



¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?¹

Can minors consent to indecent exposure, sexual provocation or the production of pornography, or the production of pornography?

Carmen López Peregrín

Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. (España)

mclopper@upo.es

ORCID 0000-0002-4063-5380

Resumen

Desde la reforma de 2015, en el Código penal español se permite, si se dan los requisitos legales, que los menores de 16 años consientan ciertas conductas de contenido sexual, entre otras, los contactos físicos de naturaleza sexual (“cláusula Romeo y Julieta”). Sin embargo, esta cláusula no incluye en principio, en su ámbito de aplicación, conductas de menor relevancia, como las relativas al exhibicionismo y provocación sexual ante menores de 18 años (arts. 185 y 186 Cp) u otras relacionadas con la elaboración de pornografía infantil (art. 189 Cp). El presente trabajo se dirige a poner de manifiesto esta contradicción y a analizar si dicha cláusula puede tener algún efecto indirecto en estos delitos.

Palabras clave: Delitos sexuales sobre menores, edad del consentimiento sexual, analogía en beneficio del reo, explotación sexual de menores.

Abstract

Since the 2015 reform, the Spanish Penal Code allows, if the legal requirements are met, that minors under 16 years of age consent to certain behaviors of sexual content, among others, physical contacts of a sexual nature (“Romeo and Juliet exception”). However, this clause does not include, in principle, in its scope of application, conducts of lesser relevance, such as those related to exhibitionism and sexual provocation before minors under 18 years of age (articles 185 and 186) or others related to the elaboration of child pornography (article 189). This paper is aimed at highlighting this contradiction and analyzing whether this clause can have any indirect effect on these crimes.

Key words: Child sexual offenses, legal age of sexual consent, analogy for the benefit of the inmate, sexual exploitation of minors.

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678) y del Proyecto de Investigación PID2020-117403RB-100 sobre “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”.

Cómo citar este trabajo: López Pelegrín, Carmen (2023). ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo, provocación sexual o elaboración de pornografía?. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (1), 9–24. <https://doi.org/10.46661/respublica.8051>



1 Introducción

La LO 1/2015, de 30 de marzo², realizó modificaciones sustanciales en los delitos comprendidos en ese momento en el Capítulo II bis (abuso y agresión sexual cometidos contra menores de 16 años), entre las que cabe destacar el aumento de la edad del consentimiento sexual de 13 a 16 años y la simultánea introducción en el entonces art. 183 quater Cp de una cláusula según la cual la responsabilidad penal por estos delitos quedaría excluida por el consentimiento libre del menor de 16 años cuando el autor fuera una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez³. Se trataba de la llamada “Romeo and Juliet exception”, aludiendo al hecho de que ambos enamorados shakespearianos acababan de entrar en la adolescencia⁴.

En cuanto al primero de los cambios señalados, en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se justificaba el aumento de la edad del consentimiento sexual por la supuesta necesidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, 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. Pero lo cierto es que el legislador no estaba en absoluto obligado a elevar la edad del consentimiento sexual ni por necesidades de armonización europea, ni de ninguna otra clase. No había ningún motivo justificado, ni jurídico, ni en función de la realidad social, ni criminológico para esta modificación, sino que más bien se dejó llevar (otra vez) por la presión social del momento y en general por las actuales tendencias expansivas y moralizantes en materia sexual, cometiendo lo que en mi opinión solo puede calificarse de error, y así lo ha valorado también un amplio sector doctrinal⁵. A pesar de todas las críticas recibidas, sin embargo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que ha introducido multitud de cambios en materia de delitos sexuales, no ha modificado la edad del consentimiento sexual, que se mantiene en 16 años⁶.

En cuanto al segundo cambio, poco después de la introducción de la “cláusula Romeo y Julieta” en el art. 183 quater, este precepto fue reformado por la LO 8/2021, de 4 de junio, que añadió a los términos “grado de desarrollo o madurez” los adjetivos “física y

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ Un análisis de todos los cambios introducidos por la reforma de 2015 en los delitos sexuales puede verse en GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 261-319.

⁴ RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento...”, 2015, p. 630.

⁵ Así, por ejemplo, en relación al Proyecto de reforma de octubre de 2013, donde ya se contemplaba la elevación de la edad del consentimiento a los 16 años, RAMOS TAPIA, “La tipificación...”, 2015, p. 125; o TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas...?”, 2015, p. 90. Y ya respecto de la regulación tras la reforma de 2015, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 442; RAMOS VÁZQUEZ, “Grooming...”, 2015, p. 622; o GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 265.

⁶ Ni ha afectado en nada a los delitos objeto de este estudio (exhibicionismo -art. 185 Cp-, provocación sexual -art. 186 Cp- y elaboración de pornografía -art. 189 Cp-). En concreto en materia de delitos sexuales contra menores de 16 años, los cambios más significativos que ha introducido la LO 10/2022, de 6 de septiembre, son la supresión de la referencia a la

indemnidad sexual en la rúbrica del Título VIII (que ahora se refiere solo a los delitos contra la libertad sexual), la eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexual a menores de 16 años (aunque en relación a estos menores sigue habiendo un tipo básico en el actual art. 181.1 y un tipo cualificado en el art. 181.2, que abarca los casos que antes constituían agresión sexual y otros nuevos), la inclusión expresa en el nuevo tipo básico de agresión sexual de todos los supuestos en que el autor insta al menor a realizar actos sexuales sobre sí mismo o con un tercero, y la creación de un complejo sistema de cualificaciones, en principio acumulables, pero que producen multitud de solapamientos y problemas de *bis in idem* (véanse arts. 181.2 y 181.4 Cp). Por lo demás, actualmente se encuentra en tramitación una nueva reforma en esta materia, contenida en la Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Serie B: Proposiciones de ley, nº 318-1, de 17 de febrero de 2023). Sin embargo, en la medida en que los cambios propuestos en dicha proposición de ley no afectan al contenido de este estudio, no vamos a ocuparnos de su análisis.

psicológica”⁷. Por su parte, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, modificó también la redacción de esta cláusula y cambió su ubicación al art. 183 bis, pero manteniendo en esencia los términos de esta excepción⁸.

