

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067243

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 85/2024, de 26 de enero de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5756/2021

**SUMARIO:****Delitos contra la libertad sexual. Agresiones sexuales. Subtipo atenuado. Menores de dieciséis años. Posibilidad exclusión de responsabilidad por consentimiento del menor de dieciséis años.**

Imposibilidad de decantar atenuación analógica del artículo 183 bis CP relativa al libre consentimiento del menor de dieciséis años que excluirá la responsabilidad penal por de los delitos de agresión sexual cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Si la prueba ha excluido la proximidad por edad y en el grado de desarrollo o madurez que reclama la cláusula de no tipicidad, ello comporta, como consecuencia necesaria, que el consentimiento otorgado por la persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con la persona mayor de edad es irrelevante, por inválido. Ello supone que la conducta sexual desarrollada satisface todas las exigencias de tipicidad y de idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido. Precisamente, la ductilidad de la regulación, al no contemplar franjas de edad determinadas como límites aplicativos, obliga considerar que cuando se excluye la proximidad "combinatoria" -edad/madurez/desarrollo- reclamada por la norma para identificar consentimiento válido no hay razón para activar fórmulas de atenuación basadas en la incierta categoría de la cuasiproximidad. Como tampoco puede generar una suerte de subtipo atenuado sobre la base de un semiconsentimiento o consentimiento imperfecto de la víctima sin riesgo de contradecir el propio sentido de la norma prohibitiva y de superar en mucho la función que puede cumplir la analogía. Ni el hecho objetivamente se convierte en menos disvalioso ni puede tampoco traducirse, por sí, en un factor de reducción de la culpabilidad del autor. Los tipos penales representan el contenido de desvalor de la norma que los jueces debemos reconstruir mirando al fin y a la "ratio" del enunciado normativo, evitando interpretaciones que las contradigan e impidan, a la postre, su aplicación. Y parece claro que no es posible decantar esa posibilidad atenuatoria del tenor del artículo 183 bis CP sin desconocer, al tiempo, el fundamento de la norma que protege la libertad sexual de las personas menores de 16 años, descartando toda relevancia al consentimiento que no sea plenamente libre y, por tanto, válido. Consentimiento legitimador que no se dará cuando la persona mayor se aprovecha, precisamente, de la menor madurez y diferencia de edad de la víctima para mantener con ella relaciones sexuales. Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, que las circunstancias personales del autor reveladas en el juicio, también las relativas a su edad y grado de madurez, no deban ser tomadas en cuenta. De contrario, se presentan particularmente relevantes para: primero, determinar si, puestas en relación con la entidad del hecho, permiten, como se precisa en el artículo 181.3 CP, la aplicación del tipo atenuado; segundo, individualizar, como exige el artículo 66.1. 6º CP, la pena puntual que debe imponerse. Y sin perjuicio, además, de que, vinculados a dichas circunstancias, puedan identificarse factores psicobiológicos que afecten a las bases de imputabilidad o la concurrencia de alguna clase de error que justifiquen la atenuación o, incluso, la exención de responsabilidad.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 183 bis.

Ley de enjuiciamiento Criminal.

**PONENTE:***Don Javier Hernandez Garcia.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Don ANA MARIA FERRER GARCIA  
Don PABLO LLARENA CONDE  
Don VICENTE MAGRO SERVET  
Don SUSANA POLO GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN  
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 85/2024

Fecha de sentencia: 26/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5756/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2024

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5756/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 85/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de enero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 5756/2021, interpuesto por D. Fernando , representado por el procurador D. Rafael Vicente Ferrer Miquel, bajo la dirección letrada de D. Gerson Vidal Rodríguez, contra la sentencia n.º 231/2021 de fecha 14 de septiembre de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 287/2021 de fecha 2 de junio de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta en el Procedimiento Sumario ordinario 13/2021, procedente del Juzgado de Instrucción num. 5 de Valencia.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Dª. Azucena representada por la procuradora Dª. María Isabel García Martínez, bajo la dirección letrada de D. Juan Solozabal Anglada.

Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia incoó Procedimiento Sumario núm. 811/2020 por dos delitos de abuso sexual a menor de 16 años, contra Fernando; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección quinta, (SUM 13/2021) dictó Sentencia en fecha 2 de junio de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

"ÚNICO. Queda acreditado y así se declaró que:

El procesado Fernando nacido el NUM000 de 1999, en el verano del año 2019 y teniendo por tanto 20 años conoció a Azucena, que nació el NUM001 de 2007, e iniciaron una relación de amistad que se convirtió en una relación de noviazgo.

Desde entonces se veían frecuentemente los fines de semana, por aquellas fechas ella estudiaba primer curso de la ESO y él trabajaba como barbero. Dado la relación de noviazgo, el procesado tenía interés en lograr tener relaciones sexuales con la menor, si bien ésta se negaba pues decía que no se encontraba preparada.

En fecha no concretada pero próxima al 23 de febrero de 2020, la menor Azucena llevó al procesado al domicilio de su amiga Mariana, pues su padre tenía las llaves de esta vivienda en custodia, ya en la vivienda tras

varios escarceos sexuales con besos y caricias, el acusado, con intención libidinosa, desnudo a la menor Azucena y le introdujo los dedos por la vagina, llegando ésta a sangrar.

El 23 de febrero de 2020 hubo otro encuentro sexual, esta vez en el domicilio del procesado sito en la CALLE000 número NUM002 puerta NUM003 de Valencia, en un primer momento el procesado volvió a introducir los dedos en la vagina de la menor y posteriormente le introdujo el pene si bien no consta que llegase a eyacular dentro de la vagina de la menor Azucena, tras estos hechos la menor quedó en estado de shock. Azucena ha recibido tratamiento psicológico tras la ruptura sentimental con el procesado.

El procesado Fernando ha sido condenado anteriormente por sentencia firme de 14 de noviembre de 2018, por un delito de robo con violencia a la pena de un año de prisión."

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Fernando como autor de un delito continuado de abuso Sexual a menor de 16 años previsto en el art 183.1 y 3 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de prisión de 10 años y un día la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone la medida de seguridad de Libertad Vigilada prevista en el art 192 CP por tiempo de cinco años.

Es de aplicación la medida de prohibición de aproximación al domicilio de la víctima Azucena, lugar de trabajo o estudio o lugar en que se encuentre o frecuente a una distancia de 300 metros por diez años, así como la prohibición de comunicarse con la víctima por el mismo tiempo.

Se condena al procesado en concepto de Responsabilidad Civil, a que indemnice a los representantes de la menor Azucena en la cantidad de 6.000 euros.

Con imposición al acusado de las costas causadas.

Notifíquese a las partes esta resolución.

Contra la misma cabe Recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la COMUNIDAD VALENCIANA en el plazo de diez días siguientes al de su última notificación."

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Fernando; dictándose sentencia núm. 231/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 14 de septiembre de 2021, en el Rollo de Apelación 249/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. RAFAEL VICENTE FERRER MIQUEL en nombre y representación de D. Fernando.

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo, de existir, el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución."

### **Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Fernando que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

### **Quinto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como conforme a lo dispuesto en el punto 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al entender que la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana vulnera el derecho fundamental a un proceso justo y con las debidas garantías, al integrar el relato de hechos probados con elementos fácticos en los fundamentos jurídicos en perjuicio del reo.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter al no apreciar la cláusula de exclusión de la penalidad del artículo 183 quater en relación con el artículo 183 CP.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter al no apreciar la aplicación de la atenuante analógica de consentimiento como muy cualificada del artículo 183 quater en relación con el artículo 21.7ª CP.

#### **Sexto.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió a trámite.

#### **Séptimo.**

Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se da traslado al recurrente para que adapte si lo estima procedente los motivos alegados, y posteriormente a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal por si interesan presentar alegaciones, con el resultado que obra en autos.

