



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER.

**LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA ROMEO Y JULIETA
EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTICULO 183 BIS CP.**

Presentado por:

Andrea Martín Abril

Tutelado por:

Ángel José Sanz Moran

En Valladolid, Marzo 2024

SIGLAS

LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
CP	Código Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
LO	Ley Orgánica
TS	Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
CV	Comunidad Valenciana
UE	Union Europea

ÍNDICE

1. Supuesto de hecho.....	1
2. Actuación y curso del procedimiento.....	2
2.1. Calificación de los hechos.....	2
2.2. Acusación publica y particular.....	2
2.2.1. Penas accesorias.....	3
2.2.2. Medidas cautelares (vista del art. 505 y ss LECrim).....	4
2.2.3. Responsabilidad Civil.....	6
2.3. Actuación de la defensa.....	6
2.3.1 Linea de defensa.....	6
2.3.2. Entrevista con el cliente.....	7
2.3.3. Entrevista con familiares que forman parte del proceso.....	8
2.4. Curso del procedimiento.....	8
2.4.1. Declaración en sede policial.....	9
2.4.2. Fase de instrucción.....	10
2.4.3. Fase preparatoria del juicio oral o fase intermedia.....	11
2.4.4. Fase de Juicio Oral.....	12
3. Escrito de Calificación.....	13
4. Problema específico de la denominada “Clausula Romeo y Julieta”.....	18
4.1. Excusa absolutoria del artículo 183 bis CP.....	18
4.1.1. Requisitos para su aplicación.....	20
4.1.2. Naturaleza de la cláusula.....	20
4.2. Aplicación de la cláusula.....	21
4.2.1. Aplicación como atenuante muy cualificada.....	23
4.3. Análisis de la aplicación jurisprudencial de los Tribunales.....	25
5. Curso ulterior de las actuaciones.....	29
6. Conclusiones.....	30
7. BIBLIOGRAFÍA.....	33
I. FUENTES LITERARIAS.....	33
II. GUÍAS; PROTOCOLOS, PACTOS Y CIRCULARES.....	33
8. JURISPRUDENCIA.....	34

1. Supuesto de hecho

Acude a nuestro despacho Don Diego Fernández García ya que se ha interpuesto contra él una denuncia por los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que en el verano de 2023 conoció a Carmela, de **trece años** de edad con la que inició una relación de amistad, que acabó convirtiéndose en una relación de noviazgo desde finales de junio.

SEGUNDO.- Que sobre mediados de agosto de 2023, Diego le propuso a Carmela acudir a su domicilio, ubicado en la Plaza de la Cruz Verde N°11, 2°C, de Valladolid, para ver una película sobre las 17:00 horas.

TERCERO.- Carmela acudió al domicilio a la hora prevista, y entrando en la habitación de Diego mantuvieron relaciones sexuales completas con penetración vaginal.

CUARTO.- Que más tarde, Diego le preguntó a Carmela que si le importaba que acudiese al domicilio un primo suyo, Eladio, para mantener también relaciones sexuales, a lo que ella no se negó, llegando el mismo al domicilio pasado un tiempo.

QUINTO.- Que Carmela se sentó en la cama junto a Diego y comenzaron a besarse, que en esos besos también intervino Eladio y que terminaron manteniendo relaciones sexuales completas los tres, por vía vaginal, anal y bucal.

SEXTO.- Que Diego tiene 20 años y Eladio 19 años de edad y no tienen antecedentes penales.

SÉPTIMO.- Que el 10 de octubre de 2023, al tener conocimiento de los hechos la madre de Carmela esta interpone denuncia, contra él y Eladio por estos hechos.

Diego nos solicita que se intervenga y se lleve a cabo la representación procesal y por lo tanto la defensa a seguir, teniendo en cuenta el procedimiento que se seguirá contra él.

2. Actuación y curso del procedimiento

2.1. Calificación de los hechos

Lo primero que se debe explicar a Diego es por que se le está denunciando y las consecuencias que puede tener para el.

Pues bien, estamos ante un presunto delito de **Agresión sexual a menor de dieciséis años** que se encuentra regulado en el Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal, concretamente en el **Artículo 181 CP**. El cual establece en su punto primero que *“1. El que realizare **actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años**, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años. A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.”*

Por lo tanto, se puede considerar que tanto Diego como Eladio cumplen con los requisitos del tipo penal de este primer apartado, pues ambos han mantenido relaciones sexuales con Carmela, la cual tiene 13 años, pero en su apartado número 4 el precepto indica que *“4. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de doce a quince años en los casos del apartado 2.”*

2.2. Acusación pública y particular

Teniendo este apartado en cuenta, en la acusación que se formule contra ellos, es probable que se solicite una pena de prisión de ocho a doce años, pues las relaciones sexuales fueron completas, por vía vaginal, anal y bucal, pero incluso podrían solicitar que esta pena se impusiese en su mitad superior al ser cometidos estos hechos por dos personas (Diego y Eladio) tal y como establece el precepto en sus apartados 5 y 6 *“5. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*
- b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*
- c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*
- d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.*
- e) Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación o relación de convivencia o de parentesco o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.*

f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

g) Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

En caso de que en la descripción de las modalidades típicas previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo se hubiera tenido en consideración alguna de las anteriores circunstancias el conflicto se resolverá conforme a la regla del artículo 8.4 de este Código.

6. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas del apartado anterior se impondrán en su mitad superior.”

Podríamos concluir que presumiblemente la pena de prisión que solicite la acusación particular y el Ministerio Fiscal, esté dentro de la horquilla de 10 a 12 años, a ello cabe añadir una indemnización en concepto de responsabilidad civil, que será valorada y fijada por los mismos en los escritos de acusación.

2.2.1. Penas accesorias

Se trata de penas, que no están contempladas expresamente para el delito concreto, pero se imponen cuando se cometen ciertos delitos, están reguladas entre los artículos 54 y 57 del Código penal.

Hay dos tipos de penas accesorias:

1. Genuinas. Se trata de penas que se imponen junto a la pena de prisión (artículos 55 y 56 CP). Se harán dos divisiones, entre las aplicables a la pena de prisión igual o superior a los 10 años y las que se impondrán a las penas de prisión inferiores a los 10 años y tendrán la misma duración que la pena principal.

- Inhabilitaciones especiales para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o privación de la patria potestad.
- Suspensión de empleo o cargo publico, profesión, oficio, industria o comercio.
- Inhabilitación especial para el sufragio pasivo, durante el tiempo que dure la condena.

2. Sui generis. Se impondrán de forma adicional a la pena principal (artículo 57 CP), pero sin que dependan de la misma, no es necesario que tengan la misma duración que la pena principal.

En los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la indemnidad sexual, la intimidad el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares, atendiendo a la gravedad de los hechos y de la persona que haya cometido los hechos, se podría imponer una o varias de las prohibiciones que contempla el artículo 48 del Código Penal, siempre que no excediese de los 10 años cuando el delito fuera grave o de los cinco si fuera menos grave.

Sin perjuicio de lo referido en el párrafo anterior, si la condena que se imponga es de prisión y el Juez o Tribunal acuerda que se imponga una o varias prohibiciones, lo hará por un tiempo superior al de la pena de prisión de entre 1 y 10 años, si el delito fuera grave y de entre 1 y 5 si el delito fuera menos grave.

Si los delitos antes mencionados, se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido cónyuge, o persona que esté o haya estado ligada al condenado por una relación de análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos, o sobre menores o personas con discapacidad, se acordará la pena prevista en el apartado segundo del artículo 48, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares y otras personas, por un tiempo no superior a los 10 años si el delito fuera grave o no superior a 5 años si fuera menos graves.

Por ello, podemos pensar, que es más que probable que se solicite por parte de las acusaciones una pena accesoria del artículo 57 CP en relación con el artículo 48 y estas podrán ir desde la privación a residir en determinados lugares, como el lugar donde se haya cometido el delito o el lugar donde residiese la víctima o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u a otras personas, lo cual incluirá también la prohibición de aproximarse a su domicilio o lugar de trabajo o de estudios y la prohibición de comunicarse con la víctima o con sus familiares u otras personas que el Juez o Tribunal consideren necesario.

2.2.2. Medidas cautelares (vista del art. 505 y ss LECrim)

Se trata de actos procesales, que recaen sobre personas o bienes, con el objetivo de garantizar y asegurar el desarrollo del proceso y de protección a las víctimas, se trata de una forma de asegurar de forma preventiva las actuaciones y decisión del procedimiento y por supuesto necesarias para proteger la integridad y seguridad de la víctima del delito.