Actualmente, por tanto, la persona menor de 16 años no tiene en principio capacidad para consentir válidamente un acto de carácter sexual. Sin embargo, en relación a los delitos del actual Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código penal (heredero del anterior Capítulo II bis, que ahora lleva la rúbrica “De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”), si hay consentimiento libre y el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, según el art. 183 bis Cp la conducta no es castigada penalmente⁹.

En cualquier caso, no voy a analizar aquí ni la oportunidad ni las consecuencias del aumento de la edad del consentimiento sexual que tuvo lugar en 2015, ni me voy a detener en las múltiples interrogantes que plantea la interpretación del actual art. 183 bis, ni en el hecho de que se haya perdido la ocasión, en la tramitación de la reforma de 2022 en materia de delitos sexuales, de corregir los defectos de la cláusula contenida en este artículo. Ni siquiera entraré a cuestionar cómo es posible que se niegue eficacia al consentimiento del menor de 16 años para realizar contactos de naturaleza sexual y a la vez se exija “consentimiento libre” para excluir la pena en algunos de esos contactos sexuales e incluso se reconozca ahora en la rúbrica del Título VIII que el bien jurídico protegido en estos delitos

es también la libertad sexual (aunque sea en sentido amplio).

El objeto de este breve estudio es diferente. Se trata de analizar si la cláusula del art. 183 bis Cp puede tener algún tipo de eficacia, directa o indirecta, en delitos sexuales relacionados con menores, pero que en principio están fuera de su ámbito de aplicación. Me voy a referir, en concreto, a conductas tales como el exhibicionismo ante un menor, el envío de imágenes de contenido sexual a un menor, la visualización de imágenes pornográficas junto a un menor, la grabación de la relación sexual mantenida con un menor o la posesión de imágenes de contenido sexual remitidas por un menor, en los casos en que el menor consiente estas conductas.

2 El ámbito de aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta”

En la versión original del art. 183 quater, introducida en 2015, si se daban los requisitos de consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, se excluía la responsabilidad penal “por los delitos previstos en este Capítulo”, es decir, en el entonces Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal. Tras la LO 8/2021, de 4 de junio, se excepcionaron expresamente los casos del entonces art. 183.2 Cp (agresión sexual a menores de 16 años). Sin embargo, este cambio no supuso ninguna novedad, pues, en la medida en que la cláusula del art. 183 quater exigía desde su implantación consentimiento libre, era ya imposible

⁷ En realidad, este añadido de “física y psicológica”, aunque acercaba más la redacción a la del art. 8 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, que el art. 183 quater trasponía, en mi opinión nada aportaba en la práctica.

⁸ En efecto, lo que la LO 10/2022 ha cambiado respecto de la situación anterior no es la definición de la cláusula en sí, que se mantiene inalterada, sino lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, tema del que me ocuparé en el epígrafe siguiente.

⁹ Nada dice el Código penal, ni antes ni después de la reforma de 2022, sobre la naturaleza jurídica de esta exclusión de la responsabilidad penal. Un sector doctrinal entiende que se

trata de una causa de exclusión de la antijuricidad (así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, “El consentimiento...”, 2020, p. 43). Creo, sin embargo, que tienen razón quienes la consideran una causa de atipicidad (así también, entre otros, TAMARIT SUMALLA, “¿Caza de brujas...?”, 2015, p. 92; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 281, y en *Revista General de Derecho Penal*, 2022, p. 42; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal...*, 2016, pp.190-191, y en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2021, p. 313; CABRERA MARTÍN, *La victimización sexual...*, 2019, p. 170; y BOLDOVA PASAMAR, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 41).

aplicarla a un delito que en ese momento tenía como elemento del tipo el uso de violencia o intimidación.

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, el antiguo Capítulo II bis pasa a ser el nuevo Capítulo II y el anterior art. 183 quater se reubica en el nuevo art. 183 bis, que ahora dice así: *“Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”*¹⁰. Es decir, que lo que la LO 10/2022 ha cambiado respecto de la situación anterior no es la definición de la cláusula en sí, que se mantiene inalterada, sino lo relativo a los delitos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, que no son ya exclusivamente aquellos delitos del (actual) Capítulo II conseguidos con violencia o intimidación, sino también aquellos en que se dé alguna de las demás circunstancias del vigente art. 178.2, es decir, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o víctima privada de sentido, con la voluntad anulada o de cuya situación mental se abuse. Al respecto, aunque la nueva redacción pueda suponer una mejora técnica¹¹, en el fondo no cambia nada, pues en los casos que ahora se dejan fuera de la cláusula expresamente tampoco podía hablarse de consentimiento libre, requisito esencial para la exclusión de responsabilidad penal tanto antes de la reforma de 2022, como ahora.

En cualquier caso, y en lo que ahora interesa, tanto antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022, como actualmente, la “cláusula Romeo y Julieta” deja fuera de su ámbito de aplicación directa los delitos previstos en los

Capítulos III, IV y V del Título VIII, delitos que también pueden afectar a menores.

Que esta cláusula no abarque el delito de acoso sexual (recogido en el Capítulo III del Título VIII) no representa en mi opinión ningún problema, pues en la medida en que este delito exige en el tipo básico la provocación de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” (art. 184.1 Cp), no es tampoco compatible con un consentimiento libre ni de adultos ni de menores.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los delitos regulados en los Capítulos IV (“De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”) y V (“De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”). Y el hecho de que la “cláusula Romeo y Julieta” no se extienda a estos delitos da lugar a verdaderas incoherencias y contradicciones. Así, como veremos, si se aplicara sin ninguna corrección interpretativa literalmente lo que establece el Código penal (tanto antes como después de la reforma de 2022), se llegaría a la conclusión de que, por ejemplo, un menor que tuviera 15 años podría consentir válidamente una penetración vaginal, anal o bucal (si se dan los requisitos legales), pero no podría consentir válidamente que otra persona le hiciera una foto provocativa o grabara la relación sexual que están teniendo, de hecho ni siquiera podría consentir ver material pornográfico con la persona con quien sí podría mantener relaciones sexuales completas. Un sinsentido.

