

EL CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ENTRE VÍCTIMA
E INFRACTOR EN LOS CASOS DE ABUSOS SEXUALES A
MENORES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA 699/2020
DE 16 DE DICIEMBRE

*THE JUDICIAL CRITERION SETTLED ON THE SYMMETRICAL
AGES OF THE VICTIM AND THE OFFENDER IN CASES OF SEXUAL
ABUSE AMONG YOUNGSTERS. COMMENT TO THE SPANISH
COURT RULING STS 699/2020 OF DECEMBER 16TH*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 962-971

Elisabet CUETO
SANTA
EUGENIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2022

RESUMEN: La presente sentencia resulta de gran relevancia en relación con el denominado “criterio de la simetría”, que consiste en revisar la cercanía de edad y grado de desarrollo en los casos de abuso sexual de menores. En concreto, incide en la importancia de entrar a valorar la disimetría existente en el desarrollo de ambos sujetos (ofendido y ofensor).

PALABRAS CLAVE: Abusos sexuales; menores; interés del menor.

ABSTRACT: *This court ruling is highly relevant in relation to the judicial criterion settled on the symmetrical ages of the victim and the offender. This criterion consists in analyzing the proximity of both age and degree of maturity in cases of sexual abuse among youngsters. The ruling tackles the importance of addressing the specific amount of dissymmetry within the development of both subjects (victim and offender).*

KEY WORDS: Sexual abuse; youngsters; best interest of the child.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:
I. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LOS MENORES DE POSIBLES ABUSOS: ESPECIAL ATENCIÓN AL INTERÉS DEL MENOR.- II. APUNTES SOBRE CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ESTABLECIDOS POR LA STS 699/2020 DE 16 DE DICIEMBRE.

SUPUESTO DE HECHO

La presente sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo, en el que se discute un caso de abuso sexual a una menor. La sentencia contra la que se interpone dicho recurso surge como resultado de un recurso de apelación ante la sala de lo civil y penal del TSJ del País Vasco, en la cual se desestima la apelación, confirmando la sentencia de primera instancia (SAP Bizkaia 14 noviembre 2018).

Así, en relación con los hechos del caso concreto, cabe mencionar que consistieron en una relación sexual con penetración vaginal, mantenida de mutuo acuerdo y en el contexto de una relación sentimental. La referida relación sexual tuvo lugar en el año 2016, en cuya fecha la menor (ofendida) contaba con trece años y tres meses de edad, frente a los dieciocho años y cuatro meses de edad de su pareja (el condenado). Así, entendiendo que con trece años de edad y a tenor de la presunción *iuris et de iure* establecida por el art. 183 del CP de que los menores de dieciséis no cuentan con capacidad para consentir relaciones sexuales ni valorar las consecuencias de las mismas, amén de que la relación del caso concreto suponía la primera relación sexual de la ofendida, se condena al varón por abusos sexuales.

La sentencia en primera instancia, conforme a lo expuesto, resultó condenatoria, imponiendo pena de cuatro años de prisión, con pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a la víctima -tanto en su domicilio, como en su lugar de trabajo o estudios y otros lugares frecuentados por ella- a una distancia no inferior a 500 metros. Asimismo, imponía la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio directo o indirecto durante cinco años.

A pesar de que la sentencia que resuelve la apelación (TSJ País Vasco, 4 febrero 2019) fue desestimatoria, la presente sentencia -en la que el TS resuelve el recurso de casación- se estima parcialmente, sustituyendo la pena de prisión de cuatro años por la de dos años. Esta estimación parcial por parte del TS responde al criterio de la simetría, que será expuesto en el presente comentario de sentencia

• **Elisabet Cueto Santa Eugenia**

Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo. Correo electrónico: cuetosantaeugenia@gmail.com.

y que resulta de interés para la doctrina penal y procesal, especialmente de cara a procesos que enjuicien a menores de edad o adultos jóvenes, como es el caso.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La presente resolución jurisprudencial expone cuestiones que revisten gran importancia para la doctrina procesal y penal, puesto que aborda una cuestión controvertida -el consentimiento para tener relaciones sexuales de los menores de edad y los posibles abusos y prevalimiento por parte de un adulto sobre un menor- abandonando una línea jurisprudencial previa¹ que pecaba de inocencia y desconexión con la realidad.

Consideramos que esto es así porque lo cierto es que los menores de edad cada vez tienen relaciones sexuales de manera más precoz², y la presunción del art. 183 CP, consistente en establecer que los menores de dieciséis años de edad no disponen de capacidad para consentir, supone negarles toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual.