#### **Octavo.**

Por providencia de esta Sala de 26 de mayo se señaló el presente recurso para la deliberación y fallo el día 4 de julio de 2023. En el curso de la deliberación, se consideró su avocación a pleno. Y, de conformidad con el art. 197 de la LOPJ, se convocó Pleno jurisdiccional de esta Sala mediante providencia de 22 de noviembre para deliberación y fallo del presente recurso el próximo día 25 de enero de 2024.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

1. El motivo denuncia que el Tribunal Superior, al conocer del recurso de apelación, ha integrado, en perjuicio del reo, el relato de hechos probados con elementos fácticos contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia. Al parecer del recurrente, la sentencia de apelación detrae la falta de libre consentimiento, como se reconoce expresamente, de afirmaciones de puro contenido fáctico que, sin embargo, no integraron el correspondiente apartado de hechos probados. La sentencia de la Audiencia, se insiste en el desarrollo del motivo, no fija como hecho probado que la menor no consintiera los dos accesos sexuales producidos, lo que impide, en consecuencia, el juicio de subsunción.

2. El motivo no puede prosperar.

Es cierto que el juicio de subsunción solo puede recaer sobre los hechos declarados probados en el correspondiente apartado de la sentencia. Estos deben permitir identificar, ya sea en términos literales o contextuales, la presencia de todos los elementos exigidos por el tipo correspondiente, objeto de acusación, y, en su caso, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya aplicación haya sido pretendida por las partes.

De tal modo, cuando se combate el juicio de subsunción de los hechos en la norma penal por vía de recurso, el tribunal que conozca del mismo no puede extravasar los límites que enmarcan la declaración de hechos probados. Tiene vedado heterointegrarla en perjuicio del reo con referencias que, con mayor o menor apariencia fáctica, aparezcan desperdigadas en la fundamentación jurídica, aunque puedan prestar consistencia o justificación normativa al juicio de subsunción cuestionado.

Si pese a la condena en la instancia, el hecho probado incompleto o impreciso impide la subsunción pretendida por las acusaciones y estas lo consienten, sin reclamar su reparación mediante el recurso devolutivo que corresponda, lo que no puede hacer el tribunal que conoce del recurso formulado solo a instancia de la persona condenada es reconstruir el hecho declarado probado en la instancia en términos que, ahora sí, permitan la subsunción combatida. Como reiteradamente hemos precisado, cuando el tribunal llamado a la fijación del hecho probado compromete la unidad lógico-narrativa que debe caracterizarlo e inserta proposiciones factuales en la fundamentación jurídica que amplían el espectro fáctico en aspectos esenciales estas solo podrán utilizarse, de la

mano de los recursos que puedan interponerse, en beneficio del reo -vid. STS 57/2022, de 24 de enero, 173/22, de 24 de febrero, 401/22, de 22 de mayo, 468/22, de 18 de mayo-.

La reconstrucción configurativa en perjuicio del reo del hecho declarado probado en la instancia por parte del tribunal que conoce del recurso defensivo comportaría una profunda alteración de las reglas del proceso justo y equitativo que también determinan el alcance del efecto devolutivo.

De producirse, el tribunal de segundo o tercer grado habría actuado como acusador, comprometiendo gravemente la posición de "terzietà" que respecto a las partes viene obligado a mantener, afectando, a la postre, al derecho de defensa de la parte recurrente.

Pero este no es el caso que nos ocupa. No identificamos que el Tribunal Superior reconstruyera, ampliara o, tan siquiera, completara los hechos probados establecidos por la Audiencia Provincial. Hechos que, por otro lado, presentan un óptimo nivel de completitud y precisión para soportar el juicio de subsunción.

No es cierto, por tanto, como se afirma en el recurso, que se presenten incompletos al no declarar probado que la menor no consintió los accesos sexuales, impidiendo así la subsunción en el tipo del artículo 183 CP, entonces en vigor.

Olvida el recurrente que el consentimiento expreso es absolutamente irrelevante cuando la persona tiene menos de 16 años, a salvo que concurra proximidad de edad y simetría en el desarrollo o madurez con la persona con la que mantiene la relación sexual.

La sentencia de instancia declara probado, con detalle, el contexto de producción para después, en la fundamentación jurídica, excluir, en términos normativos, que concurran los presupuestos de exclusión de tipicidad del artículo 183 quáter CP, entonces vigente.

3. Y es a este gravamen, de la mano de los motivos de apelación, al que se enfrentaba el Tribunal Superior. La sentencia de apelación analiza todas y cada de las objeciones probatorias y normativas planteadas por el apelante, descartando, por un lado, la prueba de la presencia de los elementos reclamados por la cláusula de no tipicidad, y por otro, validando el juicio de tipicidad al que llegó la Audiencia Provincial a la luz, única y exclusivamente, de los hechos que esta declaró probados.

4. No hay, en modo alguno, extralimitación fáctica por parte del Tribunal de apelación que comprometiera el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.

**SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 183 QUATER CP (VIGENTE AL TIEMPO DE LOS HECHOS)**

5. El motivo incide, mediante un profuso y bien ordenado desarrollo argumental, en que, a la luz de los propios hechos declarados probados y de los datos fácticos que se ubican en la fundamentación jurídica, cabe identificar con claridad los presupuestos de apreciación de la cláusula de exclusión de tipicidad del artículo 183 quáter CP. Por un lado, el elemento objetivo, relativo a la proximidad de edad entre las personas concernidas en la relación sexual, y, otro, el subjetivo, atinente a la proximidad en el grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Para el recurrente, no es posible excluir el presupuesto objetivo sobre la base del simple dato de que la distancia cronológica sea de siete años y seis meses pues en modo alguno puede calificarse ni de abismal ni de desproporcionada. Criterios estos que son los que adquieren un particular peso decisorio en las distintas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo analizando la cuestión suscitada. Además, no puede obviarse que el legislador optó de manera consciente, atendido el trámite parlamentario de la reforma, por no fijar límites normativizados de edad para la aplicación de la cláusula, rechazándose las enmiendas que abogaban por dicha solución. Por otro lado, tampoco puede perderse de vista la propia tradición regulativa que hasta la reforma de 2015 situaba la edad del consentimiento sexual en trece años.

Y, en el caso, tal como se declara probado, la menor inició su relación de noviazgo en 2019 con doce años y seis meses, si bien las relaciones sexuales las mantuvo cuando ya había cumplido trece años y el recurrente contaba con veinte años. Por tanto, ambos, en ese momento, se situaban en la franja de la adolescencia -la menor, en la adolescencia inicial (entre los 10 a los 14 años), el hoy recurrente, en la adolescencia final (entre los 17 a los 20 años)- en los términos definitorios precisados por la Organización Mundial de la Salud y de los que se hace eco la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado. Lo que permite sostener, según el recurrente, la cercanía cronológica reclamada por la norma cuya inaplicación se denuncia.

En cuanto a la proximidad del grado de madurez y desarrollo, el recurrente insiste en que la menor presentaba un grado de madurez muy alto. Los propios hechos que se declaran probados precisan cómo fue la menor quien llevó al hoy recurrente al domicilio de una amiga para poder mantener contactos sexuales al abrigo de la mirada de terceros, sin que se identifique atisbo alguno de falta de libre decisión. Tampoco la prueba practicada identifica que la menor sufra algún tipo de afectación emocional que pueda asociarse a los accesos sexuales, objeto de acusación. De contrario, la menor, tal como reveló en la exploración judicial realizada mediante Cámara Gessel, lo descarta expresamente, afirmando que lo que le hizo sentirse mal es que sus padres interpusieran una denuncia.

