

# **UNA DÉCADA DE ¿POLÍTICA CRIMINAL? EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO SEXUAL DE MENORES (2012-2022)**

JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁZQUEZ\*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Pensando en un tema apropiado para tan merecido homenaje a nuestra compañera Mirentxu Corcoy, me pareció que, en mi caso, debería tratarse de un tema de Política Criminal, dado que la mayoría de ocasiones en que nos hemos encontrado a lo largo de los años en que hemos coincidido profesionalmente ha sido con ocasión de reuniones del Grupo de Estudios de Política Criminal.

Mi pretensión con este trabajo es recorrer la década que va del año 2012 (momento en que se abrió la puerta a modificar la edad de consentimiento sexual en nuestro CP) al año 2022, en que, seguramente, entre en vigor una nueva regulación de la cláusula de consentimiento prevista en el artículo 183 quáter. Por el camino, expondré, con la brevedad requerida, los vaivenes de una Política Criminal de más que dudosa naturaleza.

## **II. DEL SALOBRAL (2012) A LA LEY ORGÁNICA 1/2015**

Tras un siglo y medio en que la edad de consentimiento de relaciones sexuales en nuestro Estado fue la de 12 años (1848-1999), y una década y media en que fueron los 13 (1999-2015), el legislador español decidió de manera

---

\* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidade da Coruña.

inusitada subir dicha edad a los 16 años. Pero, para entender este hecho, hay que remontarse algún año antes de 2015.

A finales de 2012, un hombre acabó con la vida de una muchacha de 13 años, con la que había mantenido una relación afectiva, en la pedanía albaceteña de El Salobral (obsérvese que se trata de un feminicidio y no de un delito sexual). Acto seguido, los medios de comunicación se hicieron eco de la noticia, enfatizando el hecho de que, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, la relación que ambos mantenían no era «constitutiva de delito». Es más, se trataría de la edad de consentimiento más baja de toda la Unión Europea, lo que se concibió como un escándalo. Inmediatamente, el entonces titular del Ministerio de Justicia declaró que la reforma *in fieri* del Código penal (la que luego constituyó la Ley Orgánica 1/2015) contemplaría «una previsión más adecuada a lo que en estos momentos exige la sociedad, en relación a la represión de este tipo de delitos»<sup>1</sup>, e, inmediatamente, se introdujo en los planes reformadores la elevación de la edad de consentimiento de las relaciones sexuales, primero a los 15 y, con posterioridad, a los 16 años (sin que en ningún momento se nos explicase ni por qué fijarla en 15 ni por qué después en 16).

En cambio, la adición de la reforma en materia de edad de consentimiento no fue justificada por el legislador con su habitual retórica de «exigencias sociales» o «consternación social», sino en lo siguiente: «se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años [...] En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil»<sup>2</sup>.

No deja de resultar sorprendente que la única justificación que se dio a una decisión político-criminal tan decisiva como aumentar en tres años la edad a partir de la cual el contacto sexual con un menor no es *per se* delictivo sea

---

<sup>1</sup> <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-ana-mato-gallardon-defienden-reforma-codigo-penal-refuerza-penas-delitos-contra-menores-20121023140016.html> (última visita, 17 de octubre de 2021).

<sup>2</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2015), apartado XII.

una sugerencia de un Comité de la ONU<sup>3</sup>. Ni una palabra sobre la muchacha de El Salobral (hecho que había quedado ya sepultado en el pasado mediático). Ni un debate parlamentario en el que se hubiese expresado cuál era el auténtico objetivo de la reforma, qué consecuencias eran previsibles para el legislador, etc. Sólo la promulgación de una Ley Orgánica que incluía una novedosa cláusula de consentimiento (art. 183 quáter) que rezaba así: «El consentimiento libre 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».

### III. DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 A LA LEY ORGÁNICA 8/2021

La introducción del mencionado precepto provocó inmediatamente una serie de dudas en la doctrina, dudas que una bastante heteróclita praxis judicial ha ido incrementando a lo largo de estos años. Dadas las limitaciones espaciales de este trabajo, de entre todas esas dudas, referidas, entre otras muchas cuestiones, a qué deba entenderse por proximidad de edad o cómo se deba acreditar el grado de madurez, me voy a centrar sólo en dos, que no afectan a la existencia del núcleo en sí de la exención (es decir, no discuten la fórmula planteada por el legislador de vincular la exención de la responsabilidad penal a unas inconcretas proximidades en edad y grado de desarrollo), sino a aspectos más técnicos, que surgen de la puesta en relación de la cláusula con otros preceptos del CP.