Veamos cómo es la situación actual, distinguiendo entre grupos de delitos.

¹⁰ La cursiva es mía.

¹¹ En la medida en que la anterior, al excluir solamente las agresiones sexuales del entonces art. 183.2 Cp, podía dar

lugar a la errónea interpretación de que ningún otro delito estaba excluido.

3 ¿Pueden los menores consentir conductas de exhibicionismo y provocación sexual?

En el Capítulo IV del Título VIII se castiga tanto a quien “ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad” (art. 185), como a quien, “por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad” (art. 186)¹². Desde la primera lectura de estos preceptos, pueden apreciarse ya claramente dos diferencias respecto a los delitos del actual Capítulo II, relativas, de un lado, al sujeto pasivo y, de otro, al papel del consentimiento en la delimitación del tipo.

En relación a la primera diferencia, la edad relevante en los delitos del Capítulo IV no es la de 16, sino la de 18 años. Así, al menos, ha interpretado la doctrina mayoritaria la referencia de los arts. 185 y 186 a los “menores de edad”¹³, aunque algún autor ha sostenido que el precepto no abarca a los menores emancipados¹⁴ e incluso se ha defendido que la minoría de edad ha de identificarse con minoría de edad sexual, esto es, menores por debajo de la edad de consentimiento sexual (actualmente, menores de 16 años)¹⁵.

En cuanto a lo primero, creo que no hay base legal para excluir a los menores emancipados del ámbito del delito: el art. 240 del Código civil establece claramente que la mayoría de edad comienza a los 18 años y el propio art. 247 del Código civil indica ciertas acciones (como gravar inmuebles) que el emancipado no puede realizar, de lo que se deduce

claramente que emancipación y mayoría de edad no son sinónimos.

Más fundamentada me parecería la segunda opción, de recurrir al propio Código penal y a la edad del consentimiento sexual para interpretar restrictivamente el ámbito de estos delitos o, al menos, para proponer una reforma en este sentido. Al respecto, la normativa internacional y comunitaria, aunque suelen definir el término “niño” como menor de 18 años, no impone que la protección reforzada tenga la misma intensidad en todos los tramos de edad. Así, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (en adelante Convenio de Lanzarote)¹⁶, define en su art. 3.a) al “niño” como “toda persona menor de 18 años”, pero luego distingue entre delitos en los que el sujeto pasivo es el menor de 18 años, en general (como los relacionados con la prostitución infantil, art. 19), aquellos en que se prevé que la conducta se castigue solo en relación a menores por debajo de la edad del consentimiento sexual (como el de proposiciones a niños con fines sexuales, art. 23) y otros en que se diferencia (a efectos de amplitud del ámbito de conductas prohibidas) según el menor esté por debajo o por encima de la edad del consentimiento sexual (como el de abuso sexual, art. 18). Y lo mismo ocurre en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (véanse arts. 3 a 6). Especial mención merece, en este contexto, que tanto en el Convenio de Lanzarote (art. 22), como en la Directiva 2011/93/UE (art. 3.2) se prevé la obligación de los Estados de tipificar como

¹² Los arts. 185 y 186 castigan también estas conductas cuando se realizan con personas con discapacidad necesitadas de especial protección, pero no voy a ocuparme de ello en este trabajo, por exceder del tema de esta investigación.

¹³ Entre otros, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 184; MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, pp. 363 y 365; o DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 15.

¹⁴ Así, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, p. 432.

¹⁵ Así, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 211; o GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 286-287.

¹⁶ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, Instrumento de ratificación de 22 de julio de 2010, BOE 12.11.2010.

delito el hecho de hacer presenciar, con fines sexuales, actos de carácter sexual a un menor *que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual*.

Nada parece obligar, por tanto, a referir el sujeto pasivo de los delitos de los arts. 185 y 186 a los menores de 18 años. Sin embargo, si se limitaran los respectivos tipos a las conductas realizadas con menores de 16 años, entonces lo que ocurriría es que el ámbito de aplicación de estos preceptos prácticamente se solaparía con el del delito contenido en el actual art. 182.1 Cp¹⁷, que además tiene una pena mayor¹⁸. *De lege ferenda*, por tanto, sería más conveniente eliminar a los menores del ámbito de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual¹⁹.

Pero además de en el sujeto pasivo, los delitos del Capítulo IV se diferencian del delito de agresión sexual contra menores de 16 años en el papel que desempeña el consentimiento.

En efecto, en relación al delito de agresión sexual (y tanto si se trata de víctimas adultas, como de menores de 18 años pero con edad para consentir en materia sexual, o de menores de 16 años cuando se dan los requisitos de la “cláusula Romeo y Julieta”), es la concurrencia de consentimiento válido lo que distingue un contacto físico sexual atípico del que no lo es.

Por el contrario, en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual la conducta es siempre atípica si el sujeto pasivo es mayor de edad, haya consentimiento o no,

debiéndose en este caso la atipicidad de los supuestos de conductas no consentidas más bien a razones de intervención mínima. En cuanto a los menores de edad, la cuestión es más compleja: ciertamente no se incluye en los arts. 185 y 186 ninguna mención expresa a la ausencia de consentimiento, por lo que, en una primera lectura, podría deducirse que, aunque haya consentimiento, la conducta sigue siendo típica²⁰, pero el consentimiento del menor no debería ser irrelevante, ni respecto de menores de 18 años pero mayores de 16, ni respecto de los menores de 16 años.