Por otro lado, no puede obviarse, en los propios términos recogidos en la sentencia de instancia y validados por la sentencia recurrida, que el hoy recurrente presentaba, también, rasgos de inmadurez emocional. Y que dicha circunstancia es una de las que el legislador toma en cuenta para construir la cláusula de no tipicidad cuya finalidad radica, precisamente, en evitar el castigo de aquellas conductas que por desarrollarse entre sujetos de madurez y

edad similares no suponen una interferencia negativa en el desarrollo de la persona menor de dieciséis años. Lo que, para el recurrente, concurre con toda claridad en el caso pudiéndose concluir que la menor consintió libremente mantener relaciones sexuales con quien en ese momento era su novio.

6. El motivo no puede prosperar.

Compartimos las valoraciones ofrecidas por el Tribunal Superior para descartar la aplicación del entonces vigente artículo 183 quáter CP.

Dicha cláusula -al igual que la hoy prevista en el artículo 183 bis CP- responde a la previsión contenida en el artículo 8.1 de la DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, en la que se previene que " quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4 , será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos". Lo que coliga con el considerando 20 de la misma, en el que se precisan los fines político-criminales del Derecho de la Unión excluyendo " las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación" -vid. en el mismo sentido, Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007-.

Es en este contexto de intervención desde el que debe ser interpretado el alcance del artículo 183 bis CP (antiguo artículo 183 quáter).

7. No se trata de negar toda autonomía a las personas menores de 16 años en su esfera sexual, de prescindir de su evolución madurativa y del propio descubrimiento de la dimensión sexual de las relaciones personales. Sino de asegurarse que, atendido el contexto relacional, el consentimiento, al que se refiere el tipo del artículo 183 bis CP, de la persona menor de 16 años que excluye la responsabilidad penal de la persona con la que mantenga relaciones sexuales es, en efecto, libre. Que se neutraliza todo riesgo de abuso, derivado precisamente del aprovechamiento del victimario de la edad para obtener el resultado de cosificación sexual buscado.

8. El valor legitimante del consentimiento de la persona menor de 16 años que se contempla en el artículo 183 bis CP reside, sobre todo, en que la persona con la que mantenga la relación sexual, por sus circunstancias vitales de edad, grado de desarrollo y madurez, participa de parámetros valorativos similares, de experiencias evolutivas comunes. Excluyéndose todo atisbo de superioridad emocional o situacional que comprometa, hasta desfigurarla, reducirla o anularla, la libertad de consentimiento de la persona menor de 16 años.

9. El aseguramiento de los irrenunciables fines de protección del derecho a la indemnidad sexual de las personas menores de 16 años, como una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se garantiza en el artículo 10 CE, obliga, como lógica consecuencia, a una interpretación rigurosa de los presupuestos aplicativos del artículo 183 quáter CP.

Muy en especial de la necesaria correlación cumulativa entre edad, desarrollo y madurez de la persona menor de 16 años con quien, mayor de esa edad, mantenga relaciones sexuales.

La fenomenología del abuso infantil identifica que, precisamente, la asimetría de edad constituye un factor decisivo que impide el ejercicio por parte del menor de una libre decisión y la conformación de una actividad sexual compartida con plena autonomía.

Es cierto, no obstante, que en nuestro sistema penal no se fija una franja de edad en la que deba operar la cláusula de exclusión de la tipicidad del artículo 183 quáter CP -vid. al respecto, la regulación del Código Penal francés, introducida por la Ley 2021-478, de 21 de abril de 2021, en la que se establece en el artículo 222.31 que "constituye igualmente violación todo acto de penetración ...cometido por un mayor sobre un menor de quince años o cometido sobre el mayor por el menor cuando la diferencia de edad entre el mayor y el menor es de, al menos, cinco años"- . Pero es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez contenidas en el tipo obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales.

10. En particular, la expresa mención a "desarrollo" que se contiene en el tipo sugiere con claridad la necesidad de aplicar una perspectiva evolutiva en el análisis que debe llevarse a cabo.

Como es sabido, la categoría "desarrollo" viene integrada por tres variables: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje.

El crecimiento significa el aumento de los elementos constitutivos de la personalidad, especialmente en su aspecto físico, la adición de algunos elementos más perfeccionados dentro del esquema general de desarrollo y de la progresión físico- biológica. La maduración identifica la capacidad adaptativa en términos graduales a nuevos modos y exigencias de acción y a los nuevos objetivos derivados del crecimiento que culmina con la edad adulta. Proceso de desarrollo que viene también configurado por el aprendizaje que implica la evolución del reflejo condicionado al pensamiento y que transcurre junto al proceso de maduración, marcado de manera individual por numerosas condiciones ambientales.

Pues bien, a la hora de evaluar la proximidad madurativa a los efectos del artículo 183 bis CP no puede prescindirse del desarrollo de cada una de las personas y de sus propias etapas de crecimiento que suscitan los nuevos objetivos adaptativos. Solo en condiciones de desarrollo próximas puede medirse relacionalmente el grado de madurez que presenta cada una de las personas concernidas.

11. La sentencia recurrida no cuestiona que el recurrente tuviera rasgos de inmadurez emocional, pero es obvio que ello no significa que su nivel se equipare al nivel de madurez personal y sexual de una niña de apenas trece años, aunque esta, incluso, a la luz de su desarrollo, pueda considerarse madura. Insistimos, para comparar y equiparar niveles de madurez no puede prescindirse de los respectivos grados de desarrollo alcanzados.

12. En el caso, las experiencias vitales de uno y otro, además de una ya significativa distancia cronológica, sugieren un muy claro diferencial en los respectivos desarrollos socio-personales que aleja toda expectativa de proximidad madurativa a los efectos de la cláusula de atipicidad invocada.

En efecto, los hechos que se declaran probados suministran sugerentes datos para poder concluir, con rigor, estadios de desarrollo y madurez altamente diferenciados entre Azucena -una niña que acababa de cumplir trece años, que estudiaba 1º de la ESO, sin experiencia sexual previa hasta el punto de quedarse en shock cuando fue penetrada por el hoy recurrente, al no sentirse preparada para dicha práctica- y el hoy recurrente, de veinte años y ocho meses de edad, que trabajaba de barbero y que, tal como consta en los hechos declarados probados, había tenido problemas con la justicia, constándole una condena como autor de un delito de robo con violencia por sentencia de 14 de noviembre de 2018.

No creemos que, en este caso, la menor, de apenas trece años, pudiera ejercer plenamente su autonomía personal y sexual frente a una persona de casi veintiuno, que trabajaba y había tenido experiencias muy alejadas del contexto escolar, de niñez, en el que se desenvolvía aquella con la que decidió entablar una relación personal y sexual -vid. SSTS 946/2016, de 15 de diciembre; 1001/2016, de 18 de enero; 798/2022, de 5 de octubre-.

13. No nos cabe duda de que los elementos personales, sociales y relacionales indican con toda claridad una marcada asimetría evolutiva entre Azucena y el hoy recurrente. Lo que, en lógica consecuencia, excluye todo atisbo de consentimiento legitimador en el mantenimiento de las relaciones sexuales que se describen, impidiendo, por tanto, la entrada en juego a la cláusula de atipicidad del artículo 183 quáter CP (vigente artículo 183 bis CP).

14. Lo anterior no empece una llamada general tanto al esfuerzo probatorio sobre la concurrencia de los presupuestos aplicativos de la cláusula del artículo 183 bis CP como a su adecuada valoración por parte de los tribunales conforme a parámetros técnicos rigurosos y respetuosa, en todo caso, con las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia.

**TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 21. 7ª EN RELACIÓN CON EL 183 QUATER, AMBOS, CP**

15. El motivo impetra, con carácter subsidiario, la apreciación de una circunstancia atenuatoria analógica con valor muy cualificado. Al parecer del recurrente, aunque no se apreciaran con plenitud los presupuestos aplicativos de la cláusula del artículo 183 quáter CP para excluir la responsabilidad penal por la relación sexual mantenida con la persona menor de edad, ello no impide, por la vía de la atenuación analógica que ha sido expresamente avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atemperar la pena atendiendo la significativa proximidad de edad y de desarrollo madurativo entre ambos. En modo alguno, sostiene el recurrente, cabe excluir toda conexión de los hechos con el espacio de permisión e irrelevancia penal que se contempla en la norma. Cuando, como es el caso, se da una relación muy cercana entre el acusado y la menor, sin que puedan apreciarse diferencias sustanciales ni de edad ni madurez, la atenuación, se insiste por el recurrente, permite adecuar el reproche a lo realmente acontecido pues de otra manera resultaría absolutamente desproporcionado.

16. El motivo tampoco puede prosperar.

Debe recordarse que la construcción analógica de atenuantes que posibilita el artículo 21.1. 7º CP tiene como objetivo garantizar en todo caso la correspondencia entre la pena y los concretos indicadores de gravedad del injusto, de culpabilidad o de merecimiento del autor, atendidos los fines político-criminales concurrentes.

Objetivo de especial relevancia constitucional, por nutrirse de los principios de proporcionalidad y humanidad que se decantan de los artículos 9 y 25 CE, que explica, precisamente, que esta Sala haya interpretado con amplitud los presupuestos de aplicación de la atenuación analógica, superando el marco literal operativo precisado en el artículo 21.7º, referido a " cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores", extendiéndolo "a 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" -vid. entre muchas, SSTS 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre-.

Pero ello no significa que los jueces dispongamos de un ilimitado " motor de búsqueda" de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones. Por exigencias estructurales derivadas de nuestro modelo constitucional, basado en la idea de la división del poder y del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes genéricas o específicas que puedan ubicarse en la parte especial del Código. Supondría un nítido acto de creación normativa desconectado de la herramienta analógica de

la que se dispone y, desde luego, de la propia legitimidad que la Constitución atribuye a los jueces como agentes del poder -vid. STS 401/2022, de 22 de abril-.

Como se concluye en la STS 185/2017, de 23 de marzo, "convertir el artículo 21.7 CP en un atajo para burlar los requisitos que el legislador ha previsto para cada atenuante es una exégesis no asumible pues deroga de facto el requisito".

Como hemos reiterado, la clave decisiva para la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias reside en la identificación de datos objetivos que adquieran un significado o valor funcional equivalente a aquellos que sustentan la apreciación de fórmulas o supuestos atenuatorios previsto en la ley -vid. STS 799/2022, de 5 de octubre-.

La fórmula analógica de atenuación debe nutrirse del fundamento al que responde la norma que sirve de marco aplicativo a la luz, además, de las concretas condiciones de merecimiento de la persona acusada -vid. STS 695/2021, de 15 de septiembre; 401/2022 de 22 de abril-. No puede olvidarse que en la base de la aplicación del instrumento analógico no está una suerte de "voluntas principis" atribuida a los jueces sino la identidad o proximidad del supuesto con la "ratio legis" de la que se extrae la análoga significación y que, por ello, los jueces estamos obligados a identificar. Toda norma que regula un determinado comportamiento incorpora dos normas implícitas: una, inclusiva -todos los comportamientos similares al expresamente previsto deben ser regulados de manera homóloga a este-; y otra, excluyente -todos los comportamientos no similares deben responder a una regulación diferente-. Como consecuencia, lo que compete a los tribunales, en orden a la identificación y aplicación por vía analógica de fórmulas de atenuación, es determinar si el concreto comportamiento no expresamente regulado cae, o no, bajo la norma general inclusiva que permite la extensión de todos o algunos de los efectos regulados. Lo que dependerá, insistimos, del grado de similitud. De tal modo, si no se identifica suficiente similitud o concurre una marcada diferencia esencial entre los comportamientos no resultará posible extender en mayor o menor medida las consecuencias jurídicas previstas en la norma cuya aplicación analógica se pretende.

17. Supuesto este, de diferencia esencial, que acontece, con claridad, en el caso que nos ocupa. Es cierto, no obstante, que esta Sala ha admitido, en términos siempre muy excepcionales, la vía de la atenuación analógica propuesta por el recurrente -vid. ATS 601/2017, de 23 de marzo; SSTS 699/2020, de 16 de diciembre; 811/2022, de 13 de octubre-, pero no lo es menos que pronunciamientos más recientes la han excluido -vid. SSTS 798/2022, de 5 de octubre; 930/2022, de 30 de noviembre- sobre la base de un argumento principal: la imposibilidad de trazar una relación de analogía con alguna de las circunstancias típicas, constituyendo este un presupuesto ineludible derivado del principio de legalidad.

18. Pero, además, no puede prescindirse del propio fin de protección de la norma de la que se pretende extraer la conexión analógica. En efecto, si la prueba ha descartado la libertad en el consentimiento otorgado por la persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con la persona mayor de edad es porque se ha excluido, también, la proximidad por edad y en el grado de desarrollo o madurez que reclama la cláusula de no tipicidad. Precisamente, la ductilidad de la regulación, al no contemplar franjas de edad determinadas como límites aplicativos, obliga a considerar que cuando se excluye la proximidad "combinatoria" -edad/madurez/desarrollo- reclamada por la norma para identificar consentimiento válido no hay razón para activar fórmulas de atenuación basadas en la incierta categoría de la cuasiproximidad -en este sentido, resulta de interés la STS 922/2012, de 4 de diciembre, en la que con relación a la posible proyección atenuatoria de la previsión contenida en el artículo 69 CP, afirmábamos "que la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica".

Por tanto, si el consentimiento de la persona menor de edad no es enteramente libre, la conducta sexual desarrollada satisface todas las exigencias de tipicidad y de idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido, sin que del dato de que la distancia cronológica o la diferencia de desarrollo o madurez entre víctima y victimario no sea abismal o desproporcionada pueda derivarse una atenuación de pena.

Ni el hecho objetivamente se convierte en menos disvalioso ni puede tampoco traducirse, por sí, en un factor de reducción de la culpabilidad del victimario.

19. La no excesiva lejanía en términos de edad y desarrollo físico y madurativo, pero que resulta irrelevante para excluir la conducta típica, no puede generar una especie de subtipo atenuado sobre la base de una suerte de semiconsentimiento o consentimiento imperfecto de la víctima sin riesgo de contradecir el propio sentido de la norma prohibitiva y de superar en mucho la función que puede cumplir la analogía.

Los tipos penales representan el contenido de desvalor de la norma que los jueces debemos reconstruir mirando al fin y a la "ratio" del enunciado normativo, evitando interpretaciones que las contradigan e impidan, a la postre, su aplicación.

Y parece claro que no es posible decantar esa posibilidad atenuatoria del tenor del artículo 183 bis CP sin desconocer, al tiempo, el fundamento de la norma que protege la libertad sexual de las personas menores de 16 años, descartando toda relevancia al consentimiento que no sea plenamente libre. Consentimiento legitimador que no se dará cuando la persona mayor se aprovecha, precisamente, de la menor madurez y diferencia de edad de la víctima para mantener con ella relaciones sexuales.

20. Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, que las circunstancias personales del autor, también las relativas a su edad y grado de madurez, reveladas en el juicio no deban ser tomadas en cuenta. De contrario, se presentan particularmente relevantes para: primero, determinar si, puestas en relación con la entidad del hecho, permiten, como se precisa en el artículo 181.3 CP, la aplicación del tipo atenuado; segundo, individualizar, como exige el artículo 66.1. 6º CP, la pena puntual que debe imponerse.

Y sin perjuicio, además, de que, vinculados a dichas circunstancias, puedan identificarse factores psicobiológicos que afecten a las bases de imputabilidad o la concurrencia de alguna clase de error que justifiquen la atenuación o, incluso, la exención de responsabilidad.

21. En el caso, la marcada asimetría de los respectivos desarrollos vitales de la menor y el recurrente, analizada al hilo del motivo anterior, rompería toda conexión con el sentido y el fin de protección de la norma del artículo 183 bis CP que se pretende hacer servir de categoría de referencia para activar una irreconocible vía de atenuación analógica.

