



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

Título del Trabajo Fin de Grado: Delitos sexuales en menores de edad

Presentado por:

Ángela Hernanz Pérez

Tutelado por:

Mateos Bustamante, José

Valladolid, 16 de junio de 2025

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer,

A mi familia, por su incansable esfuerzo y apoyo en mi formación.

A mi hermano por ser mi faro y mi eterno aliado.

A mis amigos, por su compañía, consejos y confianza en mí a lo largo de estos años.

A la Universidad de Valladolid, no solo en lo que se refiere a mi instrucción como jurista, sino por las experiencias vividas y por su contribución a mi crecimiento como persona.

Al profesor José Bustamante, por su ayuda a la hora facilitarme la elaboración de este trabajo de fin de grado.

Y finalmente, dedico este trabajo a todas las víctimas de abusos sexuales, que este trabajo sirva para visibilizar su sufrimiento y para contribuir a un sistema judicial justo que les proteja y les devuelva su dignidad.

RESUMEN

En estos últimos años, se ha visto un incremento del 55,1% en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en menores, con la implicación de nuevas tecnologías, y con el aumento de agresiones grupales (que ya representan el 10,9%)¹. Es un tipo de delito de cifra negra, ya que en muchas ocasiones las víctimas por miedo, culpabilidad, o el temor a enfrentarse a proceso tedioso desisten en su denuncia. No hay que olvidar la especial vulnerabilidad de los niños y adolescentes, cuya posición dificulta su capacidad de reconocer, comprender y defenderse de estas conductas, tratándose en la mayoría de los casos de delitos continuados. Además las consecuencias de estos delitos y su impacto en la vida de las víctimas, son graves, y no solo afectan a su desarrollo inmediato, sino que persisten en su futuro. Es por todo ello que, con el presente trabajo, se pretende desgranar en qué consisten estos delitos, cuál es su regulación tras la reforma Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, se quiere examinar la problemática específica derivada de estos delitos, así como efectuar un análisis de jurisprudencia y formular propuestas de mejora.

Palabras clave: libertad sexual, indemnidad sexual, delitos sexuales contra menores, L.O 10/2022, abuso sexual infantil, revictimización, modelo barnahus.

ABSTRACT

In recent years, Spain has experienced a 55.1% increase in crimes against the sexual freedom and integrity of minors, with growing involvement of new technologies and a concerning rise in group assaults (now representing 10.9% of cases). These offenses present a high dark figure of crime, as victims frequently withdraw complaints due to fear, guilt, or dread of tedious judicial

¹ Fundación ANAR. (2023). *Agresión sexual en niñas y adolescentes según su testimonio: Evolución en España (2019-2023)* [Informe de investigación]. Recuperado 03/04/2025: <https://www.anar.org/fundacion-anar-presenta-su-ultimo-estudio-agresion-sexual-en-ninas-y-adolescentes-segun-su-testimonio-evolucion-en-espana-2019-2023/>

processes. The particular vulnerability of children and adolescents - whose developmental stage limits their capacity to recognize, understand, and defend against such behaviors - is exacerbated by the typically continued nature of these crimes.

The consequences of these offenses extend far beyond immediate harm, causing severe and persistent life-altering impacts on victims. This study aims to: (1) examine the nature of these crimes, (2) analyze their regulation under Organic Law 10/2022 on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom, (3) investigate specific problems deriving from these offenses, (4) conduct jurisprudential analysis, and (5) propose legislative and procedural improvements.

Keywords: sexual freedom, sexual integrity, sexual offenses against minors, Organic Law 10/2022, child sexual abuse, secondary victimization, Barnahus Model.

ÍNDICE

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	6
2. REGULACIÓN PREVIA A LA REFORMA.....	7
3. REGULACIÓN TRAS LA REFORMA.....	18
4. CRÍTICAS A LA REFORMA.....	24
5. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DERIVADOS DE LOS DELITOS SEXUALES A MENORES DE EDAD	27
5.1 DELITOS SEXUALES ENTRE ADOLESCENTES.....	27
5.2 LAS CONSECUENCIAS DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL O A MENORES DE EDAD.....	30
5.3 LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA....	32
5.4 EL ARTÍCULO 183 BIS: CONCRECCIÓN DE SU SIGNIFICADO Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES.....	35
5.5 EL ERROR EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES	44
6. PEDOFILIA	54
7. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS A MENORES DE EDAD	55
7.1 REINCIDENCIA INTERNACIONAL Y DENUNCIA DEL OFENDIDO.	55
7.2 PARTICULARIDADES EN LA PROTECCIÓN PROCESAL DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES	56
8. REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES	58
9. REVICTIMIZACIÓN Y MODELO BARNAHUS.....	59
10. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL	60
CITAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En los delitos de naturaleza sexual, el bien jurídico tradicionalmente protegido es la libertad sexual, es decir, aquella que se refiere al ejercicio de la libertad sexual. Así se contemplaba en la regulación original del Código Penal de 1995, donde tanto los delitos sexuales cometidos contra adultos y como los efectuados a menores aparecían bajo una misma rúbrica: “Delitos contra la libertad sexual”.²

Sin embargo, pronto la doctrina se da cuenta de la libertad sexual es insuficiente en lo que se refiere a los menores, ya que lo que se busca más bien es preservar su normal desarrollo sexual, es decir, la protección frente a daños de naturaleza sexual. En ese sentido, se prohíbe implicarle en conductas sexuales que puedan ocasionarles traumas o alteraciones en su vida y en su bienestar psicológico. Esto es lo que se conoce como la indemnidad sexual, que lo que garantiza es la libertad sexual del menor en el futuro, ya que temporalmente tanto menores como discapacitados carecen de autonomía sexual. Los primeros de manera provisional, mientras que los segundos lo harían de manera definitiva.³ Motivo por el cual se cambia la rúbrica a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, tras la reforma de la LO 11/1999 del 30 de Abril.⁴

Pero además en delitos tales como la exhibición obscena o la difusión de materiales pornográficos adquiere importancia la “moral sexual”, que aunque no es un bien jurídico protegido, sí sirve como marco a la hora de interpretar.⁵

² PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.96

³ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.216

⁴ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), 95-122.

⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.217

Otro sector de la doctrina, entiende sin embargo, que no es necesario dicha distinción entre libertad e indemnidad sexual, ya que la libertad sexual se puede entender de manera amplia, como una forma de garantizar que las conductas sexuales se hagan con consentimiento, impidiendo al tiempo realizar actos no aceptados, tanto si los han efectuado contra personas con capacidad, como si los efectúan sobre personas que no pueden consentir (menores, discapacitados...). Lo ven más si cabe, tras la reforma de LO 1/2015 en la que se eleva el consentimiento sexual a 16 años, donde parece que en ese caso, el menor ya tiene algo de libertad para determinarse, y porque se despenalizan conductas consentidas por el menor. En la actualidad, tras la reforma LO 10/2022, se ha vuelto a la rúbrica original del Código Penal de 1995 “delitos contra la libertad sexual”, entendiendo libertad sexual de manera amplia.⁶

Autores como CARMONA SALGADO están en contra de esta postura, expresan que solo se protege la libertad sexual de aquellos que pueden ejercerla, y que en este caso, lo que se protege es la indemnidad sexual⁷.

2. REGULACIÓN PREVIA A LA REFORMA

En la regulación previa a la reforma se mantenía la tradicional distinción entre abuso y agresión sexual introducida por el CP de 1995. Siendo la agresión sexual un acto sexual no consentido, conseguido con violencia o intimidación, y el abuso sexual, un acto sexual no consentido pero sin las notas de violencia o intimidación.⁸

El tipo básico de delito de abuso sexual a menores de 16 años se contemplaba en el art 183.1 del CP: que decía: *“El que realizare actos de carácter sexual*

⁶ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.99

⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., Esquinas Valverde, P., & Zugaldia Espinar, J. M. (2023). *Lecciones de derecho penal: parte especial* (4ª edición actualizada con las últimas reformas del Código Penal). Tirant lo Blanch. p.196

⁸ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.100

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”.

Por su parte la “agresión sexual” en la que el sujeto pasivo era menor de 16 años, se regulaba en el art. 183.2 del CP: *Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.*

En el caso de las agresiones sexuales en adultos, normalmente se exigía un contacto corporal, mientras que en el caso de los menores, se consideraba el hecho de obligarlos con violencia o intimidación a efectuar actos de naturaleza sexual, bien con un tercero o consigo mismos. Como esto último, solo se mencionaba expresamente para la agresión, la doctrina entendía que en el delito de abuso sexual era necesario una interacción corporal del autor con la víctima.⁹

En cuanto a qué se entiende por violencia, esta tenía lugar cuando había una fuerza irresistible (vis absoluta) o cuando existía violencia y se amenazaba a la víctima con que a más resistencia opusiese, mayor sería la fuerza que se ejercería, no siendo necesario una resistencia de forma prolongada en el tiempo. Por su parte, la intimidación equivalía a una amenaza que debía ser suficientemente grave y estar relacionada con la agresión de naturaleza sexual. Un ejemplo de esto eran las amenazas de revelación circunstancias personales en el caso de que la persona se negase a cometer relaciones sexuales. Además se exigía cierta inmediatez, en cuanto que la persona no debía tener otra opción que aceptar lo que se pedía. También a la hora de valorar la agresión sexual, se debía tener en cuenta circunstancias personales tales como la edad del sujeto pasivo o su entorno familiar, personal, para ver si la intimidación era suficiente. Por último, la amenaza no debía ser explícita,

⁹ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.102

cabían situaciones como la “intimidación ambiental”, donde la simple presencia de sujetos, aunque estos de manera verbal o gestual no prohirieran ningún mal, bastaba si se generaba tal temor en la víctima que le llevaba a tolerar la conducta sexual. Como elemento subjetivo tanto en la violencia como en la intimidación se exigía dolo, querer agredir sexualmente, con conocimiento de su significado sexual.¹⁰ De esto último se hablará más adelante para apreciar los errores en el tipo.

En el caso de que el ataque se hiciera con acceso carnal (por vía vaginal, anal o bucal), o bien con introducción de miembros corporales y objetos (por vía vaginal o anal), se estaba en lo que se conoce como comúnmente como violación (un tipo cualificado de los anteriores), que aparece en el art 183.3 del CP, y que se castigaba con pena de prisión de 8 a 12 años en el caso de abuso sexual, y de 12 a 15 años en el caso de agresión sexual.¹¹

El acceso carnal incluía conductas tanto realizadas de hombre a mujer, de mujer a hombre, de hombre a hombre, o de mujer a mujer, aunque algunos autores como MUÑOZ CONDE, aluden a que debían ser graves, y que en el caso de las mujeres, solo cabía vía introducción de objetos o coautorías en el caso de accesos carnales. La razón de esto, es que las mujeres por su naturaleza, no podían efectuar penetraciones, y por lo tanto, las “coniunctio membrorum” entre mujeres o los casos en el que las mujeres se hacían penetrar por un hombre con los requisitos del tipo, debían ser consideradas agresiones sexuales (en su tipo básico).¹²

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. pp.220-222

¹¹ VIDAL, G. (S.F.). *Abusos sexuales a menores*. Gerson Vidal. Recuperado el 18 de marzo de 2025, de <https://www.gersonvidal.com/blog/abusos-sexuales-menores/#:~:text=Antes%20de%20la%20reforma%2C%20aquel,de%202%20a%206%20a%C3%B1os.>

¹² MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. pp.223-224

Las penas mencionadas anteriormente (abuso, agresión, violación) se castigaban con una pena de prisión en su mitad superior si concurrían alguna de las siguientes circunstancias (art.183.4 del CP):

- Si la víctima se encontraba en situación de especial vulnerabilidad por razones de edad, enfermedad o discapacidad, y en todo caso si la víctima era menor de 4 años.
- Cuando hubiera actuación conjunta de dos o más personas. En este caso, no se exige que la ambas tengan contacto sexual, sino que cabe que una haga la intimidación y la otra el acceso carnal.¹³
- Cuando la violencia o intimidación tuviera un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- Cuando el responsable del delito se hubiera prevalido de una situación de convivencia, superioridad, o parentesco, por ser ascendiente, o hermano de la víctima, bien sea por naturaleza o adopción y afines. Aquí lo relevante, no era tanto la convivencia, o el parentesco, que no se aplicaban de forma automática, sino, el hecho de que hubiera una relación de superioridad y el autor se hubiera aprovechado de esa posición ventajosa bien por el parentesco o por la situación de convivencia.¹⁴
- Cuando el culpable hubiera puesto en peligro la vida o salud de la víctima. Esto se entendía de forma similar al delito de lesiones, cuando se empleaban objetos o medios peligrosos. Pero había que tener en cuenta que si además de la agresión, tenía lugar un delito de homicidio o

¹³ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.225

¹⁴ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.113

lesiones, se daría la cualificación en el delito sexual, en concurso con el delito de que se trate.¹⁵

- Cuando el delito se efectuaba en una organización o un grupo criminal con esos fines.

En todos los casos del art. 183 del CP si el culpable se prevalía de su condición de autoridad o funcionario, se le imponía una pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, tal y como establecía el artículo 183.5 del CP.

Hay que mencionar que en aquellos casos en los que el menor de 16 años consentía y el autor tenía una edad o grado de madurez físico o psicológico próxima, se excluía de responsabilidad, excepto cuando se trataba del 183.2 del CP (agresión sexual). Esto era el resultado de la LO 8/2021 de Protección Integral a la Infancia y a la adolescencia frente a la Violencia¹⁶ y aparecía en el art. 183 quater.

Existían además otras conductas fruto de la reforma de 2015, en la que se tipificaba determinar a un menor, a participar en comportamientos de naturaleza sexual, o bien a presenciarlos, con un fin sexual, aunque el autor materialmente no formase parte de estos. El presenciar en este caso, se refería a que la persona visualizara de forma directa la relación sexual, y no lo hiciese a través de imágenes, ya que en este caso, nos encontrábamos ante un delito de difusión de material pornográfico contemplado en el art 186 CP.¹⁷

Este acto de determinar al menor se ubicaba en el art.183 bis, y se sancionaba con penas de prisión de 6 meses a 2 años, aunque en caso de presenciar abusos sexuales, se agravaba (pena de prisión era de 1 a 3 años). En todo

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.225

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.226

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.242

caso, se trataba de situaciones en las que no había violencia o intimidación, ya que si no, se estaría en el ámbito de la agresión sexual (188.2 CP).