La primera de dichas dudas era cuáles de los «delitos previstos en este Capítulo» (el II bis del título VIII del libro II del CP, que es en el que se integra el art. 183 quáter) se puede alegar dicha cláusula. Sin ningún género de dudas, dicha previsión no podría alcanzar a las agresiones sexuales (previstas en el art. 183.2), en la medida en que la violencia o intimidación que las caracteriza es incompatible con el consentimiento libre que ha de prestar el menor<sup>4</sup>. También parece evidente que el legislador está pensando, fundamentalmente, en el artículo 183.1,

<sup>3</sup> Es más, la sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño era en realidad una mera muestra de preocupación y en absoluto se indicaba que existiese un déficit de protección de los menores (RAMOS TAPIA, I., «La tipificación de los abusos sexuales a menores tras la reforma de 2010», en Villacampa Estiarte, C. (Coord.), *Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2015, pp. 124 ss.).

<sup>4</sup> En esta línea, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 465 ss.

es decir, en supuestos en los que hay una realización de actos de carácter sexual con el menor de 16 años. Pero, ¿qué sucede con los artículos 183 bis y ter?

La respuesta respecto del primero de dichos artículos, que recoge la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, depende, lógicamente, de cómo interpretemos «determinar» y «hacer presenciar». A mi juicio, aun con ciertas dudas, ni «determinar» ni «hacer presenciar» suponen conducta alguna de intimidación, coacción o presión, de suerte que siempre he considerado que perfectamente pueden quedar eximidas por el consentimiento del menor de 16 años, en los términos expresados por el artículo 183 quáter CP en su redacción del 2015<sup>5</sup>.

En cuanto al artículo 183 ter.1 CP, parecía claro que no podía aplicarse la cláusula de consentimiento «cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño» (último inciso de dicho apartado), pero sí cuando no se hubiese acudido a dichos medios comisivos. En cambio, en mi opinión, no podría alegarse el artículo 183 quáter para eximir las conductas del artículo 183 ter.2 CP, pues el «embaucamiento» al que hace referencia este último precepto es incompatible con el «consentimiento libre» al que hace referencia el primero.

Por su parte, la Circular 1/2017 de la Fiscalía General del Estado llega a idénticas conclusiones, señalando que «el capítulo al que la norma se proyecta es el II bis, que abarca acciones típicas en las que concurre violencia, intimidación o prevalimiento. Lógicamente estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión del artículo 183 quáter CP. En relación con el delito del artículo 183 ter CP apartado primero (el doctrinalmente denominado *grooming*) podrá teóricamente apreciarse esta cláusula en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que requiere la concurrencia de violencia, intimidación o engaño. Tampoco podrá apreciarse la exención respecto del delito del apartado segundo del artículo 183 ter CP, por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el 183 quáter con el «embaucamiento» propio del doctrinalmente denominado *sexting*»<sup>6</sup>.

La segunda duda tiene que ver con la limitación de la cláusula del 183 quáter CP a los delitos previstos en el Capítulo del CP en el que aquélla se encuentra contenida: ¿no habría sido más coherente extender dicha posibilidad de exención, a conductas fuera del referido capítulo? En efecto, la doctrina no ha podido menos que denunciar el absurdo valorativo que supone que un menor de 16 años pueda

<sup>5</sup> En igual sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, F., 2015, p. 466.

<sup>6</sup> Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código penal*, p. 11 (disponible en [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2017-00001.pdf)). Fecha de última consulta: 18 de octubre de 2021.

consentir válidamente actos sexuales (contenido del art. 183 CP), pero no actos constitutivos de exhibicionismo (art. 185 CP), visionado de pornografía (art. 186 CP) o, incluso, envío o posesión de pornografía de otros menores (art. 189 CP)<sup>7</sup>. Respecto de esto último, no está de más recordar que ya 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 señalaba que «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. Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores [...]. Estas pautas también son extensibles [...] al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)»<sup>8</sup>. De hecho, las posteriores Circulares 2/2015<sup>9</sup> y la ya citada 1/2017 han incidido otra vez en esta cuestión, cuestionando, respectivamente, seguir con el proceso penal frente a quienes poseen material pornográfico *ex* artículo 189 CP de un/a menor que ya haya cumplido los 16 años y que haya consentido dicha posesión (siempre que no haya difusión a terceros) o que tenga menos de 16 años, pero que la relación sexual representada haya caído bajo el manto eximente del artículo 183 quáter<sup>10</sup>.

