



El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp, en el caso de “La Arandina”^{1,2}

The debate on the relevance of the clause of art. 183 quater cp in the case of "La Arandina"

Pastora García Álvarez

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

prgaralv@upo.es

ORCID: 0000-0002-3278-8491

Resumen

En este caso se juzgó a tres jóvenes integrantes del Club de fútbol “La Arandina”, por unos actos de carácter sexual realizados con una joven que, en el momento de los hechos (noviembre de 2017), tenía quince años. La cuestión a dilucidar era si las relaciones sexuales mantenidas por ese grupo (consistentes en masturbaciones y felaciones a los tres acusados y relaciones sexuales completas con uno de ellos), fueron consentidas por la menor o, por el contrario, fueron conseguidas mediante el empleo de violencia o intimidación y, por tanto, constitutivas de agresiones sexuales. Interrogante al que se le sumaba como cuestión de suma trascendencia el que el sujeto pasivo fuera una menor de dieciséis años. El consentimiento de los menores de esa edad a los actos de carácter sexual era (y es) -conforme al sistema normativo español vigente- en principio irrelevante.

Palabras clave: Agresión sexual, Consentimiento, Libertad sexual, Madurez.

Abstract

In this case, three young members of the football club "La Arandina", were tried for acts of a sexual nature carried out with a young girl who, at the time of the events (November 2017), was fifteen years old. The question to be elucidated was whether the sexual relations maintained by this group (consisting of masturbation and fellatio of the three accused and full sexual relations with one of them) were consented to by the minor or, on the contrary, were achieved through the use of violence or intimidation and, therefore, constituted sexual assaults. This question was compounded by the fact that the passive subject was a minor under the age of sixteen. The consent of minors of that age to acts of a sexual nature was (and is) - in accordance with the Spanish legal system in force - in principle irrelevant.

Keywords: Sexual assault, Consent, Sexual freedom, Maturity.

¹ Este trabajo ha sido publicado en su primera versión por la Revista de la Fiscalía General del Estado de Ecuador, *Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad* con ISSN: 2661-6866 y accesible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Delitos-sexuales.pdf>

² Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos. Nº PID2020-117403RB-100

Cómo citar este trabajo: García Álvarez, Pastora. (2024). El debate sobre la relevancia de la cláusula del art. 183 quater cp en el caso de “La Arandina”. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (4), 51–61. <https://doi.org/10.46661/respublica.10269>

1. Introducción

En efecto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³, reformó en profundidad diversos aspectos del Código penal⁴ (Cp), repercutiendo también en el ámbito de los que en aquel momento se denominaban “delitos contra la libertad e indemnidad sexual”⁵ del Título VIII de este cuerpo normativo.

La novedad más destacable que introdujo esta ley en esta sede consistió en que el entonces vigente Capítulo II bis, relativo a “los abusos y agresiones sexuales”⁶, pasaba de ser aplicable a los menores de trece años, a englobar a los menores de hasta dieciséis años, con lo que se ampliaba la edad de los menores protegidos de forma específica en este capítulo.

Este incremento de edad de los sujetos pasivos de los delitos contenidos en este capítulo obedeció a una sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, para adecuar –según palabras textuales– “la regulación penal española en este ámbito a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia”, y mejorar con ello –también textualmente– “la protección que España ofrece a los menores”.

Por su parte, el que la edad hasta la que se pasaba a proteger más intensamente a los menores fueran concreta y específicamente

los dieciséis años respondía a que, en consideración del legislador español, lo que la Directiva 2011/93/UE denomina la “edad de consentimiento sexual” (como la “edad por debajo de la cual está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”), era en nuestro Código penal, hasta la fecha, muy inferior a la prevista en los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años–; y una de las más bajas del mundo.

Sin embargo, este aumento de la edad de los menores a proteger en el Capítulo II bis no tenía causa en nuestra realidad criminológica (ya que en España la tasa de infracciones en materia sexual es más baja que la que presentan otros países europeos⁷); ni la Directiva citada imponía que la edad por debajo de la cual tenía que estar prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor tuvieran que ser los dieciséis años.