Empezando por el primer tramo de edad citado, creo que por razones de coherencia mínima no debería castigarse penalmente la conducta de exhibirse desnudo y con fines sexuales ante un menor de 18 años, pero mayor de 16 años que lo consiente, sobre todo cuando ese mismo menor puede consentir ya válidamente contactos sexuales. No tendría sentido que el ordenamiento permitiera (si no hay violencia, intimidación o abuso) a una persona adulta llevar a cabo un contacto físico sexual con un menor de 16 o 17 años de edad, pero le prohibiera que ese menor le viera desnudo o realizar ante él un *striptease*, de forma que puedan resultar sancionados los actos preliminares de una relación sexual que sin embargo sería lícita. Y los mismos argumentos conducirían a una interpretación similar respecto al delito de difusión de pornografía del art. 186: no sería lógico permitir el contacto físico sexual consentido entre un adulto y un menor con 16

¹⁷ De las dos conductas típicas que se contenían en el anterior art. 183 bis hasta la reforma de 2022, la de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual ha desaparecido del actual art. 182.1, pero porque las conductas allí incluidas pueden incardinarse ahora en el tipo básico del delito de agresión sexual del art. 181.1, que ya no exige contacto físico sexual entre autor y víctima. La otra conducta típica del anterior art. 183 bis, relativa a hacer presenciar al menor actos de contenido sexual, ha pasado al actual art. 182.1, por lo que se mantienen los problemas de solapamiento con el delito de exhibicionismo del art. 185 Cp.

¹⁸ En efecto, los arts. 185 y 186 Cp prevén la pena de prisión de 6 meses a un año o multa de 12 a 24 meses, mientras que

el delito del actual art. 182.1 castiga el tipo básico con prisión de 6 meses a 2 años.

¹⁹ Obviamente, mientras ambos preceptos se mantengan habrá que entender que hay entre ellos *bis in idem*, por lo que, si resultan aplicables ambos delitos a la misma conducta, en mi opinión habrá que aplicar el nuevo art. 182.1 por especialidad en base a la diferente edad del sujeto pasivo (menores de 18 años en general en el art. 185 Cp, menores de 16 años en el art. 182 Cp), solución que además es coherente con la mayor gravedad de la pena prevista en el art. 182.1 Cp (así también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2022, p. 256).

²⁰ Así, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, 2004, p. 72; y BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, pp. 438 y 464.

o 17 años y sin embargo prohibir que, por ejemplo, antes del contacto sexual visionaran juntos una película pornográfica²¹.

Ello obliga, en mi opinión, a entender que los delitos de exhibicionismo y de provocación sexual exigen como elemento del tipo la ausencia de consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente²², pues si ya es cuestionable que la visualización de un acto sexual o de material pornográfico pueda afectar al correcto desarrollo de una persona mayor de 16 años o a su libertad sexual, lo que es insostenible es mantener estos delitos en esta franja de edad y no dar ninguna relevancia al consentimiento de quien ya está capacitado para consentir relaciones sexuales completas²³.

Una interpretación similar mantuvo la SAP de Valladolid 320/2017, de 31 de octubre. Se trataba de un joven de 19 años que había sido condenado por un delito de exhibicionismo del art. 185 por haber mandado por WhatsApp una foto de su pene a una chica de 13 años con la anuencia de ella²⁴. Dado que los hechos eran anteriores a la reforma de 2015,

la menor tenía ya edad para consentir sexualmente y en base a ello la Audiencia Provincial absolvió al acusado con el razonamiento de que la existencia de consentimiento válido en la recepción de la imagen pornográfica por quien ya tiene legalmente la edad para consentir relaciones sexuales provoca que el hecho ya no sea constitutivo de delito²⁵.

Por otro lado, por lo que respecta a la realización de estas conductas con menores de 16 años, si en relación a los delitos del Capítulo II la regulación actual da relevancia al consentimiento en las condiciones del art. 183 bis Cp, tampoco debería ser típico en esta franja de edad el exhibicionismo o la difusión de pornografía consentidos libremente y realizados existiendo proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez: no sería justo, ni lógico, que, respecto de menores de 16 años, la cláusula del art. 183 bis Cp sea aplicable a los casos del art. 181.1 (por ejemplo en un caso de contacto físico sexual con menor de 16 años) o del art. 182.1 Cp (hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual realizados “en directo”²⁶) y

²¹ Señalando la incoherencia que supone que un menor de 18 años que tenga la edad del consentimiento sexual pueda tener relaciones sexuales plenas consentidas con un adulto pero no se le permita consentir presenciar exhibiciones obscenas o percibir material pornográfico, por ejemplo, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos...*, 2001, p. 184; BOLDOVA PASAMAR, “Capítulo IV...”, 2004, p. 432; LAMARCA PÉREZ, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2007, p. 19; RODRÍGUEZ MESA, “Explotación sexual...”, 2009, p. 337; CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (dir.), *Comentarios...*, 2011, p. 442; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Revista General de Derecho Penal*, 2013, p. 31; RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 119, y en “Los delitos...”, 2015, pp. 210-211; ORTS BERENGUER/ ALONSO RIMO, “Introducción...”, 2014, p. 32; RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 210; MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, p. 363; y DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 48.

²² Así también, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 13; CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (dir.), *Comentarios...*, 2011, p. 442; FERRANDIS CIPRIÁN/ TERUEL GARCÍA, “Los delitos...”, 2014, p. 130; RAMÓN RIBAS, “Los delitos...”, 2015, p. 203; y MORALES PRATS/ GARCÍA ALBERO, “Capítulo IV...”, 2016, p. 363.

²³ En el mismo sentido ya, por ejemplo, en relación a mayores de 13 años, que era entonces la edad límite en abuso sexual,

GÓMEZ TOMILLO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 13; y RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 120.

²⁴ La primera sentencia, pronunciada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Valladolid el 30 de junio de 2017, condenó, en efecto, por un delito de exhibicionismo del art. 185. En mi opinión, enviar una foto de contenido sexual no es una conducta típica del delito de exhibicionismo del art. 185, sino más bien de difusión de material pornográfico del art. 186 Cp (así también, por ejemplo, la STS 628/2020, de 20 de noviembre), pero la cuestión no se plantea en la sentencia y el problema de determinar si el consentimiento del menor es relevante o no, es común a ambos delitos.