Hay que tener en cuenta que en los casos el autor no participaba en la conductas sexuales, el tipo solo contenía conductas en las que el sujeto pasivo era menor de 16, ya que si fuera mayor de 16 y menor de 18 se estaría en el delito de exhibicionismo. Además también comprendía conductas en las que un adulto contactaba online con el menor y practicaba la masturbación ante la cámara, ya que se entendía que al ser online y realizarlo en directo, era algo más que material difusión de contenido pornográfico.¹⁸

Por otro lado, había que tener en cuenta que cuando se abusaba de un menor, mayor de 16 años y mediaba engaño o prevalimiento, había que acudir al 182.1 del CP, aplicado de manera restringida, ya que si existía jerarquía se aplicaba el 181.3.¹⁹

En lo que se refería al childgrooming²⁰, que se puede traducir al castellano como ciberacoso, y tenía lugar cuando se contactaba con el menor a través de medios telemáticos (art 183 ter apartado 1). En concreto se castigaba contactar con un menor empleando cualquier tecnología (internet, teléfono...) con el fin programar un encuentro y cometer alguno de los comportamientos penados en el art 183 y 189 CP. Además para que se diera este delito, debían de darse actos materiales que mostrasen ese acercamiento. Las penas se imponían en su mitad superior si existía coacción, intimidación o engaño. Por otra parte en su segundo apartado, también se castigaba el hecho de contactar con el menor para obtener material pornográfico bien de él o de un tercero, o para mostrarle fotografías en las que apareciesen menores. Lo relevante aquí no era

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.242

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.236

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.243

conseguirlo, sino intentarlo con embaucamiento, es decir, con engaño o manipulación, aprovechándose de su falta de experiencia sexual.

Otros autores definían el *child grooming* como una modalidad de acoso infantil efectuada a través de las TIC, basada en el engatusamiento, embaucamiento o engaño. Es decir, entienden que son acciones realizadas deliberadamente con el objetivo de establecer una relación de cercanía con el menor, y ejercer sobre el un control emocional, para así acometer después un abuso sexual.²¹

Un sector de la doctrina, lo consideraba una tentativa del delito de pornografía.²² Por último hay que decir, que en este delito, de nuevo se buscaba proteger la indemnidad sexual y que solo cabía en modalidad dolosa, errores vencibles sobre la edad de la víctima no generaban consecuencias penales.²³

El exhibicionismo del art 185 CP se aplicaba cuando la víctima era menor de 18, pero mayor de 16 años, o cuando se trataba de una persona con discapacidad necesitada de protección. Aparecía castigado con una pena de prisión de 6 meses a un año, o con una multa de 12 a 24 meses. Consistía en una conducta en la que persona ejecutaba o que hacía ejecutar a otra “actos de exhibición obscena”²⁴, es decir, exhibía sus órganos genitales a un extraño para excitarse, sin intención de tener relaciones sexuales. Es un delito que solo cabía en modalidad dolosa, se tenía que hacer con intención de provocar sexualmente, de manera que efectuar las necesidades en la vía pública, o tomar el sol al desnudo no eran conductas que se integrasen en el tipo, salvo si se cometían cerca de colegios o centros escolares.

²¹ SERRANO TÁRRAGA, M. D., & Vázquez González, C. (2023). *Derecho penal. Parte especial* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. pp.263-265

²² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.237

²³ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.221,231

²⁴ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. pp 250-251

La difusión de material pornográfico aparecía en el art. 186 CP donde lo se castigaba era la “*venta, difusión, o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección*”. La pena era la misma que en los casos de exhibicionismo. En cuanto al material pornográfico, su formato era irrelevante, pero se excluían representaciones artísticas no desagradables de observar por una persona de cualquier edad. Además se tenía que poner a disposición de la víctima de manera directa, y tenía que existir un ánimo lascivo, el querer implicar a la víctima en una conducta con connotación sexual, de manera que, la imprudencia, o el error sobre la víctima hacían que el hecho fuese atípico. Tampoco se consideraba la exhibición de imágenes con fines educativos un hecho constituyente de este delito.²⁵

Es importante comprender que se entiende por material pornográfico, para así compaginarlo con otros derechos fundamentales comprometidos, como son la libertad de expresión, o la libertad de producción y creación literaria o artística, A estos efectos se emplea, el criterio de contenido, entendiendo que tenga animo exclusivamente de excitación, y por el otro, el de carencia de todo valor artístico. Es la tendencia que sigue nuestro TS, traído del ámbito estadounidense²⁶.

La prostitución, según la RAE, se puede definir como un acuerdo de naturaleza sexual a cambio de una contraprestación o precio. Ejercer la prostitución no era un delito per sé, sino que lo que se tipificaba eran prácticamente todas las conductas que guardaban relación con ella. Lo que se protegía en el caso de que intervengan menores, era el acceso a una correcta educación en el ámbito sexual, y en el caso de personas con discapacidad, el que personas

²⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. pp 252-254

²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., & Carbonell Mateu, J.-C. (2022). *Derecho penal. Parte especial* (8a edición). Tirant lo Blanch. p.273

vulnerables no fueran un mero objeto para satisfacer los impulsos sexuales de otros.²⁷

El tipo básico aparecía contemplado en el art 188.1 del CP, y se hacía una distinción en el caso de que la víctima sea menor de edad (pero con más de 16 años), o una persona con discapacidad, en cuyo caso la pena de prisión era de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Por su parte, si la víctima era menor de dieciséis años, la pena de prisión era de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Lo que se castigaba era aquella conducta que “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución”, “se lucre con ello, o explote de algún otro modo” a las víctimas referidas en la parte superior.

Este tipo básico era aplicable aunque los menores consintiesen la prostitución y además se exigía, que el sujeto activo conociese que la persona prostituida era menor de edad o discapacitada, de manera que no cabía cometer el delito de manera imprudente, aunque se podían emplear indicadores para determinar si el autor conocía esta circunstancia tales como las relaciones previas o condiciones del lugar.²⁸

En el caso de que existiese violencia e intimidación, el art. 188.2 del CP, añadidas a las penas de multa previstas, se imponía la pena de prisión de cinco a diez años, si la víctima era menor de 16 años y de cuatro a seis en el resto de situaciones.

Por último, en el 188.3 del CP el delito aparecía cualificado, es decir, se aplicaba la pena superior en grado en el caso de que:

²⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.258

²⁸ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.258

- a) La víctima se hallase en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia.
- b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se imponía, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por su parte el artículo 188.4 tipificaba la conducta del cliente, es decir, se castigaba la conducta de aquella persona que solicitaba o aceptaba una relación sexual con personas menores de edad o con discapacitados a cambio de una remuneración o promesa, siendo la pena de 1 a 4 años de prisión (si era mayor de 16 años) o de 2 a 6 años de prisión (si era menor de 16 años). De esta manera, se castigaba a aquel que solicitaba o pagaba por las relaciones sexuales, pero además, por virtud del art 188.5, en el caso de que el autor cometiese otros delitos como abusar o agredir sexualmente de la víctima prostituida, las penas se acumulaban.

En lo que se refiere a la explotación sexual y a la corrupción de menores o discapacitados, había que estar a lo que dice el artículo 189 del CP, que tipificaba distintas conductas²⁹:

- a) En primer lugar se prohibía, tanto la pornografía infantil, como aquella pornografía en la que intervenían personas discapacitadas. La pornografía infantil abarcaba: 1) representaciones visuales explícitas de menores efectuando relaciones sexuales tanto reales como simuladas 2) representaciones visuales de órganos sexuales de menores con fines sexuales 3) Todo material visual que simulase a un menor participando en una conducta sexual, salvo que la persona que lo representa tuviese más de 18 años. Se incluían imágenes realistas aunque no fueran reales, descartando el manga o los dibujos animados y también las que se creasen virtualmente, pero no materiales de audio o escritos por sí solos.
- b) También se prohibía el empleo de menores o discapacitados en espectáculos exhibicionistas.
- c) En relación con las dos anteriores se prohibía la captación, es decir, los actos preparatorios previos a realizar el material pornográfico o exhibicionismo, donde lo relevante era que al momento de captarle la víctima fuera menor de edad, y no tanto que al momento de participar en las conductas fuera mayor de edad. En el caso de el sujeto pasivo fuese menor de 16, y se hubiera contactado empleando las TIC, pero no se hubiese conseguido la elaboración habría que acudir al 183 ter.
- d) Además se castigaba la financiación y el lucro relacionado con las actividades exhibicionistas, y casi todo lo relacionado con las actividades pornográficas: financiación, lucro, pero también vender, facilitar,

²⁹ MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho penal: parte especial* (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. pp 260-266.

producir, distribuir, poseer para estos fines, o el simple ofrecimiento. También se perseguía la mera asistencia a espectáculos.

- e) La posesión de material pornográfico en el que intervenían menores y discapacitados para uso personal. Esto era criticado por algunos autores como MUÑOZ, por ser una intromisión en la vida privada, y por perseguir una conducta que si bien puede considerarse “inmoral”, realmente no perjudicaba al bien protegido de indemnidad sexual, al haberse efectuado ese daño en el bien al momento de la grabación. Además el autor ponía de relieve que las penas son similares en el caso de conductas muy diversas, ya que el mero acceso, sin descarga a estos contenidos, era penado de la misma forma que la adquisición, lo que puede dar lugar a penalizar un acto de curiosidad.
- f) También aparecía recogido el incumplimiento de los deberes asistenciales, es decir, el caso en el que el que tiene encomendado la potestad, tutela, guarda o acogimiento, conoce de alguna de las circunstancias anteriores, de prostitución o corrupción de menores, y no hacía nada para evitar su continuación. En este sentido el Ministerio Fiscal, podía privar a la persona que cometiese este delito de su cargo.

3. REGULACIÓN TRAS LA REFORMA

La tradicional distinción entre la abuso y agresión sexual se suprime tras la LO 10/2022 del 6 de Septiembre.

El tipo básico de agresión sexual a menores de 16 años se ubica en el art 181.1 del CP y dice que *“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”*.

La redacción de este artículo, incluye tanto los anteriores abusos sexuales como las agresiones sexuales, desapareciendo la distinción a nivel formal. Sin embargo para la cualificación del tipo, debe seguirse determinando si existe o no violencia o intimidación, tal y como se desprende del art 181.2 del CP. Además el citado artículo menciona los actos de carácter sexual *“que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor”*, de manera que tras la reforma, al abuso sexual, no se le exige ya que haya un contacto físico sexual entre el autor y la víctima, lo cual es una diferencia que antes solo se contemplaba para las agresiones sexuales. Con respecto a la pena, para el delito de agresión sexual se aplica la pena que tenía anteriormente el abuso sexual, pero integra un mayor número de conductas con un tratamiento penal más severo con respecto a la situación previa a la reforma: 183 bis (de determinación del menor, antes castigados con penas de prisión de 6 meses a 2 años).³⁰

El tipo cualificado se ubica en el 181.2 que dice: *Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.*

Es decir, en el caso de que se emplee: violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, de vulnerabilidad de la víctima, los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o con una situación mental delicada y aquellos en los que la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, la pena de prisión es de 5 a 10 años. De esta manera al mantener violencia e intimidación como un supuesto cualificado, se respeta de alguna manera la distinción anterior de abuso y agresión, manteniendo las mismas consecuencias para el agresor. Con esto, no solo busca proteger la indemnidad sexual, sino también la libertad sexual.³¹

³⁰ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), pp 103-105

³¹ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.259

Aquí la relación de superioridad se basa en cualquier circunstancia, pero en el caso de que la efectúen el ascendiente, tutor, el curador, o personas encargadas de la víctima no se aplica la cualificación del 192.2 CP.³²

El artículo 181.3 del CP, establece lo que se conoce como un tipo privilegiado, de manera que, el órgano jurisdiccional, de forma motivada en la sentencia, puede, “en atención a la menor entidad del hecho” y teniendo en cuenta todas las circunstancias (incluyendo circunstancias personales del culpable), imponer la pena de prisión inferior en grado. Esto sin embargo no se puede efectuar si ha mediado violencia o intimidación o en el caso en el que se anule la voluntad de la víctima. Tampoco en los casos del apartado 5 del artículo (actuación conjunta de personas, violencia de extrema gravedad o trato vejatorio, relación de pareja con la víctima, situación de vulnerabilidad y en todo caso si es menor de 4 años, prevalimiento por razones de convivencia o parentesco o superioridad, empleo de medios peligrosos, uso de fármacos en aras de anular su voluntad, o la realización en el seno de una organización criminal).

En el art 181.4 se establece otro tipo cualificado (es lo que comúnmente se conoce como violación) con una regulación muy parecida, prácticamente idéntica a la que se daba en antiguo 183.3. De manera que cuando existe acceso carnal (por vía vaginal, anal o bucal) o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías. Se castiga con pena de prisión de 8 a 12 años (en el caso del tipo básico de agresión sexual 181.1) y de 12 a 15 años en el caso del 181.2 del CP.

En el art 181.5 aparecen otras cualificaciones, dando como resultado que la pena se eleve a la mitad superior. Es de aplicación a todas las agresiones mencionadas anteriormente, en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

³² PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22) p.106

- 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.

Este artículo es el equivalente al antiguo 183.4 del CP anterior a la reforma, aunque que en este caso, se han añadido como agravantes, el hecho de que la víctima sea pareja del autor y el hecho de que se anule la voluntad de la víctima mediante el suministro de fármacos.

Con respecto a la primera circunstancia, hace una analogía, ya que esta precisión se contenía en los delitos cometidos contra víctimas mayores de 16 años (art. 181.4 d). Por su parte, la sumisión química, era una circunstancia que se contemplaba con respecto a víctimas mayor de 16 años (art 180.1.7ª), pero que no formaba parte del elenco de los delitos cometidos contra menores de 16 años. Determinados autores opinan que no es esencial, ya que se puede reconducir a la en la circunstancia de la letra c) de especial vulnerabilidad. Además se da una ampliación con respecto a la anterior regulación en la circunstancia b), añadiendo los casos en los que la agresión va “precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad”. Al existir la cualificación de empleo de medios peligrosos, parece que la “violencia de extrema gravedad” hace referencia a supuestos extrema crueldad, donde se dan puñetazos o patadas a la víctima.³³

En el caso además de que se den dos o más de las cualificaciones, las penas se imponen en su mitad superior (Art 181.6 del CP).