De hecho, advertía que tal edad debía ser establecida de conformidad con el Ordenamiento nacional de que se tratase, cosa que con esta reforma no se respetó⁸. Pero lo que es aún peor, este incremento de la edad de los sujetos pasivos a los que se protege en este ámbito a los dieciséis años chocaba (y choca) con la realidad social actual de nuestro país, ya que los adolescentes se inician sexualmente con menos de esa edad⁹.

³BOE-A-2015-3439.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-1995-25444.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

⁵ Esta rúbrica ha sido modificada posteriormente por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y ya no alude a indemnidad sexual (a partir de ahora LO 10/2022). BOE-A-2022-14630 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

⁶ Capítulo que ha sido suprimido por la LO 10/2022. En virtud de esta Ley los actos de carácter sexual realizados con un menor de dieciséis años se recogen ahora en el Capítulo II del Título VIII (arts. 181 y ss.) bajo la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

⁷ Como lo advierte, por ejemplo, José Luis González Cussac, “Prefacio”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dir. José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 10.

⁸ Ya que en España era posible en aquellos momentos, aunque fuera de manera excepcional, contraer matrimonio a los catorce años de edad (cfr. art. 48 Cc). Por lo que, si esto era posible, se estaba reconociendo que los menores de dieciséis años podían hacer vida marital y mantener relaciones sexuales sin que hubiera que exigir por ello responsabilidad penal. Posibilidad eliminada por la Disposición final 1.1. de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

⁹ Carmen Moreno, Pilar Ramos, Francisco Rivera et al., “Resultados del Estudio HBSC 2018 en España sobre Conducta Sexual. Análisis de tendencias 2002-2006-2010-2014-2018”. Ministerio de Sanidad, 2020.

Por ello, el legislador tras elevar a la categoría de delito los “actos de carácter sexual con menores de dieciséis años”, incorporó una cláusula en virtud de la cual se contempla la posibilidad de que el consentimiento que preste un menor de esta edad pueda tener relevancia a efectos de exonerar de responsabilidad penal al sujeto activo del delito, exigiendo para ello, eso sí, ciertos requisitos.

Esta cláusula, inicialmente prevista en el que era el art. 183 quater Cp¹⁰ (ahora suprimido), tras la LO 10/2022 se encuentra ubicada, si bien con cambios, en el vigente art. 183 bis Cp¹¹.

Ahora bien, la cláusula en virtud de la cual se le otorga relevancia al consentimiento del menor de dieciséis años en el ámbito de los delitos sexuales no ha estado exenta de polémica¹² tanto por su concreta redacción¹³ como por la intensidad de su relevancia como circunstancia eximente.

Cuestión esta última que se evidencia de forma significativa en la tramitación judicial del caso objeto de estudio de este trabajo. Veámoslo con más detalle.

https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/HBSC2018_ConductaSexual.pdf (consulta 14/10/2023).

¹⁰ Artículo 183 quater que disponía lo siguiente: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

¹¹ Artículo 183 bis cuyo tenor literal es el siguiente: “Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

¹² En sentido muy crítico puede verse, por ejemplo, a José Antonio Ramos Vazquez, “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la

2. “La Arandina”: Tramitación Judicial

El Ministerio Fiscal, la Acusación particular, así como la popular calificaron los actos realizados por los acusados¹⁴ de veintidós y veinticuatro años como sendos delitos de agresión sexual del entonces vigente art. 183.2.3 y 4b) Cp¹⁵; y los realizados por el acusado de diecinueve años, como un delito continuado de agresión sexual del mismo artículo.

De hecho, estimaron que cada uno de ellos debía responder, por un lado, como autor de su agresión sexual y, por otro, como cooperador necesario en las agresiones sexuales de los otros dos acusados.

Por su parte, las Defensas de los acusados, en sus conclusiones definitivas, solicitaron la libre absolución de sus patrocinados modificando las provisionales en el sentido de entender que, alternativamente, en el acusado de diecinueve años concurría un error invencible del art. 14 Cp de prohibición o de tipicidad (sobre la edad), o la eximente del entonces vigente art. 183 quáter Cp.

En el mismo sentido, la representación del acusado de veintidós años alegó error invencible del art. 14 Cp, y la representación del de veinticuatro años, la concurrencia de

responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp”, en *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, dir. José Luis González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 602 y ss.

