por nuestros legisladores a lo largo del tiempo, para dar un tratamiento a la delincuencia sexual que recae sobre los menores en España, ha

sufrido una evolución que si bien, comenzó con diversos aciertos prometedores, ha desembocado finalmente en políticas penales totalmente represivas¹ y decepcionantes, tal y como se ha evidenciado en las últimas reformas operadas en nuestro Código Penal y en las que a continuación profundizaremos².

Así, adentrándonos en el origen del cambio en este tratamiento penal, el mismo, resultó profundamente acertado cuando a raíz de la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del CP, el bien jurídico protegido evolucionó de custodiar la honestidad a la libertad sexual³. Siguiendo esta oportuna línea hacia un avance en la regulación de estos delitos, sucedieron las dos siguientes reformas. Primeramente, la LO 11/1999 que fijó la edad de consentimiento sexual en los trece años en lugar de los doce anteriores, y que además, amplió el Título VIII para tutelar no solo la libertad sexual sino también la indemnidad sexual cuando el delito se haya dirigido contra un menor; debiendo ser entendida ésta como el "*potencial desarrollo de la capacidad de autodeterminación sexual*"⁴. Cuestión ésta que no ha dejado indiferente a la doctrina, estando dividida entre quienes consideran en virtud de una tesis monista, que los menores también gozan en cierta medida de libertad sexual como DÍEZ RIPOLLÉS⁵, y quienes mantienen una tesis dualista manteniendo que se protege la libertad sexual cuando el delito recae sobre un adulto y la indemnidad sexual cuando recae sobre un menor como considera MUÑOZ CONDE⁶.

En segundo lugar, la LO 15/2003 trató de cubrir algunos vacíos legales existentes, así, por ejemplo, se incluyó en la descripción típica del delito de agresiones sexuales la

¹ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.21.

² Con el fin de facilitar el estudio acerca de las principales medidas político criminales seguidas en España para hacer frente a la delincuencia sexual se adjunta el ANEXO I en el que se esquematizan tales medidas.

³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 44.

⁴ *Ibid.* p. 58

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual". *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, 2000, p. 17.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 216 y ss.

introducción de miembros corporales⁷ junto a la de objetos⁸. De igual forma elevó la pena en el delito de exhibicionismo⁹. Pero además de ello, esta reforma incluyó dentro del delito de pornografía infantil dos aspectos relevantes; por un lado, tipificó el llamado “*delito solitario*”, esto es, condenar a quien para su propio uso posee material pornográfico en el que han sido utilizados menores de edad o incapaces en su elaboración¹⁰, y por otro lado, incluyó en su articulado la condena a quien produzca, venda, distribuya o facilite material pornográfico en el que no han sido utilizados menores directamente sino que se ha empleado su voz o imagen alterada, la denominada “*pornografía infantil virtual*”¹¹.

Sin embargo, como hemos señalado al comenzar el apartado, la política criminal seguida para hacer frente a este tipo de delitos se ha tornado en los últimos años totalmente autoritaria con un uso desproporcionado del Derecho Penal. Tal giro político-criminal se evidencia de manera clara a partir de la reforma operada en el año 2010 del CP. Afirmamos lo anterior atendiendo a las medidas que a través de la misma se tomaron en relación a estos delitos sobre menores. Así, nuestros legisladores decidieron dotar de autonomía a las conductas sexuales recaídas sobre los menores creando el nuevo Capítulo II bis titulado “*De los abusos y agresiones sobre menores de trece años*”. Dentro del nuevo capítulo se incluyó el tipo básico de abuso sexual a menor de 13 años consistiendo este en “*realizar actos que atenten a la indemnidad sexual de un menor*”. De acuerdo con esta redacción tan abierta podían ser incluidos en el tipo cualquier conducta que involucrase a un menor en un contexto sexual ajeno, pudiendo entender dentro del tipo por ejemplo un beso en la mejilla o en la cara, o tocamientos en el vientre por encima del

⁷ HUETE NOGUERAS, José Javier. “Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”. *Ponencia Fiscal de Sala Coordinador de Menores*, 20 de abril de 2015, p. 6. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8>. Última consulta: 20-03-2018.

⁸ *Vid.* Nota 2

⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Derecho Penal sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p.13.

¹⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Ponencia Fiscal, p.24. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14>. Última consulta: 25-04-2018.

¹¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Derecho Penal sexual...*Op.cit.*”, p. 34.

pantalón o en el muslo¹². En todo caso, lo decisivo es que deben tratarse de actos de carácter sexual, que representen una manifestación del instinto sexual¹³.

La reforma también afectó al ámbito de la pornografía infantil donde además de endurecerse las penas previstas, se incluyeron nuevas conductas a las ya existentes como la captación, la obtención de lucro y el ofrecimiento de material pornográfico¹⁴.

Sin embargo, la mayor novedad polémica de la reforma de 2010 vino propiciada al incluir en nuestro CP el nuevo delito *online child grooming* del entonces artículo 183 bis y actualmente 183 ter CP¹⁵, que condenaba a quien por medio de algún medio tecnológico contactase con un menor de 13 años y le propusiese concertar un encuentro con la finalidad de cometer alguno de los delitos sexuales recogidos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que a tal propuesta le acompañen actos encaminados al acercamiento. La inclusión de esta conducta delictiva ha sido profundamente criticada en la doctrina por quienes consideran que lo que se está tratando realmente son unos actos preparatorios. En este sentido entonces el *child grooming* supondría un adelantamiento de las barreras de protección penal siendo elevada a la categoría de delito la mera toma de contacto con el menor¹⁶. Quizás, la adopción de esta medida y la tipificación del *child grooming* podría venir justificada si realmente contásemos con unas necesidades criminológicas que lo demandasen. Sin embargo, atendiendo a la inexistencia de datos que demuestren la existencia del problema social que tal delito quiere resolver, podemos decir que se trata muy probablemente de un delito innecesario¹⁷ que no responde a la realidad criminológica vivida en España.

Por último, junto con la polémica suscitada en torno a la tipificación del *child grooming*, en el año 2010 hacíamos frente a otra de las medidas más criticadas como es

¹² MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. "De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010". *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm.15, 2010, p. 90.

¹³ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29. Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español*. www.protectingvictims.eu, p.5. Disponible en la siguiente página <<http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/68/El-menor-victima.it.en.pdf>>. Última consulta: 14-05-2018.

¹⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. "Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera)". *Ponencia del Fiscal del Tribunal Supremo*. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_Rafael%20Escobar%20Jimenez.pdf?idFile=117d99a3-ce18-4502-9cc8-4c3cebfe52d>. Última consulta: 25-04-2018.

¹⁵ *Ibid.* p. 45

¹⁶ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. "De los abusos y agresiones... *Op. cit.*, p. 101.

¹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso... Op. cit.*, p. 170.

la tomada en el artículo 36 CP. El mismo evitaba el adelantamiento de la obtención del tercer grado a los delincuentes sexuales siendo estos considerados grupos peligrosos de riesgo. Así, este sector de la delincuencia demandaba un Derecho penal distinto¹⁸, realmente un Derecho penal del enemigo¹⁹.

Pues bien, si así hemos comprobado como la reforma de 2010 supuso un paso importante en esta política criminal coercitiva, la reforma operada por la LO 1/2015 no se quedó atrás evidenciando una vez más la intención del legislador de dar un tratamiento a la delincuencia sexual sobre menores basado en la creación de tipos penales, endurecimiento de las penas e inclusión de conductas y dejando de lado por otra parte las necesidades sociales y criminológicas que vive la sociedad. Todo ello se refleja en las medidas operadas por la reforma entre las que destacamos en primer lugar, la elevación de la edad de consentimiento sexual desde los trece a los dieciséis años, de lo que podremos hablar más adelante.

En segundo lugar, la creación de nuevos tipos delictivos como el delito de embaucamiento de menores del artículo 183 ter.2 que condena a quien contacta con un menor de 16 años ²⁰a través de alguna tecnología realizando actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes de este tipo en las que se represente o aparezca un menor. Respecto de este tipo penal, si ahondásemos un poco más en su estudio, podríamos darnos cuenta de la multitud de problemas que trae su redacción como por ejemplo su falta de claridad en torno a cuál es el bien jurídico que se protege, si nos encontramos ante actos preparatorios punibles o ante una tentativa del delito de pornografía infantil etc.²¹.

Por otro lado, nos encontramos con la “*questionable*” regulación que se ha hecho a partir del año 2015 de la pornografía infantil. Si antes del año 2015 no existía una definición dada por nuestro legislador sobre lo que debía entenderse por pornografía infantil, después de la reforma, el artículo 189 CP nos define tres tipos de pornografía

¹⁸ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “De los abusos y agresiones... *Op.cit.*”, p. 86.

¹⁹ DURÁN SECO, Isabel. “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm.63, 2009, p.18.

²⁰ Si bien en el año 2010 el delito online *child grooming* condenaba a quien contactase con un menor de 13 años, con la reforma del año 2015 y propiciado a su vez por la elevación de la edad de consentimiento sexual, el delito evolucionó para condenar el contacto con un menor de 16 años.

²¹ ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”. En VIVES ANTÓN, T; ORTS BERENGUER, E; CARBONELL MATEU, JC; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C; CUERDA ARNAU, ML; BORJA JIMÉNEZ, E; GONZÁLEZ CUSSAC, JL. *Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 230.

infantil, la pornografía clásica, la técnica y la virtual y deja fuera por el contrario, la pseudopornografía que había estado condenada como tal hasta ese mismo momento. Sin embargo, no quiere decir ello que este último tipo de pornografía infantil sea ahora atípica, sino que continúa siendo condenada, pero formando parte de la pornografía virtual²².

No obstante, hablamos de una regulación cuestionable sobre la pornografía infantil ya que nuestro legislador parece haberse olvidado en este punto sobre el fin del Derecho Penal que no es otro que la protección de bienes jurídicos. Cuando hablamos de la pornografía clásica no hay duda de que existe un bien jurídico al que amparar. No ocurre lo mismo cuando hablamos sobre la pornografía técnica en la que quien participa es realmente un adulto y no un menor de edad, o de la pornografía virtual en la que las imágenes han sido creadas a partir de un patrón irreal y no existe un menor verdadero²³. Existe una diferencia de gravedad entre un tipo de pornografía y otro, pero a pesar de ello nuestro legislador decide condenar todas estas clases de las que hablamos de igual manera²⁴ y sin tener en cuenta el grado de afectación al bien jurídico protegido que en unos casos se ve mucho más lastimado que en otros.

Y aunque podríamos continuar refiriéndonos a las deficiencias que presenta actualmente la regulación dada a la pornografía infantil después de la reforma de 2015, debemos aludir ahora a otra medida político criminal de especial relevancia, como es, la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales y la prohibición de que los condenados por delitos de carácter sexual ejerzan profesiones que impliquen un contacto habitual con los menores²⁵.

La creación de tal registro y el establecimiento de la anterior prohibición no responden a la reforma del CP de 2015 sino que derivan de la modificación de la LO

²² Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Fiscalía General del Estado, p. 186. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623> Última consulta: 2-04-2018.

²³ MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo. "Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal". *Cuadernos de política criminal*, núm. 108, III, Época 2012, 2012, p. 67-117.

²⁴ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. "Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 13, 2015, p. 38.

²⁵ SALAT PAISAL, Marc. "El registro de delincuentes sexuales español: su regulación jurídica y su efecto en la prohibición para desempeñar profesiones que impliquen contacto habitual con menores". *Revista General de Derecho Penal*, 2016, núm. 25, 2016, p. 2.

1/1996 de Protección Jurídica del Menor en el mismo año 2015 y suponen la última de las medidas político-criminales más llamativas de las que vamos a hablar. Ambas decisiones político-criminales tienen en su base una buena intención del legislador cuyo fin, es la protección de los menores frente a la delincuencia sexual. Sin embargo, poseen numerosas deficiencias. En el caso del registro central de delincuentes sexuales, una de las finalidades perseguidas como ya hemos mencionado es la de proteger a los menores de esta clase de delitos lo que no parece ser muy coherente con que solo sean inscritos en el registro determinados delitos sexuales dejando fuera otros como el embaucamiento de menores y el *child grooming* que, aunque desde aquí consideremos innecesario, su implantación por el legislador respondía al ánimo de protección de la infancia, lo que no concuerda con que se excluya del registro cuando ambas medidas persiguen el mismo fin.

Tampoco parece demasiado razonable, que vayan a ser inscritos todos los condenados de igual forma sin hacer distinción ninguna en base al tipo de delito o si resulta que el victimario es un menor²⁶.

Por otra parte, la prohibición de que los condenados por este tipo de delitos puedan ejercer profesiones que impliquen un contacto habitual con menores también ha presentado determinados fallos como el hecho de que la ley que la recoge no nos explique qué profesiones debe entenderse que implican un contacto habitual con menores, ante quién debe acreditarse que no se poseen antecedentes en relación a estos delitos, ni quién va a controlar que esto se cumpla. La ley ni siquiera ha previsto medidas aplicables en el caso de que no se respete esto²⁷.

Pues bien, con este análisis sobre las medidas que han ido diseñando la política criminal seguida en nuestro país para hacer frente a los delitos de naturaleza sexual contra los menores, descubrimos la tendencia actual a intentar recoger todas las conductas posibles en nuestros códigos penales para así condenarlas y dar una falsa sensación de seguridad a los ciudadanos. Todo ello nos lleva como ya hemos mencionado a una política criminal represiva y mal planteada en la que la base del Derecho Penal no es ya la protección de bienes jurídicos sino penar, condenar y tipificar todas las conductas que creemos que pueden suponer un peligro sin que exista necesidad real de tomar ese tipo de medidas.

²⁶ *Ibíd.* pp.5-8

²⁷ *Ibíd.* pp.11-13

El hecho de haber llegado a este conjunto de medidas legislativas que comparten como denominador común su carácter coercitivo, se debe a diversos factores como la influencia de la normativa internacional, los medios de comunicación, las nuevas tecnologías y el miedo generalizado que se crea en la sociedad cuando se trata de delitos de naturaleza sexual²⁸, causas a las que nos referimos a continuación.

2.1.2 Causas que influyen en la política criminal represiva seguida frente a la delincuencia sexual

Para justificar muchas de las medidas vistas anteriormente, el legislador español optó en primer lugar, por alegar a la necesidad de adaptar nuestra regulación a las exigencias internacionales. Así, el propio proyecto de reforma del CP de 2013 ya explicaba que las reformas en materia de delincuencia sexual frente a menores obedecían al propósito de cumplir con la transposición de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil²⁹.

Sin embargo, podemos decir que si bien la normativa internacional lógicamente influye en nuestro Derecho interno, esta razón no es del todo válida en base a dos argumentos. En primer lugar, porque la mayoría de las adaptaciones preceptivas en delitos de esta naturaleza ya se habían cumplido en España con las reformas de 1999, 2003 y 2010 concretamente³⁰. Y, en un segundo orden, porque tanto la Directiva de 2011 como el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 2007, que supone el otro instrumento legislativo internacional que ha tenido en cuenta el legislador, dejan la puerta abierta a los Estados en muchos supuestos para que procedan a regular conforme a sus necesidades³¹. En otros casos, lo que hacen estos instrumentos internacionales es dar unas normas mínimas por ejemplo, en el caso del registro central de delincuentes sexuales. Cuando el Convenio habla de adoptar las medidas necesarias para que se almacenen los perfiles genéticos de ADN de los condenados por estos delitos,

²⁸ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso... Op.cit.*, pp. 20-48.

²⁹ ROPERO CARRASCO, Julia. "Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014, p. 227.

³⁰ *Ibíd.* De acuerdo con la autora, las modificaciones operadas con la reforma de 2015 no pueden responder a un intento de adaptar nuestra legislación a las exigencias internacionales ya que ya en el año 2010 se había dado un tratamiento autónomo a los delitos sexuales contra menores de trece años, se habían elevado significativamente las penas, se añadió la conducta del ciberacoso y se había conseguido tipificar casi con exhaustividad las conductas relativas a la pornografía infantil incluyendo no solo la posesión de este material para el consumo propio sino también la pornografía virtual elaborada sin intervención directa de menores.

³¹ SALAT PAISAL, Marc. "El registro de delincuentes sexuales... *Op. cit.*", pp. 2-4.

nuestros legisladores parece que entienden que la normativa internacional está obligando a los Estados a crear un registro de esta naturaleza³².

En segundo lugar, si queremos analizar las causas que han propiciado el escenario del que venimos hablando debemos referirnos por un lado, a los efectos que han provocado las nuevas tecnologías en la sociedad. Aunque ni duda cabe de que internet nos ofrece a todos, no solo a los menores, un amplio margen de oportunidades para todo, tanto a nivel social, educativo, cultural, etc. lo cierto es que hoy en día estas oportunidades se han visto totalmente desplazadas por los riesgos que le son atribuidos a internet o a las nuevas tecnologías³³. Así, internet hoy en día se concibe como el nuevo “*escenario predatorio*”³⁴ en el que los depredadores sexuales se mueven con mayor facilidad para alcanzar a sus víctimas menores de edad³⁵.

Sin embargo, la respuesta ofrecida por nuestro Derecho Penal resulta desproporcionada teniendo en cuenta que la figura del depredador *online* es mucho menos habitual de lo que la sociedad piensa³⁶. Han sido diversos los estudios³⁷ que han logrado demostrar el bajo porcentaje de menores que habiendo recibido una solicitud sexual termina accediendo y quedando con el solicitante³⁸. Paradójicamente, son las nuevas tecnologías las que provocan una mayor preocupación en la sociedad cuando realmente estas conductas vienen en su mayoría de las veces de la mano del ámbito cercano y conocido del niño³⁹.

Como era de esperar, otro de los motivos esenciales que han propiciado este endurecimiento de la respuesta penal y al que aludimos en tercer lugar es, inevitablemente, los medios de comunicación. Estamos asistiendo cada día más a una

³² *Ibíd.*

³³ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Menores e internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”. En BATUECAS CALETRÍO, Alfredo; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. *Algunos desafíos en la protección de datos personales*. Granada: Comares, 2018, pp. 137-169.

³⁴ MITCHELL, K.J.; JONES, L.M.; FINKELHOR, D.; WOLAK, J. “Understanding the decline in unwanted sexual solicitations for US youth 2000-2010: findings from three Youth Internet Safety Surveys”. *Child abuse and neglect*, 37, 2013, p. 1226.

³⁵ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso... Op.cit.*, p. 44.

³⁶ WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K.J.; YBARRA, M.L.; “Online predators and their victims: myths, realities and implications for prevention treatment”. *American Psychologist*, 63, 2008, pp. 111 y ss.

³⁷ Para un mayor conocimiento acerca de estos estudios ver DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español- art. 183 bis CP”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 3ª Época, 2012.

³⁸ HASEBRINK, U.; LIVINGSTONE, S.; HADDON, L. Comparing children’s online opportunities and risks across Europe: cross-national comparison for EU kids, EU kids On-line, pp.29-30.

³⁹ McLINDEN, Anne Marie. “*Grooming*” and the sexual abuse of children. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 41.

sobreexposición de noticias sobre delincuencia lo que conlleva a una sobredimensión del peligro⁴⁰. Entre los distintos hechos que suceden en la sociedad y que son noticia, los medios de comunicación dan un lugar destacado a la criminalidad, ya que son noticias negativas, presentan hechos espectaculares, violencia etc⁴¹. En resumidas cuentas, son este tipo de noticias las que presentan un morbo que sirve de reclamo obteniendo así mayores beneficios económicos al menor coste posible, aspecto que no es otro que el fin último de los medios de comunicación⁴².

De esta manera, se termina reflejando una imagen parcial de la realidad vivida en el país al considerar unos hechos noticiables y otros no, con la consecuencia efectiva de que las personas sientan determinados problemas más importantes que otros⁴³. Se consigue así un incremento de la preocupación social de una entidad que no es la real, y en base a esta preocupación, la opinión pública reclama una actuación y respuesta de quienes deben velar por nuestra seguridad, los poderes públicos⁴⁴. Así, estos últimos, encuentran en esta falsa sensación de inseguridad la excusa perfecta para implantar nuevas medidas penales basadas en el aumento del control, de las penas etc. en lugar de aprovechar para evaluar la realidad criminológica existente y comprobar la certeza de las informaciones vertidas por los medios y demostrar o no si tal problema existe y requiere de una respuesta penal⁴⁵, lo cual parece más acorde con la idea de *ultima ratio* que posee el Derecho Penal. Ejemplo de ello y de la trascendencia de los medios de comunicación en la política criminal del país es el caso de "El Salobral" por el que una niña de trece años resultó ser asesinada por un hombre de 39 años con el que presuntamente mantenía una relación la cual no era constitutiva de delito al estar la edad de consentimiento sexual en ese momento en los trece años. La repercusión del caso supuso un torrente de influencia para que posteriormente esta edad sufriese una elevación⁴⁶.

Unido a todo lo anterior, ni duda cabe de la enorme fuerza que hoy en día ejercen también los grupos de presión que no son otra cosa que un conjunto de personas cuyo fin

⁴⁰ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit.*, p. 21

⁴¹ SALAT PAISAL, Marc. *La respuesta jurídico- penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 36.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.* p. 37

⁴⁴ *Ibíd.* p.43 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit.*, p. 182. Para más información sobre el caso: <https://politica.elpais.com/politica/2012/10/20/actualidad/1350761114_627738.html>

pretende ser influir en la política y promover sus ideas incidiendo de esta manera en la toma de decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales⁴⁷. Lo vemos actualmente en la actividad que están desplegando las asociaciones de víctimas, agrupaciones que forman parte de estos grupos de presión⁴⁸, con el propósito de mantener la pena de prisión permanente revisable.