Así, el fundamento jurídico cuarto de la presente sentencia hace referencia al criterio de la simetría de la edad, estableciendo tres cuestiones fundamentales de cara a tener en cuenta dicho criterio para establecer que en un caso de relaciones sexuales entre o con menores de dieciséis años no concurre abuso. Estas tres cuestiones son: en primer lugar, que exista consentimiento por parte del o la menor; en segundo lugar, que las edades de las personas que han tenido la relación sexual sean próximas entre sí -es decir, uno puede ser un poco mayor que el otro, pero la diferencia deberá apreciarse como mínima- y en tercer lugar que el grado de madurez también resulte simétrico.

Este criterio, que había sido sucintamente expuesto por el TS en su STS 14 octubre (478/2019)³, cumple una función relevante aquí, donde el TS completa las directrices de interpretación del mismo en relación con lo que se ha de entender por simetría o disimetría de la madurez.

Así, el TS discute que las instancias previas (AP y TSJ), a pesar de tener en cuenta que la edad era próxima y existía consentimiento, consideraron que el grado de madurez y desarrollo entre la ofendida y el condenado era disimétrico. El

1 La línea jurisprudencial previa a la que se hace referencia es aquella que abordaba la presunción del art. 183 CP. Al respecto vid. STS 28 octubre (1143/2011) y STS 3 abril (266/2012), entre otras.

2 Para mayor abundamiento en la precocidad sexual y el tratamiento penal de ciertas relaciones consentidas como abusos, vid. GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 16.

3 En concreto estableciendo que el criterio de la simetría de la edad "devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

TS, en este sentido, establece que, aunque en el caso se aprecia de forma clara la disimetría en el grado de madurez -la ofendida nunca antes había tenido relaciones sexuales mientras que el condenado sí, amén de que una diferencia de cinco años en esas edades conlleva una distancia de desarrollo evidente-, el hecho de que se aprecie disimetría no implica en sí mismo que dicha disimetría sea grande. En este sentido, el TS entiende que no solo resulta necesario probar la existencia de disimetría en el desarrollo, sino que, en aras de establecer si el criterio atenuante se aplica reduciendo uno o dos grados a la pena, resulta necesario establecer si la disimetría es grande o escasa. Para el caso concreto, el TS considera que, a pesar de que exista cierta disimetría en la madurez, esta es escasa, y es por eso que sustituye la pena reduciéndole un grado.

COMENTARIO

I. LA NECESIDAD DE PROTEGER A LOS MENORES DE POSIBLES ABUSOS: ESPECIAL ATENCIÓN AL INTERÉS DEL MENOR.

Partiendo de la existencia de la presunción *iuris et de iure* establecida por el art. 183 CP, que establece la imposibilidad de los menores de dieciséis años para prestar consentimiento⁴ se entiende que, en principio, todas las relaciones con menores o entre menores de esa edad queden prohibidas y serán consideradas abuso. Esta presunción, tal como se ha mencionado con anterioridad, ha sido avalada y utilizada por el TS, siendo un ejemplo especialmente significativo de esto la STS 14 junio (287/2018), que niega abiertamente cualquier posibilidad de que los menores de dieciséis años otorguen un consentimiento que pueda ser considerado válido.

La presunción encuentra fundamento en necesidad de proteger a los niños, que son sujetos especialmente vulnerables y cuyo interés habrá de ser tenido en cuenta de manera específica y primordial. Esto es así a tenor del principio del *interés superior del menor*, establecido por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que indica que, siempre que una decisión o medida afecte a un menor, sus necesidades han de ser debidamente abordadas.

Este principio no solo implica que se garantice que los niños puedan disfrutar de forma plena y efectiva de todos los derechos que tienen reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y que se cumplan las garantías procesales oportunas, sino que también hace referencia a que, siempre que haya varias

4 En relación con dicha presunción, *vid.* DÍAZ MORGADO, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 696, PÉREZ ALONSO, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2019, p. 7; y RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 144.

interpretaciones posibles a alguna norma que tengan impacto o incidencia en el devenir de un menor; se habrá de emplear aquella interpretación que resulte más favorable al niño o adolescente⁵ -cuestión relevante para el asunto que nos ocupa, dado que se en las ocasiones en las que haya duda, se opta por proteger al menor de posibles abusos-.