¹³ Ya que el Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de dieciséis años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez). Parámetros ambos que tendrán que ser valorados en el caso concreto, por lo que no se puede decir que se trate de una fórmula que ofrezca demasiada seguridad jurídica.

¹⁴ Hago referencia seguidamente al dato de sus edades, porque, como comprobaremos en el desarrollo de este trabajo, la edad de los implicados resulta clave para la determinación de la responsabilidad penal a los mismos exigible

¹⁵ Preceptos reformados por la LO 10/2022.

error invencible de tipo y de prohibición y, subsidiariamente, la cláusula de exención de responsabilidad del referido art. 183 quater Cp.

En este caso hubo una primera condena de la Audiencia Provincial de Burgos por sentencia 379/2019, de 11 de diciembre; y una segunda por sentencia 14/2020, de 18 de marzo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que fue recurrida en casación por la Fiscalía a mediados de 2020 ante el Tribunal Supremo. Recurso este resuelto por la STS 930/2022, de 30 de noviembre.

Procedo a continuación a sintetizar los hechos probados, para a continuación analizar el contenido de cada una de estas resoluciones.

2.1. Hechos probados

Expuestos de forma sintética y siguiendo la exposición que de los mismos se hace en la sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos, los hechos probados fueron los siguientes:

La denunciante tenía en el momento de los hechos la edad de quince años. Al club de fútbol local (La Arandina Club de Fútbol) se habían incorporado nuevos jugadores, entre ellos uno de los acusados (el de veinticuatro años), que a ella le gustaba, y con el que a través de Instagram había mantenido numerosas conversaciones, intercambiado publicaciones y fotografías en ropa interior.

El 24 de noviembre de 2017, tras haber realizado dieciocho llamadas a este acusado sin que este le respondiese, la denunciante se encontró con él en un bar y este la invitó a subir a su domicilio con el pretexto de realizar un vídeo musical mediante una aplicación. Una vez en el interior de la vivienda llegaron otros dos compañeros de piso, el acusado de diecinueve años y el de veintidós; así como un tercero que quedó acreditado abandonó el piso después de cambiarse de ropa y al que, por tanto, no se imputaría delito alguno. Estando la denunciante y los tres acusados en el salón de ese domicilio, uno de ellos apagó todas las luces de la estancia y los tres se

desnudaron. La denunciante fue al baño y, al regresar, se sentó en una esquina del sofá. Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los acusados a cogerle las manos para que les masturbase. Posteriormente le sujetaron la cabeza para que les hiciera una felación a cada uno de ellos, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, tras lo cual y al sentir asco, fue al baño que se encontraba la final del pasillo para escupir.

El acusado de diecinueve años de edad fue detrás de la menor cuando esta salió del baño, le indicó cuál era su habitación y la denunciante entró en la misma y se reclinó sobre la cama, sin resultar probado que se cayese accidentalmente o lo hiciese previo empujón del mismo quien, tras ponerse un preservativo, la penetró vaginalmente. No quedó acreditado que la denunciante mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación.

Quedó acreditado que conforme al informe psicológico la madurez del acusado de diecinueve años era similar a la de la denunciante.

2.2. Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Burgos

Como el testimonio de la víctima se erigió en prueba de cargo, debía valorarse la ausencia de incredulidad, la verosimilitud de su testimonio y la persistencia que tuvo en la incriminación.

La Audiencia Provincial consideró que la denunciante había sido persistente en su declaración, que carecía de móviles espurios para perjudicar a los denunciados y que había sido congruente en las cuestiones esenciales. Y ello a pesar de que la denunciante había contado a algunos de los testigos (aquellos con los que tenía una relación menos cercana) que los hechos habían sucedido voluntariamente, comportamiento que la Audiencia atribuyó a su inmadurez y al

sentimiento de culpabilidad tras lo acontecido (FD Tercero).

Ahora bien, no entendió corroborada la versión de la denunciante de que había sido penetrada en contra de su voluntad por el acusado de diecinueve años; por lo que, tras quedar acreditado que la madurez de ambos, denunciante y acusado, eran similares y entender que la diferencia de edad entre ambos carecía de relevancia, apreció la causa de exención de responsabilidad criminal prevista en el art. 183 quáter Cp.