Las medidas cautelares pueden ser de carácter patrimonial o de carácter personal.

-Patrimoniales: tienen una finalidad económica, los objetivos de las mismas son preservar el matrimonio y garantizar el pago de responsabilidades pecuniarias futuras que pudieran preverse desde este momento.

-Personales: limitarán el ejercicio de determinados derechos del investigado, y las que se podrían tomar contra Diego en el presente caso son:

- La prisión provisional.
- Libertad provisional
- Orden de alejamiento
- Prohibición de comunicación con la víctima o sus familiares

Vista del artículo 505 LECrim.

Es probable, que las acusaciones particulares soliciten la libertad provisional y la decisión de la misma, se tomará mediante la vista del artículo 505 de la LECrim.

En el caso que estamos analizando, cuando Carmela denuncia a Diego en sede policial, a Diego se le detiene, y se le pasará a disposición del juez de instrucción o tribunal, convocando a esta vista al Ministerio Fiscal, a las partes acusadoras y a la defensa de Diego dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial.

En esta vista se podrá solicitar por parte de las acusaciones las medidas cautelares que consideren oportunas, ya sea o bien la prisión provisional o la libertad provisional con fianza. Si ninguna de las partes de la acusación solicitase la prisión provisional o la imposición de fianza, el Juez acordará la inmediata puesta en libertad de Diego.

Por nuestra parte, como defensa de Diego deberemos probar que no se cumplen los requisitos para que se decrete la prisión provisional del artículo 503 de la LECrim, alegando que no existe riesgo de fuga del investigado, ya que su situación familiar, laboral y económica de Diego no presentan problemas, ya que tiene un entorno familiar consolidado y unido el cual está apoyándole en este episodio de su vida, que Diego se encuentra estudiando una Formación Profesional y que en ocasiones ayuda a su familia en el negocio familiar, por lo que no recibe unos ingresos fijos, sino que es económicamente dependiente de sus padres. Del mismo modo no habrá riesgo de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba y para el aseguramiento de que no pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, habrá medidas menos gravosas que la prisión provisional para Diego, como por ejemplo una prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima y sus familiares. Además, Diego no tiene antecedentes penales por lo que no habrá riesgo de que se cometan por su parte otros hechos delictivos.

El Juez o Tribunal decidirá , mediante auto, sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza, teniendo en cuenta la importancia de la pena que se solicite por parte de las acusaciones y las circunstancias personales y especiales del autor.

En este caso, se considera que no sera necesario decretar la prisión provisional ya que no concurren los elementos necesarios para su decreto.

2.2.3. Responsabilidad Civil.

La responsabilidad civil se trata de una indemnización pecuniaria con el objetivo de resarcir el perjuicio y el daño que se hubiese podido ocasionar a la víctima, y en su caso a sus familiares o a terceros. Se establece una forma ordenada y preferente para que se lleve a cabo ese resarcimiento:

1. La restitución del daño, si el tipo delictivo lo permite, se devolverá el bien a quien lo tuviera antes de la infracción.
2. La reparación del daño, el objetivo de esta reparación es restaurar la situación a la situación anterior a la comisión del delito, siempre que nos e pueda restituir.
3. La indemnización de perjuicios materiales y morales.

En este punto encontramos una complejidad por parte de las acusaciones de solicitar una concreta cifra en este concepto, ya que la carga de la prueba de la responsabilidad civil derivada d ella comisión de un delito corresponde a las acusaciones quienes tendrán que demostrar la relación de la causalidad entre el delito y los daños causados a la víctima y a sus familiares o a terceros, quedando al arbitrio del Juez o Tribunal la cuantificación final de la indemnización.

Para la cuantificación de la responsabilidad civil se tendrán en cuenta la realidad social y las características de la victima, del hecho delictivo y de las consecuencias derivadas del delito.

Las acusaciones en estos casos de agresiones sexuales a menores, suelen valerse de informes psicológicos o del equipo medico-forense del propio juzgado, que deberán solicitarlos para aportarlos como medio de prueba, ya que las víctimas de delitos de agresiones sexuales tendrán a su disposición asistencia psicológica y en este caso al ser Carmela menor, también tendrán esta asistencia sus progenitores.

2.3. Actuación de la defensa

2.3.1 Línea de defensa

En cuanto a nuestro papel como defensa, alegaremos que al no concurrir las circunstancias del artículo 178, es decir no se emplearon ni la violencia ni la intimidación, ni se abusó de ninguna situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de Carmela, y por lo tanto será de aplicación la

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

De esta forma, se pretenderá conseguir que se excluya la responsabilidad penal de Diego, en este caso, por considerar que Carmela prestó su consentimiento de manera libre, mantenían una relación de noviazgo, y además están próximos en edad (13 y 20 años) y grado de desarrollo y madurez física y psicológica.

Se solicitará, de forma subsidiaria y para el caso de que no se considere aplicable la eximente completa del artículo 183 bis CP, la aplicación de una atenuante analógica en aplicación del artículo 21.7 en relación con el artículo 66.1.6º CP, que más adelante explicaremos, intentando que de no aplicarse la exención de responsabilidad penal por la concurrencia del Consentimiento por parte de Carmela, a Diego se le atenuase la pena en uno o dos grados en aplicación de dicha atenuante.

2.3.2. Entrevista con el cliente.

En este tipo de delitos suele ser bastante complicado probar los hechos que se pretenden defender, ya que son delitos que suelen cometerse en la intimidad y no suele haber testigos, por lo tanto solamente se cuenta con la versión del supuesto agresor, en este caso Diego y Eladio y de la supuesta víctima Carmela y suelen ser versiones contradictorias entre sí como sería el caso.

Como es sabido, es admisible como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia de los acusados, la declaración de la víctima, siempre y cuando cumpla con determinados requisitos que son: que Carmela no tuviese un móvil (resentimiento, ánimo de venganza o algún tipo de enemistad) para querer perjudicar a Diego y Eladio, que la declaración de Carmela sea verosímil, es decir que se aporten datos que doten a su declaración de una fuerza probatoria, y que la incriminación de Diego y Eladio sea persistente, que todas las veces que tenga que prestar declaración Carmela, sea persistente en su versión y no la cambie.

Por todo ello, esta parte como defensa de Diego, deberá entrevistarse con el para tener clara la línea de defensa y lo que necesitamos probar para la consecución de nuestras pretensiones, en primer lugar, lo que debemos acreditar es una relación de noviazgo entre ellos, para ello se le preguntará a Diego si esto era conocido por su entorno, ya fuesen amigos o familiares, de esta forma estos amigos y familiares podrían acreditar la existencia de esa relación, además se podrán aportar fotografías, si las hubiese y conversaciones de whatsapp.

Por otro lado, tenemos la cuestión del consentimiento, que será clave probarlo para la aplicación de la cláusula del artículo 183 bis CP y para determinar este acudirémos al artículo 178.1 CP en que se indica que *“se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”*, por lo tanto, deberémos probar y hacer especial alusión a que se produjo de manera libre y de forma verbal y clara, además de por ciertos actos que hubiese podido llevar a cabo Carmela.

Nos explica el Tribunal Supremo en su Sentencia 196/2023, de 21 de marzo que *“por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben ser considerados como explícitos.”*

Para la aplicación del artículo 183 bis CP será además necesario demostrar, como explicaremos más adelante más ampliamente, la proximidad de edad, en este caso hay una diferencia de 7 años, pero este es un criterio objetivo, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, por lo que podemos solicitar que se someta a Diego y a Carmela a un reconocimiento psicológico por parte del equipo médico-forense del juzgado o por especialistas particulares para acreditar el grado de desarrollo y madurez de ambos, que se aportará como una prueba pericial psicológica, ya que puede ser de vital importancia que se lleve a cabo esta pericial para corroborar la proximidad en desarrollo y madurez.

2.3.3. Entrevista con familiares que forman parte del proceso.

Hay que destacar la importancia de la colaboración de los padres, hermanos o familiares e incluso del entorno tanto educativo como social de Diego.

Puede ser de gran ayuda para determinar la madurez y las circunstancias personales del mismo, la testifical por parte de estas personas, ya que arrojarán una visión de como se comporta Diego en su día a día y darle una visión al Juez o Tribunal del entorno y de como se desenvuelve en el.

Por lo tanto, como defensa también deberíamos reunirnos con su entorno, si acompañasen a Diego y formasen parte del procedimiento, para que puedan aportar la visión que ellos tienen de Diego.