#### INCIDENTE SOBRE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

22. Al hilo del incidente suscitado, cabe recordar que cuando se produce la modificación de la norma penal vigente al momento de producción de los hechos justiciables, objeto del proceso, debe examinarse con especial detenimiento el grado de continuidad o de sucesión de ilícitos entre la nueva norma y la reformada. Y ello para determinar, por un lado, si los respectivos núcleos de prohibición se mantienen, se reducen, se precisan o se amplían y, por otro, las correspondientes correlaciones punitivas.

En el primer caso, cuando existe continuidad, procederá aplicar la norma que contenga una menor respuesta punitiva. En el segundo, deberá determinarse si el efecto reductor deja fuera de la nueva tipicidad a la acción o alguna modalidad de acción de las contempladas en el tipo modificado. Si es así, se impone, como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, declarar la destipificación sobrevenida de la conducta por la entrada en vigor de la nueva ley. En el tercer supuesto, -el de la precisión del significado de los elementos normativos o descriptivos del tipo ya utilizados en la norma reformada- deberá evaluarse si las nuevas precisiones son meras reglas de fijación o, por el contrario, incorporan componentes aditivos a las, hasta ese momento, condiciones de aplicación del tipo. En el cuarto caso, deberá comprobarse si pese a la ampliación del tipo objetivo a nuevas conductas típicas cabe, no obstante, la aplicación de la nueva ley penal por contemplar consecuencias penales más beneficiosas que la ley derogada.

Pero lo que no cabe en modo alguno es mantener dos tipificaciones sin trazar las relaciones internas de conservación o modificación que se derivan de la entrada en vigor de la norma posterior. La norma derogada solo pervive si, por un lado, la nueva norma no ha reducido su espacio de prohibición o estrechado sus condiciones aplicativas y, por otro, su aplicación al hecho cometido bajo su vigencia resulta más favorable para la persona acusada.

23. En el caso, es evidente que cabe trazar una sustancial continuidad de ilícitos entre el delito del artículo 183.1 y 3 CP (texto de 2010), objeto de condena, y el actual artículo 181.1. y 3, inciso primero, CP. Continuidad que obliga, para activar la cláusula de aplicación retroactiva de la ley favorable del artículo 2.2 CP, determinar, primero, si la nueva norma previene un marco de pena imponible más benigno y, segundo, si la pena puntual que resulte del proceso de individualización también resulta más favorable.

24. Y, en el caso, en efecto, se dan ambas condiciones.

La pena imponible a la luz de la norma aplicable al tiempo de la comisión, atendida la naturaleza continuada de la infracción ex artículo 74.1 CP, y en los términos precisados en la sentencia de instancia, iba de diez años y un día a doce años de prisión, optándose por fijar la pena en el límite mínimo. Con la ley intermedia de 2022, la pena de prisión imponible redujo su límite mínimo, yendo, por tanto, de nueve años y un día a doce años de prisión.

La reducción operada por la ley intermedia del límite mínimo del arco punitivo obliga al reajuste a la baja de la pena impuesta pues el tribunal de instancia la fijó, como resultado del proceso de individualización, en el límite también mínimo de la pena imponible en ese momento. Sin que identifiquemos razones que puedan justificar mantener la pena impuesta, un año por encima del límite mínimo de la nueva pena imponible.

25. Procede, por tanto, imponer la pena privativa de libertad de nueve años y un día de prisión, ex artículo 181.1 y 3 y 74.1 y 3, ambos, CP, y las accesorias del artículo 192.3 CP de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por un tiempo de cinco años superior al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento prevista en el artículo 192.3. párrafo 1º CP por un tiempo de cuatro años.

26. Precisar, no obstante, que deberá ser el tribunal de instancia quien determine, previa audiencia de las partes y, en su caso, de los menores que puedan verse afectados, el concreto contenido y alcance de dicha inhabilitación a la luz del principio del superior interés de estos. Audiencia que, de ordenarse, deberá practicarse en condiciones que minimicen riesgos de victimización o de afectación psicoemocional.

No cabe obviar que el efecto extintivo de los derechos inherentes a la patria potestad que se deriva de la imposición de la pena de inhabilitación para su ejercicio no comporta, como una suerte de correlato de

consecuencias necesarias, y como se decanta con claridad del artículo 46 CP, la extinción de los deberes del progenitor respecto a sus hijos ni, desde luego, de los derechos que estos ostenten respecto a aquel.

La pena de inhabilitación prevista en el artículo 192.3. párrafo 1º CP, pese a su preceptividad no disculpa de la necesidad de un análisis preciso de las circunstancias concurrentes y de los planos de la relación paterno-filial que resultarán afectados. Muy especialmente, de las consecuencias vitales -personales, sociales, familiares, económicas- que pueden derivarse para los menores concernidos.

A la hora de imponer una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, los tribunales estamos obligados a procurar coherencia los fines retributivos y preventivos de la pena con la preservación del superior interés del menor. Es un mandato constitucional y convencional de optimización indeclinable.

Como nos recuerda la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, " el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores 'que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos', según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990. Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al 'interés superior del niño' y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor. [...] En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" -vid. en el mismo sentido, SSTC 113/2021, 98/2022, 40/2023 -

27. Deber de coherencia que obliga, insistimos, a una evaluación rigurosa de todas las circunstancias personales y contextuales para determinar el concreto alcance de la pena. Y que no puede dissociarse de los contenidos normativos de la relación de patria potestad y de las condiciones que para la obtención de los fines de protección de los menores se regulan tanto en el Código Civil como en las distintas leyes autonómicas sobre la materia.

Un buen ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el artículo 160 CC donde se establece que "los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial". Es obvio, que la pena de inhabilitación especial no extingue por sí el derecho de los menores al contacto parental. Su limitación reclamará, en los propios términos precisados el artículo 46 CP, una evaluación de su oportunidad a la luz de las circunstancias del caso concreto.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

28. Tal como previene el artículo 901 LECrim, se declaran de oficio las costas causadas por este recurso.

#### CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

29. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim, 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y 12 de la Convención de Naciones Unidas, sobre Derechos del niño, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de Azucena -que, actualmente, cuenta con 16 años-.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Fernando contra la sentencia de 14 de septiembre de 2021 de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso promovido por el recurrente. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 5756/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río  
TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Penal  
PLENO

## **SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de enero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 5756/2021, interpuesto por Fernando contra la sentencia núm. 231/2021 de fecha 14 de septiembre de 2021 dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

Por las razones expuestas en los párrafos 20 a 23 procede modificar a la baja la pena impuesta ex artículo 2. 2 CP.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Condenamos al Sr. Fernando como autor de un delito continuado del artículo 181.1 y 3 CP (texto de 2022) a la pena privativa de libertad de nueve años y un día de prisión y a las accesorias de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de cinco años superior al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento prevista por un tiempo de cuatro años y la de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR Y D. JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

**I.**

Compartiendo, como compartimos, la decisión adoptada para el asunto concreto - in casu no se vislumbran méritos para atenuar la responsabilidad penal -, no nos convence la doctrina, proclamada con vocación de generalidad, que rechaza toda posibilidad de construir una atenuante por analogía con la base legal que ofrece el art. 183 quater CP (actual 183 bis: en lo sucesivo prescindimos de esa apostilla aclaratoria, dándola por reproducida y utilizando una u otra referencia según el contexto). Asumimos sin reticencia alguna para recursos futuros tal criterio. Ello no obsta para plasmar por escrito las razones (algunas tomadas de comentarios doctrinales o textos judiciales) que defendimos infructuosamente en la deliberación.