En resumen, el conjunto de todos estos factores ha conseguido su propósito, crear una alarma social enorme que incide directamente sobre toda nuestra política criminal y que realmente está basada en un fenómeno que ha sido distorsionado y amplificado por todas estas causas que acabamos de analizar⁴⁹. Así, la criminalidad sexual que afecta a los menores, debido a la gran preocupación que provoca en las personas se ha convertido en un instrumento idóneo para los poderes políticos para ganar apoyos.

A la vista de lo anterior, la cadena sería simple, ante la magnitud de las exposiciones que hacen los medios de comunicación acerca de los delitos de esta clase, se crea una gran preocupación social que es aprovechada por los poderes públicos o políticos para endurecer las medidas penales y de esta manera acabar con esa falsa sensación de inseguridad ya que tendemos a creer erróneamente que cuanto más duro sea el Derecho Penal y más conductas recoja, mayor seguridad existe. Sin embargo, lo que realmente se produce bajo este esquema es una distorsión de la política criminal seguida para hacer frente a esta delincuencia.

En efecto, como consecuencia de este contexto punitivista que hoy en día sufrimos, surgen medidas como la que estudiamos a continuación, la elevación de la edad de consentimiento sexual.

2.2 La elevación de la edad de consentimiento sexual como origen de la cláusula “*Romeo y Julieta*”

2.2.1 Evolución de la edad de consentimiento sexual en España

La definición sobre lo que debemos entender por edad de consentimiento sexual nos la proporciona la Directiva 2011/93/UE en su artículo 2.b donde establece que ésta supone “*la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional está*

⁴⁷ JEREZ, Miguel. “Los grupos de presión”. En DEL AGUILA, Rafael. *Manual de ciencia política*. Madrid: Trotta, 1997, p. 297.

⁴⁸ SALAT PAISAL, Marc. *La respuesta jurídico- penal a los delincuentes...Op.cit.*, p. 52-53.

⁴⁹ DÍAZ GÓMEZ, Andrés; PARDO LLUCH, María José. “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”. *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, 2017, p. 3.

prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor"⁵⁰. A lo largo del tiempo en España, esta edad que marca el límite mínimo a partir del cual es permitido el contacto sexual con menores ha variado existiendo tres etapas. Hasta el año 1999 la edad era fijada en los doce años mientras que a partir de tal fecha, la edad se estableció en los trece años, fue una vez operada la reforma de 2015 que se elevó notablemente como ya hemos expuesto en los dieciséis años⁵¹.

Cierto es que hasta el año 2015 España era uno de los países con la edad de consentimiento sexual más baja, precisamente esta circunstancia fue lo que provocó tal elevación a raíz de las recomendaciones que desde el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se hicieron⁵². Efectivamente, la propia Exposición de motivos de la LO 1/2015 alude a esta razón de adecuarnos a las disposiciones procedentes de la ONU y mejorar así la protección de nuestra infancia. Sin embargo, para ser justos, también es cierto que lo manifestado por el Comité era en realidad una sugerencia o una mera muestra de preocupación sin que en ningún momento se estuviera obligando al Estado español a elevar la edad⁵³. Igual de cierto es, que a pesar de la trascendencia de una decisión como esta, la misma fue tomada por nuestro legislador sin que se debatiese acerca de ello, sin analizar cuáles serían las consecuencias, cuál era el auténtico objetivo de la reforma o si realmente tal elevación era necesaria⁵⁴. Paradoja que resulta aún más llamativa si tenemos en cuenta que cada vez existe una mayor precocidad en el comienzo de la actividad sexual por parte de nuestros menores⁵⁵. Parece que nos encontramos de nuevo ante una medida que refleja la intención de control y represión por parte de nuestra política criminal.

⁵⁰ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos 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. Artículo 2.b. Disponible en la siguiente página <<https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf>> Última consulta: 03-04-2018.

⁵¹ *Vid.* nota 2

⁵² Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quarter del Código Penal. Fiscalía General del Estado, p.3. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6> Última consulta: 7-04-2018.

⁵³ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. "La tipificación de los abusos sexuales a menores tras la reforma de 2010". En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 124 y ss.

⁵⁴ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit*, p. 183

⁵⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, José; TRAVERSO BLANCO, Clara Isabel. "Conductas sexuales en adolescentes de 12 a 17 años de Andalucía.". *Gaceta Sanitaria*, 2012, vol. 26, núm. 6, 2012. Disponible en la siguiente página <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112012000600005> Última consulta: 03-04-2018. A través del estudio que recoge el presente artículo se constata cada vez una

Pues bien, llegados a este punto nos preguntamos entonces qué lugar ocupa el consentimiento del menor cuando hablamos de contactos sexuales. ¿Es posible tener en cuenta tal consentimiento en nuestro sistema? ¿La interacción sexual con un menor en supondrá una conducta delictiva siempre? Así, podemos diferenciar tres etapas dentro de nuestra regulación.

La primera etapa hace referencia al periodo de tiempo transcurrido desde 1999 hasta el año 2010, etapa en que reinaba una presunción *iuris et de iure* sobre la existencia de un delito de abuso sexual cuando se llevasen a cabo actos de carácter sexual con un menor de trece años⁵⁶. De esta manera, realizar un acto sexual con un menor de trece años siempre iba a suponer un delito en virtud de esa presunción *iuris et de iure* que invalidaba el posible consentimiento que podía dar el menor. En estos términos se refiere la STS 411/2006 cuando se refiere al menor como “*incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual*”⁵⁷. Ello, es lo que se desprendía del artículo 181 CP de la LO 11/1999 en el que después de dar una definición de lo que debía entenderse por abusos sexuales, concretamente en su apartado segundo se consideraban abusos sexuales no consentidos “*los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare*”⁵⁸.

Sin embargo, con la reforma del año 2010 la situación cambia constituyendo así el segundo periodo. A través del artículo 183 de la LO 5/2010 se castigan los abusos sexuales contra menores de trece años en ese ímpetu del que hablábamos anteriormente de dar autonomía a las conductas sexuales que afectan a estos menores, pero, desaparece la referencia que se hacía en el apartado segundo del artículo 181 sobre la consideración en todo caso de abuso sexual a los actos sexuales que se lleven a cabo con estos menores⁵⁹. Ante tal circunstancia no podemos decir que existiese una presunción *iuris et de iure* absoluta, ocurriendo lo mismo con mantener una presunción *iuris tantum*. Quizás lo más

mayor precocidad y promiscuidad en las relaciones sexuales por parte de los adolescentes. Por ello, consideran necesario los autores, que al tratarse de una población sexualmente activa, se imparta una educación sexual para los adolescentes a edades más tempranas.

⁵⁶ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones sexuales... Op. cit.*, p. 119

⁵⁷ Sentencia 411/2006 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 18 de abril de 2006. Fundamento de Derecho tercero. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invencible-20782288>>. Última consulta 4-04-2018

acorde sería considerar que si bien se seguía en la misma línea que se arrastraba desde el año 1999, la presunción *iuris tantum* estaba ganando fuerza en nuestro sistema, consiguiendo un equilibrio entre las dos posturas. La propia doctrina no fue capaz de ponerse de acuerdo abriéndose un debate entre los que consideraban que realmente el legislador con esta medida estaba de acuerdo con una presunción *iuris tantum* como sostiene MONGE FERNÁNDEZ cuando explica que “la nueva tipificación parece otorgar relevancia al consentimiento del menor de trece años en los casos de relaciones sexuales sin violencia ni engaños”⁶⁰. La razón de este sector doctrinal se basaba en que “la ratio legis solo pretende preservar al menor de las relaciones practicadas con adultos”⁶¹, de otra manera un menor de edad pero mayor de trece años que practicase actos sexuales con un menor de trece años con consentimiento de este estaría cometiendo un delito. De la misma opinión parece ser la Fiscalía General del Estado cuando en su circular 9/2011 trata de defender que los contactos sexuales que se practican entre menores de similar edad sin que medie violencia, intimidación, prevalimiento o engaño, pese a que podrían encuadrarse en el tipo penal, deben suponer el archivo de la causa ya que no hay en esa conducta la antijuridicidad exigible⁶².

No obstante, también hay otro sector de la doctrina como RAMON RIBAS, que no entiende que en la medida tomada por nuestro legislador exista un ánimo de establecer una presunción *iuris tantum* ya que, si como hemos podido ver, la reforma de 2010 tenía la intención de endurecer la regulación de los delitos de carácter sexual, difícilmente puede sostenerse que flexibilice la capacidad del menor para consentir⁶³.

Es en el año 2015 cuando la presunción *iuris tantum* sobre la capacidad para consentir de los menores de dieciséis años en lo referido a actos de naturaleza sexual, llega a nuestro sistema de la mano del artículo 183 quater CP.

⁶⁰ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones sexuales...Op. cit.*, p. 120. Vid. para una mayor comprensión de la cuestión DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 13, 2015.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Fiscalía General del Estado, p. 1881. Disponible en la siguiente pagina <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd>. Última consulta: 7-04-2018.

⁶³ RAMON RIBAS, Eduardo. *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 57.

2.2.2 Presunción *iuris tantum* y cláusula “*Romeo y Julieta*”

Como ya hemos venido adelantando, con la reforma del CP operada en el año 2015 se incluye el artículo 183 quater en virtud del cual se excluye la responsabilidad penal por los delitos previstos en ese mismo Capítulo cuando exista por un lado, consentimiento libre del menor de dieciséis años y el autor sea una persona próxima a éste último por edad y por grado de desarrollo o madurez.

Esta cláusula contenida en el anterior precepto es más conocida como “*cláusula de Romeo y Julieta*”, denominación procedente del Derecho anglosajón por referencia a la obra de Shakespeare en la que los protagonistas de la historia eran dos adolescentes enamorados⁶⁴. Su aparición en nuestro sistema penal ha sido consecuencia de la elevación de la edad de consentimiento, así, supone un intento o necesidad de afrontar la realidad social de nuestros menores adolescentes que, como ya hemos venido comentando, se interrelacionan sexualmente con otras personas ya sean mayores u otros menores⁶⁵. Teniendo en cuenta la edad de consentimiento sexual elevada que mantenemos hoy en día y el adelantamiento en el ámbito sexual que los menores están viviendo, de no ser por la existencia de esta cláusula, los contactos sexuales consentidos entre nuestros jóvenes, por ejemplo un menor de quince años y otro menor de diecisiete supondría un delito de abusos sexuales a menores por parte de este último. Mientras que el fin del precepto es bueno ya que pretende excluir de la esfera penal los contactos sexuales que puedan darse entre los jóvenes, igualmente parece que su inclusión ha sido un remedio puesto por el legislador para hacer frente a esa elevación de la edad de consentimiento que confronta en cierta medida con la realidad vivida entre nuestros adolescentes.

Pues bien, a la luz de todo lo anterior y al contrario de lo anteriormente vivido en el sistema penal español, en virtud de la cláusula *Romeo y Julieta* se confirma por primera vez la existencia de una presunción *iuris tantum* acerca de la capacidad de los menores de dieciséis años para consentir en el mantenimiento de relaciones sexuales. No obstante, y como veremos más adelante y que aquí ya adelantamos, para poder enervar tal

⁶⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater”. *Ponencia Fiscal de la Fiscalía Provincial de Granada*, p. 8-9. Disponible en la siguiente página

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a>. Última consulta: 7-04-2018.

⁶⁵ *Ibíd.*

presunción no basta con el consentimiento del menor sino que se exigen otros condicionantes que deben cumplirse en todo caso que son, la proximidad de edad y la proximidad en grado de madurez o desarrollo⁶⁶.

2.3 El consentimiento de los menores y el ejercicio de su libertad sexual

Como hemos podido ver, mediante la cláusula *Romeo y Julieta* parece reconocerse a los menores de edad su propia libertad sexual a través de su consentimiento una vez alcancen los dieciséis años. Sin embargo, sostenemos desde aquí que tal reconocimiento no es pleno, sino que se encuentra condicionado a través de dos vías.

Desde una primera línea, porque tal cláusula exige para dar validez al consentimiento del menor que la persona protagonista, sea una persona próxima en edad y en grado de madurez y desarrollo al menor. En este sentido, parece que podríamos encontrarnos con situaciones en las que un menor de quince años tenga relaciones sexuales con un mayor de dieciocho y sin embargo esto sea condenado como delito de abuso sexual porque no coincidan sus grados de madurez a pesar de que sí sea próxima su edad. Por lo que la cláusula y consiguientemente el consentimiento del menor, no siempre van a operar.

Y desde una segunda vía, porque el artículo 183 quater solo despliega su eficacia para determinados delitos sexuales, estos son, los incluidos en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II. Así, quedan al margen del amparo de la cláusula determinadas conductas sexuales y por lo tanto, el consentimiento prestado por el menor para estos comportamientos excluidos carece de total validez como podremos estudiar más adelante.

A pesar de lo anteriormente dicho, es cierto que a través de esta última reforma y de este precepto, parece haberse articulado un mayor reconocimiento al consentimiento de este menor, aunque no siempre ha sido así ya que hemos incurrido a lo largo del tiempo en numerosas contradicciones en materia de menores. Fue a partir de la Convención de los Derechos del niño de 1989 cuando por primera vez se reconoce a los menores como sujetos de derechos⁶⁷. Sin embargo, los esfuerzos por reforzar la posición jurídica del menor, así como su autonomía y su capacidad para decidir se han visto fuertemente difuminados a través de los cambios legislativos operados en España y que hemos podido

⁶⁶ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ ROPERO CARRASCO, Julia. "Reformas penales y política criminal...*Op. cit.*, p. 237

analizar⁶⁸, especialmente, y en lo que a nosotros nos interesa desde este trabajo, en relación a sus derechos sexuales.

En tales medidas legislativas se ha evidenciado uno de los mayores errores al que nos enfrentamos en materia de derechos sexuales y es, la ideología que subyace en tales reformas y que pretende restringir lo máximo posible la capacidad de decisión del menor en su ámbito de autonomía personal sexual. Así, caemos en la equivocación de legislar movidos por la imposición de opciones ideológicas predeterminadas y no por la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales⁶⁹. En este sentido, incluir únicamente aspectos morales en el ámbito de la sexualidad para legislar, no supone desde nuestro punto de vista un acierto pero, sin embargo, es a lo que se ha llegado. Ejemplo de ello lo vemos en que paralelamente a la elevación de consentimiento sexual se eleva la edad para poder consentir válidamente al matrimonio⁷⁰. Si bien, esta medida parece responder a un intento de mantener cierta coherencia que faltaría en caso de admitir a un menor contraer matrimonio pero no permitir que consienta para tener relaciones sexuales, también evidencia la vinculación entre la sexualidad y el matrimonio. Unión muy desafortunada ya que el comportamiento sexual de los adolescentes hoy en día va en una dirección totalmente opuesta al matrimonio⁷¹.

Desde el prisma internacional se ha fomentado que los Estados atribuyan a los menores un reconocimiento de su autonomía mucho mayor a través de su posición como sujetos de derechos. Sin embargo, a través de las presunciones *iuris et de iure* lo que se ha conseguido ha sido lo contrario ya que ha sido el Estado el que se ha encargado de decidir en cierta manera sobre los derechos de carácter sexual de los menores y aun hoy en día, a pesar del avance que supone la cláusula del artículo 183 quater, sigue ocurriendo que la autonomía y la capacidad de decidir y consentir del menor queda fuertemente restringida como vemos en la propia cláusula estando esta condicionada a determinados requisitos (proximidad de edad y madurez) y quedando muy limitado su ámbito de aplicación (solo delitos del artículo 183 a 183 ter). Si bien es cierto que estos sujetos pueden ser más vulnerables y por tanto, requieren una especial atención, no lo es menos

⁶⁸ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad.” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pp. 26- 28.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 29.

⁷⁰ *Ibíd.* pp. 10-12

⁷¹ *Ibíd.*

que las leyes penales no pueden ser un obstáculo para el ejercicio de derechos y menos cuando estas, parecen ir en contra con la realidad del país⁷². Tal y como explica GONZÁLEZ AGUDELO, “*al convertir en delito conductas que socialmente son aceptadas por no presentar un contenido específico de lesividad (...), la norma no es efectiva y pierde legitimidad, pero al estar vigentes, convierten en criminal a todo aquel que contraríe la norma moral subyacente a la prohibición*”⁷³.

En esta tendencia que estamos sufriendo en los últimos tiempos derivada de la política criminal coercitiva que hemos podido analizar anteriormente, es necesario contar con instrumentos que hagan frente a esa corriente y consecuentemente a la aplicación desproporcionada del Derecho Penal. No se trata de evitar que el Derecho Penal opere sino que solo lo haga cuando realmente nos encontramos con una conducta merecedora de ese tratamiento punitivo, tal idea es precisamente la esencia del Derecho Penal.

Ello nos lleva a preguntarnos entonces ¿realmente la interacción sexual entre los menores forma parte de esas conductas que merecen la intervención del Derecho Penal?

La anterior cuestión podemos responderla perfectamente a través de los *mediating principles* como principios limitadores de la criminalización⁷⁴ que abogan por que solo las formas más graves de comportamientos perturbadores deban ser prohibidas a través del Derecho Penal, lo que no parece darse por ejemplo en los contactos sexuales que puedan producirse entre adolescentes. Estos contactos, carecen de la lesividad o daño suficiente⁷⁵. De no existir esta excepción de criminalización del 183 quater como ocurría antes de 2015, condenaríamos situaciones que carecen como ya hemos visto de una dañosidad suficiente y, consecuentemente, habría una falta de reconocimiento absoluta de los derechos de la sexualidad de nuestros menores.

Para mayor énfasis uno de estos principios limitadores con los que podemos contar y que se encaja perfectamente al ámbito de los menores, es el reconocimiento de su propia esfera privada. No solo los adultos deben contar con un ámbito privado que sea suyo propio sino que es necesario dotar a nuestros menores también de lo mismo.⁷⁶ Así, la

⁷² *Ibíd.* p. 10

⁷³ *Ibíd.* pp. 9 y 10

⁷⁴ VON HIRSCH, Andrew. “Tolerancia como *mediating principle*”. En ROBLES PLANAS, Ricardo. *Límites al Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2012, p. 165.

⁷⁵ *Ibíd.* pp. 169- 173

⁷⁶ *Ibíd.* pp. 172 y 173

única forma de articular un espacio privado, personal e íntimo ya no solo para los menores sino para todas las personas y asegurar su libertad, es librar a estas en lo máximo posible de la intervención estatal y de su intromisión punitiva⁷⁷. Lo que no ha sido respetado en el ámbito sexual de los menores hasta el momento.

Por si no fuera suficiente con la anterior teoría basada en la necesidad de reconocer el derecho a una esfera privada también en los menores como forma de limitar al Estado en que pueda condenar determinadas conductas sexuales que deberían formar parte de la capacidad del menor para consentir en ellas, tratamos de sostener desde aquí también, la necesidad de dotar de importancia la idea del “*menor maduro*” en este sentido.

La idea del menor maduro nació en la década de los años 70 en Estados Unidos basándose en el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden ser ejercitados por el individuo desde el preciso momento en que este es capaz de disfrutar de ellos, lo cual sucede en bastantes ocasiones antes de los dieciocho años⁷⁸. De esta manera, se consideró que el menor maduro es el menor de edad que cuenta con la capacidad suficiente para tomar sus decisiones en relación a una actuación concreta⁷⁹. En virtud de esto, cabe sostener que habrá menores que realmente cuenten con una capacidad tal que les permita decidir de una forma consecuente en materia sexual. No deberíamos negarles en todos los supuestos tal capacidad con la que realmente cuentan y más, teniendo en cuenta que la reflexión teórica sobre cómo forjar nuestro carácter cuando somos adolescentes para saber elegir mejor entre lo que va a ser bueno para nosotros y lo que puede ser malo de una forma autónoma, depende, entre otros elementos, de tener la posibilidad de ejercitar nuestra libertad progresivamente⁸⁰.

No tratamos de defender desde aquí que los menores cuenten con una libertad absoluta a la hora de decidir en materia sexual desde que nacen, sino que no se les niegue tal libertad a aquellos menores que realmente cuenten con la capacidad y madurez suficiente para decidir. Negarles esa libertad y esa capacidad implicaría no considerarles como sujetos de derechos y, por consiguiente, no reconocerles ninguna posición jurídica dentro de nuestro sistema. Ello, conllevaría que fuese el Estado quien decidiese por ese

⁷⁷ *Ibíd.* 173

⁷⁸ SÁNCHEZ JACOB, Marta. “El menor maduro.” *Boletín de pediatría*, vol. 45, núm.193, 2005, p. 158

⁷⁹ Fundación Merck Salud. “Menor maduro y salud”. Informe del experto núm. 15, p. 4. Disponible en la siguiente página < http://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2017/06/15_MenorMaduroySalud_web.pdf>. Última consulta: 7-04-2018.

⁸⁰ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Carmen. “Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo.” *Adolescere*, vol. 1, núm. 2, 2013, p.22.

menor que cuenta con la madurez necesaria para decidir y al que se le está negando. Y con mayor reproche cuando tal negación a su capacidad para decidir y consentir viene derivada por un ímpetu ideológico y por el error de caer en la sobreprotección a nuestros menores que nos ha llevado a negarles derechos con los que cuentan.