En todo caso, de estas dos dudas concretas (¿a qué delitos del capítulo II bis del título VIII es aplicable la exención? y ¿es posible o aconsejable extender dicha exención a otros delitos de fuera de ese capítulo?) una quedó sin respuesta y la otra recibió todo un vuelco con la actual redacción del artículo 183 quáter

<sup>7</sup> En este sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción», *RECPC*, núm. 23, 2021, p. 31.

<sup>8</sup> Fiscalía General del Estado, *Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, p. 18. Disponible *on line* en la dirección *web*: [https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00009.pdf) –última consulta: 18 de octubre de 2021.

<sup>9</sup> Fiscalía General del Estado, *Circular 2/2015* (<https://www.fiscal.es/documents/20142/fd62e21c-057d-a44a-d5cb-07fd4534e13d>), p. 56 y Fiscalía General del Estado, *Circular 1/2017*, p. 11.

<sup>10</sup> Muy interesante, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sec. 5) 56/2018, de 12 de enero (ECLI: ES: APV:2018:59), citada por Boldova Pasamar en su reciente trabajo sobre el artículo 183 quáter. Se trata de «un caso de grabación de la relación sexual entre dos menores (de 14 y 16 años) que mantienen una relación afectiva de meses, sin constatación de su difusión y con el consentimiento de la menor afectada. Aun cuando la resolución admite que la excusa no se contempla para los delitos del artículo 189 CP, entiende que aquélla permite dotar de cierto significado a la definición típica del hecho delictivo. En este sentido considera que sería un contrasentido jurídicamente entender la comisión de un delito por la mera grabación (sin difusión), basándose en la inviabilidad del consentimiento, si resulta que para delitos tanto o más graves el Código admite la validez del mismo cuando la contraparte es próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En suma, estima que no se ha producido el referido delito en virtud del artículo 183 quáter» (BOLDOVA PASAMAR, M. A., *RECPC*, núm. 23, 2021, p. 31, nota al pie núm. 101).

ter, derivada de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

#### IV. LA LO 8/2021 Y LA EXCUSA DE LAS MEJORAS TÉCNICAS

Como acabo de señalar, la Ley Orgánica 8/2021 reformó el artículo 183 quáter, y lo hizo de manera sorprendente. En efecto, en el Proyecto de Ley presentado al Congreso en junio de 2020 no existía ninguna mención a una posible reforma del artículo 183 quáter<sup>11</sup>. Dicha propuesta de reforma entró por vía de enmienda (de los propios Grupo Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común del Congreso), con el siguiente tenor literal: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor sea una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad»<sup>12</sup>. ¿La razón aducida para dicha reforma del CP? Un escueto «mejora técnica».

Como es fácilmente perceptible, la introducción de esa dicción del artículo 183 quáter no habría constituido una mera «mejora técnica», sino un cambio de la cláusula, que se circunscribiría *ex lege* a los abusos (artículo 183.1) y al delito de hacer presenciar actos sexuales (artículo 183 bis, párrafo primero, inciso segundo), aparte de la oscura mención a que «los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad» (¿?).

Pero la tramitación parlamentaria no quedó ahí, sino que el proyecto fue nuevamente enmendado en el Senado y, nuevamente, por el propio Grupo Socialista del Senado (es decir, el Proyecto de Ley procede de un Gobierno de mayoría socialista y es enmendado en el Congreso y en el Senado por sus propios grupos parlamentarios). La dicción propuesta (que será la definitivamente aprobada e incorporada al CP vigente en el momento de escribir estas líneas) fue la siguiente: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y

---

<sup>11</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2. PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2. PDF#page=1). Fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021.

<sup>12</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2. PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-2. PDF#page=1) (la enmienda mencionada en texto aparece en la p. 211 –fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021–).

psicológica»<sup>13</sup>. La justificación a esta re-enmienda fue, de nuevo, un somero «mejora técnica» que, en realidad, no lo era, pues, aparte de hacer desaparecer el inciso «siempre que los actos no constituyan un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad» (lo que, dicho sea de paso, ha constituido un acierto, porque estaba destinado a crear muchos problemas interpretativos) cambió a qué delitos se le puede aplicar la cláusula.