Con el hondo respeto que merecen la sentencia mayoritaria y sus bien trabados argumentos, lo determinante a nuestro juicio es la libertad del consentimiento. Esa condición no puede negarse como premisa a todo joven que no haya alcanzado la edad de 16 años. Debe ponerse, por tanto, el acento en los demás factores expresados por el legislador. Son elementos modulables y, en consecuencia, debieran ser aptos para calibrar la responsabilidad penal en función de la intensidad o extensión con que se presenten. Por lo demás, también la libertad es graduable. Cabe hablar de libertad condicionada o relativamente condicionada o no plenamente informada, etc...

**II.**

Acudiendo a una imagen de enorme plasticidad, la mayoría arguye que el art. 21.7ª CP no pone en manos de los jueces "un ilimitado "motor de búsqueda" de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuantes. Por exigencias estructurales derivadas de nuestro modelo constitucional, basado en la idea de división de poderes y del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes genéricas o específicas que puedan ubicarse en la parte especial de Código. Supondría un nítido acto de creación normativa desconectado de la herramienta analógica de la que se dispone y, desde luego, de la propia legitimidad que la Constitución atribuye a los jueces como agentes del poder".

Sin un específico anclaje legal no cabría construir una atenuante ex novo. Tal tesis aparece en otros precedentes, entre los que destaca la STS 930/2022, de 30 de noviembre (caso " Arandina"), que iba acompañada de la opinión discrepante expresada por uno de los magistrados firmantes del presente voto. Damos por reproducido su contenido sin perjuicio de recoger algunas ideas y párrafos a este texto que está en continuidad con aquél.

Presumir que " cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia... la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones" contradice una evidencia: el legislador no es perfecto y no alcanza a prever todas las situaciones. Carece de capacidad para contemplar cuantas variables ofrece la vida, lo que propicia inevitablemente lagunas axiológicas en la ley, fruto de situaciones reales que pasaron desapercibidas. El propio legislador es consciente de su limitación. Por ello ha previsto una regla para permitir la aplicación analógica de las normas: art. 4 del Código Civil. Carece de operatividad en materia de infracciones y sanciones frente al ciudadano por virtud de principios basilares; pero no puede ser proscrita en las tareas interpretativas que no suponen crear delitos y penas no expresamente previstos.

La jurisprudencia más reciente, en contra de lo que parece propugnar la reflexión de la mayoría en aras a un reverencial respeto al poder legislativo, se viene mostrando muy abierta en la aplicación del art. 21.7ª CP. La analogía in bonam partem no supone, en rigor, enmendar al legislador, ni depositar en manos de unos jueces con poderes omnímodos un ilimitado motor de búsqueda de atenuantes. Implica simplemente un estímulo al juzgador

para que trate de indagar la voluntad de la ley con el objetivo de su aplicación racional que, precisamente por esa racionalidad, exige no sentirse esclavos de las palabras. El mensaje se alimenta de algo más que un microliteralismo empobrecedor.

Paradigma de esa tendencia es la STS 749/2022, de 13 de septiembre. Trata de reflejar el estado actual de esa jurisprudencia:

"Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía:

a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y característica de las cinco restantes (hoy 6) del art. 21 del Código penal ;

b) En segundo lugar, aquéllas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas;

c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales;

d) En cuarto lugar, 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;

e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal , lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante cómo efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Como límite a este criterio amplio se ha señalado por la doctrina jurisprudencial que la atenuante de análoga significación no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, aunque tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación".

Hemos admitido atenuantes por analogía, más allá de aquellas a las que ofrece cobertura la literalidad del art. 21.7ª CP, bien basadas en circunstancias que guardan relación con algunas específicamente descritas en tipos penales, bien que conectan con algún elemento esencial definidor del tipo penal, y aunque no contengan una similitud o correspondencia absoluta con la atenuante típica. Desde esa constatación, no debe encontrarse obstáculo para modelar una atenuante apoyada en la analogía con el art. 183 quater. Constituyendo presupuesto de la aplicación de esa norma diferencias nada precisas entre edades y conceptos difusos e indeterminados, propios de los sustantivos abstractos utilizados ( "madurez o desarrollo"), parece muy factible y coherente su modulación en atención a las circunstancias del caso y siempre, lógicamente, en función del resultado de la prueba practicada.

III.

No es este el marco adecuado para profundizar en la institución de la analogía y su juego en el ámbito sancionador cuando opera in bonam partem. Pero, en todo caso, es oportuno recordar que el art. 4.3 CP, según ha entendido un solvente sector doctrinal con razones poderosas -tanto de fondo como de pura exégesis gramatical-, no constituye impedimento para propugnar su razonable juego en el ordenamiento punitivo, sin sentirnos constreñidos por las específicas ocasiones en que la Ley contiene una llamada expresa a ella (significadamente el art. 21.7 CP). Baste ahora dar cuenta de ese respaldo doctrinal y, sobre todo, del estado de la jurisprudencia que no ha vacila para acogerla en supuestos variados y frecuentes. La extensión de la eficacia exoneradora del desistimiento a las resoluciones manifestadas (conspiración, proposición, provocación) por analogía con lo previsto para la tentativa; la inclusión en la excusa absolutoria del art. 268 CP de las relaciones afectivas asimilables a la matrimonial (Pleno de 1 de marzo de 2015 y STS 91/2015, de 11 de abril), o del antiguo delito de administración desleal pese a su anterior ubicación sistemática; la admisión de una atenuante analógica a la de parentesco (que no se encuentra entre las anteriores, según dicción del art. 21.7: STS 1365/1998, de 11 de noviembre); u otros precedentes jurisprudenciales que acabaron cristalizando en reformas legislativas -vid. arts. 21.6 y 65.3 CP- son algunos de los muchos ejemplos que muestran que esa metodología interpretativa, cuando se tropieza con lagunas axiológicas en el CP, es familiar a la jurisprudencia; no es algo extravagante.

Además, como fórmula interpretativa capaz de detectar razones para atenuar la penalidad que han escapado a la letra de la ley, pero que están en su espíritu y que se descubren mediante un razonamiento fundado y no caprichoso (no se trata de inventar atenuantes; sino de identificar lagunas axiológicas en la plasmación de las previsiones del legislador), la analogía es especialmente valiosa. Cuenta con un expreso respaldo legal en el art. 21.7 que, más allá de su literalidad, en la hermenéutica vigente jurisprudencialmente que ha quedado reseñada, permite basar la atenuación en razones teleológicas de fondo y no únicamente en la referencia a una circunstancia específica. Solo desde ese enfoque pudo abrirse paso una fórmula de atenuación para el partícipe extraneus, o conferir valor mitigador de la penalidad a los retrasos injustificados en el enjuiciamiento.

Nótese, por otra parte, que, en ocasiones, por razones variadas y, entre ellas, las singularidades de una concreta morfología delictiva, la consignación, no en la parte general sino en la parte especial, de una circunstancia atenuatoria o exculpante obedece únicamente a cuestiones de sistemática.

IV.

La regulación del Capítulo relativo a los delitos sexuales sobre menores de 16 años, solo se entiende desde la presunción legal de una incapacidad en el sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido ( STS 811/2022, de 13 de octubre: "En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles"; y más adelante: "Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido").

Ahora bien, no cabe negar una realidad experiencial evidente: antes de los 16 años es posible gozar de capacidad para elegir con libertad en ese campo. El legislador lo reconoce en el art. 183 bis:

"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".

No es, pues, en sentido estricto e inmatizado, una absoluta presunción "iuris et de iure" de que el sujeto menor de 16 años carece de capacidad para prestar un consentimiento válido. Se admite prueba en contrario para destruir la presunción. Para que opere la cláusula de exclusión de la responsabilidad, sin embargo, se han añadido otros factores que deben concurrir con ese consentimiento espontáneo. Lo indica el voto mayoritario al llamar la atención sobre la necesidad de atender al contexto; o cuando precisa "que es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez en el tipo del artículo 183 bis obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales". Es en el alcance que muestre la realidad de esa relación donde habrá de ponerse el énfasis; ahí encontramos la clave.