Vivimos dentro de un sistema en el que al sujeto menor sí se le reconoce una madurez suficiente para hacer frente a la responsabilidad penal desde los catorce años. Sin embargo, no creemos que tenga madurez suficiente para tener relaciones sexuales y por tanto no le es reconocida su libertad sexual hasta los dieciséis años. A nuestro parecer tal situación carece de coherencia ya que consideramos que se requiere una mayor madurez para hacer frente a una condena penal y para llegar a la comprensión y entendimiento de que se está cometiendo un delito, que para llevar a cabo actos propios del desarrollo de la personalidad sexual de los adolescentes. Lo expuesto nos lleva a pensar entonces que no hay congruencia en lo que se refiere al reconocimiento de derechos a nuestros menores en nuestro sistema.

La idea mantenida es que, en virtud de salvaguardar esa mínima intromisión del Estado a través del Derecho Penal en la esfera privada de los menores, lo correcto es que sea desde el ámbito familiar desde donde deba ser orientado el menor. Queremos decir con ello que debe ser desde el círculo familiar, donde el menor es un actor participativo, desde donde se prepare al adolescente para el ejercicio de una sexualidad responsable y para ser apoyado y asesorado en orden a la toma de decisiones importantes en ese ámbito⁸¹.

Y así, cuando de la madurez analizada atendiendo al menor y utilizando diversos criterios como la edad, la capacidad intelectual y emocional, la búsqueda de ayuda y asesoramiento por el menor, la experiencia previa y la autoconfianza del menor en su capacidad para decidir, no se demuestre entonces suficiente, es cuando debe operar el sistema de protección arbitrado por el ordenamiento jurídico basándose en el interés superior del menor⁸².

⁸¹ GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. "Consecuencias jurídicas y político-criminales..." *Op. cit.*, p. 12

⁸² *Ibíd.* pp. 15-17

3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA “ROMEO Y JULIETA” EN EL SISTEMA ESPAÑOL

De forma lógica, antes de comenzar a observar como la cláusula ha sido articulada en otros países debemos conocer la forma en que la misma se ha implantado en nuestro país. Tal estudio podremos hacerlo a continuación profundizando así en cuál ha sido el fundamento y objetivos que han motivado a nuestros legisladores para la inclusión de la cláusula. No obstante, del estudio exhaustivo que procedemos a hacer, se evidenciarán distintas cuestiones problemáticas que giran en torno al artículo 183 quater dadas sus deficiencias como es, el dilema sobre la naturaleza jurídica que posee alrededor de la cual no hay unanimidad.

Pero no todos los problemas radican en su naturaleza jurídica sino que las condiciones exigidas por la cláusula parecen carecer de coherencia en determinados aspectos así como desplazar el reconocimiento de la capacidad del menor, lo cual va a en contra de nuestro planteamiento. Igualmente, merece la pena analizar la situación tan paradójica que se crea respecto de los delitos que sí han sido incluidos en el amparo de la cláusula y los delitos que han sido excluidos.

3.1 Fundamento y objetivos perseguidos con su implantación

Hablar sobre el fundamento de la cláusula contenida en el artículo 183 quater nos lleva inevitablemente a referirnos al fin que mueve al Derecho Penal, esto es, la protección de bienes jurídico-penales como ya hemos podido mencionar. Es por ello que no pueden condenarse conductas que realmente no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico protegido⁸³. Así, lo reconoce la Fiscalía General del Estado al referirse a la cláusula cuando defiende que se debe mantener una coherencia con el sistema de justicia juvenil evitando la punición de conductas que aun pudiendo encuadrarse en el tipo penal, no suponen ningún peligro para el bien jurídico protegido⁸⁴.

Siguiendo el esquema anterior, nos preguntamos entonces si los contactos sexuales que pueden producirse entre los adolescentes siendo uno de ellos menor de dieciséis años, ponen en peligro o lesionan la indemnidad sexual del menor.

⁸³ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos. “Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal”. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 2013, núm. 5, pp. 481-482.

⁸⁴ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 5.

Pues bien, ya el propio Consejo Fiscal en su informe para el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 dio respuesta a tal cuestión planteada sosteniendo que el contacto sexual que se pueda dar entre los menores de edades similares, siempre y cuando no se den signos de abuso o intrusión, no afecta a la indemnidad sexual y por consiguiente, no debería ser sancionable tal conducta penalmente. Todo ello, lo relaciona de una forma muy acertada con la responsabilidad penal del menor es decir, la Fiscalía mantiene que podemos entender razonable condenar la relación sexual que surge entre personas con una gran diferencia o asimetría de edad siendo una de ellas menor. Sin embargo, esa razonabilidad cambia cuando ambos son menores, pensemos en un contacto sexual entre un menor de 15 años y otro de 17 años, ya ha nacido para ellos la responsabilidad criminal por lo que este último podría incluso ser condenado por un delito de abusos sexuales a un menor de dieciséis años⁸⁵. E incluso podría existir una reciprocidad delictiva cuando los dos son menores de dieciséis años⁸⁶.

Es por todo lo anterior que fue necesario articular un mecanismo con el que se continuase condenando los abusos sexuales a los menores de dieciséis años tras la elevación de la edad de consentimiento pero, dada esa elevación y la realidad de los jóvenes, dejar fuera los contactos sexuales que puedan surgir entre los menores siempre que no concurra violencia, intimidación o engaño⁸⁷.

Muy clarificador resulta lo mantenido en la Circular 1/2017 de la Fiscalía en torno al fundamento de la cláusula cuando explica correctamente que el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil se encuentra en que la relación sexual se produce con un sujeto que por su minoría de edad se encuentra en situación de desigualdad madurativa impidiéndole ello decidir libremente. Debido a tal diferencia entre un sujeto y otro, de edad, de madurez etc. no existe en puridad una actividad sexual compartida. Sin embargo, cuando no existe esa gran diferencia, entonces el menor de dieciséis años sí se encuentra en una situación en la que puede decidir libremente por la proximidad de edad y madurez

⁸⁵ Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Fiscalía General del Estado, p. 116. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_reforma_codigo_penal.pdf?idFile=9e229482-d0a1-43db-8396-500234766198>. Última consulta: 09-04-2018.

⁸⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit.*, p 183.

⁸⁷ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. "Los delitos sexuales a menores...*Op. cit.*", p. 10.

entre ambos sujetos. Es en estos casos en los que la cláusula debe ser operativa y en ello se fundamenta⁸⁸.

Todo lo anterior encaja lógicamente con el objetivo perseguido por nuestro precepto que no es otro que, no penalizar los contactos sexuales que pueden surgir entre los adolescentes. La finalidad no es prohibir la interacción sexual entre ellos ya que tal circunstancia supone el desarrollo de su personalidad sexual⁸⁹.

3.2 Examen de la naturaleza jurídica del artículo 183 quater CP

3.2.1 Debate planteado: ¿causa de atipicidad? ¿Causa de justificación?

Recapitulando para mejorar la comprensión de la cuestión que analizamos a continuación, la cláusula “*Romeo y Julieta*” por lo tanto, hace que no exista responsabilidad penal por el contacto sexual que pueda producirse con un menor de dieciséis años siempre que concurren varios condicionantes: el consentimiento libre del menor lógicamente, y una proximidad de edad y de madurez o desarrollo entre ambas personas.

Ahora bien, entre los distintos problemas que ha provocado la inclusión de esta cláusula, nos encontramos con un debate en la doctrina del que pueden derivar importantes repercusiones, como es, determinar cuál es la configuración o naturaleza jurídica del art. 183 quater CP. Así, vemos como no existe acuerdo entre quienes consideran que se trata de una causa de justificación y quienes consideran que debe tratarse de una causa de atipicidad. Sería apropiado recordar que mientras que las causas de atipicidad son circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta y suponen entonces la negación del tipo⁹⁰, no habiendo ni siquiera puesta en peligro o lesión al bien jurídico protegido; las causas de justificación hacen referencia a conductas que sí son típicas, se adaptan a un tipo penal y por lo tanto sí hay afectación al bien jurídico protegido, pero por determinadas razones se excluye la antijuridicidad o ilicitud de tal conducta⁹¹. Analizando entonces lo exigido por ambas categorías, vamos a tratar de aproximarnos a la que mejor se adapta con lo representado por el precepto.

⁸⁸ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 5.

⁸⁹ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso... Op.cit.*, p. 184.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel; MIR PUIG, Santiago. *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995, p.21.

⁹¹ *Ibíd.* p. 32

En primer lugar, desde el punto de vista del bien jurídico protegido y después de lo que acabamos de ver, si mantenemos que la cláusula tiene naturaleza de causa de atipicidad estaríamos reconociendo entonces que en el contacto sexual de menores de edad similar y con el correspondiente consentimiento, no hay lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor. En contraposición, si entendemos que se trata de una causa de justificación entonces mantendríamos que realmente el mayor de dieciséis sí está vulnerando la indemnidad sexual del menor. Sin embargo, sostener esta última postura entraría en contradicción con lo que hemos visto, es el fundamento real de la cláusula. Si para algo nace ésta, y así lo apoya la Fiscalía, es para dejar fuera del ámbito penal la interacción sexual entre los jóvenes ya que se entiende que la misma no afecta a la indemnidad sexual⁹². Por lo que, deberíamos entender que no existe vulneración ni puesta en peligro de ningún bien jurídico protegido en estas relaciones, lo que es más acorde si entendemos la cláusula como una causa de atipicidad.

Asimismo, continuando desde esta perspectiva del bien jurídico protegido adquiere especial importancia de nuevo el consentimiento, ya que para que opere el artículo en cuestión es esencial lógicamente que el menor haya consentido libremente en la relación. Pues bien, también hay discrepancias en la doctrina en relación a si el consentimiento de la persona comprometida, en este caso el menor de dieciséis años, actúa como una forma de atipicidad o como causa de justificación.

Para los partidarios del consentimiento como causa de justificación existen bienes jurídicos cuya importancia hace que no puedan ser dejados a la libre determinación de su titular sino que en estos casos debe existir una ponderación de valores entre la libertad de esa persona para disponer y el desvalor de la acción y del resultado de la conducta⁹³. Si el legitimado decide dejar su bien jurídico en manos de un tercero, ello no supone que tal consentimiento sea decisivo sino que sigue siendo significativo para el Derecho Penal⁹⁴. Para este sector de la doctrina por tanto, el consentimiento no hace que la lesión al bien

⁹² Vid. nota 76

⁹³ DOMÍNGUEZ, Marcelo. "El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad". *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República-Uruguay*, vol. 30, 2011, p. 12.

⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General vol. I*. Barcelona: Bosch, 1981, p. 514.

jurídico desaparezca sino que *a la postre* está justificada⁹⁵, lo que implicaría presuponer la realización del tipo⁹⁶.

Sin embargo, quienes sostienen que el consentimiento del titular del bien jurídico opera como causa de atipicidad, rechazan totalmente la idea anterior. Entienden que sostener lo anterior supone otorgar al Estado la capacidad de evaluar la razón del individuo para dejar que un tercero lesione sus bienes jurídicos y valorar si debe prevalecer o no el interés general de ese bien jurídico protegido sobre el interés individual de la persona que consiente⁹⁷. Para los pensadores del consentimiento como atipicidad y siguiendo a ROXIN, cuando nos encontramos con un bien jurídico individual, la voluntad del titular del bien jurídico siempre excluye la tipicidad ya que no existe lesividad alguna a ese bien jurídico⁹⁸. Es a esta última corriente doctrinal que entiende el consentimiento como causa de atipicidad a la que más nos aproximamos según nuestro planteamiento. De esta forma, desde aquí defendemos que el consentimiento del menor que tiene la madurez necesaria para asumir sus derechos sexuales debe ser tenido en cuenta y por lo tanto válido y así, consecuentemente, no existiría lesión al bien jurídico protegido ni por lo tanto, se daría la realización del tipo, si realmente cuenta con esa madurez necesaria.

En segundo lugar, partiendo desde la cuestión sobre la posible existencia de una conducta típica, si consideramos que la cláusula supone una causa de atipicidad entonces defenderíamos que en la interrelación sexual no se produce la realización del tipo penal, teniendo ello incluso repercusiones en el ámbito procesal si bien es cierto que ante una causa de atipicidad no se iniciará procedimiento penal alguno⁹⁹ o el mismo quedará archivado. Mientras, si sostenemos que el art. 183 quater actúa como causa de justificación entonces mantendríamos que la conducta típica se cumple sin que posteriormente exista responsabilidad penal por estar justificada, pero al contrario que en las causas de atipicidad, sí dará lugar a la apertura de un procedimiento penal con las graves consecuencias que ello tiene como veremos a continuación.

⁹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal”. Universidad de Friburgo, pp.4-5. Disponible en la siguiente página <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_11.pdf>. Última consulta: 17-04-2018.

⁹⁶ MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. “Consentimiento en Materia Penal.” *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, 2012, p. 32.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 35.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción de Luzón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal*. Madrid: Civitas, 1997, pp.397 y ss.

⁹⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. “Causas de atipicidad... *Op. cit.*, p. 22

Pues bien, ante tal escenario, merece la pena pensar que lo que se pretende es mantener fuera del ámbito sexual de los menores a los adultos de una edad muy superior y que como ya hemos visto, no se entiende que exista lesividad en el contacto sexual entre adolescentes. Atendiendo entonces a esto, no cabría a nuestro entender que existe realización de una conducta típica en la relación sexual entre los jóvenes; no existe en ello una conducta que deba ser justificada¹⁰⁰ porque no existe ninguna lesión a ningún bien jurídico protegido¹⁰¹.

A la luz de todo lo anterior, entendemos que la cláusula se adapta más correctamente a la categoría de causa de atipicidad ya que entendemos que en los contactos de los que estamos hablando no existe una lesión del bien jurídico protegido sino una disposición sobre el mismo que le es reconocida parcialmente por la propia cláusula. Y decimos parcial porque únicamente le es reconocida en el caso de que se trate de un contacto sexual con una persona cuya edad y madurez es similar a la del menor. No cabe entender que existe lesión a la indemnidad sexual ni que la otra parte protagonista de la relación, que no olvidemos puede incluso tratarse también de un menor de edad, está realizando una conducta típica y antijurídica. Precisamente la finalidad de la cláusula y el motivo de su inclusión en el ordenamiento jurídico-penal es lo contrario, hacer que esas relaciones entre adolescentes no tengan relevancia penal porque no existe lesividad en tales conductas, sino que son propias del desarrollo de los jóvenes.

La misma postura mantiene TAMARIT SUMALLA considerando la cláusula como una causa de atipicidad. Y ello, por entender que el consentimiento es un elemento esencial de los delitos relativos a los abusos sexuales. En este orden de ideas, si existe consentimiento entonces el tipo no se da y, consecuentemente, no hay tipicidad en la conducta¹⁰².

3.2.2 *Tendencia actual y consecuencias*

A pesar de que nuestra postura se basa en entender la cláusula *Romeo y Julieta* más como una causa de atipicidad que a una causa de justificación, al entender que si el

¹⁰⁰ ORTS BERENGUER, Enrique. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual". En VIVES ANTÓN, T; ORTS BERENGUER, E; CARBONELL MATEU, JC; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C; CUERDA ARNAU, ML; BORJA JIMÉNEZ, E; GONZÁLEZ CUSSAC, JL. *Derecho Penal. Parte especial*. 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p.230.

¹⁰¹ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit.*, p. 191

¹⁰² TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Delitos contra la indemnidad sexual de menores". En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 425.

menor cuenta con la aptitud y madurez suficiente para consentir en esa relación sexual no nos encontraríamos ante una conducta delictiva y consecuentemente no hay actitud que justificar, lo cierto es que la tendencia actual sigue un camino diferente a esta idea¹⁰³. Tanto es así que si acudimos a la legislación europea, la Directiva 2011/93/UE en lo referente a la cláusula parece inclinarse más hacia un supuesto de exclusión de la antijuridicidad de la conducta ya que si bien se otorga relevancia al consentimiento del menor, la validez de este se condiciona simultáneamente a la concurrencia de otros presupuestos como son la proximidad en edad y madurez o desarrollo¹⁰⁴.

Lo mismo ocurre si atendemos a lo expuesto por la Fiscalía que se ha referido al artículo 183 quater como una “*excusa absolutoria*”¹⁰⁵, siendo esta una categoría perteneciente al ámbito de la punibilidad y que excluye la imposición de la pena a un hecho típico, antijurídico y culpable, por razones de utilidad o conveniencia¹⁰⁶.

A la vista de lo anterior y sin que la redacción del precepto que tratamos aclare nada sobre esta cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula, sino más bien lo contrario al dejarnos un escenario aún más difuso si cabe, al describir únicamente que se “*excluirá la responsabilidad penal...*”, las graves repercusiones de tal deficiencia o ambigüedad se ven reflejadas en las consecuencias que derivan de la configuración actual del precepto.

En efecto, el hecho de no aclarar si se trata de una causa de atipicidad junto con la tarea que se ha atribuido a los tribunales acerca de decidir si concurre proximidad de edad y de desarrollo o madurez, han hecho que en todo caso, todas estas cuestiones tengan que ser dirimidas en un proceso judicial penal con todos los graves efectos que tiene esto para las partes¹⁰⁷ y aún más si tenemos en cuenta que hablamos de un menor o incluso dos, si el acusado es menor de 18 años.

¹⁰³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Madrid: Dykinson, 2015, p. 462-463.

¹⁰⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Los delitos sexuales a menores... *Op. cit.*, p. 10

¹⁰⁵ Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del artículo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexuales, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Fiscalía General del Estado, p. 16. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DICTAMEN%202-2015,%20sobre%20criterios%20de%20adaptaci%C3%B3n%20del%20art.%2010%20de%20la%20LORPM,%20en%20delitos%20contra%20la%20libertad%20sexual,%20tras%20las%20reformas%20del%20CP%20por%20LO%205.2010,%20de%2022%20de%20junio,%20y%20LO%201.2015,%20de%2030%20de%20marzo?idFile=6bbe9d6-be5e-4e5b-9847-c4d0bd81bd61> Última consulta: 24-04-2018.

¹⁰⁶ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Los delitos sexuales a menores... *Op. cit.*, p. 11

¹⁰⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Los delitos contra... *Op. cit.*, p. 462

En virtud de todo ello, si bien lo que se pretendía era reconocer la falta de trascendencia penal de los contactos sexuales entre los adolescentes, el camino que sigue la articulación de la cláusula actualmente, ha conseguido todo lo contrario. Y ello en base a que así, estamos haciendo llegar a nuestro sistema penal conductas sexuales libremente consentidas por el menor que, aunque posteriormente van a ser consideradas no punibles, igualmente serán sometidas a una acusación y enjuiciamiento¹⁰⁸ y a las presiones de un proceso penal. Tal menor/es van a verse expuestos ante el sistema de justicia penal, por lo que realmente en lugar de proteger a los menores, el efecto producido es el contrario¹⁰⁹.

Así es que desde nuestra postura entendemos que en tales contactos consentidos en virtud de la capacidad suficiente que faculta al menor a ello, no existe conducta delictiva alguna. La propia esencia de la cláusula consistente en alejar del ámbito penal las interrelaciones sexuales entre los adolescentes nos da la razón. Por ello, cabe puntualizar dos aspectos: en primer lugar, que no cabe otra naturaleza jurídica para la cláusula *Romeo y Julieta* que la de causa de atipicidad al no existir delito alguno en esas conductas; y en segundo lugar y basándonos en el argumento anterior, no corresponde exponer entonces al menor a un procedimiento penal (que finalmente lo que va a hacer es excluir la responsabilidad lo cual debe hacerse desde el principio) al no existir tipo penal aplicable. Entendemos, que se cae en una grave contradicción y es que, entendemos no lo suficientemente capaz al menor para consentir en una relación sexual pero sí lo entendemos facultado para que haga frente a un proceso penal que intimida incluso a los adultos, aún más teniendo en cuenta el carácter de los delitos que tratamos.

3.3 Examen de las condiciones exigidas por el sistema español en la aplicación de la cláusula: el recurso a la “proximidad”

Aludiendo de nuevo al ámbito internacional, los esfuerzos conseguidos con la Convención de Derechos del niño, que abogaba por el reconocimiento tanto de los derechos como de la posición jurídica de los menores dentro del ordenamiento de cada país, no parecen verse reflejados dentro de nuestro sistema penal. Tanto es así que el ahínco en la confirmación de los menores como sujetos de derechos y no como objeto de los mismos, parece olvidarse cuando tales derechos pertenecen al ámbito sexual.

¹⁰⁸ RAMOS TAPIA, María Inmaculada. “La tipificación de los abusos... *Op. cit.*, p. 127

¹⁰⁹ *Ibíd.*

En efecto, la sobreprotección a la que hemos llegado con nuestros menores ha hecho que hayamos dado un sentido negativo al ejercicio de la sexualidad, de forma que tal esfera solo corresponda a los adultos¹¹⁰. Ello, nos ha llevado a dos situaciones: en primer lugar, hemos alejado a la infancia de los derechos sexuales que le corresponden. Así, hemos permitido que les sean negados derechos a quienes realmente cuentan con capacidad y madurez suficiente para ejercerlos, precisamente el efecto contrario a la pretensión a la que aspirábamos en el esfuerzo de reforzar la posición jurídica del menor; y en segundo lugar, que tales derechos pertenecientes al círculo sexual hayan sido formulados en sentido inverso es decir, en lugar de garantizar sus derechos, partimos de su no reconocimiento¹¹¹ salvo en determinadas excepciones marcadas por el legislador y que ha articulado a través de la cláusula.