En efecto, el vigente artículo 183 quáter, tras dicha enmienda, excluye expresamente el artículo 183.2, es decir, excluye las agresiones sexuales del ámbito de aplicación de la cláusula (lo que, por cierto, creo que no hacía falta que el legislador nos dijese), de lo que parece que podemos inferir *a contrario* que sí le será aplicable a los artículos 183.1, 183 bis y 183 ter en su conjunto. A día de hoy, por tanto, una interpretación *a contrario* de la cláusula nos lleva a considerar que pueda ser aplicable también a casos de *grooming* y de embaucamiento (!) de menores, lo que, a decir verdad, ya había propuesto en su día Tamarit Sumalla, indicando que «debe interpretarse la cláusula que aquí se comenta según las exigencias propias de una interpretación teleológica y sistemática, lo cual debe llevar a entender que, si se establece la exención en los casos más graves de abuso sexual, con mayor razón procederá en delitos como los del artículo 183 ter, con naturaleza de actos preparatorios, respecto a los cuales existe cierta normalización social de estos comportamientos producidos entre personas de edad próxima, sin un riesgo de afectación a su libertad o indemnidad sexual que sea equiparable a las conductas en las que existe asimetría de edad»<sup>14</sup>.

De las dos dudas interpretativas a las que aludía en el apartado anterior, por consiguiente, la LO 8/2021 ha resuelto sólo una, dejando la otra en el aire; y, además, lo ha hecho sin justificación alguna por parte del Legislador. Aquí podría ya entrar a criticar la Política Criminal que se está llevando a cabo en esta materia si no fuese porque a día de hoy hay un Proyecto de Ley Orgánica (es decir, una vez más, es el propio Gobierno el que parece haber cambiado de opinión) que propone cambiar el artículo 183 quáter cuando la dicción actual no lleva ni 5 meses de vigencia...

<sup>13</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG\\_D\\_14\\_182\\_1795](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_182_1795). PDF (la enmienda mencionada en texto aparece recogida en las pp. 269 y 270. Fecha de última consulta: 19 de octubre de 2021).

<sup>14</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 183 quáter», en Quintero Olivares, G., *Comentarios al Código penal español*, 7.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2016, p. 1332.

## V. LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL (2022)

Como he señalado, en el momento de escribir estas líneas, existe un Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de previsible aprobación en el próximo año 2022<sup>15</sup>, que da una nueva vuelta de tuerca a la cláusula de consentimiento. En concreto, la propuesta es la de introducir el siguiente tenor del actual artículo 183 quáter<sup>16</sup>: «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». Las circunstancias previstas en dicho artículo 178.2 son, a su vez, «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima», así como el hecho de que el acto sexual se ejecute «sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (o) cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

Como puede fácilmente observarse, hay una muy notable diferencia entre el texto legal aprobado en el primer semestre de 2021 y el que seguramente se apruebe en el primer semestre de 2022. Sólo en una cosa son idénticos: ninguno de los dos preceptos, ni el actualmente en vigor ni el proyectado, se pronuncian sobre una posible extensión de la cláusula a delitos distintos de los previstos en el Capítulo dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años<sup>17</sup>: ni un intento siquiera del legislador por armonizar las muchas contradicciones valorativas a que conduce poder eximir por una relación sexual pero no por un exhibicionismo o una posesión de pornografía consentida, como doctrina, Fiscalía y la jurisprudencia estamos intentando hacer notar desde 2015.

En todo caso, de aprobarse dicho Proyecto de Ley Orgánica con ese texto de la cláusula, habría un cambio en el eje sobre el que bascula la exención: se pasaría de explicitar qué delitos (sí/no) pueden ser eximidos a bajo qué circunstancias pueden ser eximidos. Es decir, de partida, la cláusula sería aplicable a cualquiera de los delitos del Capítulo (incluidos, por tanto, los de *grooming*, embaucamiento y hacer presenciar actos sexuales –el delito de determinar a un menor de 16 años

---

<sup>15</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1). PDF (Fecha de última consulta: 20 de octubre de 2021).

<sup>16</sup> En realidad, la propuesta es de reenumerar el precepto y convertirlo en el artículo 183 bis.

<sup>17</sup> Si el Proyecto de Ley Orgánica, como es previsible, se aprobase, en puridad sólo existirían agresiones sexuales, al haberse unificado en dicha figura lo que hasta el momento eran dos tipologías penales distintas.

a participar en un comportamiento de naturaleza sexual se deroga<sup>18</sup>), siempre que no concurren unas determinadas circunstancias.