Por ello, la Audiencia absolvió a este acusado de responsabilidad penal por esta relación sexual completa y, en consecuencia, por el delito continuado de agresión sexual que se le imputaba (FD Cuarto). Sin embargo, no entendió que este precepto fuera aplicable, tal y como solicitaban subsidiariamente las defensas de los acusados de veintidós y veinticuatro años, a las relaciones sexuales mantenidas con estos, ya que no estimó acreditado que dichas relaciones fueran consentidas por la denunciante (FD Quinto).

Por el contrario, la Audiencia dio por probado que los actos sexuales realizados por los tres acusados consistentes en felaciones y masturbaciones se habían mantenido en una situación de “intimidación ambiental”¹⁶. De hecho, la Audiencia entendió que se trataba de una agresión sexual (o violación) grupal y que, aunque cada uno de los acusados tuviese responsabilidad individual por el delito cometido, este había sido posible por la contribución de los tres; por lo tanto, cada uno de ellos tenía también responsabilidad subsidiaria como cooperadores necesarios en

la agresión sexual cometida por los otros dos (FD Octavo). No se entendió probado que los acusados estuvieran incurso ni en un error de tipo invencible (ya que entendió acreditado que conocían la edad de la denunciante) ni en un error de prohibición invencible, al tratarse de españoles de un nivel cultural medio y que habían tenido la posibilidad de conocer la reciente condena de un grupo de personas por un delito contra la libertad sexual, refiriéndose al caso de “La Manada”¹⁷ (FD Décimo).

Por lo que condenó a los tres acusados como autores de un delito de agresión sexual a la pena de catorce años de prisión y como cooperadores necesarios a las agresiones sexuales de los otros dos, a doce años de prisión por cada uno de los delitos cometidos; es decir, a un total de treinta y ocho años de prisión con la aplicación del máximo de cumplimiento previsto en el art. 76 Cp de veinte años.

2.3. Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal)

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fue recurrida en apelación por los tres condenados, que solicitaban la absolución en relación con los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados en concepto de autores directos, así como de cooperadores necesarios; alternativamente solicitaban la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio.

¹⁶ En los siguientes términos: “Entendemos que el hecho de que la menor se encontrase en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complexión y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa (...), cogiéndole de las manos y la cabeza (...) constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez y sorpresa, no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que, si se negaba, los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta”.

¹⁷ Hecho de gran trascendencia mediática en España en el que se juzgó a cinco varones por unas relaciones sexuales mantenidas en grupo con una joven de diecinueve años. Un análisis del mismo puede verse en Pastora García Álvarez, “El precio de una reforma penal fruto de la presión social”, en *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Claves de la polémica, dirs. Pastora García Álvarez y Viviana Caruso Fontán (A Coruña: Colex. 2023), 17-55.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aceptó la declaración de hechos probados de la Sentencia anterior, con un par de salvedades¹⁸.

Como ni el Fiscal, ni la Acusación particular, ni la Acción pública impugnaron la absolución del acusado de diecinueve años en relación a los hechos ocurridos en su habitación, el Tribunal Superior de Justicia consideró tal pronunciamiento como firme a todos los efectos, lo que tendría, a su vez, transcendencia a la hora de valorar la entidad de los hechos ocurridos con anterioridad en el salón¹⁹.

A diferencia del criterio mantenido por la Audiencia, el Tribunal Superior de Justicia entendió que el análisis de la prueba pericial psicológica de la denunciante no permitía darle credibilidad a su testimonio desde un punto de vista subjetivo, y que el temor de esta al escándalo una vez que los hechos llegaron a conocimiento de las personas cercanas a ella y su familia, no permitían descartar el móvil espurio (FD Séptimo).