El interés superior del menor; por tanto, rige para todos aquellos procedimientos en los que un menor se encuentre inmerso, y es considerado uno de los pilares fundamentales de la regulación que se encarga de la protección de la infancia y adolescencia. En este sentido cabe destacar que la LO 1/1996⁶ regula dicho principio en su art. 2, estableciendo que se habrá de proteger la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

En el mismo art. 2 de la LO 1/1996, sin embargo, también se establece que los deseos, sentimientos y opiniones del menor; así como su derecho a participar en el procedimiento de manera progresiva en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, también forma parte de su *interés superior*. Esta cuestión no es baladí, puesto que en el caso que nos ocupa sucede que la menor de edad hubiera querido consentir la relación sexual, que se llevó a cabo de forma libre y con la que entonces era su pareja, y, debido a la presunción del art. 183 CP, se entiende que el consentimiento no resulta válido. Es en este punto en el que debemos detenernos a discernir con qué se corresponde, en este supuesto, el *interés superior de la menor*, valorando si verdaderamente hay un riesgo para la integridad física e indemnidad sexual del cual la menor; debido a su condición de menor, no se percata -y por tanto en el caso corresponde considerar que se da un abuso- o si, por el contrario, el *interés superior* se alinea con la voluntad de la menor y corresponde entender que, en ocasiones, el consentimiento otorgado por menores de dieciséis años debería considerarse válido.

Para estos casos resulta importante tener en cuenta que el derecho del menor a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta está recogido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implicando no solo que se le dé una oportunidad para expresarse, sino también que se le facilite la información necesaria de un modo acorde a su grado de madurez y entendimiento⁷.

5 En relación con el principio del interés superior del menor, vid. MARTÍN OSTOS, J: "En torno al interés superior del menor", *Anuario de Justicia de Menores*, 2012, pp. 39 y ss. y PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: "El principio del "interés del menor" en derecho penal. Una visión crítica", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2013, pp. 155 y ss.

6 Cfr. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7 Para mayor abundamiento del derecho a ser oído de los menores de edad, vid. DEL MORAL FERRER, A. J.: "El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño", *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. 1, núm. 2, p. 80 y NÚÑEZ ZORRILLA, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el

Sin embargo, dada la naturaleza especialmente delicada de los supuestos de hecho idénticos al del presente caso, el derecho del menor a expresar su opinión habrá de tomarse en su debido contexto, apreciando para ello el grado de madurez del mismo y si concurren circunstancias que dejen entrever algún peligro o riesgo del que el menor, que pretende consentir, no haya podido ser consciente debido a su corta edad o falta de desarrollo. Es en este punto en el que los criterios que sienta el TS resultan de innegable utilidad, ofreciendo una suerte de guía para identificar si concurren abusos o no.

II. APUNTES SOBRE CRITERIO DE LA SIMETRÍA DE LA EDAD ESTABLECIDOS POR LA STS 699/2020 DE 16 DE DICIEMBRE.

La necesidad de proteger a los menores de edad de posibles abusos encuentra su origen y fundamento en los casos en los que se da prevalimiento por parte de un adulto hacia un menor de edad⁸. A menudo en estos casos en los que se da prevalimiento, sin que obre violencia o intimidación en el abuso, las circunstancias dejan entrever que el grado de desarrollo del menor resulta a todas luces insuficiente para ser consciente de lo que supone tener relaciones sexuales -y por tanto mucho menos para prestar consentimiento-⁹. En muchos de estos casos, además, se dan situaciones en las que el adulto consigue un consentimiento viciado por medio del engaño¹⁰.

Debido a este tipo de casos que por desgracia abundan, se establece la ya mencionada presunción, y del texto del art. 183 *quáter* CP se extrae que el consentimiento con carácter general se establece a partir de los 16 años. Sin embargo, el propio *quáter* establece la excepción de que un menor de 16 pueda dar su consentimiento si se da el caso que la persona con quien mantiene relaciones tiene un grado de madurez y edad similar al suyo. Esto tiene sentido debido a que en los tiempos que corren es común que se den prácticas sexuales

sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015, p. 121.

8 Al respecto, *vid.* ORTS BERENGUER, E. y ALONSO RIMO, A.: “Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. y ORTS BERENGUER, E. (coords.): *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 31.

9 Ejemplo de esto es la STS 16 enero (95/2014), donde el discernimiento de las niñas abusadas no alcanzó para que comprendieran las implicaciones de la relación sexual, a pesar de que el adulto no se impusiera por medio de violencia ni intimidación.