Se mantiene por otro lado el tipo cualificado cuando quien comete la agresión sexual es una autoridad, agente o funcionario. Pasa de estar en el 183.5 de la regulación anterior a ubicarse en el 181.7, con idénticas penas.

La última modificación sustancial, ya mencionada antes, pero que ahora se va a explicar de una manera más detallada, es la que introduce el 182 del CP, cuando se hace presenciar a un menor de 16 años actos sexuales. Esto se castiga con una pena de prisión de 6 meses a dos años, que asciende si lo que se hace presenciar son delitos contra la libertad sexual, siendo la pena de prisión de 1 a 3 años.

Antes esto se encontraba en el 183 bis, y se incluían dos conductas: 1) determinar o inducir al menor para que tenga relaciones sexuales (antigua corrupción de menores), que tenía lugar cuando el menor realizaba actos consigo mismo o con otros, a petición de un tercero y 2) hacer presenciar al

³³ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.111

menor actos sexuales. La determinación ahora esta en el tipo básico de agresión sexual aumentando cualitativamente su sanción, ya que antes se penaba con pena de prisión de 6 meses a 2 años, y ahora con pena de prisión de 2 a 6 años, que puede ser mayor si se añaden los agravantes mencionados. Con respecto a la segunda conducta se da solapamientos con el artículo 185 de exhibicionismo, lo cual era criticado antes de la reforma y no se ha modificado. Así al estar ambos delitos vigentes, lo que se aplica es el criterio de especialidad, de manera que cuando son menores de 16 se aplica 182.1, que tiene una pena más grave que el 185 (que es para menores de 18).³⁴

El childgrooming o ciberacoso, ahora se contempla en el artículo 183,1 los cambios en la redacción no han sido significativos. Sin embargo, tras la reforma, el fin tipo penal puede ser el de cometer una agresión sexual, que no exige contacto físico con el autor. Así, antes, contactar con un menor para pedirle que se masturbara en su presencia, era determinarlo a realizar un comportamiento sexual y esto se considera child grooming.³⁵

Con respecto al exhibicionismo, difusión de la pornografía, explotación sexual y a la corrupción de menores, dichos preceptos no se han visto afectados por la reforma de 2022.

El artículo 183 bis, pone de manifiesto que salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas del 178.2, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluye 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. Esto no se ha modificado con respecto a la regulación anterior, la cual en su momento fue

³⁴ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.116

³⁵ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.115

muy criticada por su redacción. Este precepto se introduce para amortiguar el impacto que supuso la elevación de 13 a 16 años.³⁶

4. CRÍTICAS A LA REFORMA

- 1) Dentro de los delitos efectuados a menores de 16 años, se excluye a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, las cuales pueden tener un nivel de desarrollo próximos a los sujetos que se trata de proteger. En su lugar, los actos cometidos contra discapacitados, se enjuician atendiendo a los tipos generales. Esta era una cuestión pendiente antes de la reforma, que no se ha modificado y que la doctrina pone de manifiesto.³⁷
- 2) Se ha eliminado el anterior delito de abuso de menores de edad entre 16 y 18 años cuando se efectúa a través de engaño o prevalimiento, que pasan a regularse ahora en los tipos generales, lo cual parece poco lógico dado que el grado de madurez de estas personas puede ser similar.³⁸
- 3) La ley fija la falta de madurez en los 16 años, de manera que prohíbe cualquier acto de naturaleza sexual con menores de 16, ya sea por participación en relaciones sexuales, o inducción, entendiendo que no tienen la consciencia necesaria para comprender el acto. De manera que, si no se tiene en cuenta la voluntad, cómo se explica la nueva redacción el título “Delitos contra la libertad sexual” que no contempla la indemnidad.

³⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & ESPAÑA. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.203

³⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.256.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.256.

La doctrina ha manifestado que el cambio introducido plantea situaciones injustificadas, ya que proteger el ámbito de desarrollo sexual no supone negar la libertad. Además la nueva denominación olvida la consideración de un espacio necesitado y digno de protección, como es el correcto desarrollo de la madurez sexual. No parece razonable negar validez al consentimiento y hablar de libertad sexual, estableciendo luego una cláusula de atipicidad cuando el menor realice los actos sexuales con otra persona cercana en «edad» y «grado de madurez», lo que de nuevo nos recuerda la idea de protección del proceso de formación en el ámbito de la sexualidad³⁹.

La rebaja de la edad de consentimiento a los 16 años introducida por la LO 1/2015 se interpretó que era un requerimiento de la Directiva 2011/93/ UE, pero la doctrina establece que no necesariamente debía ser esa, y que en todo caso, debía hacerse atendiendo a las particularidades del Derecho nacional, sin olvidar que en muchos países caben los matrimonios a partir de 14. Este aspecto tampoco se ha modificado con la reforma, aunque se permite que si hay proximidad y consentimiento del menor se excluya la responsabilidad, lo cual se infiere del 183 bis.⁴⁰

Esto trae problemas y ya se manifestó en las sesiones parlamentarias de la LO 1/2015, la decisión de una edad tan tardía fue tildada de proteccionista, o alejado de la realidad, dado que es habitual encontrarse con conductas de este tipo en personas menores. Con anterioridad se fijaba a los 13 años, aunque el Comité de Derechos del Niño, había sugerido su elevación⁴¹.

³⁹ MARTÍNEZ GALINDO, G. (Dir.). (2024). *La reforma de los delitos sexuales*: (1 ed.). J.M. BOSCH EDITOR. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/273792> p.218

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.256

⁴¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.199

4) Se dan problemas a la hora de aplicar las cualificaciones del 181.2 y las del 181.4 que es lo que conoce como el bis in idem, ya que se solapan:

- Con respecto a la actuación conjunta. Hay autores que creen que si la actuación conjunta crea intimidación ambiental, en ese caso debe aplicarse el 181.2, porque ya esta recogida la intimidación, pero si atendiera a otra circunstancia como la superioridad, y además existiera actuación conjunta, en ese caso sí se aplicarían ambas cualificaciones.⁴²
- Con respecto a la especial vulnerabilidad contemplada en el 181.4 (por razón de edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años), y la cualificación del art. 181.2 (vulnerabilidad de la víctima, personas que se hallen privadas de sentido o con una situación mental delicada y aquellos en los que la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad). La doctrina cree que solo no hay bis in idem cuando la víctima es menor de 4 años⁴³.
- Existen problemas con el 192.2 CP y prevalimiento del 181.4 cuando lo comete ascendente.
- Con respecto a la sumisión química⁴⁴ (181.4 CP), y la circunstancia agravante: víctima privada de sentido o con la voluntad anulada (181.2 CP).
 - En caso de que la víctima quede inconsciente por empleo de fármacos hay bis in idem, ya que en ambos casos se anula la voluntad.

⁴² PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.111

⁴³ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), p.112

⁴⁴ PEREGRÍN, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), pp.114-115

- Si la víctima no queda inconsciente y se aplican acumulativamente ambos agravantes, se dan incoherencias ya que el que suministra para anular la voluntad (pena de prisión de 4 a 6 años), recibe una pena inferior al que se aprovecha de la anulación de voluntad (prisión de 5 a 10 años por aplicación del 181.2). En el caso de entender que no hay tal solapamiento entre ambas se dan inconsistencias de nuevo, ya que proporcionar a la una sustancia sin acceso carnal se penaría más que una relación sexual con violencia.

5. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DERIVADOS DE LOS DELITOS SEXUALES A MENORES DE EDAD

5.1 DELITOS SEXUALES ENTRE ADOLESCENTES

Existe una problemática en referencia a los delitos sexuales que son cometidos por menores de edad.

Esto es así porque, el art 19 del CP impide que menores de 18 años puedan ser responsables por los delitos contenidos en el código, y en su lugar, haya que acudir la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), que opera cuando los sujetos son mayores de 14 pero menores de 18 (art.1 LORPM).

En todo caso, los menores de 14 son inimputables penalmente, de manera que se tiene en cuenta la normativa civil (art 3 LORPM), pese a que, cuando se ataca la libertad sexual o indemnidad sexual, se pueda efectuar un plan de seguimiento (art 17 bis LO 1/1996). El hecho de fijar la edad de responsabilidad

penal en 14 años está en consonancia Observación General nº24 (2019) del Comité de derechos del niño.⁴⁵

Esto supone que desde ámbito penal nunca van a ser responsables, pero no hay que dejar de lado que, nada impide que sean un riesgo o a que cometan nuevamente la conducta delictiva. De hecho, sus comportamientos, son igual de graves que los que pueden cometer los mayores. Ya la Fiscalía General del Estado en el año 2011, ponía de manifiesto que la intervención de la Administración, no solo se tiene que aplicar cuando los menores están desamparados, sino que, ya que no cabe una respuesta judicial, al menos se de una respuesta especializada tanto previa como posterior, con medidas educativas o psicoterapéuticas.⁴⁶ Es necesario que los sujetos perciban que hay alguna consecuencia de sus actos, para impedir nuevas agresiones en el futuro, y para poder respetar así los derechos de las víctimas, que además, en muchas ocasiones suelen ser menores.

Esto ha llevado a profesionales de la justicia, como Teresa Gisbert⁴⁷ (Fiscal superior de la Comunidad Valenciana) a pedir rebajar la edad de responsabilidad penal mínima de 14 a 12 años para delitos sexuales, siempre que las sanciones no sean un “puro castigo”, y estén enfocadas a la reeducación, ante el incremento de este tipo de conductas desde 2021.

La LORPM, establece que las infracciones genéricas contempladas en el Código Penal, se apliquen también a los sujetos activos entre 14 y 17 años, sin embargo en este caso, no existe una pena, sino que en su caso se aplican medidas educativas provenientes del artículo art. 7 (internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico, libertad vigilada, prestaciones en beneficio de la comunidad...). Es interesante conocer, que tras la reforma LO

⁴⁵ GARCÍA ESTEBAN, DAVID. *Delitos sexuales entre adolescentes* [Artículo en línea]. Lefebvre. Edición digital. Madrid: Elderecho.com, 2023. Disponible en: <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes> [Consulta: (22/03/2025)].

⁴⁶ MURO MARQUINA, A. (2021). Intervención con menores inimputables: una necesidad social. *Revista Encuentros de Educación y Psicoterapia*, 2.

⁴⁷ Las Provincias. (2022, 14 de noviembre). *El fiscal superior aboga por la imprescriptibilidad de los delitos sexuales a menores*. Recuperado el 23/03/2025, de <https://www.lasprovincias.es/sucesos/fiscal-superior-aboga-2022114132556-nt.html>

10/2022, en el caso de atentar contra la libertad sexual, imponen accesoriamente, programas formativos en educación sexual e igualdad (art 7.5 LORPM)⁴⁸. En todo caso como el derecho penal de menores tiene una función educativa, las medidas se imponen de manera flexible (se pueden modificar y extinguirse anticipadamente según el desarrollo del menor) y deben atender especialmente a la edad y al interés superior del menor, no pudiendo las medidas privativas de libertad superar la duración que tendría la pena si la cometiera un mayor de edad. Para poder modificar la medida el caso de los delitos que atentan contra la libertad sexual, es necesario que el menor haya cumplido con los programas educativos del art 7.5 (art 13 LORPM). Hay que recordar, que la LORPM no contempla una franja de duración de las medidas en los tipos, sino reglas para su determinación, generales, y especiales (art 9 y 10).⁴⁹

El órgano encargado de investigar estos delitos es el Ministerio Fiscal, que no siempre esta obligado a incoar el expediente, así, cuando el menor comete un delito, que no es grave y no hay sospecha de que el menor vaya a reincidir, se puede desistir por el principio de oportunidad (art 18 19 y 27.4 LORPM). Sin embargo el artículo 192.3 del CP considera que las agresiones sexuales son siempre graves, de manera que a efectos prácticos se excluye la posibilidad de desistir en estos casos, al igual que en los supuestos de conciliación o reparación del menor con la víctima (art 19 LORPM) como se explicará más tarde. Contemplar todos los delitos de agresión sexual como graves, hace que sean de aplicación los art 7.5 y 10 de la LORPM, que no hace distinción en el caso de la tentativa, o cuando el autor actúa como cómplice. Esto parece poco lógico, dado que uno de los objetivos del Derecho penal, es la reeducación y reinserción del menor, no finalidad punitiva.⁵⁰

⁴⁸ GARCÍA ESTEBAN, DAVID. *Delitos sexuales entre adolescentes* [Artículo en línea]. Lefebvre. Edición digital. Madrid: Elderecho.com, 2023. Disponible en: <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes> [Consulta: (22/03/2025)].

⁴⁹ CARDENAL MONTRAVETA, S. (2025). El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española. *Revista Mexicana De Ciencias Penales*, 8(25), 1–20. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v9i25.828> p.5,10.

⁵⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S. (2025). El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española. *Revista Mexicana De Ciencias Penales*, 8(25), 1–20. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v9i25.828> pp.4-12

La doctrina de hecho, ha venido criticando el punitivismo creciente en la legislación de menores, en la medida en que se ven comprometidos el principio de flexibilidad y el principio del superior interés del niño. Las razones de esto son, que fruto de la reforma de 2022, las medidas de internamiento en régimen cerrado ha pasado a ser obligatorias, lo que unido a una redacción amplia de los tipos, y a la limitación de las facultades de modificación (solo se podrá hacer uso de las facultades de modificación, aunque el interés del menor así lo aconseje, cuando haya realizado la específica formación en educación sexual y educación), “han hecho que el sistema derive en un sistema juvenil de seguridad o securitario”.⁵¹

El art. 14 LORPM permite que, cuando el menor de edad alcance los 18 años, sin haber finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado, el juez de menores pueda acordar su ejecución en un centro penitenciario de adultos.

En el caso en que la infracción penal la cometan conjuntamente menores y mayores de edad, los primeros quedan a disposición de la fiscalía, mientras que los adultos pasan a disposición del Juzgado de Instrucción competente.

5.2 LAS CONSECUENCIAS DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL O A MENORES DE EDAD

No existe un conjunto de síntomas asociados al abuso sexual⁵², ya que estos varían según la persona, y según el acto sexual realizado, la frecuencia, la relación con el agresor, el empleo o no de fuerza, y la edad de la víctima. Además intervienen otros factores no relacionados con el acto sexual en sí, como es el entorno que rodea a la víctima (de tipo familiar, de maltratos). Aun

⁵¹ COLÁS TURÉGANO, M. A. (2023). Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del "solo sí es sí" (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

⁵² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & ESPAÑA. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch. pp 169-171.

así, es cierto que las personas que se han visto sometidas a estas conductas traumáticas suelen desarrollar determinados problemas de tipo mental, emocional, social, comportamentales y también físicos.