Así, lo anterior encuentra su reflejo en nuestro sistema jurídico-penal, ya que en lugar de partir de un reconocimiento a la capacidad de decidir del menor maduro y por tanto, reconocimiento a su libertad sexual cuando éstos menores cuentan con la madurez suficiente para asumir tal derecho, el CP parte de condenar el contacto sexual con los menores salvo en algunas excepciones. Excepciones estas que se encuentran articuladas a través del artículo 183 quater y que deben cumplir un doble condicionante, que exista proximidad de edad entre el menor y la otra persona y proximidad de madurez o desarrollo, siendo acumulativos ambos criterios¹¹².

Atendiendo a esta articulación de la cláusula *Romeo y Julieta*, parece ser que la evolución ganada con el establecimiento de la presunción *iuris tantum* en relación al consentimiento del menor en este tipo de relaciones, se ve perdida al condicionar tal consentimiento a otros dos aspectos un tanto deficientes.

No queremos con ello decir que el consentimiento del menor deba prevalecer para cualquier situación sino que al articularse de tal manera la cláusula, puede que se den casos en los que ésta no resulte operativa al no darse por ejemplo una proximidad de la madurez de los dos sujetos, estando realmente el menor capacitado para consentir en tal relación y existiendo una edad similar entre ambas personas. Así, el consentimiento del

¹¹⁰ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. “Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes”. 2009, p. 4. Disponible en la siguiente página <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_GonzContro_PV.pdf>. Última consulta: 19-04-2018.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p.19

menor dentro de este ámbito, contando con madurez para hacer frente a estas decisiones, no se está teniendo en cuenta ya que de nada valdrá su consentimiento si no se cumple algunos de los otros dos requisitos tan vagos, como son la edad y el desarrollo. Siguiendo este esquema no se estaría reconociendo entonces, los derechos sexuales que le corresponden a ese menor.

Pero es que, la situación anterior se agrava aún más si tenemos en cuenta que el legislador ha optado por un concepto jurídico totalmente indeterminado haciendo alusión a la "*proximidad*" para limitar el efecto de tal consentimiento, sin establecer qué debemos entender por tal concepto. De esta forma, son los jueces quienes van a tener que decidir cuándo existe tal proximidad¹¹³ pudiendo dar lugar a pronunciamientos muy dispares¹¹⁴.

En síntesis, la operatividad de la cláusula dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal y con ello también la del consentimiento prestado por el menor, se encuentra supeditada al hecho de que entre quienes se lleve a cabo tal relación sexual consentida, se cumpla tanto un criterio cronológico (proximidad de edad) como el criterio biopsicosocial (proximidad de desarrollo o madurez)¹¹⁵.

En atención a esto, merece la pena entonces prestar una especial atención a continuación, a los dos criterios establecidos por el legislador con el fin de averiguar cuál ha sido su intención y comprobar los problemas que acarrea el mecanismo de la cláusula así conformada.

3.3.1 *La proximidad en la edad*

Al contrario que otros países en los que se han decantado por establecer una diferencia de edad taxativa que determine la aplicación o no de la cláusula como veremos más adelante, el legislador español ha optado por mantener abierta la diferenciación de edad recurriendo únicamente a la ambigüedad del término "*proximidad*"¹¹⁶.

Tal vez, como argumenta RAMOS VÁZQUEZ, podemos creer que esta falta de concreción en las edades de ambos sujetos está pensada para no limitar la aplicación de la cláusula a aquellos casos en los que la diferencia de edad es notable pero la madurez

¹¹³ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. "Los delitos sexuales a menores..." *Op. cit.*, pp. 11-12.

¹¹⁴ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ *Ibid.* p. 12.

¹¹⁶ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 6

no¹¹⁷. Es decir, si establecemos una diferencia de edad concreta para que la cláusula sea operativa, puede suceder que la cláusula no pueda ser aplicada en casos en los que las edades no encajen con los límites marcados pero el grado de madurez sea totalmente similar.

Sin embargo, por mucho que la intención del legislador haya podido ser el hacer más flexible la aplicación del artículo 183 quater, lo cierto es que esta falta de concreción o más bien, este recurso a un sistema tan indeterminado no es que reporte beneficios sino todo lo contrario. El hecho de ni siquiera definir qué es lo que debemos entender por proximidad crea una gran inseguridad jurídica propiciada lógicamente también porque va a ser el juzgador el que determine si se da en el caso concreto tal proximidad de edad y de madurez, dando lugar a sentencias diferentes influenciadas por las convicciones, educación o prejuicios de cada juez¹¹⁸.

A raíz de tal falta de precisión y ambigüedad, podemos decir entonces que en lo referente al menor lo único con lo que contamos respecto de la edad es con un límite máximo y es que debe tratarse lógicamente de un menor de dieciséis años, sin embargo, no contamos con ningún límite mínimo para otorgar validez al consentimiento de ese menor por lo que, en principio, podría tener cualquier edad. Y, de otro lado, por lo que se refiere al otro sujeto, ningún límite se encuentra marcado, por lo que podría tratarse tanto de un mayor de edad como incluso de otro menor¹¹⁹.

No obstante, ante un escenario como este tan perjudicial para la seguridad jurídica, se intentó pensar en soluciones que pudiesen servir de pauta a la hora de entender si existe o no proximidad de edades entre ambas personas. Así, fue el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, quien a través de la enmienda 561 al proyecto de ley orgánica por la que se modificaba el código penal en 2015, proponía que la diferenciación de edades para hacer aplicable la cláusula estuviese en tres años. Quiere esto decir que solo pudiese aplicarse el art. 183 quater cuando entre el menor y el otro sujeto existiesen tres años o menos de diferencia (15 años y 18 años, 14 y 17 años, 16 y 19 años etc.). Justifica este grupo la propuesta de tal medida atendiendo a que el sistema fijado en el que ni siquiera tenemos un concepto de “*próximo*” resulta totalmente indeterminado,

¹¹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso...Op.cit.*, p.187-188

¹¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al código penal. Tomo II*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 535.

¹¹⁹ ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Los delitos sexuales a menores...*Op. cit.*”,p.11

entendiendo que es más adecuado fijar una edad máxima que sirva para todos y cada uno de los casos que se den¹²⁰.

A pesar de tal propuesta, la misma no fue tomada en cuenta en la redacción final de la cláusula. Así las cosas, había que pensar en otra medida que fuese capaz de marcar lo que debemos entender por proximidad de edad.

Así, se pensó en recurrir al término "juventud" para que fuese este el que marcara tal diferencia de edad soportable a la hora de aplicar la cláusula. Sin embargo, tal recurso resultó finalmente ineficaz también. El motivo de ello vino propiciado por la dificultad de mantener qué edades componen tal juventud. Atendiendo a la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes y a lo mantenido por la ONU, la juventud se refiere a todas aquellas personas que se encuentran entre los 15 y los 24 años¹²¹. Edades estas en las que discrepa España que entiende como jóvenes a aquellas personas que se encuentran entre los catorce y los treinta años. A pesar de ello, este último margen español, se entendía demasiado amplio para que pudiese servir como pauta interpretativa a la hora de aplicar el artículo 183 quater¹²².

A la luz de todo lo anterior y de la falta de un criterio que delimitase lo que debemos entender por proximidad a la hora de saber si se puede aplicar la cláusula o no, lo que nos queda será acudir a los criterios dados por la investigación de la fenomenología del abuso sexual infantil y así, atender concretamente a la asimetría¹²³ que romperá tal proximidad haciendo inaplicable la cláusula¹²⁴ y que debemos entender como la existencia de una "desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida dada la diferencia en experiencias, madurez y expectativas"¹²⁵. Por lo tanto, debemos entender por lo anterior que la gran diferencia entre la madurez de ambas personas provoca un desequilibrio y una desigualdad de tal entidad que hace que el consentimiento prestado por el menor no sea eficaz ni válido ya que ni siquiera con tal consentimiento la relación o el contacto va a ser

¹²⁰ Enmienda 561 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en la siguiente página <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF>. Última consulta: 22-04-2018

¹²¹ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p.7

¹²² *Ibid.* p. 8

¹²³ *Vid.* Nota 93

¹²⁴ *Vid.* Nota 109

¹²⁵ *Vid.* Nota 93

llevado a cabo en condiciones de igualdad. Es obvio que cuando ambas personas tienen una madurez parecida las expectativas de ambos van a ser similares al encontrarse los dos en una situación parecida. Sin embargo, cuando no es así, el menor no cuenta con una madurez que le permita entender la entidad de la situación y conforme a ello, su consentimiento no es válido ya que su percepción acerca de la circunstancia no es la real, pudiendo ser aprovechada tal circunstancia por la persona que sí es consciente de la importancia de los hechos o de la situación.

En efecto, y viniendo perfectamente a colación con lo anterior, mantenemos desde nuestra postura que la cuestión principal en torno a la aplicación de la cláusula *Romeo y Julieta*, no se centra realmente en la diferencia de edad (aunque tal criterio pueda ser tenido en cuenta cuando hay una desigualdad muy grande) sino que la pieza clave se encuentra en la madurez que ostente el menor de 16 años.

Tal argumento podemos verlo reflejado en el recurso a la asimetría cuando el mismo no se refiere a que exista una desigualdad de edades que impida la libertad de decisión sino que se refiere a la existencia de una desigualdad madurativa, una madurez en grados tan distintos entre los sujetos que haga que el entendimiento y capacidad de cada uno sea muy diferente, impidiendo al menor decidir siendo consciente realmente de la decisión que toma.

La misma idea podemos extraerla teniendo en cuenta que los derechos sexuales de los que venimos hablando a lo largo de todo el trabajo pertenecen a los derechos de la personalidad del menor¹²⁶. Tales derechos son asumidos desde el momento en que la persona tiene juicio natural suficiente para ejercerlos, situación ésta que sucede mayoritariamente antes de los dieciocho años¹²⁷.

Pero lo anterior, no solo ocurre con los derechos sexuales sino que cuando atendemos al reconocimiento de derechos y deberes de los menores, no parece existir unanimidad en la edad en que los mismos son reconocidos sino que existe una diversidad de edades. Por ejemplo, responsabilidad penal de los menores a partir de los catorce

¹²⁶ OGANDO DÍAZ, Beatriz; GARCÍA PÉREZ, C. “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”. *Pediatría integral*, vol. 10, 2007, p. 878.

¹²⁷ BELTRÁN AGUIRRE, Juan. “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. *DS: Derecho y salud*, vol. 15, núm. 1, 2007, p. 10.

años¹²⁸, dieciséis años para poder trabajar¹²⁹, dieciocho años para poder abortar sin consentimiento de los padres etc.¹³⁰. Tal reconocimiento de derechos y deberes viene fijado por una edad, sin embargo, creemos que la idea que subyace en ello realmente no es que el menor haya cumplido los dieciséis años por ejemplo, sino que se entiende que una vez alcanzada tal edad tiene la madurez suficiente para asumir tal derecho o deber y por lo tanto, debe hacerlo por sí mismo.

En la necesidad a veces de acudir a otras ramas del Derecho, podemos ver que en este caso, al tratar un derecho de la personalidad como son sus derechos sexuales, debemos acudir al artículo 162 del Código Civil, el cual establece que en lo relacionado con los derechos de la personalidad, los mismos, deben ser ejercitados por el menor cuando de acuerdo a su grado de madurez sea capaz de ejercerlos por sí mismo¹³¹. Por lo tanto, lo verdaderamente importante es, si el menor cuenta o no con madurez suficiente para asumir ese derecho y, si cuenta con esa capacidad entonces, tal derecho sexual debería serle reconocido y su consentimiento ser válido.

En síntesis, consideramos que si bien, la edad, tanto del menor como de la otra persona que interviene en la relación sexual es un criterio a tomar en cuenta de forma que no exista un gran desequilibrio, la verdadera importancia de la cuestión radica en si el menor cuenta con la madurez suficiente para asumir la decisión y si así es, no negarle sus propios derechos.

3.3.2 *La proximidad de desarrollo o madurez*

Como hemos visto, al requisito de proximidad de edad se le une otro, la proximidad de desarrollo o madurez, siendo ambos esenciales ya que la operatividad del artículo 183 quater depende de que se den los dos.

Pues bien, el establecimiento de este requisito ya comienza de una manera un tanto desafortunada haciendo alusión bien al desarrollo, que pertenece al aspecto físico o bien,

¹²⁸ MILLÁN CALENTI, Rafael Álvaro. "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro". *DS: Derecho y salud*, 2010, vol. 19, núm. 1, p. 125.

¹²⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 6.

¹³⁰ Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Exposición de motivos.

¹³¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 162.1.

a la madurez, perteneciendo esta al aspecto psicológico¹³² o intelectual¹³³. No parece muy lógico que un factor que vaya a determinar la aplicación o no del artículo 183 quater y por consiguiente, determinará si existe un delito de abusos sexuales o no, sea el desarrollo físico que tenga el menor. Si atendemos a esto entonces estamos afirmando que un menor con un desarrollo físico más avanzado que lo que corresponde a su edad, circunstancia esta que suele darse en el caso de las chicas¹³⁴, tendrá más posibilidades de que le sea aplicada la cláusula por contar con un desarrollo más próximo o similar al de una persona más mayor. Entendemos, al igual que GÓMEZ TOMILLO que el desarrollo físico no debería ser un dato decisivo en la protección de la indemnidad sexual de los menores¹³⁵.

A nuestro entender, la cuestión se encuentra un tanto desenfocada ya que no es tanto la proximidad de madurez entre el menor y el otro sujeto sino, como ya introducíamos en el apartado anterior, si el menor cuenta o no con madurez. Por un lado, si estamos ante un menor maduro es decir, un adolescente que cuanta con capacidad suficiente para hacerse cargo de la situación, entonces no existiría ninguna asimetría porque la decisión del menor se ha formado libremente gracias a la capacidad con la que cuenta. Pero es que además, por otro lado, no es coherente entender que este menor maduro sí puede consentir con una persona próxima en edad pero no con otra algo más distanciada, o tiene madurez para consentir o no la tiene. De esta manera, si tiene madurez para consentir en una relación sexual entonces esta debe ser reconocida en todos los casos y por lo tanto el hecho no debe ser delito, aunque el nivel de madurez que deba ser exigido al menor pueda ser diferente dependiendo de la edad de la otra parte. Mientras, si no cuenta con esa madurez entonces tales hechos no serían susceptibles de aplicación de la cláusula¹³⁶.

En este orden de ideas, por lo tanto, debería importarnos realmente la madurez con la que cuente el menor y no tanto si existe una proximidad entre ambas personas, aunque tanto la proximidad en edad como en madurez puedan ser aspectos tenidos en cuenta. No obstante, mantenemos que si el menor cuenta con madurez suficiente, nada

¹³² RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. Política criminal, cultura y abuso... *Op. cit.*, p.188

¹³³ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al código...* *Op. cit.*, p. 536

¹³⁴ QUICIOS, Borja. *Diferencia del ritmo de maduración en niños y niñas. Cómo y por qué maduran de forma diferente niños y niñas*. Guiainfantil.com, España. Disponible en la siguiente página <<https://www.guiainfantil.com/articulos/adolescencia/diferencia-del-ritmo-de-maduracion-en-ninos-y-ninas/>> Última consulta: 25-04-2018.

¹³⁵ *Vid.* Nota 134

¹³⁶ *Ibid.* p. 536

debería impedir el ejercicio de sus derechos, aunque pueda ser conveniente exigir una mayor madurez al menor que tiene una relación con una persona más distanciada en edad que cuando la otra parte protagonista de la pareja es más próxima cronológicamente al menor.

Esta madurez a la que aludimos debe ser entendida como la “*capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*”¹³⁷. La misma, no va ligada a la edad, hecho este que hace que cuestionemos aún más que el legislador exija que edad y madurez sean criterios acumulativos teniendo en cuenta que madurez y edad no siempre son aspectos que vayan unidos, es más, podemos ver adultos muy inmaduros y en cambio, ver menores con una gran madurez. Realmente, son la información, las experiencias, el entorno, el país, el contexto etc. los factores que inciden en el desarrollo de la capacidad de los menores y no el aspecto cronológico¹³⁸. Obvio es que no es el mismo adolescente el de hoy en día que el de hace 30 años, al igual que no tienen las mismas expectativas el adolescente francés que el adolescente chino queriendo decir con ello que son las circunstancias culturales, experiencias personales, el contexto social etc. las que influyen en la madurez de los jóvenes.

Al referirnos al círculo de los adultos, presumimos que estos cuentan con madurez suficiente para llevar a cabo cualquier acto o ejercer sus derechos por sí mismos, o al menos deberían contar con esta. Sin embargo, cuando nos encontramos dentro de la esfera de los menores, el paternalismo¹³⁹ y la sobreprotección a la que hemos llegado han hecho que nos olvidemos de que tales menores cuentan con sus propios derechos y deben ejercerlos ellos mismos desde el momento en que sean capaces para ello.

En efecto, si es cierto que el adolescente es una persona distinta al adulto, igual de cierto es que son distintos a los niños¹⁴⁰, pero parece que éste último aspecto no es tenido en cuenta por nuestros legisladores a la hora de articular el sistema. Así, la adolescencia es una etapa marcada por una mayor independencia, el desarrollo de la propia identidad, se trata del periodo de tiempo en el que deben ser asumidas mayores responsabilidades¹⁴¹.

¹³⁷ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, pp.12-13

¹³⁸ *Ibid.* pp. 12-14

¹³⁹ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. “Paternalismo jurídico y derechos del niño.” *Isonomía*, núm. 25, 2006, p. 105. En este sentido, el término “paternalismo jurídico” trata de hacer referencia a la imposición de medidas por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus interés.

¹⁴⁰ Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater... *Op. cit.*, p. 14

¹⁴¹ *Ibid.*

Resulta un tanto incoherente y contradictorio como dentro de nuestra cultura jurídica damos una fuerte importancia a la autonomía y libertad personal de los individuos y sin embargo, dentro de la protección de los menores no podemos abandonar ese paternalismo¹⁴² que impide un reconocimiento acorde con determinados derechos de los menores. Esta preocupación que ha ido exagerándose ha hecho que no tengamos en cuenta que la adolescencia es una etapa en la que los menores deben tratar de aprender a asumir los riesgos inherentes a este periodo¹⁴³. Precisamente es en la adolescencia donde debemos favorecer la autonomía personales de los menores, es más, el objetivo de la educación es lograr la autonomía personal. Pero para llegar a ello, estos menores deben aprender tanto a tomar decisiones como a afrontar sus propios errores con responsabilidad¹⁴⁴.

Es por todo lo anterior por lo que defendemos que si el menor cuenta con una capacidad que le permita asumir con responsabilidad sus derechos sexuales, estos entonces no deben ser negados. La sexualidad cuenta con diferentes características a lo largo de cada ciclo vital, siendo así que en la adolescencia, que tales menores maduros ejerzan sus derechos sexuales implica que son responsables de su vida al igual que de sus derechos y deberes¹⁴⁵.

Pero es que además de que ejercer sus propios derechos cuando cuentan con la madurez suficiente para hacerlo resulta beneficioso para ellos, en atención a que favorece el desarrollo de su autonomía personal y su libertad así como para aprender a asumir la responsabilidad tanto de sus decisiones como de sus errores, entendemos que la gestión de estos derechos sexuales es personalísima. De esta forma, es el menor maduro el que debe encargarse de la misma en tanto que cuenta con capacidad suficiente¹⁴⁶. Nos adherimos al planteamiento expuesto por OGANDO DÍAZ y GARCÍA PÉREZ entendiendo que el adolescente maduro es capaz de deliberar sobre sus objetivos

¹⁴² RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María. “El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el Derecho”. En DE LA TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011, p.135.

¹⁴³ MENESES FALCÓN, María del Carmen. “Asumir riesgos para madurar en la adolescencia”. En DE LA TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011, p. 41.

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 135

¹⁴⁵ Informe de investigación civil. “Derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad”. *Centro de Información Jurídica en línea*, p.3. Disponible en la siguiente página <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj24rbBpdXaAhXEQpoKHdY4DiAQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fcijulinea.ucr.ac.cr%2Fportal%2Fdescarga.r.php%3Fq%3DNzkk&usg=AOvVaw3fcAOw7J7CVgtjZwNA513R>>. Última consulta: 25-04-2018.

¹⁴⁶ OGANDO DÍAZ, Beatriz; GARCÍA PÉREZ, C. “Consentimiento informado y...*Op. cit.*, p.878-879.

personales y actuar conforme a la dirección de su autonomía propia. Negarles esta capacidad, su libertad de actuar según sus criterios, supone una profunda falta a sus derechos¹⁴⁷.