La falta de credibilidad subjetiva y la dificultad para encontrar una relación lógica entre los distintos comportamientos de la denunciante (subir al piso voluntariamente, permanecer junto a los acusados en una habitación a oscuras estando estos desnudos, sin que nadie le impidiera marcharse, que, a continuación, mantuviera una relación sexual completa con uno de ellos consintiéndola libre

y voluntariamente) llevó al Tribunal a descartar la intimidación como el factor desencadenante de las masturbaciones y felaciones a los tres acusados (FD Octavo). En consecuencia, estos hechos ya no podían ser calificados de agresión sexual, sino de abuso sexual con menor de dieciséis años del entonces vigente art. 183.1 Cp (FD Noveno). Eso sí, el Tribunal no entendió acreditado ni error de tipo en relación a la edad de la denunciante ni el error de prohibición alegado por los acusados de forma subsidiaria (FD Décimo).

Una vez calificada la acción de los recurrentes como un delito de abuso sexual tipificado en el art. 183.1 Cp, el Tribunal Superior de Justicia procedió a analizar la eventual aplicación del art. 183 quáter Cp, bien como eximente de la responsabilidad criminal o, en su caso, como atenuante simple o cualificada. Llegado a este punto, en el caso del acusado de diecinueve años entendió que esta exención que se admitió para absolverle de responsabilidad penal por la relación sexual completa había de extenderse también al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón (FD Duodécimo).

En relación a los acusados de veintidós y veinticuatro años, si bien no admitió la apreciación de este precepto con carácter de eximente de la responsabilidad por la falta de simetría en desarrollo y madurez con la menor, sí admitió su apreciación como

¹⁸ En primer lugar, en relación a los hechos sucedidos en el salón de la vivienda de los tres acusados recogidos en el apartado Tercero, de cuyo párrafo segundo se elimina la referencia siguiente: "ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada"; así como el dato de que fueran los acusados los que cogieran las manos de la denunciante para que les masturbara o los que le sujetaran la cabeza para que les hiciera una felación. En segundo lugar, añade un apartado Sexto en el que se hace constar que ninguno de los acusados había superado la etapa de educación secundaria obligatoria y que el acusado de diecinueve años tenía una madurez psicológica próxima a la de la menor, y el de veintidós, ligeramente superior a la de esta. También se dio por acreditado que el acusado de veinticuatro años había padecido un trastorno de déficit de atención/hiperactividad en su infancia que le provocó

que su madurez cerebral fuera inferior a su edad cronológica.

¹⁹ De hecho, el que la relación sexual completa mantenida con este acusado hubiera sido consentida contribuyó a que el Tribunal Superior de Justicia aceptara, tal y como apuntaban los recurrentes, que carecía de lógica el que realmente en el salón la denunciante se encontrara en situación de bloqueo por el miedo y que esto fuera lo que le forzó a masturbarles y a realizarles las felaciones en el salón; sobre todo si a eso se añadía que, una vez que se apagaron las luces, ella regresó al salón y se quedó allí a pesar de detectar que los tres condenados estaban desnudos cuando, además, ninguno hizo nada por impedirle abandonar el piso en ningún momento (FD Sexto).

atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter Cp (a partir de ahora Circular 1/2017)²⁰. Por lo que, teniendo en cuenta la relativa proximidad de las edades cronológicas y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez de los implicados en lo que a relaciones sexuales se refiere²¹, apreció “una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quáter del Código Penal” (FD Decimotercero).

Por tanto, este tribunal absolvió a uno de los acusados (el de diecinueve años) de todos los delitos —violación y cooperación necesaria para cometer la agresión sexual grupal—, y rebajó las penas de los otros al modificar la calificación de los hechos a abuso sexual, delito tipificado en el Cp, evidentemente, con penas más bajas que el de agresión sexual²².

2.4. Sentencia 930/2022, de 30 de noviembre, del Tribunal Supremo

La Sentencia 14/2020, de 18 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal), fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, así como por las representaciones de los dos condenados, por la Acusación particular y por la Acusación popular ante el Tribunal Supremo, que resuelve el 30 de noviembre de 2022.

Por lo que se refiere a los motivos del recurso interpuesto por la representación del condenado de veinticuatro años, el Tribunal

Supremo entendió que la realidad de los actos de contenido sexual de los condenados con la víctima fueron incontestables (FD segundo); desestimó la pretensión de que debería haberse apreciado un error de prohibición vencible al considerar inadmisibles “la ignorancia del conocimiento de la ilicitud de estas conductas con menores” (FD Cuarto); así como que fuera apreciable la cláusula del art. 183 quater ya que el recurrente tenía veinticuatro años en el momento de los hechos y la víctima tan solo quince (FD Quinto).