2.4. Curso del procedimiento

En cuanto a la **competencia para conocer del asunto** será necesario analizar la persona o personas imputadas, es decir, Diego y Eladio, que se nos dice que son mayores de edad, y a la gravedad de la pena, que como hemos dicho antes se solicitará una pena de entre 10 y 12 años de prisión, siendo la pena máxima para el tipo penal de la agresión sexual que estamos analizando de 12 años, por todo ello, deberá enjuiciar el presente caso la Audiencia Provincial del lugar donde se cometió el hecho delictivo (*forum commissi delicti* art. 14.2 a 4 LECrim.), en este caso fue la Audiencia Provincial de Valladolid, pero la instrucción del caso y como nos indica los artículos 14.2 y 272 LECrim,

corresponderá al **Juzgado de Instrucción de Valladolid que por turno corresponda** pues es el encargado de la investigación de los delitos enjuiciados por los Juzgados de lo Penal o por las Audiencias Provinciales.

El procedimiento por el cual se va a tramitar el enjuiciamiento de este delito es el del **procedimiento ordinario**, ya que se aplicará este procedimiento a la comisión de delitos sancionados con una pena de prisión de más de 9 años, teniendo en cuenta para esta determinación la pena en abstracto que establezca el Código Penal para el delito que se pretende enjuiciar y no la solicitada por las partes. En el presente caso, la pena en abstracto para el delito que se pretende enjuiciar será de ocho a doce años de prisión, por lo tanto, la pena máxima en abstracto será de 12 años.

El procedimiento ordinario en el ámbito penal se iniciará mediante denuncia, querrela o incoación de oficio y consta de tres fases: 1. Fase de instrucción o sumarial, 2. Fase intermedia y 3. fase del Juicio Oral.

El presente asunto se inicia mediante denuncia en sede policial por la madre de Carmela, ambas acuden el 10 de octubre de 2023, que es cuando tiene conocimiento la madre de Carmela de los hechos, e interponen denuncia contra Diego y Eladio.

2.4.1. Declaración en sede policial

Como se ha dicho antes, el procedimiento penal se inicia por denuncia o querrela, lo habitual es que se realice denuncia en sede policial por parte de la víctima o en este caso por sus progenitores, al ser Carmela menor de edad.

Tras la denuncia, la policía citará al denunciado para que comparezca en sede policial o bien se procederá a su detención, en ese momento se le informará de los hechos por los que se le ha denunciado y de los derechos que le asisten, se le ofrecerá ser asistido por un letrado de oficio o por uno de libre designación, quedando esta decisión en manos del denunciado.

Una vez acuda el letrado a sede policial, y se informe al mismo de por que está detenido su representado, se procederá a entrevistarse a solas con él, contándole el denunciado la versión de los hechos y explicándole el letrado que es lo que ha ocurrido y que puede ocurrir a partir de ese momento.

Normalmente, a no ser que se tenga muy claro que el denunciado no es culpable, la recomendación es no declarar en sede policial, ya que no se ha tenido acceso a todo el atestado, ni a todas las pruebas que obran en el mismo, ni exactamente a lo que se tiene en contra de nuestro representado.

Tras ello, los agentes de policía recogerán la declaración o bien su intención de no declarar en sede policial. Si estuviese detenido, se le pasará a disposición judicial lo más pronto posible en el plazo máximo de 72 horas, teniendo lugar la vista antes mencionada del artículo 505 LECrim.

2.4.2. Fase de instrucción.

Esta fase la encontramos definida en el artículo 299 LECrim y consiste en llevar a cabo un conjunto de actuaciones llevadas a cabo por el Juez de Instrucción de Valladolid tendentes a esclarecer o averiguar si se ha producido o no el delito de agresión sexual, si se ha cometido por ambos denunciados y las circunstancias de la comisión del delito.

Declaración en fase de instrucción.

En esta fase serán citados tanto los denunciados, Eladio y Diego (artículo 775 LECrim.) como la denunciante, Carmela (776 LECrim.), para que puedan dar testimonio de lo ocurrido y la versión de cada uno ante el Juez de Instrucción, por lo que serán citados por el Juzgado, al que deberán acudir en el día y hora señalados para prestar declaración.

En la fecha y hora previstos para dicha declaración, se informará de sus derechos tanto a los investigados recogidos en el artículo 118 LECrim, como a la víctima recogidos en el artículo 109 LECrim y en los art. 3 a 10 de la ley de Estatuto de la Víctima del Delito.

Se tomará declaración, si el juez lo considerase oportuno, a algún testigo, además de practicar cualquier diligencia que considere necesaria *“encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen”*.

Como abogado de la defensa, ya se habrá tenido acceso al atestado, pero no se tendrá conocimiento de los medios de prueba con los que consta la otra parte, ni de su línea de defensa, por lo que en ocasiones, al igual que en sede policial es recomendable que nuestro defendido no declare tampoco en sede judicial en esta fase, y se acoja a su derecho a no declarar, aunque en nuestro caso, será recomendable que Diego declare haciendo incapié en que el acto sexual fue consentido por parte de Carmela y que además se tenía una relación de noviazgo previa, pudiéndole hacer preguntas tendentes a poner de manifiesto cómo es su entorno y como se desarrolla él en el mismo, para ir poniendo de manifiesto su madurez.

Deberemos instar a que se tome declaración tanto los padres y hermanos, ya que como hemos explicado anteriormente, su testimonio tiene una gran importancia para determinar la madurez y como se relaciona con su entorno Diego.

En este momento, nuestro papel será que se produzca el sobreseimiento y se aplique desde este momento la eximente completa y por lo tanto se considere que Diego está exento de responsabilidad penal.

Una vez considere concluida la investigación el Juez resolverá mediante **Auto de conclusión del sumario**, y el contenido del Auto puede ser:

-El sobreseimiento, por considerar que los hechos que ha estado investigando no son constitutivos de delito, o no se pudiese probar su comisión, o no se considerase como autores del mismo a Diego y Eladio. En cuyo caso las partes podrán interponer Recurso de Reforma y subsidiario de apelación ante el mismo órgano, quien también resolverá, (Juzgado de Instrucción de Valladolid) en el plazo de 3 días desde el siguiente a la notificación del Auto de sobreseimiento, o si se prefiere, interponer uno de los dos o los dos de forma separada, para lo cual el plazo para interponer el recurso de apelación será más amplio, pues es de 5 días desde la notificación del auto de sobreseimiento.

- Que el Juez de instrucción considere que el enjuiciamiento del delito cometido, debe ser tramitado por otro procedimiento penal, en cuyo caso acordará en dicho Auto que se tramite por el cauce procesal que corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 779.1.2º y 3º LECrim.

-Que decida en el Auto que se continúe el procedimiento por los cauces del procedimiento ordinario, porque considera que si se ha cometido el hecho delictivo y que hay indicios o pruebas suficientes para considerar que el delito ha sido cometido por los investigados Diego y Eladio.

En el presente caso, no hay duda de que las relaciones sexuales se mantuvieron, tanto por la declaración de Carmela, como por la declaración de Diego y Elado, por lo que la discusión se centrará en si hubo consentimiento o no y en si es posible aplicar la cláusula por lo tanto, el Juez de instrucción dictará un Auto de conclusión del Sumario, discutiendo en la celebración del juicio si se dan las circunstancias y los requisitos para la aplicación de la circunstancia eximente de la responsabilidad penal de Diego y Eladio, por lo que se continuará con el Procedimiento Ordinario penal.

2.4.3. Fase preparatoria del juicio oral o fase intermedia

En esta fase el juzgado de instrucción remite las actuaciones a la Audiencia Provincial de Valladolid.

Una vez en poder de la Audiencia Provincial las actuaciones se dará traslado a las partes para que manifiesten si están de acuerdo con que se de por terminada la fase de instrucción y se pronuncien acerca de su voluntad de que se aperture el juicio oral o que por el contrario se proceda al sobreseimiento de las actuaciones, para ello la Audiencia otorgará un plazo de 3 a 10 días.

Tras la notificación a las partes del Auto de terminación del sumario, y habiéndose pronunciado las mismas acerca de su conformidad con el auto o la solicitud de más diligencias, el Tribunal dicta un auto confirmando o revocando dicho Auto del Juez de Instrucción, si el auto fuere revocado, se mandará devolver el proceso al Juez que lo hubiere remitido, determinando las diligencias que hayan de practicarse.

Si por el contrario, el auto fuere confirmado, como establece el artículo 632 LECrim “*el Tribunal resolverá, dentro del tercer día, respecto a la solicitud del juicio oral o del sobreseimiento.*”.