En el caso de los niños que están en edad preescolar, se aprecian retrasos en el desarrollo, una tendencia al aislamiento, aparición de cuadros de ansiedad, bajo rendimiento académico, conductas agresivas, autolesivas y suicidas. También aparecen patrones de alimentación alterados, consumo de drogas y aparición de comportamientos sexuales tempranos y una tendencia a las relaciones sexuales sin protección. Estos síntomas pueden aparecer bien de manera inmediata o permanecer latentes y emerger en el futuro. Con todo, pese a que los efectos tienden a disminuir a lo largo de los años, las personas que lo han sufrido, al alcanzar la adultez son más propensas a padecer trastornos emocionales y problemas de salud graves.⁵³

En estas víctimas suelen aparecer unos patrones sexuales alterados con el paso de los años, tales como, tener relaciones de sexo con desconocidos, intercambiar sexo por dinero o drogas, o mantenimiento de relaciones sexuales por coacción. En general hay una mayor tendencia a la promiscuidad y una mayor insatisfacción sexual, que muchas veces da lugar a la aparición de problemas a la hora de establecer relaciones de pareja (infidelidades, elevado número de relaciones de duración corta, problemas de comunicación). Además en un 11% de los casos, las víctimas sufren experiencias posteriores de violencia física y/o sexual cometida por otras personas.⁵⁴

Se ha determinado, que en los casos en los que existe contacto físico, ya sea por medio de tocamientos, masturbación y especialmente en el caso del acceso carnal, hay un mayor riesgo de padecer estos trastornos. Los trastornos más comunes presentes en las víctimas que han sufrido abuso son, ansiedad,

⁵³ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & ESPAÑA. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch. pp 169-171.

⁵⁴ REAL-LÓPEZ, M., PERAIRE, M., RAMOS-VIDAL, C., LLORCA, G., Julián, M., & Pereda, N. (2023). Abuso sexual infantil y consecuencias psicopatológicas en la vida adulta. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40(1), pp.13-30.

depresión, y conductas suicidas, además la depresión suele ser más severa en los casos de incesto.⁵⁵

Además existen una serie de indicadores que deben alertar o hacer sospechar del abuso, como son daños físicos, tales como enrojecimientos o picazón en zonas genitales y anales, heridas, moretones, aparición de ETS o embarazos. También aparece una sintomatología física sin causa médica aparente, como es el caso de que las víctimas repentinamente hagan sus necesidades sin razón, o presenten vómitos y náuseas. También es común que aparezcan convulsiones o pérdidas de consciencia por el sometimiento a estos maltratos, y aparición de dolores de cabeza o palpitaciones. Uno de los factores claves en la detección de estas conductas con los cambios marcados en el comportamiento, pues, los niños suelen mostrar una falta de interés, tristeza, vergüenza, miedo sin razón aparente o conductas regresivas propias de una edad inferior a la que tienen.⁵⁶

Los estudios alertan que, la franja de edad más frecuente es de los 5 a los 10 años, siendo el autor en los casos de abusos intrafamiliares, los familiares de primer grado, habitualmente padres. Además hay una tendencia a que estos abusos se prolonguen durante años.⁵⁷

5.3 LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

La justicia restaurativa pretende “reparar el daño material y moral a la víctima”. Se parte de cuando se comete una infracción, la víctima y el transgresor se colocan en planos de desigualdad, de manera que lo que se pretende es reequilibrar esta relación asimétrica. Para poderla efectuar, se exige por un

⁵⁵ REAL-LÓPEZ, M., PERAIRE, M., RAMOS-VIDAL, C., LLORCA, G., Julián, M., & Pereda, N. (2023). Abuso sexual infantil y consecuencias psicopatológicas en la vida adulta. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40(1), pp.13-30.

⁵⁶ REAL-LÓPEZ, M., PERAIRE, M., RAMOS-VIDAL, C., LLORCA, G., Julián, M., & Pereda, N. (2023). Abuso sexual infantil y consecuencias psicopatológicas en la vida adulta. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40(1), pp.13-30.

⁵⁷ REAL-LÓPEZ, M., PERAIRE, M., RAMOS-VIDAL, C., LLORCA, G., Julián, M., & Pereda, N. (2023). Abuso sexual infantil y consecuencias psicopatológicas en la vida adulta. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40(1), pp.13-30.

lado el consentimiento de la víctima, que debe ser libre e informado, y por otro lado el reconocimiento de los hechos efectuado de manera previa a la infracción. No se permite acudir a esta cuando se ponga a en riesgo a la víctima, o cuando le suponga un menoscabo. Esto aparece contemplado en el preámbulo del Estatuto de la víctima del delito.

A estos efectos se pueden efectuar encuentros con los agresores sexuales, para los que previamente se prepara ambas partes. El resultado de los encuentros no tiene por qué ser satisfactorio o terminar con el perdón de la víctima. A lo largo de todo el procedimiento, se intenta que la víctima no sea revictimizada para lo cual se introduce la figura de los facilitadores, que son expertos especializados en estas materias, que pueden poner fin al procedimiento en cualquier momento. Las conversaciones en todo caso no tienen por qué ser cara a cara, lo más normal es que se hagan de forma no presencial, pero lo relevante es que todas las preguntas estén pactadas de antemano. Lo que se pretende con estos encuentros es que el autor se disculpe y de esa manera se pueda llegar a restablecer el equilibrio entre ambos. Es importante recordar que aceptar las disculpas no implica perdonar.⁵⁸

La justicia restaurativa permite a las víctimas ser escuchadas desde una perspectiva de supervivientes, cambiando así la percepción que se da por sentado de que sus vidas han quedado destruidas. Se pretende así que cambie la narrativa, y que las víctimas obtengan respuestas a sus inquietudes, tales como ¿por qué yo? ¿por qué lo has hecho? ¿a cuantas personas le has hecho lo mismo? ¿lo vas a hacer en el futuro? ¿eres consciente de daño que has ocasionado? ¿te arrepientes? Los efectos no solo contribuyen a la recuperación de la víctima, sino también a la posible cambio o transformación del agresor.⁵⁹

⁵⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.382-393

⁵⁹ European Forum for Restorative Justice. (s. f.). *La justicia restaurativa y la violencia sexual* [European Forum for Restorative Justice]. [https://www.euforumrj.org/sites/default/files/202104/EFRJ Thematic Brief RJ and Sexual Violence ES.pdf](https://www.euforumrj.org/sites/default/files/202104/EFRJ%20Thematic%20Brief%20RJ%20and%20Sexual%20Violence%20ES.pdf).

En el caso de España su aplicación ha sido limitada, pues se ha prohibido usar la mediación primero en casos de violencia de género (L.O.1/2004), y más tarde en los casos de violencia sexual (L.O.10/2022). El art. 3.1 de la Ley 4/2015 añade como segundo inciso: «En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género». Una parte de la doctrina ha venido criticando esta medida como paternalista, pues aparte de limitar la libertad de la víctima, se percibe la relación como irrecuperable lo cual tiene poco sentido en el caso de delitos leves, y por la homogeneización que se le da a todas las conductas (no es lo mismo tocar el trasero de alguien sin su consentimiento que efectuar una violación, la gravedad es diferente). Otra de las críticas es el alcance de la misma referida a la mediación extrajudicial. En respuesta a la crítica tradicional de que la justicia restaurativa no disuade a los agresores sexuales de cometer nuevos delitos, entendiendo que lo que verdaderamente disuaden son las penas de cárcel, y no el dialogo, la reparación. En este sentido no hay que olvidar que no ha existido una reducción o una minoración a la frecuencia de este tipo de delitos, pese a castigo de los autores en penales. En mi opinión debe de considerarse algo complementario, y si se evidencia que hay efectos positivos en su realización, debería de permitirse. No hay que olvidar que en muchas ocasiones, el delito puede haber prescrito, o la víctima puede haber decidido guardar silencio.⁶⁰

Autoras como ÁLVAREZ BUJÁN han manifestado que “previo empoderamiento de la víctima, si se garantiza su seguridad, podría resultar sanador”, además de que contribuiría ayudar a la responsabilización y reeducación del autor de los hechos⁶¹.

Esto en lo que respecta a los adultos, sin embargo, en el caso de menores, se permite una cierta conciliación (más bien mediación) en materia de violencia

⁶⁰ ROMERO SESEÑA, P. (2023). El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2023, p.30.

⁶¹ MARTÍNEZ GALINDO, G. (Dir.). (2024). La reforma de los delitos sexuales: (1 ed.). J.M. BOSCH EDITOR. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/273792> p.341

sexual reforzando las garantías⁶². En el caso de los delitos contra la libertad sexual o delitos de violencia de género, antes de la reforma de la L.O.10/2022, era posible el sobreseimiento del expediente si el menor y la víctima llegaban a un acuerdo de conciliación o reparación extrajudicial, ahora no habrá conciliación automática, salvo que⁶³:

- La víctima lo solicite expresamente.
- El menor haya completado una medida accesoria de educación sexual y educación para la igualdad.

5.4 EL ARTÍCULO 183 BIS: CONCRECCIÓN DE SU SIGNIFICADO Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES.

Desde el código de 1848 hasta la introducción de la LO/2015, la edad mínima para consentir son los trece años, era una presunción iuris et de iure, de manera que por debajo de esa edad no existía consentimiento. Cuando se eleva la edad a los 16, la presunción pasa a ser iuris tantum gracias a la introducción de un precepto que permite que cuando la persona sea próxima a la edad y madurez del menor, y haya consentimiento del menor, se libere la responsabilidad penal (art.183 bis).⁶⁴

Pero para entender esta eximente hay que concretar que se entiende por “edad”, “grado de desarrollo”, “madurez” o “proximidad”, los cuales son conceptos jurídicos indeterminados. En primer lugar, hay que decir que la edad cronológica no constituye por sí misma un criterio aplicable directamente sin tener en cuenta otras consideraciones, ya que desarrollo y madurez no tienen

⁶² MARTÍNEZ GALINDO, G. (Dir.). (2024). La reforma de los delitos sexuales: (1 ed.). J.M. BOSCH EDITOR. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/273792> p.341.

⁶³ GARCÍA INGELMO, F. M. (2022). La reforma de la Ley Orgánica 5/2000 (de responsabilidad penal de los menores) por la Ley Orgánica 10/2022, en materia de delitos sexuales. Apuntes críticos e interpretativos. SEPIN <https://blog.sepin.es/reforma-de-responsabilidad-penal-de-los-menores-en-delitos-sexuales>

⁶⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch. p.244

por qué corresponderse con esta. Algunos países como Canadá, presentan una franja entre los 2 y 5 años de diferencia en lo que se refiere a la prohibición de relaciones sexuales adulto-adolescente. En España existen algunas normas, como La Circular de FGE 1/2017, que trata de establecer unos segmentos de edad⁶⁵:

- Los impúberes menores de 4 años, tienen una prohibición total y absoluta. Aunque a veces se aumenta dicha edad en casos de vulnerabilidad, como es el caso de la SSTS 398/2015 (aquí se da circunstancia de que la menor agredida, ya tenía cumplidos los cuatro años, y dice el tribunal que, *“cinco años es una edad en la que se produce una situación de máxima vulnerabilidad en el proceso de maduración y formación de la personalidad, puesto que no se ha alcanzado un nivel de desarrollo mental ni físico que permita controlar u oponerse a la involucración en un contexto sexual. Así ocurrió en este caso, y además el dolo del autor abarcó tal circunstancia, porque, según el factum de referencia, se escudó especialmente en la imposibilidad que tenían los niños de oponerse a sus designios”*).
- Desde que se inicia la pubertad hasta los 13 años, el límite abarca hasta los 18 años, es decir las relaciones que se dan entre menores.
- Cuando se es joven entre 14 y 15 años, se permiten relaciones sexuales con personas de hasta 20 años, y excepcionalmente con jóvenes de hasta 24, si el grado de desarrollo o madurez es próximo.

Existe algún pronunciamiento en relación con edades muy alejadas, como es el caso de abusos sexuales entre un adulto de 46 años y una menor de 11 años. En ese sentido, el ATS nº 67/2016, de 21 de enero, excluye la aplicación de este artículo, conocido en el derecho comparado como la cláusula de Romeo y Julieta: *“Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos*

⁶⁵ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. pp.132-135.

«persona próxima por edad y madurez» no puede extenderse a supuestos como el presente; La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo».

Cosa parecida sucede con la STS nº 946/2016, de 15 de Diciembre, en este caso la relación se efectúa entre una menor que tiene 11 años de edad y un sujeto que es mayor que ella, en 8 años y 7 meses. En este caso la relación es consentida, y la situación es de *“seudonoviazgo o prenoviazgo existente entre el sujeto agente y la víctima, y la relativamente próxima edad entre los mismos (aunque fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el art. 183 quater del CP)”*, sin embargo por la diferencia de edad no se aplica.

En cuanto a la madurez, es un concepto abierto que depende de concepciones normativas, sociales, de manera que su análisis corresponde a los operadores jurídicos. Existe el concepto del menor maduro, donde se entiende que adolescentes y niños tienen la suficiente capacidad de discernimiento para tomar decisiones, en contra de la tradicional visión de incompetencia, la cual debe valorarse atendiendo a su contexto vital, social, a sus circunstancias particulares, y teniendo en cuenta la proporcionalidad, es decir que su competencia varía según la gravedad de la decisión (no es lo mismo tener relaciones sexuales, que realizar un acercamiento sexual, o buscar un embarazo...). La madurez esta ligada a las competencias cognitivas, que implican comprender los hechos y sus consecuencias.⁶⁶ En virtud de La Circular de FGE 1/2017, existe una subdivisión en el marco de los jóvenes adultos, por un lado, está la persona mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, la de los 21 a los 24 años. En este último tramo, las exigencias de comprobación de la similitud deben ser mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

⁶⁶ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. p.135.