²⁵ En contra, sin embargo, la STS 453/2019, de 8 de octubre, que confirma la condena por un delito de provocación sexual del art. 186 a un sujeto por enviar material pornográfico a un menor que tenía 17 años en el momento de los hechos, y con el que después mantuvo una relación sexual atípica, aunque la sentencia no aporta más argumentación a esta decisión que la de indicar que se trata de tipicidades de contenido distinto.

²⁶ Porque, en mi opinión, como ya he dicho antes, si una conducta es típica del delito de exhibicionismo del art. 185 y del delito del art. 182.1 por tratarse de una exhibición ante un menor de 16 años, hay un concurso de leyes a favor del art. 182.1 por especialidad (así también, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, 2022, pp. 256).

no, por ejemplo, a los casos de visionado de material pornográfico con el menor, conducta que, valorativamente, parece menos grave²⁷.

En resumen, creo que debería admitirse en los delitos de los arts. 185 y 186 Cp la eficacia del consentimiento del menor en los mismos términos en los que se admite para los delitos del Capítulo II, aplicándose el actual art. 183 bis analógicamente²⁸.

Estas necesidades interpretativas hubieran sido perfectamente evitables, sobre todo teniendo en cuenta que la Directiva 2011/93/UE no menciona en absoluto, entre las conductas que los Estados miembros deben sancionar, la de vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores y que, además, en su art. 8.1 la Directiva dejaba a la discreción de los Estados miembros decidir si intervenir penalmente o no en los casos de actos consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, no solo en los supuestos del art. 3.4 de la Directiva (realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual), sino también en los casos del art. 3.2 (hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos), oportunidad de despenalización de conductas que, una vez más, el legislador español ha desperdiciado.

En conclusión, creo que los delitos de los arts. 185 y 186 deberían ser eliminados²⁹: las conductas de exhibicionismo y provocación sexual relativas a menores de entre 16 y 18

años deberían ser atípicas, mientras que los casos más graves respecto de menores de 16 años seguirían siendo castigados por el art. 182.1 Cp (salvo que concurrieran los requisitos de la cláusula del art. 183 bis Cp, que sí es directamente aplicable a ese delito). Pero mientras los delitos de exhibicionismo y provocación sexual sigan existiendo en los términos actuales, habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva, entendiendo que exigen como elemento del tipo la ausencia de un consentimiento válido, aunque no se mencione expresamente, y por tanto dejando al margen del Derecho penal las conductas consentidas por el menor, bien porque ya haya cumplido los 16 años y tenga capacidad de consentir válidamente, bien porque, siendo menor de esa edad, haya proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez y se aplique la cláusula del art. 183 bis por analogía en beneficio del reo.

4 ¿Pueden los menores consentir conductas de elaboración de pornografía?

El Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código penal (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) contiene una gran variedad de figuras delictivas. Aquí nos vamos a ocupar, sin embargo, solamente de lo relacionado con la producción, adquisición o posesión para uso privado de imágenes de contenido sexual captadas con el consentimiento de un menor de edad pero que ha alcanzado la edad para consentir contactos sexuales (16 años), o de un menor

²⁷ Así también GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, p. 287.

²⁸ Aunque la posibilidad de aplicar analogía *in bonam partem* es discutida por un sector de la doctrina (así, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, p. 158), es aceptada por otro sector doctrinal (así, entre otros, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, 2022, pp. 112-115) y ya ha sido admitida jurisprudencialmente. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 estableció, respecto de la pena de multa proporcional prevista en el art. 370 Cp, que, dada la inexistencia de una regla específica para

determinar la pena superior en grado, no es posible su imposición; pero que cabe determinar el grado inferior de la pena de multa proporcional "...mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del C.P."

²⁹ Y probablemente, aunque exceda del ámbito de esta investigación, no solamente respecto de los sujetos pasivos menores de edad, pues no hay que olvidar que se trata de delitos que han sido muy cuestionados por la doctrina (y con razón) por muchos motivos, entre ellos la descripción vaga e imprecisa de la conducta típica y el componente moralizante de las prohibiciones que contiene (en este sentido, por ejemplo, RAMOS TAPIA, "La tipificación...", 2015, p. 131).

de 16 años, pero existiendo proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica con el autor. Es decir, de los casos del Capítulo V en los que tiene más sentido, en mi opinión, plantearse si el consentimiento del menor debe tener o no eficacia.

Dejo al margen de este estudio, por tanto, los delitos relativos a la prostitución de menores (art. 188) y a la captación de menores para que participen en espectáculos exhibicionistas públicos o privados (art. 189.1.a). Y tampoco voy a ocuparme de conductas relacionadas con la pornografía infantil pero que no involucran directamente a menores, como las de venta, distribución, exhibición u ofrecimiento de pornografía infantil (art. 189.1.b)³⁰, o las relacionadas con modalidades de pornografía infantil que ni siquiera exigen la intervención de un menor³¹.

Me centraré, así, en la pornografía infantil real, elaborada con menores reales³². Y me voy a referir, sobre todo, a dos conductas típicas: de un lado, la de utilizar menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico real (art. 189.1.a Cp); de otro, la recogida en el art. 189.5 Cp, referida a la adquisición o posesión para el propio uso de pornografía infantil o al acceso a sabiendas a la misma a través de las tecnologías de la información y la comunicación. En relación a

ambas, la definición de la pornografía infantil que ofrece el propio art. 189.1 Cp se refiere a menores de edad, lo que hay que entender aquí también como menores de 18 años³³.