2.4.4. Fase de Juicio Oral.

A diferencia de otros procedimientos como puede ser el abreviado, en el que el escrito de calificación provisional se debe presentar con anterioridad a la apertura del juicio oral, en el procedimiento ordinario se procede en primer lugar a la apertura del juicio oral, tal y como establece el artículo 649 LECrim, el Letrado de la Administración de Justicia comunicará la causa al Fiscal, y/o al acusador privado, para que en el plazo de 5 días califiquen por escrito los hechos.

El escrito de calificación provisional de la acusación particular, es decir, de Carmela deberá ir firmado por Abogado y procurador, indicado de esta forma en el artículo 651 LECrim, dejando de manifiesto así, que su participación en el proceso es preceptiva.

Una vez presentados los escritos de acusación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular de Carmela, se dará traslado de la causa a los procesados, a nosotros en este caso y a la defensa de Eladio, para que de la misma forma manifestemos sus conclusiones numeradas y correlativas a las de calificación que a ellos se refiera, si se está o no conforme con cada una y los puntos de discrepancias.

En el escrito las partes deberán manifestar las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia., se deben aportar cuantos datos se conozcan de los testigos y peritos, para llevar a cabo la citación judicial de los mismos.

3. Escrito de Calificación

Juzgado de Instrucción Número 5

Diligencias Previas 456/2023

A LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

DOÑA MARIA SÁNCHEZ GÓMEZ, Procuradora de los Tribunales y de **DON DIEGO FERNÁNDEZ GARCÍA**, como consta en las Diligencias Previas 456/2023 instruidas en el Juzgado y bajo la dirección técnica letrada de **ANDREA MARTÍN ABRIL**, colegiada numero 4230 del ICAVA comparezco y como mejor proceda **DIGO**:

Que evacuando el traslado conferido en el Auto de Apertura de Juicio Oral de 23 de Noviembre de 2023 notificado a mi mandante en fecha 30 de noviembre de 2023, y de conformidad con lo establecido en el artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por medio del presente escrito formulo **ESCRITO DE DEFENSA**, ante la **AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID**, con base en las siguientes,

CONCLUSIONES PROVISIONALES

PRIMERA.- En parcial disconformidad con los hechos relatados por parte del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular dado que mi representado, sin antecedentes penales, y Carmela mantenían una relación sentimental desde meses antes de que se produjese el hecho por el que se interpuso denuncia.

Ambos se conocieron al pertenecer a un mismo grupo de amistades, compartiendo planes y un entorno de amistad y confianza con todos los miembros.

El día de los hechos Carmela acudió a la vivienda de mi representado por su propia voluntad, del mismo modo que entró en el dormitorio de Diego.

Las relaciones sexuales que esta mantuvo con mi representado fueron consentidas en todo momento, en ningún momento manifestó su oposición, consintiendo de manera clara a ambas, primero con Diego y más tarde con Diego y con Eladio.

SEGUNDA.- En consecuencia, los hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del artículo 181 del Código Penal.

TERCERA.- Responde mi representado en concepto de autor de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Código Penal.

CUARTA.- Concorre en Don Diego Fernández García la **circunstancia modificativa de la responsabilidad penal** del artículo 183 bis ya que tal y como se desprende de los hechos relatados se prestó libre consentimiento por parte de Carmela, ha quedado acreditado que Diego y Carmela mantenían una relación de noviazgo durante el mes inmediatamente anterior a los hechos denunciados, que antes de ellos ambos eran amigos y frecuentaban las mismas amistades y los mismos lugares, además de conocer el entorno y tal y como ha quedado acreditado de la testifical de los padres de Carmela y de Diego, se conocían entre sí.

Por otro lado son próximos en edad, Diego tiene veinte años y Carmela trece, criterio objetivo y por lo tanto indubitado. Dicha diferencia de edad no llega a los ocho años, por lo tanto estaría dentro de la horquilla que señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 para la aplicación de esta circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

En cuanto al requisito del desarrollo o madurez física y psicológica, ha quedado acreditado con la prueba practicada en la fase de instrucción, que se encuentran dentro de parámetros similares. Se ha llevado a cabo un reconocimiento por el médico forense del juzgado el cual ha tenido entrevistas tanto con Diego como con Carmela, determinando estos informes que se ambos poseen un grado de madurez similar, pues consideran los profesionales que Carmela, a pesar de sus trece años, es una persona con una madurez más elevada que la de otras personas de su edad, quedando acreditado de igual forma con las testificales de su entorno, quienes la definen como una joven muy responsable y madura. Por el contrario en el caso de Diego, sus informes concluyen que a pesar de tener 20 años, su desarrollo y madurez no son los que le corresponden a un joven de dicha edad, pues tiene comportamientos inmaduros y en ocasiones infantiles, quedando acreditado de igual forma por el testimonio de su entorno, en especial el de su madre y su hermano, quienes expresaron en su declaración que siempre se

ha relacionado con grupos de gente menores que él y que de hecho de su grupo de amigos el es el más mayor.

Por todo ello, esta parte solicita que se tenga en cuenta la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y se considere la misma como una circunstancia **EXIMENTE COMPLETA**.

Que de no considerarse la concurrencia de tal circunstancia modificativa de la responsabilidad penal sea tenida en cuenta **DE FORMA SUBSIDIARIA** como una **CIRCUNSTANCIA ATENUANTE ANALÓGICA** en aplicación del artículo 21.7 del CP en relación con el artículo 66.1.6º CP, que permiten aplicar dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad penal como una atenuante muy cualificada, ya que se consta con el consentimiento de la menor, como ya se ha explicado y ha quedado acreditado en la fase de instrucción y se aprecia cierta simetría en la proximidad en grado tanto de madurez como de desarrollo, tal y como se desprende de los informes del reconocimiento llevado a cabo por el informe forense y están próximos en edad.

QUINTA.- Por todo ello, esta parte se encuentra en total disconformidad con la correlativa de las acusaciones, procediendo la libre absolución de DIEGO FERNÁNDEZ GARCÍA con todos los pronunciamientos favorables, y expresa condena en costas a la acusación particular, al apreciar esta parte temeridad y mala fe por la parte actora.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO: Tenga por presentado este escrito, y por evacuado el trámite de calificación provisional conferido a esta representación, dando a la causa el curso legal pertinente y acordando de conformidad con lo solicitado en el mismo.

OTROSÍ DIGO: Para el Acto de la Vista del Juicio Oral, esta parte hace suyas las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, en cuya práctica se reserva el derecho a intervenir, intentando, valerse además de los siguientes **medios de prueba**:

I.- Interrogatorio de los acusados.

II.- DOCUMENTAL: De todos los folios de las Diligencias Previas.

III.- TESTIFICAL: A fin de que en el acto de la Vista del Juicio Oral, sean oídos los testigos que a continuación se relacionan, los cuales habrán de ser judicialmente citados:

- Don Marcos Gutiérrez Domínguez, amigo tanto de los acusados como de Carmela, que puede acreditar que entre Carmela y Diego existía una relación de noviazgo.

-Doña Isabel García García, madre de Diego Fernández García, quien puede acreditar la madurez y el comportamiento habitual de Diego en su entorno y en su día a día.

-Don Fernando Fernández Sánchez, Padre de Diego, quien podrá acreditar al igual que Doña Isabel, la madurez y el comportamiento habitual de Diego en su entorno y en su día a día.

- Don Pablo Fernández García, hermano de Diego Fernández García, con el que suele salir a menudo y que puede acreditar como es el entorno social de Diego y como se comporta en el.

IV.- PERICIAL: A fin de que sea citado para el Acto de la Vista del Juicio Oral el médico forense que ha llevado a cabo los informes, Doña PATRICIA MARTÍNEZ IZQUIERDO, para que se ratifique, amplíe o modifique sus informes que constan en autos.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO: Tenga a bien declarar pertinentes los medios de prueba propuestos, acordando para su práctica lo procedente.

En VALLADOLID, a 5 de diciembre de 2023

Proc. María Sánchez Gómez

Ldo. Andrea Martín Abril

Presentados los escritos de calificación provisional, el Ponente del Tribunal examinará las pruebas que propone cada parte, y dictará Auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las que así no considere, tras ello, se fijará fecha y hora para la celebración del juicio.

En el día y hora fijados para la celebración del juicio deben comparecer todas las partes asistidas de abogado y procurador, testigos y peritos la vista comenzará con la lectura de los escritos de calificación y la lista de peritos y testigos.

Posteriormente se procederá a la práctica de la prueba, se tomará declaración a la víctima, en segundo lugar se producirá el interrogatorio de parte, es decir, se interrogará a Diego y Eladio, acusados de cometer el delito de agresión sexual a menor de 16 años y en tercer lugar se procederá al interrogatorio de los testigos y por último se interrogará a los peritos, se reproducirán videos o audios que pudiesen haber sido admitidos como pruebas de cargo o de descargo y en último lugar se procederá al examen de la prueba documental aportada.