En ese sentido la Sentencia núm. 262/2018 de 11 julio Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª), establece que sí resulta de aplicación la cláusula del art. 183 quater, para el caso de una menor próxima a los 15 años de edad y un acusado de 24, *“por cuanto la madurez sexual de la menor, que contaba con casi quince años de edad en el momento de los hechos (y no con once o menos de trece, como en los casos jurisprudenciales), impide apreciar un desequilibrio relevante y notorio con el acusado Ezequias, ni desde el punto de vista objetivo, ni subjetivo, toda vez que ambos jóvenes compartían amistades y lugares de ocio, pudiendo contextualizarse sus vidas, por tanto, en un entorno social próximo y afín. Es decir, aunque la diferencia de edad entre ambos jóvenes fuera de unos nueve años, el hecho de contar ella con casi quince años y él con veinticuatro, unido a que compartían entorno social, de amistad y lúdico (contexto simétrico), no puede equiparse bajo el prima de una mera aritmética a predichos supuestos en que la menor cuenta con once años y él con veinte, pues las vivencias, experiencias y grado de desarrollo a tan temprana edad, cualquiera que sea el contexto vital, es desigual res ipsa loquitur al inherente a un joven de veinte años”*.

Algunos factores a tener en cuenta para apreciar un grado de madurez semejante, son la existencia de formas de ocio similares, la existencia de amigos en común, el frecuentar discotecas o bares en común, la vida laboral, la independencia económica, o el contexto familiar.⁶⁷

En cuanto al “desarrollo personal”, este tiene un componente más amplio, incluye tanto la madurez, como otras capacidades emocionales, sociales, adaptativas, entre las que se incluye la experiencia, las expectativas, la cultura o el apoyo familiar. Con esto se pretende salvar aquellas circunstancias en las que un adulto o joven, mantiene contactos sexuales con menores, pero presenta un nivel de desarrollo inferior al menor, el cual cognitivamente puede ser más maduro que el adulto.⁶⁸ Prueba de ello es la Sentencia SAP Barcelona

⁶⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, 307-360. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615>. p.338.

⁶⁸ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. p.136.

132/2017 (ECLI:ES:APB:2017:1306). En ella el tribunal determina que, es de aplicación la eximente, pese la menor supuestamente agredida es menor de 12 con un CI de 70 diagnosticado, y el acusado tiene 18 años. Entiende que *“pese a las alteraciones psicológicas que se exponen en los informes periciales y de su edad, en el ámbito de las relaciones afectivas y sexuales tiene un nivel de experiencia y desenvoltura mayor al propio de su edad”, “la relación mantenida con María Antonieta no se basa en una posición de superioridad del acusado y de aprovechamiento de la diferencia de edad que hay entre ambos o por otra circunstancia, sino todo lo contrario. Es manifiesta la mayor iniciativa e insistencia de ella para mantener la relación, tanto antes como después del encuentro del coche, ante una cierta pasividad del joven”*.

La proximidad es difícil de determinar, como no hay un rango de edad establecido en la ley, ni inferior ni superior, sino solo aproximaciones contenidas en las circulares, hay que evaluarlo caso a caso. Parece que la ley exige dos proximidades, por una lado, proximidad en la edad cronológica, y por el otro, proximidad en el desarrollo y madurez, que se analiza después de la primera. Esto lo confirma El ATS nº 601/2017, de 23 de marzo exige que *“concurra conjuntamente la proximidad de edad y la proximidad madurativa”*. También la La STS nº 1001/2016, que en lo relativo a la edad *“no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre”, pero, “sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios”*. En ese sentido, se alega que *“se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso”*. El hecho de que haya que efectuar una doble evaluación lleva a que los resultados sean diversos en su aplicación, y a que la jurisprudencia en algunos casos sea

contradictoria⁶⁹. Ejemplo de esto es la STS 1001/216, del 18 de enero de 2017, donde existe una diferencia de edad de 8 años y medio, pero el encausado presenta *“un nivel intelectual inferior a la media, inmadurez teniendo en cuenta su edad cronológica con pobreza de relaciones interpersonales, escasas áreas de interés, baja capacidad de elaboración y resonancia afectiva, pobreza de contenidos del pensamiento y afectos asociados, dificultad para la anticipación de consecuencias de sus actos y conciencia moral, autoestima precaria...”*

Por otra parte cabe recordar que se tiene que dar un consentimiento por parte del adolescente que sea libre, es decir, no pueden darse impedimentos que lo anulen o que dificulten su formación. En ese sentido no caben conductas violentas, ni incapacidades (persona privada de sentido por razón de drogas, alcohol, sueño profundo o una enfermedad que limite la capacidad). Lo difícil aquí estará en la prueba de estas conductas.⁷⁰

Además para emitir el consentimiento, la información debe ser completa, veraz, oportuna, adecuada, y suficiente. Esto suele ser más difícil ya que el acceso a la información sexual se suele ralentizar en el caso de los menores. Esta implica, no solo conocer en que consiste el acto, sino también las circunstancias y consecuencias que determinan efectuar o no la interacción sexual. Según la edad, se exigirá más o menos conocimiento. En este sentido existen impedimentos como el error o la ignorancia, que sucede cuando el sujeto pasivo no tiene conocimiento al respecto o el conocimiento que se tiene es erróneo, en este caso el consentimiento está viciado. Aquí entrarían supuestos en el que el adolescente asume equivocadamente que el adulto tiene su edad, sin existir una intención de engaño por parte del adulto. Un paso más sería el engaño, que en el que el autor ya intencionadamente, utiliza elementos de manera fraudulenta para conseguir el consentimiento, el cual no se lograría de ninguna otra forma. Dicho engaño tiene que ser

⁶⁹ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch.

⁷⁰ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch.

suficiente.⁷¹ Además el consentimiento debe ser inequívoco y manifiesto (hay que exteriorizarlo, bien expresa o tácitamente, no valiendo conductas como el silencio o pasividad) y debe ser actualizado (se debe dar durante toda la relación sexual, pudiendo interrumpirse en cualquier momento si se cambia de parecer).⁷²

Además hay que recordar que no existe una presunción de consentimiento por el hecho de que se hayan dado previamente relaciones sexuales consentidas (STS 460/2022), y el hecho de que se quieran tener relaciones sexuales con una persona, no implica que se quieran tener con otras que aparecen en el lugar donde se están llevando a cabo.⁷³

Algunos autores como MAGRO SERVET, aluden a que el consentimiento puede estar condicionado a un acto concreto o a determinadas condiciones. El ejemplo clásico de esto es el de “*Stealththing*”, (“en sigilo”) cuando hay consentimiento en realizar el acto sexual, pero existe una retirada del preservativo sigiloso, de manera que se atenta contra la libertad de la víctima, la cual quería mantener relaciones sexuales previniéndose de embarazos o ETS mediante el uso del profiláctico. Pero pueden existir otros como, los casos en los que el sujeto activo aprovechando que la víctima va vendada, se intercambia con otra persona sin que este se lo aprecie.⁷⁴

Mención especial debe recibir el prevalimiento. En este caso se da consentimiento porque el sujeto activo, ya sea adulto o menor de edad, se encuentra en una situación de superioridad o confianza, que le da ventaja, y que impide que el niño o joven tenga la suficiente libertad como para decidir, accediendo a la interacción sexual. Para su determinación resulta útil la doctrina del TS (STS 841/2007) en la que se define prevalimiento como “*modus*

⁷¹ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. pp.121-128

⁷² GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch.p.129

⁷³ SERRANO TÁRRAGA, M. D., & Vázquez González, C. (2023). *Derecho penal. Parte especial* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. p.234

⁷⁴ SERRANO TÁRRAGA, M. D., & Vázquez González, C. (2023). *Derecho penal. Parte especial* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. p.232

operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente 2) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima 3) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima. Como ya comente anteriormente, no solo se entiende por razones de relación laboral, sino también pueden ser por parentesco, relación docente, noviazgo o desamparo, entre otras. Cuando la diferencia de edad es muy grande, o la víctima es inmadura, se puede apreciar prevalimiento, pero no de manera inmediata, sino que tiene que ser de tal entidad que lleve a la víctima a dar su consentimiento.⁷⁵

Es decir, la edad se tiene que ponderar, pero debe de analizarse conjuntamente con otras circunstancias, tal y como se deduce de la STC 379/2002, del 6 de Marzo: *“Por tanto, es claro, el dato cronológico no opera de forma automática, sino sólo en la medida en que contribuye efectivamente a colocar a una persona en una situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de determinarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (así, en sentencias de 14 de febrero, 17 de marzo y 26 de mayo de 2000).*

En los casos en los que hay prevalimiento, no es aplicable la eximente del 183 bis, se entiende que no hay libre consentimiento, que este está viciado.

En el caso del autor adulto, cumpliéndose las circunstancias del art. 183 quater, procederá se procede al sobreseimiento del art. 637 nº 2 LECrim.

Por otro lado, pese a que el tenor del artículo configura la cláusula como una eximente completa, es decir para poderse aplicar tienen que darse conjuntamente el requisito del consentimiento, edad, y proximidad, tanto la Circular de la Fiscalía General del Estado como la jurisprudencia, ha permitido

⁷⁵ GONZÁLEZ AGUDELO, G. (2021). *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (Artículo 183 quater del Código Penal)* ([1ª edición]). Tirant lo Blanch. p.128

su aplicación parcial como atenuante. Es decir, cuando exista consentimiento, pero solo parcialmente los demás requisitos será posible la aplicación de este artículo como una atenuante analógica, incluso como muy cualificada. Este último caso se da cuando concurren dos de los tres elementos de la exclusión de responsabilidad penal que contempla el artº 183 quáter CP (consentimiento y edades próximas) siendo el consentimiento fundamental, y existiendo cierta simetría en el grado de desarrollo y madurez.⁷⁶

Por todo lo expuesto, se puede decir, que la cláusula es poco precisa, y que la necesidad de atender al caso concreto, hace que en muchas ocasiones se den sentencias contradictorias, debido a la importancia de la interpretación y análisis de los operadores jurídicos a la hora de apreciar las circunstancias. De hecho, dentro de la jurisprudencia es común distinguir que⁷⁷:

- Hasta 6 años (inclusive) de diferencia, jurisprudencia opta mayoritariamente por apreciar la proximidad de edades, con muy pocas excepciones.
- Entre 6 y 9 años de diferencia, se opta por no apreciar la mencionada proximidad, asimismo con contadas excepciones.
- 10 años es el límite superior, desde el punto de vista jurisprudencial, de aplicación de la cláusula, al menos por el momento.

Algunos autores como GÓMEZ TOMILLO, han señalado que se trata de “cláusula muy abierta, difícilmente compatible con la seguridad jurídica y que va

⁷⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, 307-360. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615> p.348.

⁷⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, 307-360. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615> p.337

a permitir pronunciamientos judiciales muy diversos según las convicciones, educación o prejuicios de cada juzgado.⁷⁸

5.5. EL ERROR EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES

Para que se entienda cometido el acto delictivo es necesario que el que el sujeto conozca qué implica realizar el acto de naturaleza sexual (conocimiento) y voluntad de efectuarlo, que es lo que se conoce como el dolo. No se exige un ánimo específico libidinoso⁷⁹ Tradicionalmente se venía exigiendo el ánimo de que el autor obtuviese una satisfacción sexual, sin embargo esto se fue modificando y no se vio como una exigencia de los tipos. La STS 165/2022 dice que *“si bien puede ser útil para acreditar el conocimiento”, “basta con que el sujeto reconozca la trascendencia y significado sexual de su conducta”*.⁸⁰

En el ámbito de los menores, no se trata de castigar la excitación sexual o el deseo, sino lo que se pena es el impacto en la determinación sexual de los mismos. De esta manera conductas como el profesional médico que se excita al hacer una exploración, si dicha exploración no excede de las prácticas impuestas por la lex artis, serian atípicas.⁸¹

En los supuestos de agresión sexual a menores de 16, la edad constituye un elemento del tipo, y no es poco frecuente que se alegue por el sujeto activo el error. En ese sentido el artículo 14 CP distingue entre el error tipo y el error de prohibición, de manera genérica el error tipo se da cuando se tiene un conocimiento equivocado sobre alguno o todos los elementos del tipo, mientras que, el de prohibición se da cuando el sujeto desconoce que su actividad está prohibida. Ya más específicamente referido a los delitos sexuales, caben distinguir las siguientes situaciones:

⁷⁸ GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). Artículos 183 a 183 quater: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal* (Vol. II, pp. 517–538). Aranzadi.

⁷⁹ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. pp.323-330.

⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., & Carbonell Mateu, J.-C. (2022). Derecho penal. Parte especial (8a edición). Tirant lo Blanch.

⁸¹ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. pp.323-330.

- Error de tipo⁸²: tiene lugar cuando el sujeto activo cree que la víctima está en edad de consentir. Como la edad está incluida en el tipo, tanto en el caso de error invencible (no se puede evitar aún actuando con diligencia) como en el caso de error vencible (evitable si actúa con diligencia) se excluye la responsabilidad penal. En el segundo caso porque no cabe cometerlo de manera imprudente, y porque se exige dolo. Este error lo tiene que probar el que lo afirma. Cosa diferente sucede cuando hay dudas sobre la edad, en ese caso se presume que hay dolo eventual, descartando la posibilidad de alegar error.

El error en la edad de la víctima es considerado en principio como un error de tipo y no como un error de prohibición⁸³, así lo refleja la STS 320/2017, de 4 de mayo, *“el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición (art. 14.3 CP), sino como un error de tipo (art. 14.1 CP)”*; o Auto del Tribunal Supremo núm. 554/2022 de 12 de mayo.

Este error de tipo solo se aplica, cuando no es posible aplicar la cláusula de Romeo y Julieta contenida en el artículo 183 bis.⁸⁴ También se califica como error de tipo, aquel referido al consentimiento, en aquellas situaciones en las que el que actúa cree que la víctima consiente, pero el consentimiento es inexistente. Aquí de nuevo si el error es invencible se excluye de responsabilidad, y si es vencible, también, ya que no cabe la comisión imprudente, sin embargo es más complicado analizar los casos de dolo eventual. En ese sentido, la defensa prueba el error y la acusación debe probar el dolo eventual, aunque en la mayoría de casos, la ausencia de error se interpreta como prueba del dolo eventual.⁸⁵

⁸² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch. pp.246-248

⁸³ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. p.331

⁸⁴ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. p.331.

⁸⁵ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. pp.334,335.