Entre esos factores está la edad. En verdad la asimetría de edad es un elemento fundamental. La incertidumbre aflora en trance de determinar cuál ha de ser la diferencia excluyente de la cláusula exoneradora (¿son factibles reglas fijas? no parece); como también si se puede prescindir de valorar conjuntamente la intensidad de los otros dos factores, tan evanescentes como el desarrollo o la madurez.

Si se considera que, sin llegar a los 16 años, cabe un real consentimiento libre, y los otros factores a combinar son modulables, las consecuencias han de ser, igualmente, modulables. Estaríamos ante lo que la STS 930/2022, catalogaba como situaciones intermedias, a mitad de camino entre la total y la parcial exoneración de responsabilidad. Para llegar a tal solución, que se nos antoja más ponderada, ofrece cobertura la atenuación por analogía que rechaza el Pleno.

Es cierto que, en principio, no es acoplable tal entendimiento con la estricta literalidad del art. 21.7. Este parece exigir una referencia a alguna de las circunstancias anteriores. En el art. 21 no figura circunstancia alguna con la que parangonar el art. 183 quater. Pero esa realidad no taponar la interpretación que aquí se defiende como tratamos de justificar.

El voto mayoritario conceptúa tal precepto como causa de exclusión de la tipicidad. No cabe olvidar, aunque se encuentre ubicado en la parte especial del Código Penal, su condición de causa específica de exención de la responsabilidad. Sin salir de ella podemos encontrar parangón suficiente para conformar una atenuante análoga a la total exención de responsabilidad; viable, por lo tanto, como cualquier otra, en cuanto que el art. 21.1 CP otorga la calidad de atenuante a cualquier eximente incompleta. No se puede negar su análoga significación con la exención. Los elementos a valorar para su apreciación son los que recoge el artículo, los cuales, insistimos, son modulables. Dependerá de la intensidad con que se presenten en ese contexto relacional de la pareja, la pauta para decantarse por la total o la limitada exención de responsabilidad. Existe, una semejanza intrínseca entre la exención y la semiexención. Los elementos definidores de la circunstancia, en un nivel u otro de intensidad, son los mismos, que, puestos en relación con un consentimiento que no ha dejado de ser en algún sentido libre, han de determinar el reproche que merece la conducta a enjuiciar.

V.

Esta interpretación sintoniza con el tratamiento que el Código Penal, partiendo de las eximentes del art. 20 completas, dispensa a las incompletas del art. 21.1ª. El art. 21.1, cuando las eximentes no reúnen todos los requisitos necesarios para la exención, les reconoce efectos atenuatorios.

Todas las eximentes del art. 20 CP encierran potencialidad para alumbrar una atenuante a través del art. 21.1 CP. Cuando la antijuricidad o la culpabilidad o la imputabilidad no desaparecen por faltar alguno de los requisitos de la eximente, pero se ven muy menguadas, el legislador permite apreciar una atenuante privilegiada, y también, por la puerta del art. 21.7, una atenuante ordinaria cuando la disminución es menos intensa.

¿Qué razones pueden esgrimirse para no proyectar esa mecánica a esas otras eximentes con que tropezamos en la parte especial? ¿Por qué la respuesta al delito cometido por la víctima de trata de seres humanos como consecuencia de la explotación a que está sometida ha de ser o el castigo íntegro, si no se aprecia proporcionalidad, o la exención total de pena? ¿Por qué boicotear una solución intermedia cuando alguno de los

requisitos del art. 177 bis.11 no concurre plenamente? Interrogantes semejantes podemos plantear ante supuestos análogos de la parte especial. Entre ellos, destaca el art. 183 bis, el que ahora nos interesa

Puede discutirse la naturaleza dogmática del art. 183 bis, pero, desde luego, no sería posición exótica ligarlo a una causa de justificación. No en vano, como tal fue etiquetado y estudiado el consentimiento por algunos clásicos tratadistas. No es cuestión de sumergirse en disquisiciones analíticas y conceptuales. El consentimiento en derecho penal es una institución proteiforme, versátil según los tipos penales, y resistente a ser enmarcada en una única categoría dogmática. En muchas ocasiones la falta de consentimiento es sencillamente una exigencia típica, resultando forzado hablar de acción típica pero no antijurídica, pese a los enunciados tan generalistas del art. 181 que consideran típica (y, por tanto, indiciariamente antijurídica) toda relación sexual que un mayor tiene con un menor de dieciséis años.

Pero, con esas advertencias que sirven de disculpa por lo grosero, sin los necesarios matices, de las afirmaciones vertidas, alguna similitud entre el art. 183 bis y las eximentes genéricas enunciadas en el art. 20 CP puede establecerse. En este precepto encontramos causas de justificación y causas de inculpabilidad e inimputabilidad. En la parte especial aparecen otras eximentes o causas de exclusión de la responsabilidad de naturaleza dispar. Algunas merecen la catalogación de excusas absolutorias. En ese concreto ámbito se hace más difícil, según la doctrina más autorizada, establecer analogías, aunque la jurisprudencia no ha vacilado al identificar algunas (recordemos el art. 268 CP). En otros casos tropezamos con preceptos que evocan causas de inexigibilidad: un ejemplo claro -no el único- se detecta en el art. 177 bis.11 CP. Pues bien, el art. 183 bis sería uno de esos casos de eximentes previstas en la parte especial para delitos específicos: estaría emparentada con las causas de justificación. La conducta que contempla el art. 183 bis no se sanciona pese a encajar en el art. 182, porque no es antijurídica.

Una visión rígida y encorsetadora del art. 21.7 en relación con el art. 4.3 CP llevaría a un mapa de fronteras claras e infranqueables. Es eso garantía irrenunciable cuando se trata de definir delitos y penas. Pero, proyectada también a lo favorable al reo, atrofia innecesariamente la capacidad de atemperar la norma penal con razones igualmente legales (nunca extralegales), pero emancipadas de un literalismo asfixiante que dinamitaría legítimos intentos de humanizar un texto penal que ha quedado contagiado también por cierto populismo punitivo.

El art. 183 bis exige que el consentimiento del menor sea libre y que el autor sea una persona próxima al menor por edad y -el requisito es cumulativo- grado de desarrollo o madurez física y psicológica. Si concurren todos esos factores de forma plena, estaremos ante una conducta lícita.

¿Y si falta solo alguno? ¿y si el consentimiento es en cierto sentido libre, pero desde otra perspectiva, no del todo libre? Sin necesidad de filosofar, actos plenamente libres, ajenos a todo condicionante, constituyen una quimera. Quien accede a tener relaciones sexuales, ante la indicación de su pareja de que, en otro caso, romperá, toma una decisión condicionada, presionada. No deja por ello de ser libre en sentido jurídico penal. Podría haberse negado. Se pueden imaginar una infinidad de ejemplos semejantes de asentimientos condicionados o bajo ciertas presiones, pero esencialmente libres. El tránsito de lo libre a lo no libre atraviesa una amplia zona de penumbra que en el caso de menores (recordemos toda la teorización sobre el menor maduro) se torna todavía menos mensurable. Lo demuestra claramente el anterior art. 182 CP que contemplaba un supuesto encajable en ese territorio intermedio, de fronteras permeables.

Entre los supuestos extremos y claros en que resulta indiscutible que el menor consintió y no hubo el más mínimo aprovechamiento de su eventual inmadurez y aquellos otros en que se capta enseguida (el ahora examinado es uno de ellos) en que el mayor se ha prevalido de su edad e inmadurez, encontraremos un grupo menos nítido.