Por lo tanto, desde nuestra postura mantenemos que la articulación de la cláusula *Romeo y Julieta* se encuentra profundamente desvirtuada. El reconocimiento de los derechos sexuales de los menores que tienen una madurez suficiente para asumir esa responsabilidad, no debe hacerse depender de un criterio tan vago como el que mantenemos actualmente basado en la "*proximidad*" acumulativa de edad y desarrollo o madurez. Si el menor cuenta con esa madurez suficiente y esa capacidad fácilmente demostrable a través de un informe psicológico, entonces la tendrá en todos los casos no solo cuando la otra persona sea próxima a él. Consideramos que derechos de esta clase, de una naturaleza tan personalísima, deben ser asumidos por las personas desde el mismo momento en que son capaces de hacerlo, lo contrario sería reconocer que sea el Estado el que decida por nosotros en aspectos tan personales de nuestra propia vida según su conveniencia o ideología.

3.4 La aplicación parcial de la cláusula *Romeo y Julieta* a los delitos sexuales y su consecuente problemática

3.4.1 Alcance del artículo 183 quater: Capítulo II bis del Título VIII del Libro II, "abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años"

Si como hemos visto la mencionada cláusula ya se encuentra limitada por todos los requisitos que deben cumplirse relativos a la proximidad de edad y madurez, no cabía esperar lo contrario en cuanto al alcance de los delitos que podría exonerar. Y mantenemos tal afirmación porque la cláusula no va a poder ser aplicada a todos los contactos sexuales que puedan darse entre unos adolescentes sino que la misma, solo va a poder desplegar efectos en torno a los delitos recogidos en el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del CP¹⁴⁸ relativo a "*abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*". Pero es que, además, el problema no se agota ahí sino que a pesar de que el artículo 183 quater reconoce poder ser aplicado a todos los delitos recogidos en el mencionado capítulo, realmente tal declaración no es real ya que se dan determinados delitos de ese

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 882

¹⁴⁸ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. Política criminal, cultura y abuso... *Op. cit.*, p. 185.

ámbito de aplicación que no se pueden encontrar amparados por la cláusula¹⁴⁹, por lo que el alcance de su aplicación se encuentra excesivamente limitado.

Para una mejor comprensión del asunto vamos a comenzar analizando brevemente cuáles son los delitos recogidos en el Capítulo al que hemos hecho alusión, para los que presuntamente podría aplicarse la cláusula a fin de determinar si realmente es así o no y delimitar entonces el número de delitos para los que está previsto el precepto que venimos analizando. Con el objeto de hacer más ilustrativo el análisis podemos acudir al Anexo II donde se recogen los artículos que vamos a analizar.

A) Artículo 183

Respecto del presente precepto debemos dividir el mismo en dos partes. En primer lugar, su apartado primero se refiere a los abusos sexuales a menores de 16 años y que condena al que “*realizare actos de carácter sexual*”. Cabría preguntarnos entonces qué es lo que debemos entender por un “*acto de carácter sexual*”. Pues bien, tal delito de abusos sexuales requiere que exista un contacto físico entre autor y víctima¹⁵⁰. Tanto es así que siguiendo nuestra propia jurisprudencia, para encontrarnos ante un supuesto de abuso sexual deben concurrir tres requisitos: un contacto corporal, tocamiento o cualquier otra materialización con significado sexual, su ejecución por parte del sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o maniobras de este sobre aquel habiendo sido impuestas y por último un ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual¹⁵¹.

En atención a lo anterior entonces, cabría aplicar la cláusula analizada dándose todos los requisitos que exige (consentimiento del menor, proximidad de edades y madurez) ya que se estaría dando la situación típica de la que venimos hablando a lo largo de todo el trabajo es decir, dos adolescentes que mantienen determinados actos sexuales con consentimiento del sujeto menor de 16 años. Por lo tanto, no existiría responsabilidad penal (en nuestra opinión no existe ni siquiera delito en tal supuesto) por abusos sexuales a menores de esta edad.

No podemos inferir lo mismo, sin embargo, del apartado segundo del artículo 183 CP ya que éste se refiere al delito de agresión sexual, consistiendo este en realizar el anterior acto sexual pero empleando violencia o intimidación hacia el menor. Suponiendo

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 186

¹⁵⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al código...Op. cit.*, p. 521.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 37/2015, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de febrero de 2015. Fundamento de Derecho Segundo. Disponible en la siguiente página < <https://supremo.vlex.es/vid/559006542>>. Última consulta: 25-04-2018.

la violencia el empleo de fuerza física para conseguir así vencer la voluntad de la víctima y la intimidación, el uso de cualquier fuerza de naturaleza psíquica ya sea la coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado¹⁵², no puede entonces tal delito ser acogido por la cláusula *Romeo y Julieta*. La misma, se basa en un consentimiento libre prestado por parte del menor, lo que no existe en el delito de agresiones sexuales sino que en este último tal consentimiento es forzado a raíz de esa violencia o intimidación¹⁵³.

B) Artículo 183 bis

Procede el artículo 183 bis a condenar dos conductas, en primer lugar, determinar con fines sexuales a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual y en segundo lugar, hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. Prevé además en su segundo párrafo una agravación punitiva si se le hubiera hecho presenciar abusos sexuales¹⁵⁴.

Tal redacción de la modalidad delictiva nos plantea un gran problema interpretativo en lo que a nosotros nos interesa que es, averiguar qué es lo que debemos entender por “*determinar*” al menor y los medios comisivos que se emplean para cometer tal conducta delictiva¹⁵⁵. Si bien se entiende por una parte de la doctrina como MORILLAS FERNÁNDEZ que la diferencia del presente delito con el de agresiones sexuales que acabamos de ver, se encuentra en que en el presente tipo penal no se requiere violencia e intimidación¹⁵⁶; siguiendo una interpretación restrictiva de tal redacción nos llevaría a entender que no se trata de un mero supuesto de inducción al hablar de “*determinar*” sino que requiere la presencia de algún otro elemento como el engaño, abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia¹⁵⁷.

¹⁵² CADENA SERRANO, Fidel Ángel. “Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 CP. Subtipos agravados del artículo 183.4 CP. El delito del artículo 183 bis CP”. *Ponencia Fiscal de Sala del Tribunal Supremo*, p. 16. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Fidel%20Cadena%20Serano.pdf?idFile=57089dea-0317-41d8-b310-34507a24067e>. Última consulta: 25-04-2018.

¹⁵³ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Los delitos contra...*Op. cit.*, p. 465.

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 452

¹⁵⁵ TAMARIT SUMALLA. Josep María. “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”. En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 95.

¹⁵⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Los delitos contra...*Op. cit.*, p.452

¹⁵⁷ *Vid.* Nota 156

En atención a lo anterior, y teniendo en cuenta que el término “*determinar*” hace alusión al hecho de hacer tomar una decisión a una persona¹⁵⁸, no sería necesario siquiera que existiese violencia o intimidación, la propia conducta planteada nos hace cuanto menos, preguntarnos si es compatible con la prestación de un consentimiento libre por parte del menor, en aras a la aplicación de la cláusula.

Quiere decir esto que, entendiendo correctamente que el consentimiento supone una expresión de la libertad plenamente consciente y libre¹⁵⁹, que el tipo penal exija que se haya determinado al menor para tal conducta, hace que el posible consentimiento del menor no haya sido prestado libremente sino influenciado por esa presión que conlleva la determinación por lo que, no cabría tampoco aquí el amparo del artículo 183 quater. Tal razonamiento es el seguido por RAMOS VÁZQUEZ cuando considera que la cláusula *Romeo y Julieta* se ciñe al artículo 183.1 y algunos supuestos de *child grooming* como veremos a continuación, dejando al margen el artículo 183 bis por suponer éste la determinación del menor¹⁶⁰. Lo mismo parece mantener DE LA ROSA CORTINA cuando entiende que se encuentran dentro del tipo “*los menores por debajo de los 16 años concurra o no consentimiento*”¹⁶¹.

C) Artículo 183 ter

De nuevo debemos dividir el precepto a analizar en dos conductas diferentes. El primer apartado del artículo 183 ter recoge un delito del que ya hemos tenido oportunidad de hablar anteriormente en el trabajo, el delito *online child grooming*. El mismo condena el contacto con un menor de 16 años a través de alguna tecnología de la información y la comunicación, siendo propuesto un encuentro y llevando a cabo actos materiales encaminados a conseguir ello a fin de cometer alguno de los delitos sexuales contenidos en los artículos 183 o 189.

Siguiendo la lógica mantenida a lo largo de todo el trabajo, no nos cabe duda de que el consentimiento prestado por un menor capacitado, ante la propuesta de otro por medio de internet con la finalidad de celebrar un encuentro sexual debería ser eficaz y por tanto no ser condenada semejante conducta por lo que, debería operar la cláusula *Romeo*

¹⁵⁸ ORTS BERENQUER, Enrique. “Delitos contra la libertad...Op. cit., p. 228

¹⁵⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen. (Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)”. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 4/2013, 2013, pp.20-21.

¹⁶⁰ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. Política criminal, cultura y abuso... *Op. cit.*, p. 186

¹⁶¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Bien jurídico protegido... *Op.cit.*, p. 64

y *Julieta*¹⁶². No obstante, no podemos decir lo mismo respecto de su previsión cualificada ya que la misma exige que exista coacción, intimidación o engaño. Ante tales circunstancias, insistimos en la idea anterior que manteníamos tanto en las agresiones sexuales como en el delito del artículo 183 bis, el posible consentimiento que pudiese otorgar el menor sería fruto de tales presiones y no sería un consentimiento libre por lo que no podría ser desplegada la protección del artículo 183 quater¹⁶³.

De otro lado, nos encontramos con que el apartado segundo del artículo 183 tipifica el delito de embaucamiento de menores consistente este en el contacto con un menor de 16 años a través de alguna tecnología con la finalidad de que el menor le facilite material pornográfico en el que se represente o aparezca el menor realizando actos dirigidos a embaucarle¹⁶⁴. Teniendo en cuenta que, tal y como nos dice GÓMEZ TOMILLO, “*embaucar*” supone “*engañar...prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado*”¹⁶⁵, cabría entonces cuestionarnos de nuevo la posible aplicación del 183 quater ya que no habría consentimiento libre del menor sino un engaño.

Entendemos entonces que desde la perspectiva de los delitos que se encuentran amparados por la cláusula, no cabe duda que en los supuestos en los que el menor ha consentido a mantener actos sexuales (lo que podría encuadrarse *prima facie* en un delito de abuso sexual) o ha mantenido un contacto por internet con otra persona finalmente accediendo a un encuentro sexual (*child grooming*) deben poder ser recogidos por el alcance de la citada cláusula. No tal clara es esta operatividad en aquellos delitos que estando recogidos en ese capítulo II bis, implican un engaño al menor para que preste el consentimiento como podríamos ver en el embaucamiento y la determinación de menores ya que bajo nuestra opinión, en estos supuestos no habría una libertad de consentimiento.

¹⁶² En este sentido merece la pena analizar la Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de Ourense Rec. 171/2012, de 13 de mayo de 2013 en la que se condena a un menor de edad por el delito online *child grooming* tras haber contactado con una menor. Para una mayor profundización del lector leer: DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013)” y Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013)”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014. Disponible en la siguiente página <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818715>> Última consulta: 26-04-2018.

¹⁶³ Vid. Nota 160

¹⁶⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “El delito de online *child grooming* o propuesta sexual telemática a menores”. En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 176.

¹⁶⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios prácticos al código...Op. cit.*, p. 533.

3.4.2 Delitos excluidos de la protección

Corresponde ahora referirnos a los delitos que han sido excluidos del amparo de la cláusula analizada, así como el problema o contradicciones que nos plantea tal exclusión. En efecto, vamos a aludir de una forma principal a tres artículos o delitos, el artículo 185, el artículo 186 y el artículo 189 CP¹⁶⁶.

Debemos comenzar conociendo qué es lo que recogen cada uno de estos tipos penales. Así, el artículo 185 referido al delito de exhibicionismo, condena a quien ejecute o haga ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección. Mientras, el artículo 186 condena a quien por cualquier medio venda, difunda o exhiba material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Planteado así entonces tal escenario, podemos decir que de acuerdo con lo establecido en nuestro código y con la cláusula del artículo 183 quater, un menor podrá emitir un consentimiento válido para mantener una relación sexual, siempre que la otra persona sea próxima en edad y madurez, pero no para la exhibición de pornografía¹⁶⁷. Tal situación carece de completa coherencia ya que es lógico entender que la implicación sexual por parte del menor es mucho más grande en el caso de mantener una relación sexual, lo cual sí le es permitido, que en el hecho de que le exhiban determinado material, lo que no le es permitido y para lo que su consentimiento no es válido¹⁶⁸. De acuerdo con esto entonces estaríamos rompiendo la regla “*qui potest plus potest minus*”¹⁶⁹ en el sentido de que se permite “*lo más*”, al admitir bajo determinados condicionantes el consentimiento del menor ante un acto sexual, pero no “*lo menos*” que sería el consentir ante un acto exhibicionista o consentir al observar determinado material pornográfico.

Aunado a lo anterior, la solución ante tal contradicción vendría a ser la articulación de la cláusula *Romeo y Julieta* de una forma abierta, sin necesidad de tener que limitar de la manera que lo ha hecho el legislador a determinados delitos sino que la misma, pueda ser aplicable a aquellos casos en los que se protege un bien jurídico del menor habiendo consentido este de manera libre ante la situación¹⁷⁰. Ello, encajaría más correctamente

¹⁶⁶ Vid. Nota 162

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Una aproximación al estudio... *Op. cit.*, p. 25

¹⁷⁰ Vid. Nota 162

con lo mantenido en la Circular 9/2011 de la Fiscalía en la que se recuerda que no todo hecho subsumible en un tipo penal es automáticamente relevante penalmente sino que es necesario que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y esté comprendida en el ámbito de prohibición de la norma¹⁷¹.

Trasladando este planteamiento a un ejemplo, de acuerdo con la redacción y articulación mantenida hoy en día, podemos decir que en el caso de que un menor de 17 años enseñe material pornográfico a un menor de 16 años habiendo consentimiento de este último, el primero, estaría incurriendo en un delito. Sin embargo, ¿realmente ello afecta a la indemnidad sexual del menor? ¿Realmente es ello lo que se quiere condenar con el delito del artículo 186 CP? Por ello, si mantuviésemos una articulación amplia de la cláusula en los términos anteriores, tal situación del ejemplo que vemos, no conllevaría delito porque sería amparada por el artículo 183 quater y cumpliríamos con lo mantenido por la Fiscalía General del Estado, en lo que estamos totalmente de acuerdo.

Debate aparte merece el artículo 189 CP referido a la pornografía infantil y que además de otorgarnos una definición de cada uno de los tipos de pornografía infantil¹⁷² que se tipifican en España, condena a quien, entre otras conductas¹⁷³, produzca, venda, distribuya, exhiba, ofrezca o facilite la producción, venta o exhibición por cualquier medio pornografía infantil. Ciertamente es que la libertad sexual que proclamábamos anteriormente a partir de la edad de 16 años, deja de ser operativa cuando nos encontramos con el delito de pornografía infantil para el que no existe tal libertad hasta la mayoría de edad es decir, los 18 años. Quiere ello decir que no existe posibilidad de que el consentimiento prestado por una persona menor de esos 18 años tenga validez¹⁷⁴. Esta idea se reafirma al comprobar que se trata de una conducta no amparada por el

¹⁷¹ Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación... *Op. cit.*, p. 1881.

¹⁷² Existen cuatro tipos de pornografía infantil que se condenan en España. De acuerdo con el CP podemos distinguir entre: pornografía clásica: todo material que represente de manera visual a un menor o los órganos sexuales de este, participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. Pornografía técnica: todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta explícita, real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor con fines sexuales. Pornografía virtual: imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. Pseudopornografía: en la misma se utilizan imágenes inocentes y normales de menores de edad o sus voces para modificarlas y manipularlas con fines sexuales. Esta última no viene definida en el artículo 189 CP pero se condena a través de la pornografía virtual.

¹⁷³ Se condena además a quien capte o utilice a menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico o lo financie, al que asista a sabiendas en espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad, al que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil.

¹⁷⁴ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. "Una aproximación al estudio..." *Op. cit.*, pp. 23-24

artículo 183 quater por lo que no existe posibilidad de que haya un consentimiento eficaz que pueda proteger alguna de esas conductas tipificadas bajo la pornografía infantil. De esta manera, reconocemos libertad a un menor para tener relaciones sexuales pero no para autorizar su participación en un acto pornográfico que puede ser simulado¹⁷⁵, lo cual hace que parezca que incurrimos de nuevo en una contradicción.

No obstante, lo anterior obedece a un motivo, y es que dentro del delito de pornografía infantil no se trata únicamente de amparar el bien jurídico protegido referido a la indemnidad sexual sino que existe otro interés de gran relevancia que proteger, que es, la dignidad y la propia imagen del menor¹⁷⁶.

En efecto, si nosotros mantenemos la capacidad del menor maduro para decidir ante un acto sexual de forma tal que su consentimiento y decisión tengan validez y opere, también es cierto que tal capacidad puede verse limitada cuando se observe que tal disposición es contraria efectivamente a sus propios intereses¹⁷⁷. Así, aludíamos anteriormente al Código Civil para confirmar que los derechos personalísimos deben ser ejercidos por cada persona por sí misma desde el mismo momento en que tienen capacidad suficiente para hacerlo. En este mismo sentido acudimos ahora a la Ley de Protección Jurídica del Menor en la que se prohíbe la difusión de imágenes referidas a menores cuando estas sean contrarias al interés del menor incluso cuando conste el consentimiento de este. Trasladando este razonamiento a la pornografía infantil, tal y como razona la *Sentencia del Tribunal Supremo 796/2007*, esta actividad supone comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de la vida del menor¹⁷⁸, por lo que la afectación a la dignidad, honra o reputación del menor sería clara.

Así es que desde nuestra postura mantenemos en todo momento que si el menor cuenta con una capacidad suficiente para hacerse cargo de sus propios derechos y deberes, sus decisiones deben ser únicamente suyas y ser dotadas de reconocimiento por parte de todo el sistema jurídico en virtud de la madurez que le faculta. Ya hablemos de derechos sexuales o derechos relativos a la intimidad, propia imagen, intimidad etc. de los que venimos hablando en este punto, si nos encontramos ante un menor maduro que cuenta

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Derecho Penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 119-120.

¹⁷⁶ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Una aproximación al estudio...*Op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 27

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 796/2007, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de Octubre de 2007. Fundamento de Derecho Tercero. Disponible en la siguiente página < <https://supremo.vlex.es/vid/1-cp-34439047>>. Última consulta: 01-05-2018.

con esa aptitud suficiente, estos derechos deben ser ejercitados por sí solo en aras a lograr una mayor autonomía y un mayor reconocimiento jurídico del menor en nuestro sistema. Sin embargo, entendemos que este esfuerzo de empoderamiento necesario del menor, no quiere significar despreocupación o desatención sino que sigue un camino coherente que tal capacidad se vea limitada en el caso de que la decisión atente gravemente sus intereses. Lo mismo mantiene CHAPARRO MATAMOROS cuando entiende que aunque el menor tenga madurez suficiente, su consentimiento no actuará como causa de exclusión de la ilegitimidad por suponer un menoscabo a la honra, reputación, integridad moral o para sus intereses¹⁷⁹.

No obstante, sin perjuicio de todo lo anterior, cuestión distinta se nos plantea cuando nos encontramos con determinadas conductas condenadas por el artículo 189 CP como pornografía infantil que se realizan entre un menor de 16 años y otra persona próxima en edad y madurez a este, que puede incluso ser también menor de edad. Un posible ejemplo, lo encontraríamos en el caso de una pareja de 15 y 17 años que graban un vídeo de un acto sexual entre ellos, existiendo consentimiento y sin hacer un uso indebido de este¹⁸⁰. De acuerdo con que la conducta que llevan a cabo encajaría en un principio con la redacción del tipo penal y que la cláusula no opera para el delito de pornografía infantil, ¿incurriría el menor de 17 años en un delito de pornografía infantil?

Pues bien, el ejemplo anterior no es otra cosa que una muestra más de las deficiencias que hoy en día presenta nuestro artículo 183 quater CP. Así es que para estos extremos debemos mantener lo expuesto por parte de la Fiscalía General del Estado que da luz a esta cuestión cuando se refiere a que cuando no hay asimetría entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no hay una lesión al bien jurídico protegido ni una conducta pedófila. Así, antes de formular alegaciones contra un menor por un delito de pornografía infantil deben considerarse y ponderarse con mucho cuidado las consecuencias rechazando los automatismos¹⁸¹.

Conforme a todo el planteamiento analizado en el presente espacio no nos queda más que decir que la articulación de la cláusula actualmente peca tanto por exceso como por defecto¹⁸². Lo anterior se mantiene de acuerdo a que como hemos visto, no todos los

¹⁷⁹ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. "El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 10, 2014, p. 11.

¹⁸⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Los delitos contra...*Op. cit.*, p. 466

¹⁸¹ Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación...*Op. cit.*, p. 1882.

delitos para los que se prevé el artículo 183 quater van a poder ser protegidos, ocurriendo lo mismo a la inversa, de manera que se dejan fuera delitos o conductas para las que sí sería apropiado hacer operativo el citado precepto.