También desestimó el recurso de casación interpuesto por el representante del condenado de veintidós años entendiéndolo que no había habido quiebra del principio de presunción de inocencia ni error en la valoración de la prueba, remitiéndose a las argumentaciones desarrolladas en el FD Segundo ya referido (FD Decimoprimer).

En relación a los recursos planteados por las Acusaciones (particular y popular), el Tribunal Supremo descartó que hubiera habido error en la valoración probatoria que permitiera regresar, tal y como se le solicitaba, a la aceptación de la intimidación ambiental que fue reconocida por la Audiencia Provincial y rechazada por el Tribunal Superior de Justicia (FD Sexto y Noveno).

También desestimó la pretensión de la primera de las acusaciones de declarar la improcedencia de la exclusión de la responsabilidad penal en el caso del imputado de diecinueve años de edad, al considerar acreditado que no había habido intimidación

²⁰ https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-Q-2017-00001.pdf

²¹ Al entender que: “examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes, se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia” (FD Decimotercero).

²² Más concretamente, condenó al acusado de veintidós años a tres años de prisión y al de veinticuatro, a cuatro años de prisión. Esta diferencia en la pena (por el mismo delito, abuso sexual) obedeció, precisamente, a la diferencia de edad. Tal y como lo explicita la sentencia, la condena de un año más al acusado de veinticuatro años se debe “a su mayor edad” y a que fue quien ejerció “una suerte de liderazgo sobre los demás, manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor” (FD Decimocuarto).

ni, por tanto, agresión sexual y que el acusado tenía una edad y una madurez próxima a la de la víctima (FD Séptimo).

Sin embargo, sí otorgó la razón a las dos Acusaciones y al Ministerio Fiscal al rechazar que procediera apreciarles la previsión contenida en el art. 183 quáter Cp como atenuante analógica muy cualificada a los imputados de veintidós y veinticuatro años.

El Tribunal Supremo consideró que el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de entenderla admisible como tal en los supuestos "en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez", carecía —según palabras textuales— de "anclaje legal"²³. Desde su punto de vista: el art. 183 bis Cp tan solo avala la exclusión de responsabilidad penal y la citada Circular no constituye un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar *ex lege*²⁴ (FD Séptimo, Noveno y Décimo).

Por lo que, el Tribunal Supremo, tras declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, con estimación de su motivo único, y, parcialmente, del interpuesto por las representaciones de la Acusación

particular y de la Acusación popular procedió a casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, fijando en esta nueva sentencia la pena para los dos condenados²⁵ en nueve años y un día de prisión, en vez de las impuestas en la sentencia recurrida (tres años de prisión para el acusado de veintidós años y cuatro años de prisión para el de veinticuatro)²⁶.

Diferencia de pena que evidencia la trascendencia crucial que tiene el que sea realmente admisible o no que la previsión del art. 183 quater Cp (vigente 183 bis) pueda operar más allá de como eximente completa.

Cuestión que procedo a analizar a continuación.

3. ¿Puede operar la cláusula del artículo 183 quater cp (vigente 183 bis) como atenuante analógica?

Si acudimos a la Circular 1/2017 invocada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia 14/2020, comprobamos que llega a la admisibilidad de esta posibilidad partiendo de la razón de ser del art. 183 quater Cp.

En ella se argumenta que la esencia del art. 183 quater Cp radica en saber si, en el caso

²³ El Tribunal Supremo argumenta esta cuestión en los siguientes términos: "... el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial *ex novo* de una atenuante analógica que no permite 'anclarla' en otra precedente sobre la que construir la 'analogía', ya que en el art. 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se dé cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores"; no refiriéndose dicho artículo 21.7 Cp al art. 183 bis (anteriormente art. 183 quáter) Cp. Artículo 183 bis Cp que, por su parte, solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación, ni simple ni muy cualificada".