En último lugar se procederá elevar a definitiva la calificación de los hechos llevada a cabo en los escritos de calificación provisional o por el contrario y con motivo de la práctica de la prueba se modificará dicha calificación.

Tras este trámite se dará la palabra a las partes para que formulen las conclusiones de la celebración del juicio, en primer lugar se dará la palabra a las acusaciones, Ministerio Fiscal y acusación particular y en último lugar a la defensa o defensas.

Concluirá este acto dándole la palabra a los acusados por si quisieran añadir algo más (derecho a la última palabra), y se declarará visto para sentencia. Sentencia que deberá dictarse como indica el artículo 203 de la LECrim en los 3 días siguientes a la celebración de la vista, aunque es probable que este plazo sea más amplio debido a la alta carga de trabajo existente en Juzgados y Tribunales.

4. Problema específico de la denominada “Clausula Romeo y Julieta”.

En este apartado se llevará a cabo un breve estudio sobre la clausula Romeo y Julieta del Código Penal, para aquellos supuestos en los que un menor de 16 años mantiene relaciones sexuales consentidas con una persona próxima en edad y grado de desarrollo y madurez.

4.1. Excusa absolutoria del artículo 183 bis CP

La denominada cláusula Romeo y Julieta se introduce en nuestro Código Penal al tomar la medida político-criminal de elevar la edad de consentimiento sexual en la reforma del texto legal del 2015, por lo tanto, en este trabajo vamos a poner especial atención en la importancia del consentimiento del menor en nuestro sistema penal.

A través de varias reformas a lo largo del tiempo se ha ido actualizando el CP y en este caso concreto el bien jurídico protegido ha ido evolucionando de custodiar la honestidad a la libertad sexual.

La primera reforma a la que haremos alusión es a la LO 11/1999 que fijó la edad de consentimiento sexual en los trece años, hasta ese momento la edad eran doce años, ampliando además el Título VIII tutelando la libertad sexual y la indemnidad sexual cuando el delito se ha cometido contra un menor. Lo que trajo consigo una discusión doctrinal entre los que consideraban que los menores también gozaban en cierta medida de libertad sexual¹ y quienes sostenían que al igual que se protege la libertad sexual cuando el delito recae sobre un adulto se debe proteger la indemnidad sexual cuando recae sobre un menor².

La segunda reforma es la LO 15/2003 que incluyó en la descripción del delito de agresiones sexuales la introducción de miembros corporales y objetos, además se amplió el delito de pornografía infantil, castigando a quien poseyese material pornográfico de carácter infantil y su producción, venta, distribución o que facilite dicho material, incluso si solamente se utilizase la voz o la imagen alterada de los menores.

Pero en 2010, la política criminal vuelve a dar un giro con la reforma del Código Penal, modificando los delitos sobre menores, decidiendo dotar de autonomía a estos delitos creando un Capítulo II bis “*De los abusos y agresiones sobre menores de trece años*”, incluyendo en este capítulo el nuevo delito de *grooming*, que condenaba a quien por medio de algún medio tecnológico contactase con un menor de 13 años y le propusiese concretar un encuentro con el objetivo de cometer los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189.

En la reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 se eleva la edad del consentimiento sexual desde los 13 años a los 16, una edad que se encuentra entre las más altas de

1 DIEZ RIPOLLES, J.L. “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, Anuario de Derecho Penal, núm.1999-2000, 2000, p.17.

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

nuestro entorno jurídico³. Tras dicha reforma se establece una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente⁴.

En la actualidad el precepto es el artículo 183 bis y establece lo siguiente: “*Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica*”⁵

Desde cierto sector de la doctrina, consideraban la inclusión de esta cláusula necesaria, para no enviar a la ilegalidad penal todas las relaciones sexuales de los adolescentes que aún no han cumplido dicha edad⁶

Esta cláusula, como hemos dicho antes se introdujo en la reforma de 2015, debido a que esta ley elevaba la edad para prestar consentimiento para mantener relaciones sexuales a los 16 años, la razón de ser de dicha cláusula o su fundamento, es la protección de un bien jurídico y es aquí donde hay que plantearse si los contactos sexuales que pueden producirse entre adolescentes, siendo uno de ellos menores de 16 años pone en peligro o lesiona la indemnidad sexual del menor, siempre que no haya signos de abuso o intrusión y obre el consentimiento expreso del menor. Pudiendo concluir que no tendría sentido la condena de conductas que realmente no lesionan, ni ponen en peligro un bien jurídico protegido.

En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 encontramos otra fundamentación de dicha cláusula, pues en la misma establece 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 una situación de desigualdad madurativa impidiéndole ello decidir libremente. Sin embargo, si esa gran diferencia no existiese, el menor de 16 años sí se encontraría en posición de decidir libremente por la proximidad de edad y madurez, siendo en estos casos en los que se debería aplicar este precepto.

3 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código penal, p.3.

4 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código penal, p.2.

5 Código Penal, artículo 183 bis, Se modifica, con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 4.8 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

6 RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial*. Estudios penales y criminológicos, VolXII, 2021, A Coruña, Pág. 311.

4.1.1. Requisitos para su aplicación

Para la aplicación de dicha cláusula, de exclusión de la responsabilidad, es decir, su aplicación hace que no exista la responsabilidad penal por el contacto sexual con un menor de 16 años, será necesario que se cumplan determinados requisitos:

1. El libre consentimiento del menor.
2. Proximidad de edad.
3. Proximidad de desarrollo y madurez.

4.1.2. Naturaleza de la cláusula

Una parte de la doctrina considera defiende que se trata de una causa de atipicidad, es decir, no hay conducta típica y por lo tanto no habrá lesión del bien jurídico protegido. Pero, otra parte de la doctrina, como es el caso de Tamarit Sumalla, lo consideran por la forma en la que se encuentra redactado, una causa de justificación, en este caso si que existiría la conducta típica, pero se excluiría la antijuridicidad.

Pero la cláusula nace, y en la circular la Fiscalía lo apoya, para dejar fuera del ámbito penal la interacción sexual entre los jóvenes ya que se entiende que la misma no afecta a la indemnidad sexual, por lo que no existiría ni vulneración, ni puesta en peligro de ningún bien jurídico protegido, por lo que sería conveniente entender la cláusula como una causa de atipicidad.⁷ Por lo tanto, al entenderla como causa de atipicidad no se realizaría el tipo penal y no debería iniciarse ningún proceso penal, y de iniciarse lo correcto sería el archivo del mismo.

A pesar de ello, la realidad actual es otra, ya que tanto la legislación europea, en la Directiva 2011/93/UE nos dice que se trata de un supuesto de exclusión de la antijuridicidad de la conducta, ya que la validez del consentimiento del menor, quedara supeditada a la concurrencia de otros presupuestos, en este caso la proximidad en edad, desarrollo y madurez⁸, como la Fiscalía que entiende esta cláusula como una “excusa absolutoria”⁹ excluyendo de esta forma la imposición de una pena a un hecho típico, antijurídico y culpable, porque se encuentra justificado por razones de utilidad o convivencia.

Llegando de esta forma a los Tribunales un gran número de conductas sexuales, libremente consentidas, que mas tarde serán consideradas no punibles, pero tras ser sometidas a todo lo que un proceso penal conlleva.

7 POZA MIGUEL, T. Analisis del articulo 183 quarter delCodigo Penal en el Derecho español: la clausula “Romeo y Julieta” Universidad de Salamanca, 2018, p.26

8 ESCOBAR JIMENEZ, C. “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater” Ponencia Discal de la Fiscalía Provincial de Granada, p.10

9 Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del articulo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Fiscalía General del Estado, p.16.

4.2. Aplicación de la cláusula

Con la anterior redacción del precepto surgió una problemática para la aplicación de nuestra cláusula Romeo y Julieta, ya que se establecía que sería de aplicación a los “delitos previstos en este Capítulo”, la problemática surgía al contar ese Capítulo con preceptos en los que se regulaban agresiones sexuales en las que para que se produjesen los hechos típicos era necesaria la intimidación o la violencia, lo cual no tendría mucho sentido hablar de consentimiento libre del menor, cuando se hiciese uso de la intimidación y la violencia. Del mismo modo ocurría cuando el consentimiento se obtiene mediante coacción, intimidación o engaño, ya que de igual manera, el consentimiento en ningún caso sería libre.