10 La STS 28 octubre (1143/2011) ilustra esto, siendo un caso en el que es niño presta “consentimiento” para la relación sexual a cambio de que el adulto le regale un teléfono móvil. En la sentencia, el Supremo realiza una explicación pormenorizada de la importancia que puede tener para un menor una promesa así, poniendo especial interés en el grado de madurez y modo de entender el mundo del menor.

También la doctrina ha abordado la posibilidad de que el consentimiento de un menor esté viciado debido a un engaño. Al respecto, *vid.* LUZÓN PEÑA, D.: “El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal”, *Revista General de Derecho Penal*, lustel, núm. 18, 2012, p. 27.

entre menores y estas se dan cada vez en edades más tempranas¹¹, y, teniendo en cuenta que el bien jurídico se encuentra reflejado en la conducta típica, lo lógico es excluir -y por tanto considerar atípicos- los casos de relaciones entre menores de la misma edad¹².

En este mismo sentido se manifiesta la Fiscalía General del Estado, que aborda el asunto en su circular I/2017, aludiendo específicamente a la simetría de la edad e indicando que “se buscará la respuesta individualizada en cada caso, pudiendo esa respuesta consistir en el archivo de actuaciones cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal”¹³.

El criterio establecido por el TS indica de manera clara cuáles son los parámetros que se han de revisar de cara a considerar que una conducta no reviste características delictivas en atención a la simetría de la edad. En primer lugar, es necesaria la existencia de consentimiento o voluntad por parte de las personas que mantienen la relación sexual -para que este punto se cumpla es necesario que el consentimiento no esté viciado y que no se presenten circunstancias que dejen entrever que el consentimiento no fue dado libremente-. En segundo lugar es relevante que las edades de las personas que mantienen la relación sexual sean próximas entre sí -en este sentido cabe mencionar que, de cara a evitar que se dé prevalencia en relaciones sexuales aparentemente consentidas debido a la diferencia de edad, la mayoría de las legislaciones utilizan un concepto legal predeterminado de “equivalencia etaria” que suele fijarse entre los dos y los cinco años y este concepto rige incluso entre menores, puesto que se entiende que una persona menor de edad podría abusar de un niño si éste es mucho más pequeño¹⁴-. Y finalmente, en tercer lugar, resulta necesario que el grado de madurez también resulte simétrico.

Este tercer y último punto es en el que la presente sentencia incide especialmente, dado que el TS se concentra en el hecho de que las sentencias que resuelven las instancias previas, una vez consideran que la existencia de disimetría en el grado de madurez entre los sujetos se aprecia claramente, pasan a su vez

11 Vid. GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal)*, cit., p. 16.

12 Vid. DÍAZ MORGADO, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, cit., pp. 696 y ss. y CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: un análisis crítico a partir de la visibilidad y el grado de acuerdo social”, en RODRÍGUEZ MESA, M. J. (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico penal, social y criminológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 141 y ss.

13 Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado I/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal, Punto 5, en relación a su vez con la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

14 Al respecto, vid. GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal)*, cit., p. 133.

a considerar de manera automática que la “claridad” implica que la disimetría es elevada.

Así, el TS expone que el hecho de que resulte clara la existencia de disimetría en el grado de madurez no supone necesariamente que dicha disimetría sea grande, y que resulta necesario entrar a valorar el peso que la disimetría implica en cada caso, de cara a tenerla en cuenta como atenuante. Este asunto resulta significativo, porque sienta el precedente para que a partir de ahora no baste con apreciar cierta distancia entre la madurez de los sujetos, sino que los tribunales deberán entrar a valorar cuánta es esa distancia y cómo afecta al caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La construcción penal de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los menores y adolescentes: un análisis crítico a partir de la visibilidad y el grado de acuerdo social", en RODRÍGUEZ MESA, M. J. (dir.): *Pederastia. Análisis jurídico penal, social y criminológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

DEL MORAL FERRER, A. J.: "El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño", *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. I, núm. 2.

DÍAZ MORGADO, C.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ AGUDELO, G.: *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LUZÓN PEÑA, D.: "El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, núm. 18, 2012.

MARTÍN OSTOS, J.: "En torno al interés superior del menor", *Anuario de Justicia de Menores*, 2012.

NÚÑEZ ZORRILLA, C.: "El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema estatal en sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Persona y Derecho*, vol. 73, 2015.

ORTS BERENGUER, E. y ALONSO RIMO, A.: "Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores", en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. y ORTS BERENGUER, E. (coords.): *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: "El principio del "interés del menor" en derecho penal. Una visión crítica", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2013.

PÉREZ ALONSO, E., "Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, R.: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2021.