Los problemas proceden, también aquí, de la disparidad de edades que se tienen en cuenta en el art. 189 Cp y en el actual Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código penal, de modo que, interpretando literalmente estos preceptos, llegaríamos a la absurda conclusión de que un sujeto de 19 años podría mantener una relación sexual completa con un menor que haya alcanzado la edad del consentimiento sexual (que tenga 16 o 17 años de edad), pero constituiría delito el grabar, con el consentimiento del menor, dicha relación sexual, o realizarle una foto de contenido sexual. Y también sería delito acceder a sabiendas al mail o al WhatsApp que ese menor voluntariamente le enviase con una foto suya de contenido sexual, incluso por iniciativa propia. Otro caso, pues, de incoherencia legislativa en la que se permite la relación sexual consentida de un adulto con un menor, pero no una conducta en principio menos trascendente, que incluso puede formar parte del juego sexual³⁴. Es más, aplicando literalmente el art. 189 Cp, podría llegarse al absurdo de que, si dos menores de 16 o 17 años de edad se graban mientras

³⁰ Pues tienen lugar después de terminada la eventual intervención del menor.

³¹ Como la elaborada con personas “aparentando” ser menores salvo que se demuestre que no lo son (la llamada pornografía infantil técnica, art. 189.1, párrafo segundo, letra c), o la que usa imágenes “realistas” de menores creadas artificialmente y sin intervención de menores reales (la llamada pornografía infantil virtual o artificial, recogida en la letra d del mismo precepto). Esta extensión de la intervención penal, en general, y en particular la ampliación del concepto de pornografía infantil, han sido ya ampliamente criticadas por la doctrina. Así, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, en *Revista Penal*, 2018, pp. 67-81; CARUSO FONTÁN, en *Revista Penal*, 2019, pp. 25-32; y en “La pornografía infantil...”, 2020, pp. 358-359; DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 20-22; HAVA GARCÍA, “Los delitos...”, 2019, pp. 390-397; y TERRADILLOS BASOCO, “Pederastia...”, 2019, pp. 365-370.

³² Que se corresponde con la recogida en las letras a) y b) del párrafo segundo del art. 189.1 Cp, donde se define lo que ha de entenderse por pornografía infantil: “a) Todo material que

represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales”. La definición de la pornografía infantil (procedente del art. 2 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011) no se ha visto, por lo demás, afectada por la reforma de 2022.

³³ Pues, en la medida en que el art. 189.2.a) prevé un tipo cualificado para el caso en que el sujeto pasivo sea menor de 16 años, no cabe interpretar actualmente el término menor de edad del tipo básico como referido al menor que no haya alcanzado la edad del consentimiento sexual.

³⁴ Recuérdese que no estamos aquí hablando de la difusión de esas imágenes (que, de hacerse sin el consentimiento de la persona grabada, menor de edad o adulto, daría lugar al delito contra la intimidad del art. 197.7 Cp), sino de la mera grabación o captación de la imagen.

mantiene relaciones sexuales (permitidas), ambos estarían cometiendo un delito de elaboración de material pornográfico infantil respecto del otro (aunque la responsabilidad se sustanciara a través de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)³⁵.

Estas incoherencias ya habían sido señaladas por la doctrina³⁶. Y la Directiva 2011/93/UE, consciente de ellas, en su art. 8.3 había dejado a la discreción de los Estados miembros decidir si convertir o no en delito la adquisición, posesión o producción de pornografía infantil en la que intervienen menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas³⁷. Pero en 2015 España no hizo uso (aquí tampoco) de esa posibilidad despenalizadora, ni ha corregido después esta situación en la reforma de 2022. De este modo, se lleva la legislación hacia un terreno excesivamente represivo que no contempla que ciertas conductas "...pueden ser parte de la sexualidad natural entre los menores y del libre y espontáneo descubrimiento de la misma"³⁸.

A pesar de ello, la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado³⁹ instaba ya a interesar el sobreseimiento de las actuaciones "...cuando el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros". Y ello por considerar que, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, no habría antijuridicidad material.

Por todo ello, creo que habría que unificar, también aquí, la edad de referencia y admitir la relevancia del consentimiento, limitando el ámbito del art. 189, en lo que respecta a menores de 18 pero mayores de 16 años, a las conductas relativas a pornografía elaborada sin que medie un consentimiento válido: si al sujeto mayor de 16 años se le reconoce capacidad para consentir una relación sexual, también se le debe reconocer capacidad para entender la trascendencia de dejarse grabar o fotografiar, especialmente cuando el material pornográfico está destinado a un uso privado⁴⁰. Una vía para ello es excluir el automatismo en la aplicación de este precepto e interpretar que, cuando el art. 189.1 se refiere a la elaboración de material pornográfico "utilizando" a menores, se está

³⁵ En el mismo sentido crítico, con ese mismo ejemplo, GARCÍA ALBERO, "Pornografía infantil...", 2015, p. 287 (señalando que dicha conducta carece de toda lesividad respecto del bien jurídico indemnidad sexual, que era el bien jurídico al que, junto a la libertad sexual, se refería en ese momento el Título VIII); y HAVA GARCÍA, "Los delitos...", 2019, pp. 406-407.

³⁶ Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MESA, "Explotación sexual...", 2009, p. 338; RAMÓN RIBAS, *Minoría de edad...*, 2013, p. 181; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, "El delito...", 2015, p. 455; MORILLAS FERNÁNDEZ, "Los delitos...", 2015, p. 443; GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 299-300; o DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 47.

³⁷ También el Convenio de Lanzarote de 2007 preveía en su art. 20.3 la posibilidad para los Estados Parte de no castigar la elaboración o posesión de material pornográfico en el que participen niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual "...cuando dichas imágenes hayan sido producidas por ellos y estén en su poder, con su consentimiento y únicamente para su uso particular".

³⁸ DE LA MATA BARRANCO, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, p. 21.

³⁹ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015.