²⁴ A lo que añade: "También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como

relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal". Matización que considero fuera de lugar. Una vez que se descartó el que los hechos tuvieran lugar en una situación de intimidación ambiental, el que sean dos o más los implicados en el acto de carácter sexual no es algo que tuviera que excluir la posibilidad de apreciar la previsión del art. 183 quater Cp como eximente incompleta.

²⁵ Por el actual delito del art. 181.1, 3 y 4 a) Cp [anterior art. 183.1, 3 y 4 b), vigente a la fecha de los hechos].

²⁶ Se trata en cualquier caso de una pena inferior a la que hubiera correspondido a esos mismos hechos conforme a la regulación de los delitos sexuales vigente hasta la aprobación de la LO 10/2022. Ya que la LO 10/2022, al ser más favorable, fue aplicada retroactivamente.

concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras que en ella se detallan²⁷, las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.

Para que, de no ser así, se tenga en consideración como eximente completa o como atenuante, pudiendo ésta llegar a ser apreciada como muy cualificada. Precisa que la exención total requerirá, además del consentimiento libre, la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos que incorpora la cláusula: proximidad en edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez. Y admite la posibilidad de construir una atenuante por analogía (art. 21.7^a Cp) en tanto que la concurrencia parcial de dichos presupuestos puede excluir la idea de abuso en forma relativa.

A tal efecto se remite a las sentencias en las que el Tribunal Supremo sostiene que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía “las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido (SSTS 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras)”; por entender que la propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse al “abuso” indica con claridad que nos encontramos en este supuesto.

²⁷ Señala como pautas, por ejemplo, el que la diferencia de edad entre los implicados en el acto sexual puede ir más allá de los tres años, ya que el legislador se planteó la predeterminación de la proximidad entre ambos a esa cifra y expresamente la rechazó. Así mismo propone la previsión contenida en el artículo 69 del Código penal de tratar como menores a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, como un parámetro especialmente adecuado para interpretar el art. 183 quater Cp. Y admite que la cláusula en él contenida pueda ser aplicable a los jóvenes adultos de entre veintiuno y veinticuatro años, si bien advierte que

Así sostiene que: “La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación”²⁸.

Aclara que para ello habrá de atenderse al caso concreto y que la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. A lo que añade que “Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada”, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

Los términos de la Circular sobre esta cuestión son pues claros y contundentes. Ahora bien, tiene razón el Tribunal Supremo en su sentencia 930/2022 cuando puntualiza que como una Circular no es una ley, no puede crearse Derecho penal a través de ellas. Pero lo que las Circulares sí pueden hacer es ofrecer una interpretación de las normas ya existentes.

De hecho, las circulares son uno de los instrumentos a través de los cuales se concretan las directrices generales que el Fiscal General del Estado dirige a los miembros de la carrera Fiscal (con soporte en la previsión contenida en el artículo 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁹) para mantener el principio de unidad de actuación

en como en este tramo las diferencias de edad son ostensibles, las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

²⁸ Circular 1/2017, p. 9.

²⁹ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1982. Referencia: BOE-A-1982-837

al contener criterios generales de actuación e interpretación de las normas.

4. Conclusiones

Las cuestiones planteadas nos llevan al siguiente interrogante, ¿hay en el Ordenamiento jurídico penal español argumentos que permitan sustentar la apreciación de la cláusula del art. 183 quater Cp (vigente art. 183 bis) como atenuante analógica susceptible de ser apreciada, incluso, como muy cualificada?. Entiendo que la respuesta es que sí por las siguientes razones³⁰:

En primer lugar, por el propio tenor literal del artículo 183 quáter Cp que, disponiendo que el consentimiento libre del menor de dieciséis años "excluirá la responsabilidad penal", no especifica que dicha exención tenga que ser ni total ni parcial, poniéndola sencillamente en relación con los factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual. Factores ambos que habrán de ser valorados y modulados en atención a las circunstancias del caso concreto.