Parece que el legislador ha sabido solucionar esta problemática con la actual redacción de esta cláusula en el artículo 183 bis, ya que establece que “*Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178*”, estableciendo el artículo 178 CP lo siguiente: “*1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. 2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. 3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión. 4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.*” Superando de esta forma la problemática de la posible aplicación de la cláusula a los artículos del Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal.

Pero esta cláusula abrió otro debate doctrinal, que a nuestro juicio crea una mayor inseguridad jurídica que la que hemos mencionado que ha sido solventada por el legislador en la actual regulación de la cláusula y esta es el concepto de **proximidad**, ya que el precepto establece que se excluirá la responsabilidad penal cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

El concepto de proximidad es un concepto jurídico totalmente indeterminado, dejando el legislador su interpretación en manos de los tribunales, quienes han tenido que pronunciarse en varias ocasiones acerca de este concepto.

La doctrina se ha pronunciado acerca de esta discusión y hay una posición que defiende que el establecimiento de una diferencia fija y única de edades, ya sea esta de tres, cinco, ocho o diez años, probablemente ocasionaría más problemas que la opción más genérica finalmente elegida, por cuanto dichas edades sólo resultarían adecuadas para dar solución a algunos casos y atarían las manos al Juez para resolver de una manera razonable otros¹⁰, en cambio la otra vertiente doctrinal critica que se haya dejado en manos de un posible acuerdo de pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo que ponga una edad máxima, por ejemplo los 18 años, y una distancia entre sujeto activo y sujeto pasivo. Y para que lo decida así el Tribunal Supremo, bien podría haberlo hecho el legislador que es a quien corresponde¹¹.

Es cierto, que a día de hoy dicho acuerdo aún no existe, lo que si que existe es la Circular de la Fiscalía General del Estado, ya citada, 1/2017 que lleva a cabo un esquema para la graduación de la aplicación de la Cláusula Romeo y Julieta, distinguiendo entre Impúberes, considerándolos propiamente niños, por lo que la protección que se les debe brindar debe ser absoluta, una siguiente fase, que abarcaría desde el comienzo de la pubertad hasta los 13 años, en la que según la fiscalía el menor se encuentra en una primera fase de adolescencia y por lo tanto su protección debe ser intensa, limitando a los 18 años la edad máxima la del autor, por lo que en este caso, únicamente cabría la cobertura de la cláusula a las relaciones entre los menores; y una tercera fase en la que estarían dentro los menores de 14 y 15 años otorgando la protección en una diferencia de edad que abarque al autor hasta los jóvenes de 20 años, teniendo en cuenta el grado de madurez y desarrollo, contemplando como excepción la inclusión en esta protección a los jóvenes de hasta 24 años atendiendo a los parámetros ya señalados de desarrollo y madurez del menor.

Ahora bien, esta propuesta, tiene carácter orientador, en ningún caso vinculará a los Tribunales quienes deberán estudiar y tomar la situación de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso, pero lo cierto es que la cláusula no establece ningún límite, ni mínimo para que se entienda que el consentimiento libre del menor no debiese tenerse en consideración, porque careciese de eficacia, ni un límite máximo de edad para la cual sería aplicable esta cláusula.

El consentimiento del menor, por tanto queda supeditado a dos criterios, el criterio cronológico de la edad y al criterio biopsocial del desarrollo o madurez.

10 CABRERA MARTÍN, M. *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid 2019, p.167

11 GÓMEZ TOMILLO, M. "Artículo 183 quater" Comentarios prácticos al código penal, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 p. 535

Lo que nos lleva a considerar que lo verdaderamente importante y que deberá tomarse en cuenta es el grado de madurez y/o desarrollo, ya que lo que en lo que radica si el menor ha prestado el consentimiento de una forma consciente es si cuenta o no con la madurez suficiente para consentir.

El criterio de la proximidad en el desarrollo o madurez nos lleva a diferenciar el desarrollo en el aspecto físico del menor, la apariencia física del menor, que al no ser un criterio objetivo no debería ser tenido en cuenta, ya que un menor puede aparentar ser mayor de edad si tenemos en cuenta su aspecto físico. Y un aspecto psicológico, la madurez que es lo que se debería tener en cuenta, considerándolo como el estado en que se encuentre su proceso de progreso cognitivo y emocional¹², la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado¹³, pero también nos encontramos con la problemática de que no existe ningún parámetro para considerar al menor de 16 años y al actor próximos en desarrollo y madurez, por lo que se dejará a las percepciones del Juez en el caso concreto.

En este aspecto, la STS 411/2006 de 18 de abril establece los requisitos para poder tomar una decisión de forma autónoma: ausencia de coacciones, información, capacidad, grado de experiencia vital y el entorno (familiar, social, económico, político o cultural). Debe ser por tanto, el grado de satisfacción de estas condiciones las que nos digan si el menor está preparado o no para tomar una decisión de una forma madura y autónoma.

La esencia de la cláusula es saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras (menor edad y juventud), las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.¹⁴

En definitiva, en palabras de Gómez Tomillo, estamos ante una cláusula muy abierta, difícilmente compatible con la seguridad jurídica y que va a permitir pronunciamientos judiciales muy diversos según las convicciones, educación o perjuicios del Juzgador.¹⁵

4.2.1. Aplicación como atenuante muy cualificada

En la Circular 1/2017 se plantea la posibilidad de aplicar la cláusula como una atenuante en los casos en los que el consentimiento y la proximidad por edad, el grado de desarrollo o madurez concurra solo parcialmente, de forma que, aunque la vulnerabilidad de la víctima y la situación de abuso exijan la aplicación de una sanción penal, atendidas las circunstancias del adulto y del menor, esta debe

12 ESCOBAR JIMENEZ, R. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” Código penal:comentarios y jurisprudencia, 4ª de., Tomo I, Comares, Granada, 2018 p. 1066

13 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater, pp.12-13.

14 FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, p.6

15 GOMEZ TOMILLO, M.“Artículo 183 quater”, Comentarios prácticos al Código penal, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 p.536

ser atenuada¹⁶, por aplicación del artículo 21.7 del CP en relación con el artículo 66.1,6ª del CP que permite atender a las circunstancias personales de la persona que haya cometido el hecho delictivo y a la gravedad del mismo, siempre que no concurran atenuantes ni agravantes y en este caso, concudiesen solo parcialmente los presupuestos fijados en el artículo 183 bis CP, es decir, se plantea si sería posible apreciar la circunstancia atenuante como muy cualificada, en los supuestos en los que no se admita la exoneración total, pero se admita una simetría en el grado de desarrollo y madurez y rebajar la condena en uno o dos grados.

Pues bien, se han dado casos en los que aplicando de este modo las circunstancias atenuantes, se ha aminorado la pena que hubiese resultado de la aplicación literal y estricta de los preceptos. En concreto y a modo de ejemplo encontramos una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de noviembre de 2018, aplicando como cualificada esta atenuante “sentada la existencia de consentimiento a mantener la relación sexual por parte de la menor y que existe proximidad entre las edades de ambos (se llevan cinco años, habiendo alcanzado el encausado la mayoría de edad poco tiempo antes de la fecha de los hechos) falta sin embargo esa identidad o simetría en el desarrollo o madurez entre el autor y la menor, tal y como consta en los informes periciales elaborados por la forense Sra. Almudena reseñados más arriba y que ratificó y aclaró en la vista oral, donde dijo que la simetría era clara pero sin poder afirmar que fuera total. Así las cosas, y toda vez que concurren dos de los tres elementos de la exclusión de responsabilidad penal que contempla el art. 183 quáter CP (consentimiento y edades próximas) siendo una de ellas – el consentimiento- fundamental y en cuanto a la tercera (grado de madurez) tampoco era inexistente, puede articularse una atenuante de análoga significación a aquella, en tanto que existe una semejanza intrínseca entre la conducta apreciada y la contemplada en el texto legal, atenuante que ha de reputarse cualificada precisamente por concurrir plenamente dos de los tres elementos de la exclusión siendo uno de ellos sustancial (el consentimiento)”¹⁷

Por lo tanto, la respuesta nos la da la jurisprudencia admitiéndose la posibilidad de construir una atenuante analógica siempre que concurren parcialmente los elementos que puedan excluir la idea de agresión, el alcance de la atenuación se estudiará caso por caso, y deberá admitirse también una atenuante muy cualificada para los supuestos en los que no sea admisible una exoneración total, pero atendiendo a las circunstancias del caso se pueda determinar que la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. Además de la sentencia ya señalada

16 FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, p.8.

17 SAP BI 2680/2018, fundamento jurídico quinto.

encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de febrero de 2019¹⁸ y de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de mayo de 2019¹⁹.