⁴⁰ En realidad, por lo que respecta a las conductas de acceso, adquisición o posesión de pornografía infantil para el propio uso, creo que deberían ser relegadas del ámbito penal en todos los casos, pues se trata de comportamientos muy alejados de la lesión de la libertad sexual o de otros bienes jurídicos, como la dignidad y la intimidad, bienes cuya protección debe realizarse además en el marco de otras figuras delictivas (así también CARUSO FONTÁN, "La pornografía infantil...", 2020, p. 365). Sobre lo criticable que resulta, en sí, el delito de posesión de pornografía para el propio uso o de acceso a la misma del art. 189.5 Cp, véanse, por ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, "Los delitos...", 2015, pp. 482-483; y GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 307-309.

refiriendo exclusivamente a los casos en que, por no haber consentido libremente, el menor está siendo instrumentalizado⁴¹.

Por lo que respecta a los menores de 16 años, si se realiza una conducta de elaboración, como la de grabar con consentimiento del menor la relación sexual que se mantiene con él, o tomarle una foto de contenido sexual, habiendo proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, la regulación actual no solo no prevé expresamente la aplicación de la cláusula del art. 183 bis Cp, sino que, interpretando literalmente el precepto, habría que aplicar incluso el tipo cualificado del apartado 2.a) del art. 189 Cp en relación al art. 189.1 (utilizar a menores de 16 años). Del mismo modo que, si es el menor de 16 años el que por su propia iniciativa se graba o fotografía por ejemplo sus órganos genitales y con fines sexuales envía las imágenes a un adulto (o incluso a un menor de 18 años pero mayor de 14 años), el receptor estaría cometiendo en principio un delito de posesión de material pornográfico si las guarda o accede a ellas a sabiendas (art. 189.5 Cp), aunque se tratara de situaciones en que fuera posible mantener relaciones sexuales con ese menor por aplicación de la cláusula del art. 183 bis Cp. Hay que tener en cuenta, además, que no se trata de conductas infrecuentes, precisamente. Según Ramos Vázquez, un estudio a nivel español respecto de menores entre 10 y 16 años detectó que un 4% habían enviado imágenes de contenido sexual y un 8,1% las habían recibido⁴².

¿Cabría aplicar en este tipo de casos la “cláusula Romeo y Julieta” analógicamente? En mi opinión, sí es posible⁴³. Aunque también

cabría realizar una interpretación restrictiva basada en la ausencia de antijuricidad material, entendiendo que no hay afectación al bien jurídico no solo cuando la conducta es consentida por quien ha adquirido ya la edad del consentimiento, sino también por quienes, de acuerdo a nuestro ordenamiento, pueden consentir válidamente relaciones sexuales⁴⁴. En resumen, no deberían incriminarse las conductas que en principio encajarían en el art. 189 cuando las realicen personas que cumplan los requisitos del art. 183 bis⁴⁵.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado consideraba ya en 2011 que no cabía castigar penalmente a un menor de 18 años por posesión de pornografía infantil en estos casos pues “...cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila”⁴⁶. Y ya hemos visto que la Circular 2/2015 proponía instar el sobreseimiento en los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores de 18 pero mayores de 16 años “con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros”, por faltar la antijuricidad material⁴⁷. Pues bien, la Circular 1/2017, de 6 de junio, no solo confirma lo anterior, sino que considera que “los mismos razonamientos y la misma conclusión serán aplicables en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis

⁴¹ Así también ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, “El delito...”, 2015, p. 455.

⁴² RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, 2015, p. 437.

⁴³ Sobre si cabe o no aceptar la analogía *in bonam partem*, véase *supra*, nota 28.

⁴⁴ Así también GARCÍA ÁLVAREZ, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2016, pp. 305-306.

⁴⁵ Así también MORILLAS FERNÁNDEZ, “Los delitos...”, 2015, p. 466.

⁴⁶ Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011, punto III.2.

⁴⁷ Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015, conclusión 6.2.

años, se hubiera aplicado el art. 183 quater a la relación sexual subyacente”⁴⁸.

Sobre este tema, resulta, por otra parte, muy interesante la SAP de Valencia 56/2018, de 12 de enero. Se juzgaba a un menor (Maximino), nacido en 1999, que mantuvo una relación sentimental y sexual con una menor nacida en 2001 (Fermina) desde el verano de 2015 hasta julio de 2016 (es decir, cuando él tenía 16-17 años y ella, unos 14-15 años). Durante esta relación, él había grabado vídeos y tomado fotografías de contenido sexual con la menor realizando prácticas sexuales.

La primera sentencia⁴⁹ había condenado, entre otros, por un delito de elaboración de material pornográfico del art. 189.1.a) y 2.a) Cp, es decir, por haber elaborado pornografía infantil real, cualificándose el delito por ser la víctima menor de 16 años. En el recurso a esta sentencia se alegaba, entre otros motivos, que no había habido “captación o utilización” ya que ambos se grababan mutua e indistintamente, los actos grabados y su grabación fueron en todo momento voluntarios, consentidos y recíprocos y, además, no había existido acceso por parte de terceros. La Audiencia admitió el recurso, considerando, en primer lugar, que en efecto resultaba cuestionable que la conducta del menor supusiese “captación o utilización” de la menor con fines exhibicionistas o pornográficos, dado que la finalidad era únicamente la conservación de las imágenes en el ámbito de sus protagonistas; y, en segundo lugar, que en este supuesto los protagonistas eran dos menores que se encontraban “en el mismo plano”. Y es aquí donde la sentencia trae a colación la cláusula del (entonces vigente) art. 183 quater Cp, considerando que debía ser tenida en cuenta a efectos interpretativos también para los delitos que, como el de elaboración de pornografía infantil, no están dentro de su ámbito de aplicación, en cuanto su mera

existencia impide ya rechazar de plano la validez del consentimiento del menor. De ello dedujo la Audiencia Provincial la atipicidad de la conducta.