Para determinar si, existe error en la edad, se alude a la apariencia física del menor (es decir, se alude al aspecto aniñado, desarrollo físico, o modo de vestir, que es apreciado por los tribunales gracias a la inmediación, o a los informes forenses STS 82/2023 del 9 de Febrero). También es relevante que el menor resida con los progenitores o esté en edad escolar (en la STS 811/2022 de 13 de Octubre, se excluye la aplicación del error porque el acusado conoce que la víctima vive con los padres y va al instituto. En la STS 131/2022 de 17 de febrero, el tribunal alude a que *“hay continuas referencias del menor a que tenía instituto, exámenes, que tenía que estudiar, y apelativos como “nene” o “mi niño” eran utilizados por el acusado para dirigirse al menor*) o el espacio a través del cual contactan (en la SAP Alicante 128/2018 los sujetos se conocen en una aplicación de encuentros gay, que suele ser para mayores de edad, además la víctima presenta un aspecto físico que parece superior a los 16 años, en ese caso el tribunal absuelve al acusado apreciando error).⁸⁶ En SAP de Baleares (Sección 2ª) núm. 262/2018 de 11 de julio, se absuelve de nuevo a otro acusado, atendiendo el contexto, *“Lo cierto es que concurrían en el caso razones objetivas bastantes para que el acusado, tal y como sostiene, creyera que la menor (X) tenía, al menos, dieciséis años cumplidos. (...) En efecto, ambos reconocen haberse conocido saliendo de fiesta por la noche en discotecas; en concreto en la discoteca Muppets, local éste de ocio nocturno en que se sirven bebidas alcohólicas y cuya entrada a menores de dieciocho años por tanto queda prohibida”*.

El error al que nos estamos refiriendo es un error que exige certeza, es decir, el autor tiene que estar seguro de su equivocación, sin embargo, si tiene dudas, o busca el error, no es de aplicación lo mencionado. No querer despejar las dudas equivale a ignorar deliberadamente⁸⁷ (Auto

⁸⁶ PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años (Art. 181 CP)*. (1st ed.). J.M. Bosch Editor. pp. 332,333.

⁸⁷ RUBIO MARTÍNEZ, A. J. (2024). *Error, indiferencia y abusos sexuales a menores de edad* [Entrada de blog]. LinkedIn. Recuperado el 16/04/2025, de <https://www.linkedin.com/pulse/error-indiferencia-y-abusos-sexuales-menores-de-edad-amura-legal-1f/>

del Tribunal Supremo núm. 554/2022 de 12 de mayo: *“Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese error consciente; o, mejor, buscada situación de error. Es supuesto asimilable al dolo eventual.* Por otro lado la STS de 2 de junio de 2015 viene a confirmar lo mismo: *la sospecha de ilicitud excluye el error (vid igualmente STS 684/2018, de 20 de diciembre). El no querer despejar sus serias dudas, equivale a la conocida como ignorancia deliberada. Una actitud de indiferencia o desprecio frente a la alta probabilidad de la antijuricidad de la conducta no sería error (STS 204/2021, de 4 de marzo)”*.

Cuando existen dudas fundadas o razonables y no remotas, el autor debe no actuar, si hay duda, se abre paso a la imputación del delito a título de dolo eventual (STS 204/2021 de 4 de marzo, cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García).

- El error de prohibición⁸⁸ que supone, no conocer que el acto constituye un delito. Aunque al principio era residual, se ha ido expandiendo. En caso de error invencible, se excluye de responsabilidad penal y en el caso de ser vencible se aplica una atenuación. Sin embargo, en lo que se refiere a delitos sexuales contra menores, se aplica de una manera muy restringida porque lo que se busca es la protección de un sujeto pasivo vulnerable.

Como ya he mencionado, conocer la antijuricidad del hecho, es un elemento de la culpabilidad. De manera que, cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento se adecúa a derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico. Existen distintos tipos de errores de prohibición, que pueden ser directos, si existe error sobre norma que lleva a que el sujeto desconozca por completo que su

⁸⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.248-253

conducta es ilícita (bien con respecto a la insignificancia de la lesión jurídica, con respecto a la ignorancia de agente de un específico deber jurídico, de un consentimiento inexistente cuando la ausencia no es un elemento constitutivo del tipo, o el caso de quien cree erróneamente que esta actuando conforme a derecho) o indirectos, si existe una causa de justificación, en cuyo caso hablaríamos de error indirecto de prohibición o permisón. En este caso, el autor conoce que su conducta es punible, es decir el desvalor que el derecho otorga a su conducta, pero cree que esta se desvirtúa porque existe una causa de justificación.⁸⁹

En el caso en el que el autor crea que, la infracción cometida es más leve de lo que la norma penal sanciona, no se está en el caso de un error de prohibición (STS 865/2005 de 24 de junio: *caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal....o, añade,... nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal.... ni es relevante la mera... equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta...*)

Un ejemplo de error invencible lo podemos encontrar en la STS 782/2016, donde se dan unas relaciones consentidas entre una persona de 29 años y un menor de 14. Dicha relación surge con anterioridad a la reforma 1/2015, dentro del margen que permitía la ley al exigir que el menor fuera mayor de 13 años para consentir. El tribunal expone que: *pese a haber una diferencia de edad abultada, existe amor e intención de mantener una relación de noviazgo. Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal - cuya*

⁸⁹ MONGE FERNANDEZ, A., e-libro, C., & Roxin, C. (2008). *El extranjero frente al derecho penal : el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*. Bosch Editor pp. 88,89

legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente para el derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad.

En esta sentencia considera que conocer ese cambio legislativo, de alguna manera supone unas exigencias de conocimiento muy superiores a las que debe tener un hombre medio. Además contempla el noviazgo como un precedente jurisprudencial, cuando este nace en un entorno social de tolerancia. Sin embargo, esta doctrina recientemente no ha sido aplicada por el alto tribunal (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 489/2022 de 19 de mayo), pese a que las circunstancias son muy parecidas, una relación entre un hombre de 23 años y una mujer de 15, que inician una relación sentimental antes de la reforma del año 2015, con una diferencia de edad relevante, pero menor que en la STS 782/2016, condenando al autor un delito de abuso sexual a menor de 16 años.

Es interesante también la STS 879/2007 en relación con el error de prohibición invencible. En ella el tribunal alude a que hay que delimitar dos cuestiones, por un lado a) “la existencia, o no, de error en el sujeto activo respecto a la trascendencia jurídico penal del hecho de mantener

relaciones sexuales con persona menor de la edad de trece años”, y b) decir si es no vencible. Para decidirlo, *“no basta la mera manifestación o protesta de tal error por parte del acusado, la probabilidad de existencia del error está en función de la naturaleza de la norma que establece la prohibición y, por otro lado, de las circunstancias fácticas del caso concreto”*. En este caso la fundamentación se basa en la siguientes consideraciones:

- No existe violencia, la menor consintió, y se da una relación de noviazgo.
- “Solamente una persona especialmente avisada puede saber que la frontera pasó de los doce a los trece años con ocasión de la Ley Orgánica 11/1999. Hasta ese momento -seis años antes- no constituía en absoluto una categoría conocida y aceptada que el mayor de doce años no pudiera con su consentimiento excluir la ilicitud penal de esa relación sexual”.
- El acusado cumple los 18 apenas un mes antes de los hechos, y que la menor se encontraba a otro mes de poder consentir.
- Más interesante es la explicación que da para apreciar la invencibilidad. El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico, y eso sucede cuando el sujeto no puede considerarse motivado por tal norma. Hay que valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. En ese sentido, dice que, no es justo exigirle que investigase previamente si su conducta era delictiva, y tampoco justificarlo solo en base a una laxitud subjetivista (que crea que no hace nada malo). Sino que, hay que acudir a que el acusado no tenía forma de saber o sospechar que su conducta era un delito (nadie le advirtió, la

menor consiente...) Además se alude a que no es un inadaptado social que vive ajeno a las leyes.

- Error cultural motivado⁹⁰: supone creer por razones culturales que relacionarse sexualmente con menores es legal. A este los tribunales en su mayoría reconocen que es vencible, no eximiendo de responsabilidad. Aunque existe alguna sentencia reconociendo el error invencible.

Este tiene relevancia dado que la globalización y los movimientos migratorios desde el último tercio del siglo XX han provocado que la sociedad europea ya no sea homogénea, y que determinadas tradiciones, o costumbres difieran de las contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. El problema parece cuando el sujeto activo lleva a cabo un comportamiento que, constituye delito donde lo ejecuta, pero no así en su lugar de origen, cuando entre los dos lugares se da un tratamiento penal diferenciado⁹¹.

Este error, a diferencia de los anteriores no se encuentra recogido expresamente en nuestro CP (sino que se reconduce al 14.3) , y su poca acogida jurisprudencial se debe a que el sistema penal no puede tutelar otras convicciones culturales, si eso supone sacrificar otros valores superiores. Así, atendiendo a meros criterios culturales es muy difícil su reconocimiento, por ser algo subjetivo (creencia, convicción) y la doctrina del TS suele exigir en las alegaciones un fundamento objetivo, tal como remitirse a la legislación del país de origen, o analizar el grado

⁹⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.253-259

⁹¹ OLAIZOLA NOGALES, I. (2022). El error de prohibición: ¿ausencia de conocimiento y/o ausencia de comprensión? Ponencia, Fundación Internacional de ciencias Penales. p.1

de inmersión cultural del sujeto en la sociedad en la que ha cometido el delito, es decir, a su integración en la sociedad española.⁹²

Así en relación con la legislación del país de origen, en la STS 336/2009, FD 1º, *“la norma se corresponde con los planteamientos naturales o elementales, también es coincidente con el ordenamiento del país originario incluso con una previsión de edad superior a la prevista en el ordenamiento español para la disponibilidad de las relaciones sexuales.”* Es decir aquí se desestima apreciar el error como invencible ya que la norma española se entiende que es elemental, de sentido común, apreciable en distintos contextos multiculturales, a lo que se suma que en el país de origen del acusado, la legislación es más estricta exigiendo una edad de consentimiento mayor.

En relación con la inmersión cultural, se desestima de nuevo el error invencible en el ATS 673/2020: *“el acusado no es una persona que conviva en una comunidad cultural aislada y sin referencias externas; por el contrario, su trayectoria vital (con 34 años de edad, padre de dos hijos, habiendo estado ingresado en prisión por diversas causas conviviendo con personas de diversos orígenes, y viviendo en un barrio donde residían personas de diferentes tradiciones culturales y sociales, entre ellas la víctima que no es gitana) pero de manifiesto su integración social en un entorno de diversidad social y cultural, de forma que no puede sostenerse que su pertenencia a la comunidad gitana le condicionara de tal modo que no estuviera en situación de advertir la irregularidad de mantener relaciones sexuales continuadas con una menor de quince años”.*

En relación con la etnia gitana, aunque reconocen características particulares propias, la tendencia es a que la condición de perteneciente a la etnia gitana no es suficiente de por sí para justificar desconocer la prohibición de la norma (STSJ de Castilla – La Mancha nº 95/2023, de

⁹² PARRILLA VERGARA, J. (2024). *El Delito de Agresiones Sexuales a Menores de Dieciséis años* (Art. 181 CP). (1st ed.). J.M. Bosch Editor. pp. 342,343.

16 de noviembre o la SAP nº 9/2023, de 27 de marzo: *una colectividad cada vez más integrada en lo social y económico pero también en lo cultural, aunque mantengan sus ámbitos propios plenamente respetables desde la pluralidad constitucional. Por ello, asumiendo sus rasgos culturales diferenciados, sin embargo, no podemos considerar que tal hecho, en un caso como el presente, pueda justificar el desconocimiento normativo común que se alega cuando estamos ante una persona plenamente integrada en la sociedad en la que vive...no hay que estar tanto a si tenía o no una conciencia subjetiva de ilicitud, sino, debe atenderse, sobre todo, a si pudo conocer la ilicitud si se hubiera esforzado suficientemente en identificar las razones públicas que regulan el conflicto concreto», (STS. 798/2022 de 5 de octubre), y no hay duda de que, en este caso, bien pudo alcanzar ese conocimiento que le demandada ese deber de civilidad que esa misma jurisprudencia expresa como exigencia derivada del hecho mismo de vivir en sociedad). Se alude a que la experiencia vital no solo tiene que ver con elementos referidos al grupo, sino que si hay indicadores de integración social, y cultural comunes, y no hay ningún hecho que permita considerar que el miembro no participa en ella, no se puede apreciar esta circunstancia.*

De nuevo la STS 930/2022 del 30 de noviembre, no aprecia error de prohibición invencible, aludiendo a que, *“no existe acreditación suficiente de una desconexión irrelevante ni parcial de la realidad social por parte de los condenados por estos hechos que lleve a pensar que por un contexto de nacionalidad cultural o desviaciones en la percepción pueda llegar a considerarse un posible error en la prohibición legal de la conducta del acceso sexual con menores de 16 años. Los autores sabían que se trataba de menor de edad y conocían la ilegalidad de esta conducta pese a lo cual la asumen y la ejecutan”.*

Algunas autoras como DE MAGLIE⁹³, aluden a que para valorar este delito culturalmente motivado hay que tener en cuenta: 1) el motivo cultural, es decir, que la causa psíquica que ha determinado al sujeto a cometer el delito encuentra su explicación en su bagaje cultural; 2) comprobar que los demás miembros del grupo al que pertenece el sujeto valorarían el comportamiento que ha realizado el sujeto del mismo modo que él; 3) la diversidad entre las culturas, es decir, tiene que haber una diferente forma de valorar y de reaccionar entre el país anfitrión y el país de origen.

La profesora OZAIZOLA, expresa que en estos delitos hay una serie de circunstancias a tener en cuenta: 1) la comprensión que tenga el sujeto acerca de su conducta, para lo cual resulta fundamental tomar en cuenta su integración, su arraigo en el grupo de referencia del sujeto 2) el grado de aceptación de la conducta en su lugar de origen 3) las posibilidades que el sujeto ha tenido para acceder a la norma del país de acogida: el tiempo de estancia, las relaciones con otras personas diferentes a las de su país de origen, el conocimiento de las costumbres y de la cultura del país de acogida.⁹⁴

6. PEDOFILIA

Hay que analizar el tratamiento que se da en los casos de pedofilia, es decir, en los el autor presenta un trastorno que puede impedir la imputabilidad del sujeto.