Ahora bien, en una de los últimos pronunciamientos del TS, en concreto en la sentencia STS 930/2022, de 30 de noviembre del denominado “caso Arandina” rechaza la apreciación de esta circunstancia atenuante por analogía, aplicada por la su propia jurisprudencia y reconocida por la Circular 1/2017, indicando que de no aplicarse la exención absoluta, “el texto penal no permite una opción intermedia”, procediendo a hacer una interpretación totalmente rígida y restrictiva del artículo 21.7ª CP, ya que al no hacer mención expresa a esta posibilidad en el artículo 183 bis CP resulta imposible aplicar la atenuante ni como simple, ni como muy cualificada.

Este pronunciamiento es rebatido por el voto particular atendiendo a la Circular ya mencionada, que avala su aplicación y a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin tener muy claro el motivo por el cual en este caso se lleva a cabo una interpretación tan restrictiva del artículo 21.7ª CP, que ya se ha había utilizado en otras ocasiones por el Alto Tribunal para evitar sanciones desproporcionadas y si esto puede producir un cambio de corriente jurisprudencial.

En nuestro foro, la Audiencia Provincial de Valladolid, en la Sentencia 28/2024 de 31 de enero, procedente del sumario 14/2023 aplica esta circunstancia atenuante de análoga significación.

4.3. Análisis de la aplicación jurisprudencial de los Tribunales

Como hemos visto en lo explicado anteriormente, se trata de una cláusula que se ha dejado a la discrecionalidad de los juzgadores y por lo tanto, lo mejor para entender la aplicación de esta cláusula es analizar las sentencias de los Tribunales.

El profesor Jose Antonio Ramos Vázquez en *La Cláusula Romeo y Julieta (art.183 quater del Código Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial* lleva a cabo un estudio de la jurisprudencia que menciona la cláusula, tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia.

Hasta el momento del estudio el Tribunal Supremo se había pronunciado en seis ocasiones, tres veces a través de Sentencias y otras tres por Auto.

Los Autos rechazaron la aplicación de la cláusula por grandes diferencias de edad²⁰ y en otra ocasión por que la víctima estaba dormida, por lo que era imposible que hubiese prestado su consentimiento²¹.

18 SAP GC 350/2019

19 SAP AL 370/2019

20 Auto del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016 y Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017

21 Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017.

En las sentencias, En una de ellas se rechaza de plano la aplicación de la clausula porque se triplicaba la edad d la victima²² y en otra²³ se menciona la clausula pero no porque se haya alegado por el recurrente, sino por enfatizar que la diferencia de edad en dicho supuesto esta fuera de los limites señalados²⁴.

Por lo que se podría decir , que el Tribunal Supremo solamente se ha pronunciado sobre el fondo del asunto en una sentencia y esta es la sentencia de 18 de enero de 2017, en la que se estudia el recurso de un condenado, de 20 años de edad en el momento de los hechos, que había tenido una serie de relaciones sexuales con su pareja que aun no había cumplido los 12 años, confirma el TS la inaplicabilidad de la clausula por ser la diferencia de edad superior a los 8 años y medio, unida esta a una menor iniciando su pubertad.

La denominada jurisprudencia menor resuelve alguna duda mas de las planteadas por la doctrina, como por ejemplo la necesidad de que sean los **requisitos** de proximidad en edad y grado de madurez **cumulativos** entre si, es decir que será necesario que concurren ambos requisitos para la aplicación de la cláusula (Sentencias de la Audiencia Provincial de Las palmas de 6 de febrero de 2019, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 11 de julio de 2018, o de la Audiencia Provincial de la Rioja de 12 de diciembre de 2018).

Otra de las incógnitas que parece resolver la jurisprudencia es la de la **proximidad de la edad**, en las sentencias de las Audiencias Provinciales estudiadas, es casi pacífica la idea de que dos edades son próximas hasta mas o menos los cinco años de diferencia²⁵ ofreciendo de esta manera un primer criterio para esclarecer el elemento de la proximidad en edad, estando entre los cuatro, cinco y seis años en determinados casos. Considerando habitualmente las diferencias de edades por encima de los seis años como no próximas y por lo tanto inaplicando la cláusula a estos casos. Pudiendo distinguir en el estudio de esta cuestión tres tramos de edad dentro de la jurisprudencia:

-Hasta 6 años inclusive de diferencia, es mayoritaria la jurisprudencia que aprecia la proximidad de edades, con muy pocas excepciones.

-Entre 6 y 9 años de diferencia, es muy mayoritaria la jurisprudencia que no aprecia la mencionada proximidad, asimismo con contadas excepciones.

-10 años es el limite superior, desde el punto de vista jurisprudencial, de aplicación de la clausula, al menos por el momento.²⁶

22 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019

23 Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016

24 RAMOS VÁZQUEZ, J.A. La clausula Romeo y Julieta (art.183 quater del Codice Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial

25 RAMOS VÁZQUEZ, J.A. La clausula Romeo y Julieta (art.183 quater del Codice Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. P. 334

26 RAMOS VAZQUEZ, J.A. La clausula Romeo y Julieta (art.183 quater del Código Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial, p.337

Como se acredita y que se considera **próximo en grado de desarrollo**, se ha defendido por la doctrina, como hemos explicado que el concepto grado de madurez y desarrollo era un concepto demasiado amplio y que para su acreditación, probablemente habría que sobrepasar los límites de la vida privada de las partes, ello ha resultado acreditado teniendo en cuenta los pronunciamientos de los Tribunales. Resulta habitual que para que se aprecie la proximidad en desarrollo y madurez se acuda a la existencia de amigos en común, formas de ocio parecidas, vida laboral, grado de independencia económica, contexto familiar, etc.²⁷

En ocasiones también se ha acudido a el origen étnico y al “concepto cultural” como ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2017 en su fundamento jurídico segundo *“En tales condiciones es difícil considerar que existe una diferencia de edad o madurez relevante, entre la joven y el acusado, como para no aplicar el artículo 183 quater del C. Penal. Por otra parte, son jóvenes del mismo origen étnico, que tienen amigos comunes, que tienen similares formas de entretenimiento, similar concepto cultural, similar formación, similar situación socio económica y el acusado no aparenta un grado de madurez superior a su propia edad, ni una experiencia vital (ni laboral, ni personal), que permita inferir un grado de desarrollo muy superior a sus 20 años y por tanto muy superior al de la persona con la que había tenido relaciones sexuales”*²⁸.

En segundo lugar, en relación a este concepto y como ya había advertido la doctrina, encontramos otras sentencias en las que se entra en detalles íntimos tanto del acusado como del menor para valorar este aspecto del desarrollo, como pueden ser si ya se habían mantenido relaciones sexuales con anterioridad, ya fuere con el acusado o con otras parejas, cuantas veces, si fue el menor el que provocó la situación para mantener relaciones sexuales, etc. como ejemplo de ello encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de septiembre de 2018 en su fundamento jurídico cuarto, *“a la hora de valorar ese consentimiento libre prestado por una menor, en este caso en una relación sexual consentida, no puede obviarse la propia vivencia que de la sexualidad la misma tiene. Y en este aspecto debe indicarse que ha quedado acreditado que la menor Maria Esther, con anterioridad a tener la relación sexual imputada, mantuvo relaciones sexuales con penetración, cuando menos una o dos veces con otra persona (...) Y a ello se refirió la menor en su declaración “que empezó a tener relaciones sexuales con 11 años”. Esta circunstancia debe obviamente ser valorada, y si bien no permite por sí sola concluir que no sería delictiva cualquier posterior relación de las personas menores de edad, en la individualización de la conducta, debe razonablemente ser valorada a fin de examinar el alcance de un consentimiento libre en los términos del artículo 183 quater del C.Penal.”*²⁹

Esto es una consecuencia inevitable de la aplicación de la clausula, pues terminamos con sentencias cargadas de detalles claros de la vida sexual de los menores y de sus conversaciones íntimas, para que el procedimiento termine con la absolución del acusado.

27 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de octubre de 2018.

28 SAP M 438/2017

29 SAP NA 873/2018

En ocasiones hay Tribunales que acuden a las periciales psicológicas para acreditar el grado de desarrollo y madurez, quedando la decisión acreditada mediante un informe de un profesional y no a la libre discrecionalidad del juez.

5. Curso ulterior de las actuaciones.

Tras la celebración de la vista del juicio la LEC establece un plazo de tres días para que se dicte la sentencia, por lo tanto, en los tres días siguientes se debería tener una resolución del asunto.