En segundo lugar, porque, aunque la previsión contenida en el apartado 7 del artículo 21 Cp (atenuante análoga) haga referencia exclusivamente a cualquier otra circunstancia de análoga significación "a las anteriores", negar que ésta pueda extenderse al art. 183 quáter Cp, es negar la operatividad de la analogía a favor de reo en el ámbito penal; cuando la analogía que es inadmisibles por chocar con los principios limitadores del Derecho penal es exclusivamente la que le perjudica³¹.

En tercer lugar y nuevamente desde la premisa de que la analogía que beneficia al reo no es contraria a los principios limitadores del Derecho penal: si cualquiera de las circunstancias eximentes (completas) de la responsabilidad penal previstas en el art. 20 Cp, pueden operar como eximentes incompletas cuando no se den todos sus requisitos (por previsión expresa del art. 21.1ª Cp), ¿por qué no ha de regir la misma regla para la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp?.

Y, en cuarto lugar, porque si la admisibilidad de la exención de responsabilidad que se prevé en el art. 183 quater se ha hecho pivotar (pudiendo el legislador haber optado por criterios fijos), sobre dos parámetros modulables, reconociéndose que pueden darse situaciones intermedias en las que la madurez y la edad de los implicados en los actos sexuales sean más o menos próximas, pero no tanto como para llegar a eximir de responsabilidad penal, no es razonable que a esta se les dé la respuesta penal más extrema negándosele toda relevancia penal.

No cuando en virtud del principio de proporcionalidad la pena a imponer ha de estar vinculada a la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal.

Luego, y con esto concluyo, discrepo del rechazo mostrado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso "La Arandina" a que la cláusula prevista en el art. 183 quater Cp pueda operar también como atenuante analógica e, incluso, como eximente incompleta.

Ambas posibilidades son defendibles partiendo del tenor literal de los propios preceptos penales con apoyo en la

³⁰ En términos muy similares se manifiesta el magistrado, el Excmo. Sr. Ángel Luis Hurtado Adrián en el voto particular que formula a la STS 930/2022, de 30 de noviembre. Voto particular al que me remito. Un interesante comentario sobre el mismo puede verse en Javier Parrilla Vergara, "¿Atenuar o no atenuar las

penas? reflexiones en torno al 'caso Arandina'", *Revista General de Derecho Penal* 39 (2023).

³¹ En este sentido, por ejemplo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General, 11ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 454 y 455.

admisibilidad de la analogía que beneficia al reo y en el más estricto respeto, por tanto, de los principios limitadores del Derecho penal³².

Referencias

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Consulta 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado*. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2017.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. (2023). “El precio de una reforma penal fruto de la presión social”. En *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Claves de la polémica. Colex.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. (2015). “Prefacio”. En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch,.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. Boletín Oficial del Estado, 13 de enero de 1982.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 23 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*. Boletín Oficial del Estado, 07 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>.
- MORENO, Carmen, Pilar RAMOS, Francisco RIVERA, Inmaculada SÁNCHEZ-QUEIJA, Antonia JIMÉNEZ-IGLESIAS, Irene GARCÍA-MOYA, Concepción MORENO-MALDONADO, Carmen PANIAGUA, Ana VILLAFUERTE-DÍAZ, Esther CIRIA-BARREIRO, Antony MORGAN y LEAL-LÓPEZ, Eva. (2020). *Informe técnico de los resultados obtenidos por el Estudio Health Behaviour in School-aged Children (HBSC) 2018 en Aragón*. Ministerio de Sanidad, 2020. <https://goo.su/ThOw>
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2022). *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- PARRILLA VERGARA, Javier. (2023). “¿Atenuar o no atenuar las penas? reflexiones en torno al caso Arandina”. *Revista General de Derecho Penal* 39.
- RAMOS VAZQUEZ, José Antonio.(2015). “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp”. En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant lo Blanch.

³² De hecho, ambas posibilidades han sido reconocidas sin problema en otras resoluciones dictadas por este mismo órgano judicial en los que se resolvían casos de similar entidad. A tal efecto, puede consultarse cómo fue apreciada como atenuante muy cualificada en relación

con el 21.7ª Cp, por ejemplo, en la STS 699/2020, de 16 de diciembre y en la STS 672/2022, de 1 de julio (en un caso en el que el acusado tenía veinticinco años recién cumplidos y la sujeto pasivo algo más de trece).