4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y COMPARADO DE LA CLÁUSULA *ROMEO Y JULIETA*

Tras el análisis realizado acerca de la articulación de la cláusula contenida en nuestro artículo 183 quater CP, la situación también puede ser abordada desde otros aspectos como vamos a tratar de hacer a continuación. Así, con la intención de profundizar en el conocimiento de esta regla implantada en nuestro sistema, en el presente apartado vamos a acercarnos en primer lugar, a diferentes ejemplos jurisprudenciales dictados en España, tanto en el periodo de tiempo anterior a la reforma de 2015 que hizo nacer la cláusula, como después de su inclusión, para observar los aspectos que pueden ser más criticables y mejorar en ellos. Debemos resaltar además, que si bien podemos encontrarnos con otros pronunciamientos jurisprudenciales diferentes a los que vamos a tratar a continuación, por razones de espacio nos limitaremos a los que nos han parecido más llamativos¹⁸³.

No obstante, en segundo lugar, un conocimiento exhaustivo de nuestra cuestión nos obliga también a prestar atención a otros ordenamientos con el fin de aprender cómo ha sido el reconocimiento que en ellos se ha hecho de la cláusula a la que nos dedicamos a lo largo de nuestro trabajo. De esta forma podremos comparar las diversas articulaciones que se han hecho de la misma con el sistema que nosotros hoy en día mantenemos.

4.1 Una aproximación a la jurisprudencia española sobre la cláusula *Romeo y Julieta*

4.1.1 Jurisprudencia anterior a la inclusión del artículo 183 quater CP

Los inconvenientes presentados por el sistema anterior y la falta de reconocimiento a la libertad sexual de los menores que hemos analizado a lo largo de todo el trabajo, vienen reflejados en la jurisprudencia existente antes de la reforma del año

¹⁸² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”. En BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 881.

¹⁸³ Otros ejemplos jurisprudenciales sobre la cuestión los podemos encontrar en la ATS 67/2016, de 21 de enero, en la que se refiere a las edades mínimas y máximas para que la cláusula opere; en la ATS 601/2017, de 23 de marzo, donde se alude a los requisitos de proximidad y madurez o en la STS 58/2017, de 7 de febrero en relación a la etapa anterior a la inclusión de la cláusula.

2015. Un ejemplo llamativo de esto lo podemos encontrar en la *Sentencia del Tribunal Supremo 411/2006 de 18 de abril*, donde se nos presenta el caso de una pareja compuesta por un hombre de 24 años y una menor de 12 años. Mientras que el Tribunal *a quo* (Audiencia Provincial de Logroño) condena a este hombre como autor de un delito de abusos sexuales, el TS, tras ser recurrida la citada decisión, finalmente decide absolver al acusado entendiendo que existe un error de prohibición invencible ya que el hombre no sabía que tal conducta con una menor de 12 años estaba prohibida en España al ser ambos protagonistas de nacionalidad ecuatoriana, donde la edad de consentimiento sexual es más baja que en nuestro país.

Sin embargo, decimos que la presente sentencia resulta ser llamativa debido a la importancia que parece dar a un aspecto que nosotros venimos defendiendo, esto es, la madurez que pueda presentar el menor. A pesar de que nos encontramos en esta sentencia en un periodo temporal donde la presunción *iuris et de iure*, en relación a la eficacia del consentimiento de los menores en el ámbito sexual era indiscutible, cuestión que alega la resolución cuando explica que "*a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto*", reconoce también el TS la demanda que venía manteniendo la doctrina sobre la necesidad de implantar una presunción que admita prueba en contrario a través del análisis posterior de la capacidad del menor¹⁸⁴.

No obstante, a pesar de lo anterior, la sentencia llama la atención por el reconocimiento que se hace a la madurez que presenta la menor. Así, la resolución reconoce que la joven tiene una madurez mental muy superior a su edad física, siendo perfectamente conocedora de la naturaleza de los actos que estaba llevando a cabo en los que, según manifiesta la propia sentencia, no solo participó dando su consentimiento sino también con iniciativa¹⁸⁵. Pero es que además de ello, los informes periciales practicados prueban que el acusado tiene una madurez muy inferior, incapaz de esta manera, tal y como afirma la sentencia, de tener una personalidad manipuladora por lo que no es posible

¹⁸⁴ STS 411/2006, Sala 2ª, de lo Penal, 18 de abril de 2006. Fundamento Jurídico Tercero. Disponible en la siguiente página < <https://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invencible-20782288> >. Última consulta: 14-05-2018.

¹⁸⁵ *Ibid.* Fundamento Jurídico Primero

que haya engañado o haya podido utilizar a la menor ya que es precisamente esta la que presentaba una personalidad mucho más fuerte¹⁸⁶.

De nuevo, nos encontramos con la prueba que demuestra que edad y madurez no son aspectos que siempre vayan unidos, siendo un error mantener siempre juntas ambas condiciones. Mientras que no consideramos madura a una menor de 12 años, la sentencia demuestra cómo ésta mantenía una personalidad mucho más fuerte teniendo una mayor capacidad y madurez que la que correspondería a su edad de una forma general, por el contrario sí consideramos totalmente capaz a la persona de 24 años, cuando de los informes se desprende su bajo nivel de madurez mental. Y ello, basándose nuestro sistema únicamente en el aspecto cronológico.

El presente caso nos demuestra como un menor puede ostentar una madurez que le permite comprender perfectamente la naturaleza de las conductas que está llevando a cabo y en virtud de ello, tomar una decisión y hacer frente a la misma con una capacidad igual o incluso superior que la que puede tener un adulto. Ello, refuerza el argumento que hemos venido manteniendo, y es que la cuestión central se centra en si el menor tiene la madurez suficiente para decidir. De esta forma, en caso de que cuente con tal capacidad entonces nada debe interponerse en el ejercicio de sus derechos.

Entre los requisitos necesarios para que una persona pueda tomar una decisión de forma autónoma se encuentran: la ausencia de coacciones, la información que se tenga, la capacidad, el grado de experiencia vital y el entorno, ya sea familiar, social, económico, político o cultural. No debe existir por lo tanto, una edad que marque límites, sino que sea el grado de satisfacción de todas estas condiciones las que nos digan si el menor está preparado o no para tomar una decisión de una forma madura y autónoma¹⁸⁷.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento que el TS hace a la madurez de la menor, lo cierto es que de poco podía servir esto manteniendo la presunción *iuris et de iure* que impedía cualquier prueba referida a la posibilidad de emitir un consentimiento válido por el menor en una conducta sexual.

Cabe decir por último sobre este caso, que si bien nos ha servido para mostrar los inconvenientes del sistema anterior, igual de cierto es, que trasladando el mismo a la etapa

¹⁸⁶ *Ibid.* Fundamento Jurídico Segundo

¹⁸⁷ SIMÓN LORDA, Pablo. “Madurez, capacidad y autonomía”. *Revista Española de Bioética*, núm. 41, 2014, pp. 7 y 8. Disponible en la siguiente página <<http://www.revistaeidon.es/descargas/articulo/36>>. Última consulta: 14-05-2018.

actual demostraría igualmente los defectos que mantiene la articulación de la cláusula *Romeo y Julieta* hoy en día. Aclarando este razonamiento, quiere esto decir que, de presentarse el caso que hemos visto ahora mismo, la cláusula a pesar de estar reconocida no podría ser aplicada ya que en lo referido a las edades no habría proximidad entre ambos sujetos basándonos en la jurisprudencia mantenida por el TS en relación a esta cuestión como veremos a continuación.

Por lo que, a pesar de estar ante un supuesto en el que la menor no solo tiene madurez suficiente para comprender la situación y decidir sobre ella, sino que su personalidad incluso es más fuerte que la personalidad del mayor de edad; al exigir la cláusula que exista tanto proximidad de edad como de madurez, la misma no cabría ser aplicada, lo cual supone no solo que una persona pueda ser condenada por un acto que dudosamente puede lesionar un bien jurídico protegido sino que, el reconocimiento a la libertad sexual de la menor y a sus derechos es totalmente nulo.

En esta línea de condenar conductas que realmente difícilmente lesionan un bien jurídico protegido, nos encontramos con la *Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense 171/2012* en la que se trata el caso de dos menores de edad, de 12 y 17 años que contactan en primer lugar por una red social intercambiándose los números de teléfono para continuar la conversación por este medio. A raíz de estas conversaciones el joven de 17 años solicita a la menor fotografías e incluso un encuentro, siendo rechazado todo esto por la menor de 12 años. Debido a estos hechos, el juzgado de menores condena al menor de 17 años como autor de un delito del artículo 183 bis que ya conocemos, el delito *online child grooming*.

La presente sentencia es traída aquí como muestra de la incoherencia que en algunas ocasiones demuestra nuestro sistema penal. Pretendemos limitar y poner barreras a la libertad sexual de nuestros menores con el objetivo de protegerlos y sin embargo, tal protección resulta totalmente ausente en supuestos como el que acabamos de ver donde otro menor acaba siendo condenado por un delito cuando en realidad no ha existido contacto alguno entre los menores y, por lo tanto, dudosamente puede haber lesión del bien jurídico protegido de la menor. A pesar de ello, la magistrada acaba condenando por entender que las expresiones sexuales manifestadas por el chico de 17 años eran una clara referencia a la intención de cometer un delito sexual contra la menor¹⁸⁸. Nos preguntamos

entonces donde se encuentra en este caso la protección de ese menor que termina siendo culpable de un delito de una especial gravedad al ser de naturaleza sexual por una conducta que cuanto menos nos hace cuestionarnos dónde se encuentra la lesión a la indemnidad sexual de la otra menor protagonista. Esta situación es un ejemplo de como las contradicciones en las que incurre nuestro sistema penal pueden conllevar consecuencias de especial gravedad ya que teniendo por objetivo la protección de los menores, acabamos condenando a uno de ellos por un hecho enormemente cuestionable. ¿Dónde se encuentra entonces la protección de ese menor?

Sin embargo, la situación anterior no es la única incoherencia en la que nuestro sistema incurre sino que nuestro escenario puede agravarse aún más si tenemos en cuenta que de haber existido un consentimiento por parte de la menor, y hubiese aceptado libremente encontrarse con el acusado (no olvidemos menor de edad), este último hubiera seguido siendo autor de un delito de abuso sexual, más concretamente autor de un delito de *online child grooming*. Ello, en atención a que en aquella época no había sido reconocida la cláusula, por lo que se muestra de nuevo cómo, a pesar existir un consentimiento y una proximidad indudable de edad y madurez¹⁸⁹ entre ambos sujetos, igualmente el acusado menor de 17 años hubiera sido condenado por el delito sin que existiese una conducta que dañara el bien que pretende ser protegido jurídico-penalmente.

Si las dos anteriores sentencias analizadas nos han resultado un tanto llamativas, no lo es menos la resolución que vemos a continuación en la que se produce una situación muy paradójica y complicada. Nos referimos a la *Sentencia del TS 782/2016, de 19 de octubre de 2016* donde se estudia el caso de una relación sentimental entre un hombre de 29 años y una menor de 14 años que comienza antes de la reforma del CP del año 2015 y, por consiguiente, antes de la elevación de la edad de consentimiento sexual. Mientras que los contactos sexuales que pudieron producirse entre ambos antes de la reforma de

¹⁸⁸ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013)”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, p.350. Disponible en la siguiente página <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818715>> Última consulta: 14-05-2018

¹⁸⁹ Proximidad de edad entre ambos sujetos que resulta más clara atendiendo a que tal y como reconoce la sentencia el menor de 17 años sufría diversos problemas que le hacían tener un comportamiento antisocial y por lo tanto una madurez algo inferior a la que le correspondería. Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense 171/2012, de 13 de mayo. Hechos Probados. Disponible en la siguiente página <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=6982892&links=&optimize=20140306&publicinterface=true>>. Última consulta: 14-05-2018.

2015 son, como dice la propia sentencia, "*ajenos al Derecho Penal*"¹⁹⁰ al estar la edad de consentimiento sexual en esa época en los 13 años, lo cierto es que el Tribunal *a quo* (Audiencia Provincial de Valladolid), falla condenando al acusado de 29 años por un delito de abuso sexual continuado por los contactos sexuales producidos una vez entrada en vigor la reforma y la elevación de la edad de consentimiento.

Siendo recurrida la anterior decisión, el TS decide absolver al acusado, sin embargo, no por una posible aplicación de la cláusula *Romeo y Julieta* al tratarse de una relación totalmente consentida sino que, absuelve a través del camino del error de prohibición invencible al no conocer el acusado que la relación había pasado a ser ilegal al ser su pareja menor de 16 años. De esta forma, el TS a pesar de reconocer que se trataba de una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que puede verse tal diferencia de edad en los protagonistas, nació en un entorno social de tolerancia y de indiferencia al Derecho Penal¹⁹¹, absuelve al acusado atendiendo a la existencia del error, sin plantearse siquiera una posible aplicación del precepto 183 quater CP.

Es, en este caso en el que nos preguntamos cómo puede ser posible que una conducta totalmente aceptada por el Derecho Penal un día, revistiendo la misma una legalidad incuestionable, pueda ser al día siguiente una conducta delictiva de una especial gravedad atendiendo a que se trata de delitos sexuales y más cuando se trata de menores, ¿cómo es posible que se reconozca capacidad a esta menor para decidir en el ámbito sexual con su pareja, y al siguiente día, tal capacidad quede absolutamente negada? Así es que la capacidad para decidir y asumir sus derechos sexuales se ven negados o como mínimo condicionados, cuando han sido durante mucho tiempo reconocidos, sin que en ella haya podido cambiar nada que la impida tener tal capacidad para consentir, sino simplemente en razón de una medida político criminal que en lugar de reforzar su posición jurídica la ha limitado.

El planteamiento anterior es digno de reflexionar al ver cómo una conducta hasta ese momento indiferente, evoluciona hacia condenar a una persona por un delito de abuso sexual con todo lo que ello implica.

¹⁹⁰ STS 782/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 19 de octubre de 2016. Fundamento Jurídico Segundo. Disponible en la siguiente página < <https://supremo.vlex.es/vid/652056897>>. Última consulta: 14-05-2018.

¹⁹¹ *Ibid.* Fundamento Jurídico Tercero

4.1.2 Situación jurisprudencial después de la inclusión del artículo 183 quater y la reforma de 2015

Si anteriormente veíamos a través de la jurisprudencia, los defectos que provocaba el mantener un sistema *iuris et de iure* en relación al consentimiento dado por el menor en materia sexual, también podemos apreciar aspectos un tanto criticables del planteamiento que hoy en día mantenemos incluso con el reconocimiento de la cláusula del artículo 183 quater CP como vamos a ver a continuación.

Si bien es cierto que carecemos de jurisprudencia donde la citada cláusula haya sido aplicada, sí tenemos algunas sentencias donde la operatividad de ésta ha sido planteada aunque finalmente no se haya logrado su aplicación. Son estas sentencias en las que se ha sugerido su puesta en práctica, las que nos han proporcionado algunos puntos sobre determinados aspectos de la cláusula como es la diferencia de edad.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la *Sentencia del Tribunal Supremo 946/2016 de 15 de diciembre de 2016* referida al caso de una menor de 11 años exactamente y de otro sujeto de 19 años que, conociéndose desde hace algún tiempo dada la relación de amistad entre sus familiares comienzan a tener una relación cada vez más cercana atrayéndose el uno al otro.

Siendo así lo anterior, en un momento dado se producen entre ambos jóvenes dos contactos sexuales totalmente consentidos por parte de la menor, sin que exista en ningún momento penetración sino que tales contactos se limitaron al frotamiento de los genitales. Más tarde, se produce un segundo contacto donde por iniciativa propia, la joven decide ir al domicilio del que considera su pareja. Ante tales hechos, la Audiencia Provincial de La Coruña, condena como autor de un delito de abuso sexual al mayor de 19 años.

Ante el recurso de tal decisión, tiene oportunidad de pronunciarse el TS el cual, incluso reconociendo como lo hace en la sentencia que la relación mantenida por ambos jóvenes era una situación de prenoviazgo o seudonoviazgo y la edad entre ambos de relativa proximidad, no es aplicable la cláusula *Romeo y Julieta* a la situación. Ello, lo argumenta el TS entendiendo que a pesar de tal proximidad de edad, la misma, se encuentra “fuera de los límites señalados para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida (...) en el art. 183 quater del CP¹⁹²”.

Es en virtud de lo anterior que nosotros nos preguntamos acerca de cuáles son esos límites a los que el TS se refiere y que considera son señalados por la cláusula ya que tal y como hemos podido comprobar, el legislador ha decidido únicamente hablar de "*proximidad*" y no establecer ningún parámetro.

Sin embargo, la cuestión anterior no es la que más nos llama la atención sino que debemos profundizar en la siguiente idea y es que, entendemos y en ello coincidimos con el TS, que la edad de la menor es muy baja siendo esta de 11 años. Sin embargo, no nos convence el argumento del tribunal al basarse en los 8 años de diferencia que se da entre ambos sujetos, ya que existiendo una madurez suficiente por parte de la menor, su consentimiento como volvemos a reiterar debe ser tomado en cuenta en orden a reconocer su capacidad para ejercer sus propios derechos sexuales. Lamentablemente, la sentencia no se refiere ni una sola vez a la madurez de la menor.

En conclusión, el TS a pesar de haber reconocido que hay una proximidad cronológica, un consentimiento totalmente libre prestado por la menor, que no se ha visto condicionada en ningún momento por el acusado sino que estaban viviendo una situación de prenoviazgo absolutamente querida por ambos, desestima el recurso del acusado entre otros motivos, por entender que pese a estas condiciones cumplidas, la diferencia de edad es demasiado dilatada como para que pueda operar la cláusula *Romeo y Julieta*.

Situación muy similar se aborda en la *Sentencia del Tribunal Supremo 1001/2006*, en ella nos referimos al caso de un joven de 20 años que comienza a tener una relación de cada vez más complicidad con la hija de la pareja sentimental de su madre, de casi 12 años. En la evolución de esta relación, hablando la sentencia incluso del "*curso de enamoramiento*"¹⁹³, se suceden entre ambos diversos contactos sexuales plenamente consentidos por ambos. Es por estos hechos por lo que se condena al joven como autor del delito de abusos sexuales a un menor.

Si como veíamos antes la relación entre una menor de 11 años y un chico de 19 es condenada como delito de abuso sexual, no es distinta la situación entre una menor de casi 12 años y otro joven de 20 años, al entender el TS que no se cumple la proximidad de edad que exige la cláusula para que pueda ser aplicable al caso. Entiende de esta forma el TS además, que la situación se agrava por tratarse de jóvenes con 20 años y menor de

¹⁹² STS 946/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 15 de diciembre de 2016. Fundamento Jurídico Quinto. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/656228001>>. Última consulta: 14-05-2018.

¹⁹³ STS 1001/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 18 de enero de 2017. Antecedentes. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/663806445>>. Última consulta: 14-05-2018.

12 años, lo cual “*influye en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada*”¹⁹⁴.

Sin embargo, aunque en cierta medida podemos encontrarnos de acuerdo con la argumentación del TS por tratarse de menores de una edad bastante baja, de nuevo echamos en falta, que en la sentencia se tenga en cuenta la madurez de la menor para poder decidir. Un aspecto tan importante como este, decisivo a la hora de ejercer tus propios derechos ya que como hemos visto anteriormente, los derechos de la personalidad deben ser ejercidos por uno mismo desde que cuenta con capacidad y madurez suficiente para ello, es obviado totalmente tanto por nuestro CP como por nuestra jurisprudencia. La única referencia que se hace en la sentencia acerca de la “*madurez*” es sobre el acusado, teniendo este un nivel intelectual muy bajo y presentando un cuadro de inmadurez siendo ello demostrado gracias a la práctica de la prueba pericial a través de dos psicólogos. Sin embargo, nada se habla del nivel de madurez que presenta la menor, pudiendo ser este de tal entidad que la permita decidir sobre sus propios derechos sexuales.

Ocurre entonces algo paradójico y es que, el artículo 183 quater exige además de la proximidad de edad, proximidad de madurez como hemos visto. Sin embargo, en el anterior pronunciamiento no se presta ninguna atención a la madurez de la menor a pesar de la gran importancia que tiene, siendo así que en nuestra opinión es ahí donde radica toda la cuestión. Pese a ello, a lo que sí se refiere el TS es a la madurez del acusado, y lo hace para manifestar que la capacidad de este es inferior a la que cronológicamente le correspondería lo cual, no haría otra cosa que reforzar que exista una proximidad de madurez entre los dos sujetos. A pesar de lo anterior, el Tribunal como ya hemos podido observar, ni siquiera alude a la madurez de la menor.

Así, hemos visto como anteriormente a la inclusión de la cláusula en nuestro sistema penal, se nos presentaban problemas en relación con el carácter *iuris et de iure* que manteníamos y que nos llevaba en ocasiones a condenar conductas que dudosamente suponían una lesión al bien jurídico protegido. Sin embargo, la evolución jurisprudencial que hemos seguido y la inclusión ahora de la cláusula, no han hecho que los problemas desaparezcan sino que ahora, el problema parece radicar en la interpretación del propio precepto y en su recurso a la “*proximidad*” como hemos visto.

¹⁹⁴ *Ibid.* Fundamento Jurídico Segundo

4.2 La cláusula *Romeo y Julieta* a través de diferentes ordenamientos jurídico-penales: análisis de Derecho Comparado

Tras conocer como ha sido la articulación que se ha hecho en España de la cláusula *Romeo y Julieta*, continuamos viendo ahora como ha sido la implantación de la misma en otros países y ordenamientos jurídicos. Así, conoceremos como nuestro precepto 183 quater puede ser reconocido en otros sistemas penales de formas muy diferentes. Entre esta diversidad, conoceremos tanto países en los que no existe la cláusula pero sí se dan de cierta forma sus efectos, como países en los que la citada cláusula no exime de responsabilidad sino que la atenúa y por último, países en los que sí se da una exclusión de la responsabilidad pero las condiciones exigidas difieren con lo dispuesto en nuestro Código Penal.