En esta caso concreto, los hechos han sido extraídos y en parte modificados para la aplicación de la legislación actual, por lo tanto, tendremos que hacer suposiciones acerca del contenido de la sentencia, ya que el Tribunal deberá dilucidar, si se aplica o no la cláusula del artículo 183 bis, a petición de la defensa y por lo tanto tenemos dos posibilidades de resolución:

- Que se considere procedente la aplicación de la exención de responsabilidad penal del artículo 183 bis CP y por lo tanto que resultasen absueltos, al considerar que si que ha mediado consentimiento de la menor Carmela y que a los dos acusados o en nuestro caso a Diego, se le considera próximo en edad, desarrollo y madurez tras la prueba practicada y los informes periciales llevados a cabo por profesionales.
- Que por el contrario, no se considere de aplicación dicha cláusula y los acusados y nuestro representado Diego, resultasen condenados por un delito de agresión sexual a menor de 16 años, con la agravante del artículo 181.5 a) CP de haber sido cometido por dos personas.

De no obtener un fallo acorde con nuestras pretensiones, es decir, una absolución por la aplicación del artículo 183 bis CP cabría interponer e interpondríamos contra dicho fallo **recurso de apelación en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el día siguiente a la notificación** de la sentencia ante El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León quien resolverá y si se siguiera sin atender a nuestras pretensiones aún tendríamos la oportunidad de plantear contra esa resolución **recurso de casación**, cuyo proceso habrá de iniciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (solicitud de testimonio) ante el Tribunal que emitió la resolución, ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y en el plazo de 15 días se debe interponer y formalizar el recurso como tal ante el Tribunal Supremo.

6. Conclusiones.

El caso concreto que estamos analizando está extraído de la sentencia del Tribunal Supremo 828/2021 de 29 de octubre, los hechos se producen en el verano de 2016 y por lo tanto, la redacción de la norma que fue de aplicación al caso fue la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 101995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En una primera instancia los acusados, Diego y Eladio fueron condenados por un Delito de **Agresión Sexual a menor de dieciséis años**, a la pena de prisión de ocho años, inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y al pago de las costas del proceso.

Acordando imponer a los condenados la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros de Carmela y a su domicilio, así como de comunicarse con ella en persona por cualquier medio por tiempo de 10 años, así como la imposición de ocho años de libertad vigilada, conforme a lo establecido en el artículo 192 del CP una vez extinguida la pena de prisión.

En vía de responsabilidad civil los acusados deberán indemnizar, de manera conjunta y solidaria, a Carmela, en la persona de sus padres como representantes en la cantidad de 15.000 Euros por los daños morales causados.³⁰

Contra esta resolución se interponen **recursos de apelación** ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por parte del Ministerio Fiscal, la representación de los condenados y de la acusación particular, estimando solamente el interpuesto por el Ministerio Fiscal revocando la sentencia anterior y condenando a Diego y a Eladio como autores, cada uno de ellos, de un delito de **Abuso Sexual a menor de dieciséis años con la agravante del artículo 183.4.b)** a la pena de prisión de diez años, quedando intacto el resto del pronunciamiento condenatorio.

Posteriormente a este pronunciamiento se interpone por parte de la defensa de Diego y Eladio **recurso de casación**, admitiéndolos la Sala a trámite.

En la resolución de estos recursos la Sala examina de oficio, porque la defensa de Diego y Eladio no lo introduce, la denominada cláusula Romeo y Julieta o cláusula de asimetría del artículo 183 quater CP, basada en el consentimiento de la menor de 16 años, plateándose el Tribunal su aplicación, esta cláusula será aplicable según la Sentencia 478/2019, de 14 de octubre “*cuando , pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima a la menor en edad y madurez*”, considerando que en el caso concreto, “*sí consideramos de aplicación la cláusula de exclusión, porque en lo relativo a la edad, tenemos que la menor*

30 STSJ CV 7589/2018 de 24 de octubre.

*cuenta con 13 años cuando suceden los hechos, mientras que Diego, con el cual había mantenido una relación previa “en régimen de noviazgo” durante el mes anterior a los hechos, según se dice en su fundamento quinto la sentencia de instancia, contaba con 20 años, y Eladio con 19, con lo que la distancia entre edades de la menor y los acusados no nos parece tan lejana como para dejar de apreciar el elemento de la proximidad, mas si la ponemos en relación con el grado de madurez entre los tres intervinientes en los hechos”*³¹, por considerar que existió un consentimiento libre de la menor y que los dos agresores estaban próximos en edad, desarrollo y madurez, el propio Tribunal falla **absolver** libremente de los delitos a los que hasta ese momento venían siendo condenados.

La Sentencia establece que tras la elevación de la edad de consentimiento a 16 años de la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo, *“los actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*³². Por lo tanto, se trata de un hecho delictivo, pero que si se trata de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez se salvará tal circunstancia, es decir, será de aplicación la excusa absolutoria.

El conflicto surge, según extrae el Alto Tribunal de la sentencia de instancia, con la eficacia del consentimiento de Carmela, considerando el Tribunal Supremo que los actos son consentidos ya que aprecia incertidumbre acerca de la prestación del consentimiento libre de la menor, incertidumbre que no comparte el Tribunal Supremo, ya que no se aprecia en ningún momento la concurrencia de violencia o intimidación, por ello, el consentimiento es, para el Tribunal Supremo, totalmente libre y válido.

Se complica la valoración de los otros dos elementos necesarios para que sea de aplicación la cláusula, la proximidad en la edad y en la madurez o desarrollo físico y psicológico, ya que como hemos dicho antes no hay unos parámetros para apreciarla, quedando a la libre discreción del juzgador, debiendo tener en cuenta la formación y condicionantes culturales.

En el examen del caso concreto, el Alto Tribunal si considera de aplicación la cláusula Romeo y Julieta, porque en lo relativo a la edad, Carmela tenía 13 años en la fecha en la que suceden los hechos, mientras que Diego, con el cual mantenía una relación de noviazgo durante el mes anterior a los hechos, contaba con 20 años (7 años más que Carmela) y Eladio contaba con 19 años (6 años más que Carmela) consideran que se trata de una edad próxima entre ellos. En cuanto a la apreciación de la proximidad en el desarrollo y la madurez de los acusados y la menor, el Tribunal no considera la madurez de la menor muy distante de la de los acusados, ya que mantenía una relación de noviazgo con Diego, con quien mantiene relaciones sexuales en un primer momento totalmente consentidas, y es este quien le pregunta si le importa que venga su primo Eladio, entendiéndose con las expresiones y el

31 STS 4007/2021, pag.9

32 STS 4007/2021 de 29 de octubre, pág. 7.

contexto, así lo manifiesta hasta el padre de la menor en su declaración, que si ella accedía a que fuese Eladio era para mantener relaciones sexuales, a lo que ella accede, manteniendo relaciones sexuales consentidas con los dos acusados.

Por otro lado, se tiene la manifestación de la profesora de Carmela, quien como profesional, le considera “madura”y con cierta experiencia en el ámbito de las relaciones sexuales.

Por todo ello, el Alto Tribunal falla dejar sin efecto las sentencias anteriores y **absolver a los dos acusados por aplicación de la cláusula Romeo y Julieta.**

7. BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES LITERARIAS

- DIEZ RIPOLLES, J.L. “*El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual*”, Anuario de Derecho Penal, núm.1999-2000, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte especial. 18ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal) Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial*. Estudios penales y criminológicos, VolXII, 2021, A Coruña.
- POZA MIGUEL, T. Análisis del artículo 183 quater del Código Penal en el Derecho español: la cláusula “Romeo y Julieta” Universidad de Salamanca, 2018.
- ESCOBAR JIMENEZ, C. “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater” Ponencia Discal de la Fiscalía Provincial de Granada.
- CABRERA MARTÍN, M. *La victimización sexual de menores en el Código penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ESCOBAR JIMENEZ, R. “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª Edición, Tomo I, Comares, Granada, 2018.
- GÓMEZ TOMILLO, M. “*Artículo 183 quater*” *Comentarios prácticos al Código penal*, tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

II. GUÍAS; PROTOCOLOS, PACTOS Y CIRCULARES

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código penal.
- Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del artículo 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo. Fiscalía General del Estado.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

8. JURISPRUDENCIA

Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ CV 7589/2018 de 24 de octubre.
- SAP BI 2680/2018
- SAP GC 350/2019
- SAP AL 370/2019
- SAP M 438/2017
- SAP NA 873/2018

Tribunal Supremo

- STS 411/2006 de 18 de abril.
- STS 828/2021 de 29 de octubre.
- STS 4007/2021 de 29 de octubre.
- STS 196/2023 de 21 de marzo..
- STS 930/2022 de 30 de noviembre.