A este respecto la STS 20/2021, alude a que el trastorno debe afectar significativamente la conciencia para ser relevante jurídicamente. Es decir, todo trastorno no implica automáticamente una reducción de la pena, sino que es necesario que trastorno sea de tal entidad que impida conocer las

⁹³ OLAIZOLA NOGALES, I. (2022). El error de prohibición: ¿ausencia de conocimiento y/o ausencia de comprensión? Ponencia, Fundación Internacional de ciencias Penales p 3.

⁹⁴ OLAIZOLA NOGALES, I. (2022). El error de prohibición: ¿ausencia de conocimiento y/o ausencia de comprensión? Ponencia, Fundación Internacional de ciencias Penales pp.7-10

consecuencias de sus actos y determinarse (*“al desorden psíquico se sume un determinado efecto consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance lícito y de determinarse”*). Para analizar esta cuestión se atenderá a periciales, con el objetivo de analizar y valorar esa afectación en la conciencia y voluntad del sujeto⁹⁵.

7. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS A MENORES DE EDAD

7.1 REINCIDENCIA INTERNACIONAL Y DENUNCIA DEL OFENDIDO

Anteriormente a la reforma de la LO 10/2022, el artículo 190 del CP referido a la reincidencia internacional, establecía que las condenas que establecieran Jueces y Tribunales extranjeros en materia de prostitución, y de explotación sexual y corrupción de menores, se equiparaban a las efectuadas en territorio nacional, a los efectos de aplicar el agravante de reincidencia. Sin embargo, tras la nueva redacción, el precepto pasa a extenderla a todos los “delitos comprendidos en el título”.⁹⁶

Esta ampliación parece positiva, ya que con ello se da una mejor protección a las víctimas, además no tiene mucho sentido que solo algunos delitos sexuales fueran considerados para la reincidencia.

Con respecto a la denuncia del ofendido, con carácter general los delitos de agresiones sexuales y acoso, se han considerado delitos privados, y como requisito para su persecución se necesitaba la denuncia previa de la víctima o de su representante legal. Esto se hace con el objetivo de preservar el derecho

⁹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., & Carbonell Mateu, J.-C. (2022). Derecho penal. Parte especial (8a edición). Tirant lo Blanch.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.294

a la intimidad de la víctima, sin embargo, en lo que se refiere a menores y a discapacitados, la denuncia la puede efectuar el ministerio fiscal (art 105 LECR). Por otra parte, no cabe el perdón de la víctima, de manera que, el proceso no se puede suspender ni evitar la sanción penal. Esto no ha sido modificado por la reforma.⁹⁷

7.2 PARTICULARIDADES EN LA PROTECCIÓN PROCESAL DE MENORES EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES

La LO 8/2021 introduce importantes reformas, para garantizar la protección procesal de los menores. Por un lado proporciona asistencia jurídica gratuita en el caso de delitos de naturaleza sexual (art.2 h) LAJG) para los menores y garantiza la tutela judicial efectiva a través de las formaciones concretas entre los profesionales de la justicia.⁹⁸

En lo que se refiere al plazo de prescripción⁹⁹ cuando las víctimas implicadas en delitos sexuales son menores de 18 años, el plazo de prescripción se inicia no en el día en el que se comete la infracción, sino cuando la víctima alcance los 35 años de edad, y si fallece antes, desde la fecha de fallecimiento.

Esto es relevante, dado que hay numerosas investigaciones (Roesler y Weissmann) que ponen de manifiesto que niños y adolescentes, deciden no contar los sucesos en edades tempranas, siendo el 36.1% los que lo hacen durante la niñez, y el 63,9% los que lo hacen en edad adulta.¹⁰⁰

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2023). *Derecho penal: parte especial* (25ª edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla). Tirant lo Blanch. p.294

⁹⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.358-359

⁹⁹GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.361

¹⁰⁰ Fundación Amparo y Justicia. (2018). *Fenomenología de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes*. p.5

Además se favorece la investigación y la práctica de la prueba, ya que las personas que están relacionadas por parentesco, necesariamente tienen que declarar como testigos (art 416.1 LECR), ya no cuentan con la tradicional dispensa en este ámbito.¹⁰¹

Cambia también la manera de declarar de los menores ya que lo que se pretende es que los menores tengan que declarar el mínimo número de veces posible para no contribuir a la victimización secundaria.¹⁰² Así cuando el testigo es menor de 14 años, hay una obligación de que lo declarado por el menor, cuando se hace como diligencia en fase de investigación, se convierta en prueba preconstituida (449 ter LECR). A esos efectos se grabará el interrogatorio. Esto está en consonancia con la Directiva 2011/92 y con el Convenio de Lanzarote. En el caso de ser mayores de 14, ya no es preceptivo pero de forma motivada lo puede acordar el juez.¹⁰³

Por otro lado hay que recordar que la declaración de menores de 14 en la fase oral del juicio es prácticamente residual, y en caso de hacerse debe estar justificada. Se pueden emplear medios tecnológicos para evitar la confrontación con el acusado, así como la intervención de profesionales, que serán aquellos que en lugar del juez hagan las preguntas que les trasladen las partes.¹⁰⁴

¹⁰¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.363

¹⁰² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.p.365

¹⁰³ RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A Los menores víctimas de violencia sexual ante el proceso penal [en línea]. ESADE Law Review. España: ESADE Law Review. Artículo en línea. Disponible en: <https://www.esadelawreview.com/los-menores-victimas-de-violencia-sexual-ante-el-proceso-penal/> [Consulta: (21/03/2025)].

¹⁰⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.pp.367-368

La actuación del Ministerio Fiscal no cambia tras reforma del CP introducido por la LO 10/2022 tal y como se desprende de la Circular 1/2023 del 29 de Marzo de la Fiscalía General del Estado.¹⁰⁵

8. REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES

Cuando se produce sentencia de condena en la que se atenta contra la libertad sexual, automáticamente, se inscribe dicha sentencia en Registro Central de Delinquentes Sexuales (LO 26/2015) que contiene datos relativos a la identidad y a la genética de los infractores (disposición final decimoséptima). El objetivo la inscripción es impedir a las personas condenadas por sentencia firme el acceso a profesiones u oficios que impliquen el contacto con menores (art. 57 LO 8/2021). Para el acceso a estos puestos de trabajo, se tiene que contar con un Certificado negativo expedido por el registro.¹⁰⁶

Sin embargo, al mismo tiempo, cabe la cancelación de la inscripción, que varía en función de quien sea el sujeto y la víctima¹⁰⁷:

- Cuando la víctima es menor, y el sujeto activo es mayor de edad tienen que transcurrir 35 años, sin haber vuelto a delinquir, a contar desde que se cumpla la pena de conformidad.
- Cuando los condenados son menores de edad, tienen que transcurrir 10 años, desde que el menor alcanza la mayoría de edad, y siempre que se hayan ejecutado las medidas, o hayan prescrito (art. 24 RD 95/2009).

Esto lo puede efectuar el Ministerio de Justicia de oficio o a instancia de parte, o por comunicación del órgano judicial.

¹⁰⁵ GARCÍA ESTEBAN, DAVID. *Delitos sexuales entre adolescentes* [Artículo en línea]. Lefebvre. Edición digital. Madrid: Elderecho.com, 2023. Disponible en: <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes> [Consulta: (22/03/2025)].

¹⁰⁶ GARCÍA ESTEBAN, DAVID. *Delitos sexuales entre adolescentes* [Artículo en línea]. Lefebvre. Edición digital. Madrid: Elderecho.com, 2023. Disponible en: <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes> [Consulta: (22/03/2025)].

¹⁰⁷ Ministerio de Justicia. Solicitud de cancelación y antecedentes penales [en línea]. Oficina de Justicia Municipal (OJM). España: Ministerio de Justicia. [Fecha de publicación no especificada, fecha de actualización/revisión no especificada]. Disponible en: <https://ojm.justicia.es/-/solicitud-de-cancelaci%C3%B3n-y-antecedentes-penales> [Consulta: (23/03/2025)].

9. REVICTIMIZACIÓN Y MODELO BARNAHUS

La victimización se produce cuando tiene lugar el delito, y hay una trasgresión de derechos, de manera que la persona perjudicada asume posición de víctima. Sin embargo, a medida que transcurre el proceso penal, la víctima debe revivir la situación traumática al tener que repetir el relato en diferentes ocasiones y al tener que soportar preguntas invasivas, con el objeto de aclarar los hechos. Además hay que tener en cuenta que los procedimientos son largos, y que es común que pasen varios años hasta que se resuelva.¹⁰⁸

Aunque esta circunstancia se ha aliviado con la inclusión preceptiva de la prueba constituida mencionada anteriormente, el modelo Barnahaus va más allá, y propone la creación de casas acogedoras, en las que profesionales sean los que se desplacen, y efectúen todas las actuaciones de manera unitaria, de manera que la víctima especialmente vulnerable al ser menor, no tenga que acudir a comisarías u hospitales a denunciar el hecho, con la consiguiente narración de los sucesos, y el aumento del estrés y ansiedad post traumáticas.¹⁰⁹

Creo que la existencia de estas casas puede facilitar la denuncia y la persecución de estos delitos. Se corre el riesgo de que al pasar por varias entidades, los consejos de unas y otras sean diferentes. Imaginemos el que el menor decide romper su silencio contándolo a sus padres, posteriormente, deciden acudir al hospital (con la siguiente intervención de médicos de cabecera, psicólogos especialistas, psiquiatras, servicios sociales...), finalmente deciden denunciar, acudiendo a la comisaría. En ese caso, habrían de intervenir entorno a unas 6 personas diferentes. Pero, qué sucede si los psicólogos desaconsejan la intervención del menor en el proceso, entiendo que para su curación y posterior desarrollo es conveniente no someterle a estas

¹⁰⁸ Save the Children España. ¿Qué es la revictimización? [en línea]. España: Save the Children España. [Fecha de publicación: 25 de Noviembre, fecha de actualización/revisión no especificada]. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/actualidad/que-es-revictimizacion> [Consulta: (23/03/2025)].

¹⁰⁹ Save the Children España. Modelo Barnahaus [en línea]. España: Save the Children España. [Fecha de publicación no especificada, fecha de actualización/revisión no especificada]. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/modelo-barnahaus> [Consulta: (23/05/2025)].

situaciones de estrés. Esto conduciría a no denunciar, al menos por el momento. Con esas casas se reduce esta posibilidad dado que la respuesta es unitaria e integrada entre todos los profesionales.

Existen numerosos estudios que prueban que cifras registradas de agresiones sexuales son menores a las reales, CANTÓN Y CORTÉS¹¹⁰ vienen a decir que existen una serie de barreras que dificultan las denuncias, como son: la no aparición de lesiones físicas por parte de la víctima, sentimientos de la víctima que impiden romper su silencio (culpa, represalias, miedo a no ser creído, vergüenza), o el temor a la censura de la comunidad, entre otras.

No hay que olvidar que el tener acceso al proceso, permite a la víctima recuperar su dignidad, librarse de la vergüenza, de la responsabilidad, del secreto y defenderse de su ofensa, pudiendo de esta manera liberarse.¹¹¹

10. CONCLUSIONES Y OPINIÓN PERSONAL

En cuanto al bien jurídico protegido se ha vuelto a la original rúbrica del CP 1995 “Delitos contra la libertad sexual”, entendida como la autonomía para decidir sobre la propia sexualidad, que en principio correspondería a los adultos, eliminando la tradicional distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual, referida esta última a la protección de del normal desarrollo sexual de menores e incapaces (LO 11/1999). Con este cambio, se intenta poner el centro en el consentimiento, el cual es la base de los delitos sexuales, empleando una concepción ampliada de la libertad sexual, abarcando tanto el consentimiento válido como la protección de quienes no pueden otorgarlo (menores de 16 años).

¹¹⁰ PÉREZ ZAMORANO, V. (2020). *Abuso sexual infantil: Propuesta desde el trabajo social de un programa de prevención en el ámbito educativo* (Trabajo de fin de grado). Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Madrid.

¹¹¹ PERRONE, R. Y NANNINI, M. (2014) *Violencia y abusos sexuales en la familia: Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. Buenos Aires: Paidós.

Por otra parte, el nuevo art 181.1 del CP unifica el delito de abuso sexual y agresión sexual a menores de 16 bajo un mismo tipo, y aunque esto es así formalmente, para determinar la gravedad del delito, sigue siendo necesario acudir a la violencia y a la intimidación.

Como cambios claves en la reforma LO 10/22 del 6 de Septiembre, se aprecia que ha existido una ampliación de las conductas punibles, ya que se incluyen en el tipo básico actos sexuales en los que no hay contacto físico con el menor, como es la determinación del menor, antes integrada en el 183 bis (corrupción de menores), con la consiguiente imposición de penas más severas.

Además se han añadido nuevas agravantes, en el caso de que la víctima sea pareja del autor de manera análoga a cuando los hechos se comenten contra una persona adulta, o cuando se anula la voluntad de la víctima mediante el suministro de fármacos, siendo esto último criticado por algunos autores, que expresan que se puede reconducir a la circunstancia de especial vulnerabilidad (185.c). También aparece la agresión que va “precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad” que hace referencia a supuestos de extrema crueldad donde se dan puñetazos y patadas a la víctima, distinguiéndola del agravante de empleo de medios peligrosos.

Como principales críticas a la reforma, la doctrina critica la exclusión de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección de la regulación de los delitos sexuales contra menores. Aunque su nivel de desarrollo pueda ser equiparable a los menores, estas conductas se juzgan bajo los tipos generales. Esto no es consecuencia directa de la propia reforma, pero era ya un problema previo al que esta nueva reforma no ha dado solución. Además ha eliminado el delito de abuso sexual a menores entre 16 y 18 años por engaño o prevalimiento, integrándolo en los tipos generales, ignorando que hay muchos jóvenes que pueden carecer de madurez suficiente. Parece poco lógico esa desproporción entre menores de 16, con una protección prácticamente absoluta y un joven de 16 años y un mes, que resulta desprotegido frente al engaño y vulnerable ante situaciones en las que se

hacen promesas fraudulentas, o se aprovecha de la inexperiencia del menor. Rompe algo la coherencia del sistema, ya que las eximentes y la casuística jurisprudencial otorgan una gran relevancia a la proximidad por edad, madurez y al contexto o circunstancias personales en que se desarrollan los hechos. Por otra parte, no se ha modificado la edad de consentimiento que ya en sesiones parlamentarias fue tildada de proteccionista. Además hay que añadir que la ley presenta solapamientos normativos, problemas de non bis in idem, y paradojas normativas a la hora de aplicar las cualificaciones contenidas en los artículos 181.4 y 181.2. Ejemplo de esto es cuando se suministra un fármaco sin que exista acceso carnal, que da lugar a más pena que una relación sexual efectuada con violencia.