En resumen, creo que no debería aplicarse el art. 189.1 Cp a quien elabore con un menor de 18 años, pero mayor de 16, material pornográfico para el propio uso, cuando el menor consienta libremente; ni a quien realice la misma conducta con un menor de 16 años, si existe consentimiento libre y proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Y tampoco creo que debiera aplicarse el delito de posesión de pornografía infantil para el propio uso del art. 189.5 Cp al sujeto al que el menor (menor de 18 pero mayor de 16, o menor de 16 pero cercano en edad y grado de desarrollo o madurez), por iniciativa propia, envía fotos o vídeos de sí mismo que puedan considerarse pornográficos, práctica que, por lo demás, ya hemos dicho que es muy común entre adolescentes. Con independencia, por supuesto, de que si el receptor, más allá de la mera posesión de ese material, lo difundiera a terceros sin autorización del menor, pudiera responder de un delito contra la intimidad o la integridad moral.

5 Conclusiones

Como En contra de las tendencias expansivas y moralizantes que imperan en la intervención penal en el ámbito sexual, creo que deben prevalecer los principios clásicos, como el de intervención mínima y el de lesividad, lo que supone, entre otras consecuencias, limitar el castigo a las conductas que sean idóneas para lesionar la libertad sexual como bien jurídico individual. La protección penal de los menores ha de conciliarse, además, con su derecho al libre desarrollo de su personalidad, también en el ámbito sexual, lo que supone reconocer ámbitos de libertad que se irán haciendo más

⁴⁸ Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, de 6 de junio de 2017, punto 7.

⁴⁹ Pronunciada por el Juzgado de Menores nº 2 de Valencia el 11 de octubre de 2017.

amplios progresivamente según vaya aumentando la edad del menor.

El reconocimiento de estos ámbitos debería ser, además, coherente. La referencia a diferentes edades para el consentimiento solamente es admisible si está justificada, y no lo está cuando se permiten conductas más relevantes y se prohíben otras que lo son menos.

En relación, por tanto, a los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y producción, adquisición o posesión de pornografía en relación a menores de 18 años, pero mayores de 16, deberían castigarse exclusivamente las conductas en las que ha habido violencia, intimidación, engaño o abuso, dejando fuera del ámbito penal los supuestos en que ha habido un consentimiento libre. Por su parte, en los casos en que los citados delitos involucran a menores de 16 años, la existencia de la cláusula del art. 183 bis debe tener consecuencias, excluyendo la responsabilidad penal cuando se trate de conductas realizadas con personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica (bien porque se realice una interpretación restrictiva de los tipos, bien porque se entienda aplicable la cláusula del art. 183 bis analógicamente).

Referencias

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA., (2000). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales”, en González Cussac, José Luis (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch.

AGUADO LÓPEZ, SARA., (2004). *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*, Tirant lo Blanch.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL., (2004) “Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Díez Ripollés, José Luis/ Romeo Casabona, Carlos M. (coord.), *Comentarios al Código*

penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes, Tirant lo Blanch.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL., (2021) “La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 23-16.

CABRERA MARTÍN, MYRIAM., (2019). *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la política criminal internacional*, Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gnr5>

CARUSO FONTÁN, VIVIANA., (2019). “Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil”, en *Revista Penal*, nº 43.

CARUSO FONTÁN, VIVIANA., (2020). “La pornografía infantil en la legislación penal española. Apuntes sobre un viaje en retroceso a la superación de concepciones morales”, en Bustos Rubio, Miguel/ Abadías Selma, Alfredo (dir.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal español*, JM Bosch Editor. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1dv0vh9.20>

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU y MIR PUIG, SANTIAGO (dir.), (2011). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO., (2019). “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 21-20.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, BEATRIZ., (2015). “El delito de pornografía infantil”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.

FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO., (2018). Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: la indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D”, en *Revista Penal*, nº 42.

- FERRANDIS CIPRIÁN, DANIEL y TERUEL GARCÍA, ISMAEL., (2014). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Lameiras Fernández, María/ Orts Berenguer, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2011). Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, de 16 de noviembre de 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2015). Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, de 19 de junio de 2015.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., (2017). Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, de 6 de junio de 2017.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN., (2015). “Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2013). El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2016). La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 12.
- GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA., (2022). La repercusión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), en la protección reforzada de los menores de edad en el Código penal, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 37.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL., (2005). Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-4.
- HAVA GARCÍA, ESTHER., (2019). Los delitos de tenencia de material pornográfico: Algunos problemas dogmáticos y otras dificultades relacionadas con su aplicación a las descargas de archivos a través de redes P2P”, en Rodríguez Mesa, María José (dir.), *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi.
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN., (2007). El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 35.
- LÓPEZ PEREGRÍN, CARMEN., (2021). Efectos indirectos de la cláusula del art. 183 quater en los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y elaboración de pornografía infantil”, en De Vicente Martínez, Rosario/ Gómez Iniesta, Diego José/ Martín López, M. Teresa/ Muñoz de Morales Romero, Marta/ Nieto Martín, Adán (edit.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un Derecho penal humanista*, BOE.
- MORALES PRATS, FERMÍN y GARCÍA ALBERO, RAMÓN., (2016). Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.)/ Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson-Aranzadi.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO., (2015). Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO., (2022). *Derecho penal, Parte especial*, 24ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración

- de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 4/2022, 6/2022, 9/2022, 10/2022 y 11/2022, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES., (2022). *Derecho penal, Parte general*, 11ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y ALONSO RIMO, ALBERTO., (2014). Introducción al estudio de los delitos sexuales contra menores”, en Lameiras Fernández, María/Orts Berenguer, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS., (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2013). *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2014). Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 12.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO., (2015). Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. Identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA., (2015). La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). *Grooming y sexting: artículo 183 ter Cp*, en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter Cp, en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2015). Ciberacoso, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2016). *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores un estudio sobre los artículos 183 y siguientes*, Tirant lo Blanch.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO., (2021). La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 41. <https://doi.org/10.15304/epc.41.6615>
- RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ., (2009). “Explotación sexual y pornografía infantil. Un análisis de la regulación penal en España a la luz de los requerimientos internacionales y comunitarios”, en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA., (2015). ¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en Villacampa Estiarte, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Thomson Reuters-ARANZADI.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA.,
(2019). “Pederastia y pornografía”, en
Rodríguez Mesa, María José (dir.),
*Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y
criminológico*, Thomson Reuters Aranzadi.