Las dos primeras son violencia o intimidación, que son las que a día de hoy convierten un abuso en una agresión sexual, por lo que hasta ahí el precepto estaría señalando lo mismo. Las circunstancias de víctimas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare, o que tengan anulada por cualquier causa su voluntad, sin duda, son incompatibles con el propio concepto de consentimiento *libre*, por lo que, sin estar exactamente de más, parece que ya se habría podido deducir de una correcta interpretación de esa propiedad (libre) del consentimiento prestado por el menor<sup>19</sup>. Lo auténticamente problemático, a mi juicio, es que se pretenda vincular la exención a que no se haya abusado de «una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima». Ciertamente, ninguna de las dos circunstancias mencionadas son desconocidas en los delitos sexuales, pero no exactamente con esta dicción.

En efecto, el actual artículo 181.3 CP castiga como abuso sexual a quien obtenga un consentimiento prevaleándose de una situación de superioridad (que es lo que señala el Proyecto para el caso de menores), pero dicha superioridad tiene que ser manifiesta y debe coartar la libertad de la víctima, algo que el Proyecto no pide en el caso de menores. Asimismo, el actual artículo 183.4 agrava la pena del abuso sexual cuando «la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia», pero en esa agravante se especifica que la situación debe ser de *especial* vulnerabilidad (e, insisto, se trata de una agravante y no de un hecho que determine la existencia o no de un delito de abuso sexual).

En suma, la nueva redacción de la cláusula de consentimiento se remite a unas circunstancias cuyo alcance es de difícil delimitación. Lo es en el caso de mayores de edad (pues el proyectado artículo 178.2, al que se remitiría el nuevo artículo 183 bis afecta a mayores de edad) y lo es más en el caso de menores de edad, pues éstos se encuentran en una época de su vida en la que la vulnerabilidad es una constante y va a resultar muy difícil medirla tanto en sí misma, como en relación con la superioridad del autor de los hechos. Piénsese, además, en que la cláusula seguirá exigiendo la proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, así que lo que habrá de dirimirse es si un joven, igual de

---

<sup>18</sup> Lo cual, dicho sea de paso, dadas las muchas dudas que ha suscitado desde 2015, constituye un acierto.

<sup>19</sup> Ello, naturalmente, si interpretamos que el abuso del trastorno mental del menor se refiere a «todos aquellos supuestos en los que las deficiencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien las padece se encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre a aquello que se le propone» (Sentencia del Tribunal Supremo 545/2000, de 27 de marzo).

maduro y de desarrollado que otro, ha abusado sexualmente de éste por haberse aprovechado de su superioridad o de la vulnerabilidad del otro. Cómo acreditar dicha superioridad y dicha vulnerabilidad en un contexto, insisto, tan peculiar como el de la adolescencia, me parece demasiado vago como para determinar la imposición o no de las gravosísimas consecuencias jurídicas que el abuso sexual de menores lleva aparejadas.

Y todo ello, me pregunto, ¿por qué? ¿cuál es la razón por la que el Legislador ha decidido cambiar una vez más la cláusula? De nuevo, lo desconocemos, puesto que el Anteproyecto de Ley Orgánica nada dice. Es más, la propuesta originaria de redacción no era esa, sino otra, mucho más escueta, en la que se especificaba que la exención *no* podía alcanzar a los delitos de *grooming* y embaucamiento<sup>20</sup>. Es decir, algo que, a la postre, el Proyecto no dice.

## VI. ¿ES ESTO UNA POLÍTICA CRIMINAL?

Recapitulando, nos encontramos con un hecho mediático (2012), que condujo a la introducción de un aumento de la edad de consentimiento para el que faltaron razones sólidas (2015), que conllevó la introducción de una cláusula que motivó un buen puñado de dudas interpretativas a la doctrina y a todos los operadores jurídicos (2015-2021), que no fueron resueltas por una posterior reforma para la que literalmente no se adujo razón alguna (2021) y que, a su vez, va a ser superada por una nueva reforma (2022) que cambia completamente el panorama y para la que, una vez más, no hay razones. Y todas estas reformas, además, no son anecdóticas, sino que son de calado, modificando profundamente el ámbito de lo punible en un contexto tan sensible como el de las relaciones sexuales en las que están involucrados menores.

Por ello, creo que nuestra homenajeadada estaría de acuerdo en que, en realidad, no existe una Política Criminal en esta materia. O, al menos, no con los caracteres de racionalidad y solvencia técnica que la profesora Corcoy ha propuesto siempre para aquélla.

---

<sup>20</sup> <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf> (la reforma de la cláusula de consentimiento aparece en la p. 64).