Para facilitar la comprensión de lo planteado en los diferentes ordenamientos y países que vamos a ver adjuntamos una tabla comparativa en la que se refleja todo lo que tratamos a continuación.

Tabla 1

Ámbito americano						
ESTADOS UNIDOS				CANADÁ		PUERTO RICO
California	Hawai	Maine	Texas			
Rebaja de la pena	Exención de responsabilidad penal	Exención de la responsabilidad penal	Exención de la responsabilidad penal	Exención de la responsabilidad penal		Exención de la responsabilidad penal
Edad de Consentimiento 18 años	Edad de consentimiento 16 años	Edad de consentimiento 16 años	Edad de consentimiento 17 años	Edad de consentimiento 16 años		Edad de consentimiento 16 años
Diferencia máxima 3 años	Diferencia máxima 5 años	Diferencia máxima 5 años	Diferencia máxima 3 años (menor \geq 14 años)	12<14 años Diferencia máxima 2 años	De 14-16 años Diferencia máxima 5 años	Diferencia máxima 4 años (Siempre que tenga 14 años)
Ámbito latinoamericano						
CHILE						
Exención de responsabilidad penal						
Edad de consentimiento: 14 años						
Acceso carnal, vaginal o bucal Diferencia máxima: 2 años			Sodomía, abuso sexual, exhibicionismo, producción de pornografía Diferencia máxima: 3 años			
Ámbito inglés						
INGLATERRA						
No existe reconocimiento de la cláusula						
Edad de consentimiento: 16 años						
No se condena el contacto sexual entre menores y jóvenes teniendo en cuenta de ambos: Edad, madurez y desarrollo Relación que tengan y los efectos que pueda tener para ellos un posible enjuiciamiento Inexistencia de engaño o manipulación y naturaleza de la actividad sexual						
Ámbito europeo						
ITALIA			AUSTRIA			
Exención de responsabilidad penal			Exención de responsabilidad penal			
Edad de consentimiento: 14 años			Edad de consentimiento: 14 años			
Diferencia máxima: 3 años			Diferencia máxima (siempre que tenga mínimo 12 años): 4 años			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos con el análisis de Derecho Comparado y la siguiente página:

<<https://www.ageofconsent.net>>

4.2.1 De los sistemas que no prevén la cláusula *Romeo y Julieta* a los sistemas que solo articulan una rebaja de la pena

Como ya hemos adelantado, podemos encontrarnos con países en los que la cláusula no está reconocida pero sus efectos pueden apreciarse aunque sea disimuladamente. Un ejemplo de tales casos lo encontramos en Inglaterra donde no existe reconocimiento de la excepción *Romeo y Julieta* sino que simplemente se impone la edad de consentimiento sexual que se encuentra establecida en los 16 años¹⁹⁵.

No obstante, no ha existido unanimidad de opinión en la fijación de tal edad en esos 16 años sino que hay también un sector como el autor TATCHELL que considera que tal imposición en los 16 años ha sido una decisión arbitraria sin que tengamos ningún tipo de evidencia médica o psicológica que indique que la madurez emocional o sexual comienza a desarrollarse a partir de los 16 años. Mantiene el autor que la cláusula que ahora analizamos puede mandar un mensaje peligroso al establecer que ninguna persona menor a la edad de consentimiento es capaz de tomar su propia decisión acerca de cuándo quieren tener una actividad sexual¹⁹⁶, sin que esto sea cierto realmente ya que como hemos visto la madurez de una persona puede desarrollarse a diferentes edades por lo que podemos encontrarnos con menores cuya madurez les haga totalmente posible decidir acerca de estas cuestiones.

Independientemente de la opinión dividida acerca de la edad de consentimiento sexual en Inglaterra, lo cierto es que la cláusula que analizamos no encuentra reconocimiento en el citado país por lo que atendiendo a la falta de una exención de este tipo, sería posible que se enjuiciase el contacto sexual voluntario y consentido entre dos personas menores¹⁹⁷.

Sin embargo, lo anterior no resulta del todo veraz dado que si bien es cierto que no hay cláusula, también es verdad que tales relaciones sexuales realmente no van a ser condenadas según lo manifestado tanto por el Ministerio del Interior que ha expresado claramente la falta de intención de enjuiciar a los menores por estos actos cuando son

¹⁹⁵ *United Kingdom Age of Consent & Statutory Rape Laws*. Ageofconsent.net. disponible en la siguiente página <<https://www.ageofconsent.net/world/united-kingdom>>. Última consulta: 8-05-2018. Para un mayor conocimiento del lector acerca de la edad de consentimiento sexual desde una perspectiva global: WAITES, Matthew. *The age of consent: Young people, sexuality and citizenship*. Springer, 2005.

¹⁹⁶ TATCHELL, Peter. "Why the Age of Sexual Consent in Britain Should Be Lowered to Fourteen". *Legal Notes No.*, 2002, vol. 38, pp.1-2. Disponible en la siguiente página <<http://www.libertarian.co.uk/sites/default/lanotepdf/legan038.pdf>>. Última consulta: 27-05-2018.

¹⁹⁷ *Ibid.*

acordados mutuamente y tengan además una edad similar¹⁹⁸. Lo mismo se desprende de los factores que debe tener en cuenta la fiscalía inglesa a la hora de un posible procesamiento por estos hechos. Entre esas pautas nos encontramos con el deber de considerar la edad de la persona que no es menor de 16 años y que sería el posible autor de un delito, los niveles de madurez de ambas partes, si el menor entendió la naturaleza de su acción y pudo comunicar su voluntad libremente, que exista paridad entre las partes con respecto al desarrollo sexual, físico, emocional y educativo, la relación que mantienen ambos, si existía algún elemento de coacción o engaño o manipulación, la madurez tanto sexual como emocional de ambas personas, si existió algún elemento de engaño, manipulación o abuso de confianza en la relación, la naturaleza de la actividad sexual y el impacto probable de un posible enjuiciamiento sobre las partes¹⁹⁹.

De esta forma, aunque la cláusula no se haya implantado en el sistema penal de Inglaterra, ello no va a significar que las relaciones sexuales que se den entre los jóvenes o adolescentes vayan a ser perseguidas penalmente. Así es que se producen en cierta manera los efectos que despliega la exención sin que esta haya sido reconocida. Tales efectos quedan evidenciados en que estos hechos de los que hablamos, raramente van a ser condenados sino que habrá muchos factores a tener en cuenta, teniendo en especial consideración tanto la edad como la madurez de los implicados.

Desde el ejemplo anterior en el que veíamos como la interrelación sexual entre menores o jóvenes no va a ser condenada atendiendo a determinadas pautas que habrán de tenerse en consideración, sin que exista un reconocimiento de la cláusula, continuamos ahora con los sistemas en los que sí hay una inclusión de la exención *Romeo y Julieta* siendo la misma muy diferente a lo que se prevé en España. Tal diferencia la encontramos en que en lugar de excluirse la responsabilidad penal, la aplicación de la cláusula va a propiciar una rebaja de la pena, pero no su exclusión. Este tipo de articulación la encontramos en distintos estados de los Estados Unidos, donde en cada uno de ellos se implanta su propio sistema, siendo así que en la mayoría de ellos se reconoce el sistema que exime de responsabilidad. Sin embargo, también existe algún estado, como el que

¹⁹⁸ Home Office. “Children and Families: Safer from Sexual Crime”. Mayo de 2004, p. 5. Disponible en la siguiente página <https://nanopdf.com/queue/children-and-families-safer-from-sexual-crime-the-sexual_pdf?queue_id=-1&x=1525796913&z=OTUuMTguNzYuNzM=>. Última consulta: 8-05-2018.

¹⁹⁹ *Rape and Sexual Offences - Chapter 2: Sexual Offences Act 2003 - Principal Offences, and Sexual Offences Act 1956 - Most commonly charged offences | The Crown Prosecution Service*. Cps.gov.uk. Disponible en la siguiente página <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-2-sexual-offences-act-2003-principal-offences-and>>. Última consulta: 8-05-2018

analizamos ahora donde no se plantea una exención de la pena sino una rebaja de la misma, como ocurre en California por ejemplo.

Pues bien, podríamos mantener que el sistema implantado en California supone una rigidez mucho mayor a lo que hemos visto se da en España y en otros países como ahora veremos. Lo dicho lo podemos extraer del Código Penal californiano en base a dos circunstancias: en primer lugar, porque su edad de consentimiento sexual se fija en los 18 años²⁰⁰, y en segundo lugar, porque la aplicación de la cláusula *Romeo y Julieta* va a operar únicamente en los casos en que no exista una diferencia mayor a 3 años entre el menor y la otra persona implicada, no excluyendo la responsabilidad penal de esta última sino atenuando la misma. Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 261.5 (b) de su código penal, existirá un delito menor cuando en el contacto sexual con un menor de 18 años, el autor mantenga con este una diferencia de menos de 3 años²⁰¹.

4.2.2 Sistemas que exoneran la responsabilidad penal

Nos acercamos ahora un poco más a los sistemas cuya implementación de la cláusula es algo más similar a la que se ha dado en España dado que la misma va a lograr que no exista responsabilidad penal. A pesar de tal similitud, existen también múltiples diferencias, habiendo países que fijan una diferencia de edad taxativa o quienes mantienen una cláusula mucho más flexible que la española al exigir alternativamente solo uno de los requisitos como a continuación vamos a ver.

A) Fijación de una diferencia de edad taxativa:

Comenzaremos el análisis de estos sistemas que exigen que exista una diferencia de edad determinada entre el menor y la otra persona implicada para que proceda la aplicación de la cláusula, por Estados Unidos. Como ya hemos visto, dentro de este país podemos encontrarnos con determinados estados que hacen operar la cláusula como una forma de atenuación de la pena. Sin embargo, lo cierto es que la gran mayoría de los estados de Estados Unidos articulan la cláusula como una forma de exención de la

²⁰⁰ California Penal Code. Artículo 261.5 (a). Disponible en la siguiente página <<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN&tocTitle=+Penal+Code+--+PEN>>. Última consulta: 8-05-2018. Para una mayor información sobre la edad de consentimiento en California: *What is the Age of Consent in California? Los Angeles Criminal Attorney*. Stephen G. Rodriguez & Partners. Disponible en la siguiente página <<https://www.lacriminaldefenseattorney.com/Legal-Dictionary/A/Age-of-Consent.aspx>>. Última consulta: 27-05-2018

²⁰¹ *Ibid.* Artículo 261.5 (b)

responsabilidad penal, imponiendo cada uno de ellos la diferencia de edad que debe ser cumplida para que ésta pueda llegar a aplicarse.

Así, podemos ver que los estados con la diferencia de edad más dilatada son Hawaii y Maine con 5 años y cuyas edades de consentimiento sexual son de las más bajas en este país, manteniéndose en los 16 años²⁰². Quiere esto decir que la exención *Romeo y Julieta* únicamente operará si la persona que se encuentra por encima de la edad de consentimiento sexual mantiene una diferencia de edad no superior a 5 años con el menor, por lo tanto, el supuesto de edades máximas en el que la cláusula podría operar sería entre un menor de 16 años y otra persona de 21 años.

Algo más rígido en relación a las edades es el sistema mantenido en el estado de Texas donde las “*leyes de Romeo y Julieta*”²⁰³ como allí se conoce la cláusula, exigen una diferencia de edad máxima de 3 años²⁰⁴, siendo establecida la edad de consentimiento sexual en los 17 años²⁰⁵. No obstante, además de la diferencia de edad taxativa y de que obviamente se trate de un acto sexual consentido, el código penal texano exige que el menor no tenga una edad por debajo de los 14 años y que el supuesto autor no haya sido nunca declarado como culpable por un delito de esta clase²⁰⁶. Por lo que, el radio de operatividad de la cláusula sería como máximo entre una persona de 17 años y otra de 20 años y como mínimo entre una persona de 14 años y otra de 17.

Muy parecido a lo articulado en Texas es lo reconocido en Puerto Rico, donde sosteniendo una edad de consentimiento sexual en los 16 años, se eximen de responsabilidad los contactos sexuales consentidos y voluntarios que puedan darse con un menor de dicha edad siempre y cuando este último tenga al menos 14 años y la diferencia cronológica con el otro sujeto no exceda de los 4 años²⁰⁷.

En contraposición, nos encontramos con el sistema canadiense que en lugar de recoger una cláusula *Romeo y Julieta* general, recoge dos excepciones dependiendo de la edad del menor. Así, siendo establecida la edad mínima para tener relaciones sexuales en

²⁰² *Romeo and Juliet Laws- Definition, Examples, Cases*. Legal Dictionary. Disponible en la siguiente página <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Última consulta: 8-05-2018.

²⁰³ *Ibíd.* “*Romeo and Juliet laws*”

²⁰⁴ Texas Penal Code. Sección 22.011 (e). Disponible en la siguiente página <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/?link=PE>>. Última consulta: 11-05-2018

²⁰⁵ *Ibíd.* Sección 22.011 (c)

²⁰⁶ *Ibíd.* Sección 22.011 (e)

²⁰⁷ Código Penal de Puerto Rico. Artículo 130 (a). Disponible en la siguiente página <<http://www.ramajudicial.pr/leyes/codpenal2012/CodPenal-LEY-146-2012.pdf>>. Última consulta: 11-05-2018

16 años²⁰⁸, estos contactos no se responsabilizarán penalmente siempre que se den dos diferencias de edad distintas dependiendo de qué menor se trate. De esta manera, si se trata de un menor de entre 12 años y menos de 14 años, debe existir una diferencia máxima de 2 años²⁰⁹ para que opere la cláusula; mientras que si nos encontramos con un menor de entre 14 a 16 años, la diferencia máxima debe ser de 5 años²¹⁰.

Por último, merece la pena referirnos al ámbito europeo donde nos encontramos con el sistema italiano donde siendo la edad de consentimiento sexual la de 14 años²¹¹, se eximirá la responsabilidad penal cuando la otra parte protagonista del contacto sexual no tenga una edad superior en tres años como máximo a la del menor, de acuerdo con el artículo 609 ter del código penal italiano²¹². Una situación muy parecida es la vivida en Austria donde la edad mínima en material sexual se mantiene también en los 14 años. Sin embargo, la diferencia con el sistema italiano se encuentra en que en Austria, la cláusula exime de responsabilidad penal siempre que el menor tenga al menos 12 años y la diferencia cronológica con la otra parte sea máximo de 4 años²¹³.

B) Articulación de la cláusula en atención a la gravedad de la conducta:

Nos referimos a continuación a un país cuyo reconocimiento a la exención de responsabilidad que examinamos, ha atendido a las diferentes conductas sexuales que pueden darse, nos referimos entonces a Chile. De esta forma, la fijación taxativa de una diferencia de edad necesaria para que pueda ser aplicada la cláusula es diferente dependiendo de la conducta de la que se trate.

Si bien veíamos como en Canadá la diferencia de edad exigida era distinta de acuerdo a la edad del menor en cuestión, en Chile ocurre que tal disimilitud en edad entre el menor y el otro sujeto, cambia dependiendo del encuentro sexual que se haya producido.

Este tratamiento y reconocimiento de la cláusula *Romeo y Julieta*, obedece a una razón y es que, de forma muy similar a lo que ha ocurrido en España, Chile decidió proceder en el año 2004 a la elevación de la edad de consentimiento sexual desde los 12

²⁰⁸ *Age of Consent in Canada*. Ageofconsent.net. Disponible en la siguiente página <<https://www.ageofconsent.net/world/canada>>. Última consulta: 11-05-2018

²⁰⁹ Criminal Code Canadá. Artículo 150.1 (2). Disponible en la siguiente página <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>>. Última consulta: 11-05-2018.

²¹⁰ *Ibid.* Artículo 150.1 (2.1).

²¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Los delitos contra..." *Op. cit.*, p. 440

²¹² ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. "Los delitos sexuales a menores..." *Op. cit.*, p. 9

²¹³ *Ibid.* De la misma forma lo explica MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Los delitos contra la..." *Op.cit.* p. 462.

a los 14 años. Sin embargo, se planteaba así un problema práctico consistente en que dicha elevación no se correspondía con la realidad vivida en el país en la que el inicio de la actividad sexual entre los jóvenes se producía antes de dicha edad²¹⁴. Así es que era necesario incluir en su ordenamiento jurídico-penal una disposición que supusiese una barrera a la intervención penal cuando los contactos sexuales se produjeran entre los adolescentes o jóvenes.

De esta manera, Chile se decantó por la introducción de la cláusula *Romeo y Julieta* a través del artículo 4 de la Ley núm. 20.084 del año 2005. El citado precepto exime de responsabilidad penal siempre que concurren determinadas condiciones. En primer lugar, que no haya habido en el contacto sexual fuerza o intimidación, ni se trate de un menor privado de sentido, que no haya existido un abuso de trastorno mental del menor o de alguna anomalía que sufra, así como tampoco exista un aprovechamiento por relación de dependencia o desamparo del menor o de su inexperiencia²¹⁵. Y en segundo lugar, que la diferencia de edad entre el menor y la otra persona no se exceda de los límites marcados siendo estos: de dos años cuando se trate del acceso carnal, vaginal o bucal con un menor de 14 años, o de tres años en los supuestos de sodomía, de una acción sexual distinta al acceso carnal con un menor de 14 años, exhibicionismo y producción de pornografía infantil²¹⁶.

En síntesis, el sistema chileno trata de establecer un límite de edad diferente según sea la gravedad de la conducta sexual que se haya producido, así, se eximirá de responsabilidad penal al adolescente que haya mantenido una relación sexual con acceso carnal, vaginal o bucal con un menor de 14 años siempre que no haya una diferencia de más de 2 años entre ambos, y una diferencia de 3 años cuando la relación sexual no implique lo anterior²¹⁷.

²¹⁴ BECERRA RODRÍGUEZ, Daniela; CABRILLANA GODOY, Daniela. “Análisis del artículo 4º de la Ley Nº 20.084. Implicancias, críticas y alcance interpretativo”. *Universidad de Chile*, marzo de 2013, p. 15.

²¹⁵ Código Penal de Chile. Artículos 361 y 363. Disponible en la siguiente página <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Última consulta: 11-05-2018.

²¹⁶ BECERRA RODRÍGUEZ, Daniela; CABRILLANA GODOY, Daniela. “Análisis del artículo... *Op.cit.*, pp.65-95

²¹⁷ *Vid.* Nota 202

5. CONCLUSIONES

Después del análisis practicado podemos llegar a una serie de conclusiones que tratamos de manifestar a continuación. Así, en primer lugar, entendemos que nuestro sistema actual se enfrenta a un grave problema del que pueden derivar importantes consecuencias, la tendencia hacia una política criminal represiva que trate de controlar absolutamente todos los aspectos de la vida a través del Derecho Penal.

Entendemos que lo anterior ha sido lo que realmente ha ocurrido con los menores y el reconocimiento de su libertad sexual. La sociedad, influida por el miedo que ya desde el principio conllevan esta clase de delitos, unido y avivado ello por la falsa sensación de peligro que tratan de crear los medios de comunicación movidos a su vez, por el morbo que precisamente crea la delincuencia sexual, se ve acomodada y conforme con medidas político criminales por parte de nuestros legisladores que prohíban y castiguen cada vez más, entendiéndolo falsamente que así acabarían los comportamientos que tanto tememos.

Lo anterior, no supone otra cosa que caer en el más absoluto error ya que a nuestro parecer, entendemos que el único resultado de apoyar semejante situación es el sacrificio cada vez mayor de nuestras libertades que dejamos en manos de los poderes públicos sin que ello haga acabar con la delincuencia sexual.

Así es que entendemos que es necesario un mayor reforzamiento y reconocimiento de la posición jurídica del menor a nivel general y más concretamente en lo que a nosotros nos interesa desde aquí, en el ámbito sexual. Nos hacemos partícipes de la idea de protección hacia este sector de la sociedad que son los menores, entendiéndolo que se trata de un colectivo que debemos cuidar con una especial atención dado que su personalidad se encuentra desarrollándose y formándose y debemos evitar que nada perjudique tal desarrollo. Sin embargo, recalcamos desde aquí que tal protección no debe incurrir en un paternalismo extremo que nos haga negar derechos y libertades a nuestros menores movidos por el miedo a que pueda ocurrirles algo malo.

Defendemos desde nuestra postura, que protección no equivale a negación de derechos sino que la protección debemos brindársela preparándolos para que en un momento dado sepan tomar la decisión correcta, fomentar su madurez para que se encuentren capacitados para asumir los riesgos a los que inevitablemente van a tener que enfrentarse. De otra manera, caer en la sobreprotección, nos lleva a aislar a estos jóvenes por el terror de que puedan verse vulnerados, creando así personas incapaces de asumir una situación debido a tal aislamiento.

Es por ello que después del análisis planteado, entendemos y defendemos que la articulación que hoy en día vivimos de nuestra cláusula *Romeo y Julieta* se encuentra profundamente distorsionada. Y es que, incluso en el intento de no condenar los contactos sexuales que se produzcan entre los jóvenes por entender que estas conductas son propias del desarrollo de los adolescentes, continuamos sin prestar atención a tal crecimiento y madurez de los menores y limitando la libertad sexual de los mismos sin acudir a criterios efectivos sino a condicionantes que carecen de base, como la “proximidad” de edad y de desarrollo o madurez, sin saber qué debemos entender por tal proximidad y debiendo cumplirse ambos criterios, sin que en la mayoría de las ocasiones vayan unidos criterio cronológico con madurativo.