En algunos casos nos enfrentaremos a un puro problema probatorio: la duda habrá de solventarse con arreglo al principio pro reo (entendemos que esa es también la postura de la mayoría). En otros, el instituto del error - art. 14 CP- será la herramienta adecuada para dar respuesta penal proporcionada a la percepción culpablemente equivocada del autor. Pero, por fin, no podemos cerrar los ojos ante la eventualidad de supuestos en que se identifique una libertad solo ligeramente viciada por la inmadurez; o una simetría en el nivel de madurez no acompasada con la lejanía en la edad; o una proximidad en la edad, pero cierto distanciamiento en el desarrollo... Podremos hablar de decisión libre, con ausencia de otro requisito; o de una libertad disminuida o condicionada o relativa o irreflexiva... Renunciar en esos casos a la posibilidad de una sanción mitigada en atención a la menor antijuricidad, máxime teniendo a la vista la severidad de las penas que maneja el art. 181 CP, sitúa al aplicador del derecho ante una alternativa maniquea. Muchas veces (la continuidad delictiva suele estar presente en estos episodios) la opción entre la absolucón o un mínimo de diez años de prisión (once años en los supuestos del extraño art. 181.5 d). Esa diabólica disyuntiva, curiosamente, de forma inconsciente, podría provocar una sobreaplicación del art. 181 bis que traicionaría la voluntad del legislador. El principio de proporcionalidad es también herramienta interpretativa, con limitaciones, pero útil en ocasiones ( STS 537/2018, de 8 de noviembre).

Este argumento que enlaza con el principio de proporcionalidad encuentra, además, apoyo en el subtipo atenuado que, para las agresiones sexuales a menores de 16 años, introducido con la reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en el art 181.2 pf II CP (que subiste tras la LO 4/2023, de 27 de abril): ofrece la posibilidad al órgano sentenciador de reducir la pena en un grado "en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable".

Seguramente el legislador no pensó en ello, pero creemos que se puede sostener fundadamente que es voluntad de la ley, que está dentro de la mens legis, posibilitar entre los blancos y los negros, un espacio, reducido pero cierto, para algunos grises; esto es, para una reducción del castigo basada en una atenuación que enlazaría con el art. 183 bis. Esa ha sido igualmente la propuesta interpretativa de la Fiscalía General del Estado.

VI.

Recapitulando, la libertad del consentimiento no puede negarse por el simple dato cronológico de no haber alcanzado los 16 años. Es en la evaluación de la concurrencia de consentimiento libre al hilo de esos otros factores contemplados (edad, desarrollo, madurez) donde se ha de enfatizar para valorar la conducta a enjuiciar. No compartimos la siguiente reflexión de la sentencia: "si la prueba ha excluido la proximidad por edad y en el grado de desarrollo o madurez que reclama la cláusula de no tipicidad, ello comporta, como consecuencia necesaria, que el consentimiento otorgado por la persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con la persona mayor de edad es irrelevante, por inválido". Se podrá considerar inválido, pero lo que en ningún caso se podrá afirmar sin otros datos, es que, en la realidad, no ha sido libre. De ahí hemos de partir.

Se dice asimismo: "por tanto, si la consentimiento de la persona menor de edad no es válido, la conducta sexual desarrollada satisface todas las exigencias de tipicidad y de idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido, sin que del dato de que la distancia cronológica o la diferencia de desarrollo o madurez entre víctima y victimario no sea abismal o desproporcionada pueda derivarse una atenuación de pena". Las exigencias del tipo, sin embargo, según entendemos, no quedan cumplidas porque se considere "de iure" que el consentimiento no es válido, sino porque "de facto" no es libre. Si lo es, habrá que contar con él, y, a continuación, valorar la incidencia en el hecho de los factores con los que ha de ponerse en relación.

Conscientes de los distintos matices que podrían presentarse, pero simplificando deliberadamente, con afán de hacer ver algunas consecuencias perversas de la actitud resistente a extraer una cláusula atenuatoria del art. 183 bis acudimos a un ejemplo. Piénsese en una joven nacida a las 10 horas. Decide celebrar su 16º cumpleaños comenzando la víspera y prolongando la fiesta hasta la madrugada. Mantiene una relación sexual consentida con otro joven. De pasar por la estricta interpretación que hace el voto mayoritario, si no concurre una cercanía en la edad, desarrollo o madurez, ese joven podría hacerse merecedor de una pena de prisión superior a los ocho años. Unas horas más tarde, pasadas las 10 de la mañana, sin embargo, no tendría relevancia penal.

VII.

Un excursus final complementario. Ya aludimos antes al art. 4 del Código Civil. Nos entretenemos en esa base legal algo más.

El principio de legalidad se define con el brocardo "nullum crimen, nulla poena sine lege": la creación de delitos y penas queda reservada, en régimen de exclusividad, al legislador. Así se viene entendiendo el art. 4.1 CP, ("las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas"). A nadie más que al poder legislativo se atribuye esa facultad. De ahí la prohibición de la analogía en cuanto método de aplicación de la ley penal a supuestos no comprendidos en ella, aunque guarden similitud con los que regule.

Pero el Código Penal no solo contiene normas que establecen delitos, contemplan penas o recogen causas de agravación o medidas de seguridad, todas ellas de signo perjudicial. A lo largo de su articulado, aparecen disposiciones que resultan favorables al reo. Se habla por ello de analogía in malam partem e in bonam partem o de analogía perjudicial y beneficiosa o favorable.

Aun así, algunas voces en la doctrina, han entendido que toda analogía está proscrita en el ámbito penal. Su posición, como se adelantó, es contradicha por un relevante sector académico.

En cualquier caso, desde la consideración y alcance que corresponde dar a la analogía como instrumento de interpretación del derecho con base en el art. 4 del Código Civil, no habría razones para no hacer uso de ella, en lo favorable, en el ámbito del derecho penal.

Establece dicho artículo:

"1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

En la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, tras recordar que el método idóneo para salvar las lagunas de la ley es la analogía, aclara que "ésta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto". Se está diciendo, que, en caso de laguna legal, si el supuesto de hecho no está expresamente contemplado en la norma, pero tiene una similitud jurídica esencial con otro previsto, la analogía es herramienta apta para cubrir esa laguna legal, en cualquier rama del ordenamiento jurídico, también, en el penal, porque así lo establece el apdo. 3 del art. 4 del Código Civil.

El art. 4.3 CP constituye el parapeto de los reacios a aceptar la analogía in bonam partem. En la medida en que la analogía supone un acto de creación de normas que sustituiría al legislativo, los tribunales han de abstenerse de su uso y aplicar, en todo caso, la ley, incluso, cuando resulte perjudicial por ser resultado de una rigurosa interpretación. Secuela de ello sería la previsión de ese precepto: el Juez o Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción "acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo".

Si consideramos la analogía como un instrumento no desvinculado del principio de legalidad y éste se entiende referido a la definición de delitos y penas, en realidad, este apartado 3 del art. 4 CP no prohíbe acudir a la analogía en lo favorable. Lo contrario, solo sería para el caso de que no quede otra alternativa que una rígida aplicación de la ley, o sea que no excluye que, si caben interpretaciones más flexibles, se acuda a ellas. Entre las acepciones que en el diccionario de la RAE encontramos de la palabra riguroso ( "rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley", dice el texto), en la 5ª, recoge "exacto, preciso, minucioso", y junto a ella, entre otras, tenemos "áspero", "muy severo", "estrecho", "austero" o "rígido". Si frente a rígidas fórmulas de aplicación de la ley, ésta ofrece otras que permiten suavizar esa rigidez, no hay razón para no acudir a ellas. La analogía representa una de ellas, en tanto no deja de ser una forma de interpretarla de manera exacta, precisa y racional.

La analogía a favor del reo, es aceptable y está aceptada ( SSTS 938/2023, de 19 de diciembre, 170/2022, de 24 de febrero con cita de la STS 42/2006, de 27 de enero o incidentalmente, STS, de Pleno, 487/2023, de 21 de junio de 2023).

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Ángel Luis Hurtado Adrián.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.