Aludiendo ya la problemática específica de estos delitos, nos encontramos con la ausencia de responsabilidad penal para menores de 14, cuando estos efectúan las acciones descritas en los tipos, y donde solo cabe la intervención civil, dejando de esta manera desprotegidas a las víctimas de estas agresiones pese a que los hechos revistan especial gravedad, y más específicamente cuando estas víctimas son a su vez menores. En ese sentido algunos juristas, han propuesto rebajar la imputabilidad penal a los 12 años, con medidas reeducativas, y otros especialistas, reforzar la intervención psicosocial incluso para menores de 14 para hacer algún tipo de seguimiento terapéutico y evitar la reincidencia futura. Creo que ese vacío legal genera una indefensión en las víctimas, y que esa intervención temprana puede ser especialmente favorable en perfiles de riesgo. Por otro lado, cuando efectúan las conductas los menores de edad entre 16-18 años se aprecian contradicciones con los fines reeducativos, al tratar uniformemente los delitos como sexuales como graves o al no distinguir el grado de participación, no olvidemos el viejo principio romano de que la justicia debe dar a cada uno lo que le corresponde (*suum cuique tribuere*).

Aunque no existe una sintomatología clínica fija asociada al abuso sexual, ya que esta varía según la edad, la relación con el agresor, o la gravedad del acto, hay que decir que son frecuentes los síntomas de aislamiento, bajo

rendimiento, conductas autolesivas, la sexualización precoz, y la aparición de trastornos mentales que muchas veces permanecen latentes y se manifiestan en la edad adulta. Además las víctimas son más propensas a sufrir experiencias posteriores de violencia física o sexual. Es clave en ese sentido atender a indicadores que permiten alertar o sospechar el abuso en menores.

En cuanto a la justicia restaurativa, se ha prohibido específicamente en violencia sexual tras la LO 10/2022, por considerar este tipo de relaciones irreversibles. Esto como alude la doctrina parece paternalista, infantiliza a la víctima, y el hecho de que este prohibida para todas las circunstancias supone homogeneizar las conductas, teniendo en cuenta que no está demostrado que las penas carcelarias reduzcan la reincidencia en delitos sexuales. En mi opinión, si la víctima la solicita, en caso de delitos leves, tentativas, en casos especiales como la prescripción de los delitos, o especialmente en el caso de los agresores adolescentes (donde la reinserción y la readaptación es prioritaria), si su uso tiene efectos positivos en la recuperación de la víctima, por qué no implementarla. Eso se hace en otros países como Canadá, o Bélgica satisfactoriamente, y además sería más coherente con un sistema que pretende dar énfasis a la autodeterminación o aquel en que aparentemente lo que se protege es la libertad sexual.

Mayor reflexión supone la conocida “cláusula de Romeo Y Julieta”, ubicada tras la reforma en el 183 bis, e introducida tras la LO 1/2015. Esta eximente de responsabilidad que opera de forma completa cuando hay consentimiento del menor, proximidad de edad y de madurez, está sujeta a un desarrollo jurisprudencial en muchas ocasiones contradictorio, al ser la cláusula poco precisa, y por la necesidad de hacer una evaluación caso a caso. Pese a las franjas establecidas en la Circular FGE 1/2017, el tenor literal del artículo, no establece un marco de edad, siendo común que hasta los 6 años de diferencia se admita mayoritariamente, entre 6-9 años haya sentencias mixtas, y para más de 10 se excluya su aplicación. El consentimiento en todo caso debe ser libre, excluir violencia, intimidación, engaño o prevalimiento, y debe ser expreso, informado y reversible (el silencio no equivale a consentimiento). La

madurez cognitiva se entiende como la capacidad de comprender el acto sexual y sus consecuencias mientras que el desarrollo alude a otras circunstancias tales como la experiencia previa, independencia, entorno familiar. Algunos factores para apreciar una madurez similar son las formas de ocio, la existencia de amigos en común, el frecuentar mismas discotecas o bares, la vida laboral, la independencia económica, o el contexto familiar. Se rechazan aquellos casos de desequilibrio relevante y notorio (STS nº 1001/2016), y se evalúan tanto la vertiente de la edad, como la de la proximidad de una manera conjunta, no operando la edad cronológica de forma automática (STC 379/2002).

Resulta difícil determinar con carácter general lo que van a predecir los tribunales aunque parece consensuado que cuando se es menor de cuatro años, la eximente no se aplica. Hay en ocasiones donde la víctima tiene 11 años, consiente y hay relación de seudonoviazgo y no aplica la eximente por la diferencia de edad de 8 años y 7 meses (STS nº946/2016). Otras en que es de aplicación la eximente, pese la menor supuestamente agredida es menor de 12 con un CI de 70 diagnosticado y el acusado tiene 18 años. Otras en que la diferencia de edad es de 8 años y medio, pero el encausado presenta *“un nivel intelectual inferior a la media”* y se aplica la eximente (STS 1001/216). En definitiva se da una aplicación distinta de las cláusulas, según las convicciones o apreciaciones de cada tribunal.

Cabe además su aplicación como atenuante analógica, cuando hay consentimiento, pero solo parcialmente los demás requisitos, o como atenuante muy cualificada (cuando existen dos de los tres elementos, siendo uno de ellos el consentimiento).

En lo que se refiere al error, la jurisprudencia (STS 320/2017, Auto 554/2022) consolida que el error sobre la edad de la víctima constituye un error de tipo (art. 14.1 CP), no de prohibición. Su invencibilidad excluye la responsabilidad penal, mientras que el vencible también lo hace al no admitirse la imprudencia en estos delitos. Para su valoración se acude a indicadores

objetivos para determinar el error (apariencia física, contexto social, entorno de contacto), pero se exigen certeza en la equivocación. Las dudas razonables implican dolo eventual (STS 204/2021), especialmente cuando el autor evita despejarlas (ignorancia deliberada). Este error se aplica cuando no es posible aplicar la cláusula del 183 bis y le corresponde alegarlo a quien lo invoca. Por su parte el error de prohibición (art 14.3 CP) cuando es invencible excluye de responsabilidad, mientras que cuando es vencible sirve como atenuante. No cabe su invocación cuando el autor cree que la infracción cometida es más leve de lo que la norma penal sanciona (STS 865/2005). El error invencible se ha apreciado en casos en los que hay una relación de noviazgo previa a la modificación de la edad de consentimiento de 13 a 16 años introducida tras la reforma de 2015, con el objeto de no condenar a la clandestinidad relaciones que han surgido en un ámbito de tolerancia y de forma consentida (STS 782/2016). Para apreciar el error de prohibición invencible, hay que atender a la norma que establece la prohibición y a las circunstancias fácticas (STS 879/2007), en concreto hay que atender a si el sujeto en el específico contexto, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. En lo que se refiere al error cultural motivado, cada vez más en auge fruto de la globalización y de los consiguientes movimientos migratorios, en su mayoría resulta vencible, y se reconduce a lo contenido en el 14.3 CP. La doctrina del TS suele exigir elementos objetivos para valorarlo tal como remitirse a la legislación del país de origen (STS 336/2009), o analizar el grado de inmersión cultural (ATS 673/2020). En relación con la etnia gitana, no se aplica de forma automática cuando el individuo ha tenido la posibilidad de conocer las normas de convivencia comunes (STS. 798/2022 de 5 de octubre). Autoras como MAGLIE o OZAIOLA, exponen criterios útiles para valorar el error.

Algunas cuestiones procesales a tener en cuenta, es que estos delitos solo son perseguibles a instancia de la víctima, no siendo posible el perdón o renuncia del ofendido, y que además a efectos de reincidencia tras la reforma LO 10/2022 se reconocen las condenas de tribunales extranjeros relacionadas con delitos sexuales. Además son especialmente importantes las reformas

arbitradas por la LO 8/2021, especialmente en lo que se refiere al plazo de prescripción (iniciándose no cuando se comete la infracción, sino cuando la víctima alcance los 35 años de edad) ya que el 63,9% cuentan los sucesos en edad adulta; y en lo que se refiere a la consideración del interrogatorio como prueba preconstituida para que los menores tengan que declarar el mínimo número de veces evitando la victimización secundaria.

Se propone en este trabajo la adopción o el acercamiento hacia el modelo BARNAHUS. La victimización no termina con el delito, es frecuente que se prolongue en el propio proceso penal, en la medida en que las víctimas, y en el caso de los menores de forma más especial (por razón de su edad, especialmente vulnerables), se ven obligadas a revivir el suceso traumático, en presencia de diversos profesionales, muchas veces desincentivando la propia denuncia. En ese contexto, puede ser útil la introducción de estas viviendas de intervención unitaria, que al integrar todas las actuaciones de forma conducta pueden reducir el impacto psicológico y ser una vía para la reparación. El acceso a la justicia no debe provocar una fuente adicional de sufrimiento en las víctimas, teniendo en cuenta que los abusos sexuales dejan ya de por sí una huella imborrable la vida futura. El acceso al proceso debe poderle permitir recuperar su dignidad, defenderse de la ofensa y suponer una liberación.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

González Cussac, J. L., & Carbonell Mateu, J.-C. (2022). *Derecho penal. Parte especial (8a edición)*. Tirant lo Blanch.

González Tascón, M. M., & España. (2022). *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Tirant lo Blanch.

Gómez Tomillo, M. (2015). *Artículos 183 a 183 quater: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal* (Vol. II, pp. 517–538). Aranzadi.

Marín de Espinosa Ceballos, E. B., Esquinas Valverde, P., & Zugaldia Espinar, J. M. (2023). *Lecciones de derecho penal: parte especial (4a edición actualizada con las últimas reformas del Código Penal)*. Tirant lo Blanch.

Martínez Galindo, G. (Dir.). (2024). *La reforma de los delitos sexuales (1a ed.)*. J.M. Bosch Editor. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/273792>

Muñoz Conde, F. (2021). *Derecho penal: parte especial (23a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)*. Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2023). *Derecho penal: parte especial (25a edición, revisada y puesta al día / con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)*. Tirant lo Blanch.

Perrone, R. y Nannini, M. (2014). *Violencia y abusos sexuales en la familia: Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. Paidós.

Serrano Tárraga, M. D., & Vázquez González, C. (2023). *Derecho penal. Parte especial* (1a edición). Tirant lo Blanch.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Cardenal Montraveta, S. (2025). El tratamiento de las agresiones sexuales cometidas por menores en la legislación española. *Revista Mexicana De Ciencias Penales*, 8(25), 1–20. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v9i25.828>

Colás Turégano, M. A. (2023). Punitivismo y justicia de menores: La reforma de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000) por la Ley del "solo sí es sí" (LO 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

Fundación Amparo y Justicia. (2018). Fenomenología de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

García Esteban, D. (2023). Delitos sexuales entre adolescentes. *Lefebvre. Edición digital*. Madrid: Elderecho.com. <https://elderecho.com/delitos-sexuales-entre-adolescentes>

Muro Marquina, A. (2021). Intervención con menores inimputables: una necesidad social. *Revista Encuentros de Educación y Psicoterapia*, 2.

Olaizola Nogales, I. (2022). El error de prohibición: ¿ausencia de conocimiento y/o ausencia de comprensión? *Ponencia, Fundación Internacional de Ciencias Penales*.

Peregrín, C. L. (2023). Agresiones sexuales a menores de 16 años en España tras la reforma de 2022. *Revista Penal México*, 12(22), 95-122.

Pérez Zamorano, V. (2020). Abuso sexual infantil: Propuesta desde el trabajo social de un programa de prevención en el ámbito educativo (Trabajo de fin de grado). Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Madrid.

Ramos Vázquez, J. A. (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 41, 307-360. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615>

Real-López, M., Peraire, M., Ramos-Vidal, C., Llorca, G., Julián, M., & Pereda, N. (2023). Abuso sexual infantil y consecuencias psicopatológicas en la vida adulta. **Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40*(1), 13-30.

Romero Seseña, P. (2023). El desarrollo de la justicia restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2023, 30.

CITAS DE INTERNET

European Forum for Restorative Justice. (s.f.). La justicia restaurativa y la violencia sexual. https://www.euforumrj.org/sites/default/files/202104/EFRJ_Thematic_Brief_RJ_and_Sexual_Violence_ES.pdf

Fundación ANAR. (2023). *Agresión sexual en niñas y adolescentes según su testimonio: Evolución en España (2019-2023)* [Informe de investigación]. <https://www.anar.org/fundacion-anar-presenta-su-ultimo-estudio-agresion->

[sexual-en-ninas-y-adolescentes-segun-su-testimonio-evolucion-en-espana-2019-2023/](#)

García Higelmo, F. M. (2022). La reforma de la Ley Orgánica 5/2000 (de responsabilidad penal de los menores) por la Ley Orgánica 10/2022, en materia de delitos sexuales. Apuntes críticos e interpretativos. SEPIN. <https://blog.sepin.es/reforma-de-responsabilidad-penal-de-los-menores-en-delitos-sexuales>

Las Provincias. (2022, 14 de noviembre). El fiscal superior aboga por la imprescriptibilidad de los delitos sexuales a menores. <https://www.lasprovincias.es/sucesos/fiscal-superior-aboga-20221114132556-nt.html>

Ministerio de Justicia. (s.f.). Solicitud de cancelación y antecedentes penales. Oficina de Justicia Municipal (OJM). <https://ojm.justicia.es/-/solicitud-de-cancelaci%C3%B3n-y-antecedentes-penales>

Rodríguez Sáez, J. A. (s.f.). Los menores víctimas de violencia sexual ante el proceso penal. ESADE Law Review. <https://www.esadelawreview.com/los-menores-victimas-de-violencia-sexual-ante-el-proceso-penal/>

Save the Children España. (25 de noviembre). ¿Qué es la revictimización? <https://www.savethechildren.es/actualidad/que-es-revictimizacion>

Vidal, G. (s.f.). Abusos sexuales a menores [Entrada de blog]. Gerson Vidal. <https://www.gersonvidal.com/blog/abusos-sexuales-menores/#:~:text=Antes%20de%20la%20reforma%2C%20aquel,de%202%20a%206%20a%C3%B1os>