Así, defendemos que la cuestión principal que radica tanto en el reconocimiento de la libertad sexual como en la operatividad de la cláusula, es la idea del “*menor maduro*”. Como hemos venido perfilando a lo largo de todo nuestro estudio, no podemos negar un derecho y una libertad personal a quien tiene capacidad para asumirla, precisamente tal y como es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, los derechos de la personalidad deben ser ejercidos por uno mismo desde el momento en que tiene capacidad para ello. Por eso, no podemos negar libertad sexual al menor que realmente se encuentra capacitado para decidir en este ámbito. Pensar que en ese reconocimiento estamos desprotegiendo al menor sería caer en un error ya que lo que hacemos en prepararle para que haga frente tanto a sus derechos como obligaciones y responsabilidades cuando se encuentra preparado para ello.

Pero es que además, tal capacidad y madurez del menor para asumir su propia libertad sexual no es difícil de demostrar sino que puede hacerse evidente a través de cualquier informe psicológico que se haga al menor. Así, podremos saber si el menor es lo suficientemente maduro para decidir en este ámbito y su libertad sexual debe ser reconocida, o por el contrario no lo es y por tanto, dicha libertad debe ser condicionada. Tal y como hemos podido ver en alguna de las sentencias que hemos analizado en las que se ha demostrado cuál era la madurez y desarrollo de los sujetos, resulta fácil comprobar a través de estos instrumentos psicológicos la capacidad no solo de menores sino de cualquier persona, por lo que entiendo mucho más favorable exponer al menor a un informe psicológico que dictamine su madurez y por lo tanto, que está legitimado para el ejercicio de su libertad sexual, que exponer al menor a un proceso penal donde un juez

decida si se dan los condicionantes elegidos por el legislador en relación a un aspecto tan personal como la libertad sexual del propio menor.

Por último, y a la luz de lo analizado mediante el Derecho comparado, queda mostrado como el mayor reconocimiento de la posición jurídica de los menores como sujetos de derechos y no como objeto de derechos, es algo en lo que debe avanzarse mucho aún a lo largo de todo el mundo, no siendo solo problema de España. Hemos comprobado como hay lugares dentro de Estados Unidos donde incluso existiendo la cláusula y reconociendo que en el contacto sexual se dan las condiciones exigidas por la misma, no se eximirá de responsabilidad penal sino que esta se verá atenuada pero existiendo condena por lo tanto.

Sin embargo, la anterior no es la única cuestión que llama la atención del análisis practicado acerca de los diversos ordenamientos jurídico-penales, sino que es llamativo como en casi todos se acude a un criterio cronológico, a la fijación de una diferencia de edad taxativa que no puede rebasarse porque de lo contrario la cláusula no se haría efectiva. Así es como salvo en Inglaterra, donde se tienen en cuenta una diversidad de factores donde sí se plantea la madurez emocional, sexual, etc., en el resto de países analizados, no se hace alusión alguna prácticamente sobre la capacidad madurativa que pueda mostrar el menor, lo cual nos parece más fiable a la hora de asumir derechos que el hecho de haber cumplido una edad ya que llegar a una determinada edad no hace que seamos más maduros y capaces, pero comprobar que sí tenemos tales facultades no deja duda.

Por todo ello, concluimos entendiendo que la necesidad de protección a nuestros menores es indudable, sin embargo, el mayor reconocimiento y reforzamiento de su posición jurídica y en concreto, de su libertad sexual, no niega tal protección ni la deja a un lado. No obstante, aún queda mucho camino por recorrer en este último sentido, hacia un refuerzo de los derechos y libertades de nuestros menores.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Age of Consent in Canada*. Ageofconsent.net. Disponible en la siguiente página <<https://www.ageofconsent.net/world/canada>>. Última consulta: 11-05-2018.
- BECERRA RODRÍGUEZ, Daniela; CABRILLANA GODOY, Daniela. “Análisis del artículo 4º de la Ley N° 20.084. Implicancias, críticas y alcance interpretativo”. *Universidad de Chile*, marzo de 2013.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan. “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. *DS: Derecho y salud*, vol. 15, núm. 1, 2007.
- CADENA SERRANO, Fidel Ángel. “Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 CP. Subtipos agravados del artículo 183.4 CP. El delito del artículo 183 bis CP”. Ponencia Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Fidel%20Cadena%20Serrano.pdf?idFile=57089dea-0317-41d8-b310-34507a24067e>. Última consulta: 25-04-2018.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 10, 2014.
- Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Fiscalía General del Estado, p. 1881. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_09.pdf?idFile=e36e749b-0b22-498a-b333-e7cb807323bd>. Última consulta: 7-04-2018.
- Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal. Fiscalía General del Estado. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6> Última consulta: 7-04-2018.
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. “Menores e internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”. En BATUECAS CALETRÍO, Alfredo; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. *Algunos desafíos en la protección de datos personales*. Granada: Comares, 2018.
- DÍAZ CORTÉS. “Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013)”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, p.350. Disponible en la siguiente página <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818715>> Última consulta: 14-05-2018.
- DÍAZ CORTÉS. “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 13, 2015.
- DÍAZ GÓMEZ, Andrés; PARDO LLUCH, María José. “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”. *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, 2017.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; TRAPERO BARREALES, María A. “La “edad de consentimiento sexual” en la reforma del Código Penal de 2015”. En BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces
- Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del artículo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexuales, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Fiscalía General del Estado. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/DICTAMEN%202015,%20sobre%20criterios%20de%20adaptaci%C3%B3n%20del%20art.%2010%20de%20la%20LORPM,%20en%20delitos%20contra%20la%20libertad%20sexual,%20tras%20las%20reformas%20del%20CP%20por%20LO%205.2010,%20de%202022%20de%20junio,%20y%20LO%201.2015,%20de%2030%20de%20marzo?idFile=6bbe9d6-be5e-4e5b-9847-c4d0bd81bd61> Última consulta: 24-04-2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual.” *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, 2000.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. Ponencia Fiscal. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Jos%C3%A9%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14>. Última consulta: 25-04-2018.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos 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. Disponible en la siguiente página <<https://www.boe.es/doue/2011/335/L00001-00014.pdf>>.
- DOMÍNGUEZ, Marcelo. “El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad”. *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República–Uruguay*, vol. 30, 2011.
- DURÁN SECO, Isabel. “La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm.63, 2009.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Cristina. “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater”. *Ponencia Fiscal de la Fiscalía Provincial de Granada*. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a>. Última consulta: 7-04-2018.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael. “Análisis de los delitos de pornografía infantil (comentarios, jurisprudencia y reforma venidera)”. *Ponencia del Fiscal del Tribunal Supremo*. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Escoba

[r%20Jimenez.pdf?idFile=117d99a3-ce18-4502-9cc8-4c3cebfde52d](#)>. Última consulta: 25-04-2018.

Enmienda 561 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en la siguiente página <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF>. Última consulta: 22-04-2018.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Derecho Penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011.

Fundación Merck Salud. “Menor maduro y salud”. Informe del experto núm. 15. Disponible en la siguiente página <http://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2017/06/15_MenorMaduroySalud_web.pdf>. Última consulta: 7-04-2018.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Derecho Penal sexual y Reforma Legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad.” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. “Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes”. 2009. Disponible en la siguiente página <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_GonzContro_PV.pdf>. Última consulta: 19-04-2018.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. “Paternalismo jurídico y derechos del niño.” *Isonomía*, núm. 25, 2006.

HASEBRINK, U.; LIVINGSTONE, S.; HADDON, L. Comparing children’s online opportunities and risks across Europe: cross-national comparison for EU kids, EU kids On-line.

Home Office. “Children and Families: Safer from Sexual Crime”. Mayo de 2004. Disponible en la siguiente página <https://nanopdf.com/queue/children-and-families-safer-from-sexual-crime-the-sexual_pdf?queue_id=-1&x=1525796913&z=OTUuMTguNzYuNzM=>>. Última consulta: 8-05-2018.

HUETE NOGUERAS, José Javier. “Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”. *Ponencia Fiscal de Sala Coordinador de Menores*, 20 de abril de 2015. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Javier%20Huete.pdf?idFile=de3194e1-3cd4-49ae-b675-344d978977d8>. Última consulta: 20-03-2018.

Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Fiscalía General del Estado. Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Informe_reforma_codigo_penal.pdf?idFile=9e229482-d0a1-43db-8396-500234766198>. Última consulta: 09-04-2018.

Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Fiscalía General del Estado.

Disponible en la siguiente página <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623> Última consulta: 2-04-2018.

Informe de investigación civil. "Derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad". *Centro de Información Jurídica en línea*. Disponible en la siguiente página <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj24rbBpdXaAhXEQpoKHdY4DiAQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fcijulenlinea.ucr.ac.cr%2Fportal%2Fdescargar.php%3Fq%3DNzkx&usg=AOvVaw3fcAOw7J7CVgtjZwNA513R>>. Última consulta: 25-04-2018.

JEREZ, Miguel. "Los grupos de presión". En DEL AGUILA, Rafael. *Manual de ciencia política*. Madrid: Trotta, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General vol. I*. Barcelona: Bosch, 1981.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. "Causas de atipicidad y causas de justificación". En LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago. *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. "Consentimiento en Materia Penal." *Derecho Penal y Criminología*, vol. 33, 2012.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Carmen. "Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al adulto autónomo." *Adolescere*, vol. 1, núm. 2, 2013.

McLINDEN, Anne Marie. "*Grooming*" and the sexual abuse of children. Oxford University Press, Oxford, 2012.

MENESES FALCÓN, María del Carmen. "Asumir riesgos para madurar en la adolescencia". En DE LA TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011.

MILLÁN CALENTI, Rafael Álvaro. "Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro". *DS: Derecho y salud*, 2010, vol. 19, núm. 1.

MITCHELL, K.J; JONES, L.M.; FINKELHOR, D.; WOLAK, J. "Understanding the decline in unwanted sexual solicitations for US youth 2000-2010: findings from three Youth Internet Safety Surveys". *Child abuse and neglect*, 37, 2013.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*. Barcelona: Bosch, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ. "De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010". *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm.15, 2010.

MONGE FERNÁNDEZ. *El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29. Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español*. www.protectingvictims.eu. Disponible en la siguiente página <<http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/68/El-menor-victima.it.en.pdf>>. Última consulta: 14-05-2018.

- MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo. “Nuevas directrices de política criminal en materia de pornografía infantil: hacia una nueva reforma del artículo 189 del Código Penal”. *Cuadernos de política criminal*, núm. 108, III, Época 2012, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- OGANDO DÍAZ, Beatriz; GARCÍA PÉREZ, C. “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”. *Pediatría integral*, vol. 10, 2007.
- ORTS BERENGUER, Enrique. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”. En VIVES ANTÓN, T; ORTS BERENGUER, E; CARBONELL MATEU, JC; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C; CUERDA ARNAU, ML; BORJA JIMÉNEZ, E; GONZÁLEZ CUSSAC, JL. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal”. Universidad de Friburgo. Disponible en la siguiente página <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_11.pdf>. Última consulta: 17-04-2018.
- QUICIOS, Borja. *Diferencia del ritmo de maduración en niños y niñas. Cómo y por qué maduran de forma diferente niños y niñas*. Guiainfantil.com, España. Disponible en la siguiente página <<https://www.guiainfantil.com/articulos/adolescencia/diferencia-del-ritmo-de-maduracion-en-ninos-y-ninas/>> Última consulta: 25-04-2018.
- RAMON RIBAS, Eduardo. *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2013.
- RAMOS TAPIA, María Inmaculada. “La tipificación de los abusos sexuales a menores tras la reforma de 2010”. En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Rape and Sexual Offences - Chapter 2: Sexual Offences Act 2003 - Principal Offences, and Sexual Offences Act 1956 - Most commonly charged offences | The Crown Prosecution Service*. Cps.gov.uk. Disponible en la siguiente página <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-2-sexual-offences-act-2003-principal-offences-and>>. Última consulta: 8-05-2018
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, José; TRAVERSO BLANCO, Clara Isabel. “Conductas sexuales en adolescentes de 12 a 17 años de Andalucía”. *Gaceta Sanitaria*, 2012, vol. 26, núm. 6, 2012. Disponible en la siguiente página <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112012000600005> Última consulta: 03-04-2018.

- Romeo and Juliet Laws- Definition, Examples, Cases*. Legal Dictionary. Disponible en la siguiente página <<https://legaldictionary.net/romeo-and-juliet-laws/>>. Última consulta: 8-05-2018.
- ROPERO CARRASCO, Julia. "Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El Proyecto de 2013". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción de Luzón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal*. Madrid: Civitas, 1997.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen. (Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)". *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 4/2013, 2013.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María. "El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el Derecho". En DE LA TORRE, Javier. *Adolescencia, menor maduro y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2011.
- SALAT PAISAL, Marc. "El registro de delincuentes sexuales español: su regulación jurídica y su efecto en la prohibición para desempeñar profesiones que impliquen contacto habitual con menores". *Revista General de Derecho Penal*, 2016, núm. 25, 2016.
- SALAT PAISAL, Marc. *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos. "Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal". *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 2013, núm. 5.
- SÁNCHEZ JACOB, Marta. "El menor maduro." *Boletín de pediatría*, vol. 45, núm.193, 2005.
- SIMÓN LORDA, Pablo. "Madurez, capacidad y autonomía". *Revista Española de Bioética*, núm. 41, 2014. Disponible en la siguiente página <<http://www.revistaeidon.es/descargas/articulo/36>>. Última consulta: 14-05-2018.
- TAMARIT SUMALLA. Josep María. "¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011". En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi.
- TAMARIT SUMALLA. "Delitos contra la indemnidad sexual de menores". En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- United Kingdom Age of Consent & Statutory Rape Laws*. Ageofconsent.net. disponible en la siguiente página <<https://www.ageofconsent.net/world/united-kingdom>>. Última consulta: 8-05-2018.
- TATCHELL, Peter. "Why the Age of Sexual Consent in Britain Should Be Lowered to Fourteen". *Legal Notes No*, 2002, vol. 38, pp.1-2. Disponible en la siguiente página <<http://www.libertarian.co.uk/sites/default/lanotepdf/legan038.pdf>>. Última consulta: 27-05-2018.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “El delito de online *child grooming* o propuesta sexual telemática a menores”. En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

VON HIRSCH, Andrew. “Tolerancia como mediating principle”. En ROBLES PLANAS, Ricardo. *Límites al Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2012.

WAITES, Matthew. *The age of consent: Young people, sexuality and citizenship*. Springer, 2005.

What is the Age of Consent in California? Los Angeles Criminal Attorney. Stephen G. Rodriguez & Partners. Disponible en la siguiente página <<https://www.lacriminaldefenseattorney.com/Legal-Dictionary/A/Age-of-Consent.aspx>>. Última consulta: 27-05-2018

WOLAK, J.; FINKELHOR, D.; MITCHELL, K.J; YBARRA, M.L.; “Online predators and their victims: myths, realities and implications for prevention treatment”. *American Psychologist*, 63, 2008.

Legislación nacional e internacional

California Penal Code. Disponible en la siguiente página <<https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN&tocTitle=+Penal+Code++PEN>>. Última consulta: 8-05-2018.

Código Penal de Chile. Disponible en la siguiente página <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>>. Última consulta: 11-05-2018.

Código Penal de Puerto Rico. Disponible en la siguiente página <<http://www.ramajudicial.pr/leyes/codpenal2012/CodPenal-LEY-146-2012.pdf>>. Última consulta: 11-05-2018.

Criminal Code Canadá. Disponible en la siguiente página <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>>. Última consulta: 11-05-2018.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Exposición de motivos

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Texas Penal Code. Disponible en la siguiente página <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/?link=PE>>. Última consulta: 11-05-2018.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo 411/2006, Sala 2ª, de lo Penal, 18 de abril de 2006. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-prohibicion-invencible-20782288>>. Última consulta 4-04-2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 796/2007, Sala 2ª, de lo Penal, 1 de Octubre de 2007. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/1-cp-34439047>>. Última consulta: 01-05-2018.

Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense 171/2012, de 13 de mayo de 2013. Disponible en la siguiente página <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&referen ce=6982892&links=&optimize=20140306&publicinterface=true>>. Última consulta: 14-05-2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 37/2015, Sala 2ª, de lo Penal, 3 de febrero de 2015. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/559006542>>. Última consulta: 25-04-2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 782/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 19 de octubre de 2016. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/652056897>>. Última consulta: 14-05-2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 946/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 15 de diciembre de 2016. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/656228001>>. Última consulta: 14-05-2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 1001/2016, Sala 2ª, de lo Penal, 18 de enero de 2017. Disponible en la siguiente página <<https://supremo.vlex.es/vid/663806445>>. Última consulta: 14-05-2018.

ANEXO I

Principales medidas político-criminales contra la delincuencia sexual

<i>Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal</i>	
Medida: sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.	
Antes de la Reforma	Con la reforma
“De los delitos contra la honestidad”	Título IX del Libro II del Código Penal “De los delitos contra la libertad sexual”
Edad de consentimiento sexual: 12 años	

<i>Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.</i>	
Medidas:	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Elevación de la edad de consentimiento 2. Ampliación del Título VIII para incluir la indemnidad sexual 	
Antes de la reforma	Con la reforma
“Delitos contra la libertad sexual”	“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”
Edad de consentimiento sexual: Elevación a los 13 años	

<p><i>Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</i></p>	
<p>Medidas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cubrir vacíos legales en torno al delito de agresión sexual 2. Elevación de la pena en el delito de exhibicionismo 3. Introducción de otras conductas en la pornografía infantil 	
<p>Antes de la reforma</p> <p>Artículo 179</p> <p>Cuando la agresión consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años.</p>	<p>Después de la reforma</p> <p>Artículo 179</p> <p>Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años</p>
<p>Antes de la reforma</p> <p>El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.</p>	<p>Después de la reforma</p> <p>Artículo 185</p> <p>El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses</p>
<p>Antes de la reforma</p> <p>Artículo 189</p> <p>El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años</p>	<p>Después de la reforma</p> <p>Artículo 189.2</p> <p>Se incluye:</p> <p>El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la</p>

	pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años
Edad de consentimiento sexual: 13 años	

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Medidas:

1. Autonomía a los delitos sexuales dirigidos contra los menores
2. Nuevas conductas en el delito de pornografía infantil
3. Inclusión del delito *online child grooming*
4. Medidas en la obtención del tercer grado para estos delincuentes sexuales

Antes de la reforma	Con la reforma
No existía Capítulo II bis	Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal, denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”

Inclusión del delito 183 bis “*online child grooming*”

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño

Antes de la reforma	Con la reforma
<p>La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente código.</p> <p>Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustaran a lo dispuesto en las Leyes y en el presente código.</p>	<p>Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.</p> <p>En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:</p> <p>d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años</p>
<p>Edad de consentimiento sexual: 13 años</p>	

<i>Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>	
<p>Medidas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Elevación de la edad de consentimiento sexual + cláusula <i>Romeo y Julieta</i> 2. Inclusión del delito de embaucamiento de menores 3. Reforma del delito de pornografía infantil 	
<p>Antes de la reforma</p> <p>No existía tal delito</p>	<p style="text-align: center;">Después de la reforma</p> <p style="text-align: center;">Artículo 183 ter.2</p> <p>El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o</p>

	aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años
<p style="text-align: center;">El delito de pornografía infantil añade una definición de cada tipo de pornografía infantil</p> <p style="text-align: center;">Artículo 189</p> <p>A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:</p> <p>a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.</p> <p>b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.</p> <p>c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.</p> <p>d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.</p>	
<p style="text-align: center;">Edad de consentimiento sexual: Elevación a los 16 años</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;"><i>Cláusula Romeo y Julieta</i></p> <p style="text-align: center;">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.</p>	
<p style="text-align: center;">Creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales e imposición de la prohibición de que los condenados por delitos de carácter sexual ejerzan profesiones que impliquen un contacto habitual con los menores</p>	

ANEXO II

Delitos contemplados por la cláusula Romeo y Julieta

A) ARTÍCULO 183

ARTÍCULO 183	
Artículo 183.1: Abuso sexual a menor de 16 años	Artículo 183.2: Agresión sexual a menor de 16 años
El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.	Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación , el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor. NO CABE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA POR NO EXISTIR UN CONSENTIMIENTO LIBRE DEL MENOR

B) ARTÍCULO 183 BIS

ARTÍCULO 183 BIS: Dos conductas	
El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.	Le haga presenciar actos de carácter sexual , aunque el autor no participe en ello.
Tipo agravado: Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos.	
ES DISCUTIBLE O NO LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ATENDIENDO A LA IMPLICACIÓN DEL VERBO "DETERMINAR"	

C) ARTÍCULO 183 TER

ARTÍCULO 183 TER	
Artículo 183 ter.1	Artículo 183 ter.2
<p>El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento</p> <p>Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.</p>	<p>El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor</p> <p>SERÍA CUESTIONABLE LA PROTECCIÓN DE LA CLÁUSULA DADO QUE SE TRATA DE “EMBAUCAR” AL MENOR</p>