

# TRABAJO DE FIN DE GRADO

## Grado en Derecho



JUNIO DE 2023

## EL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN EL NUEVO DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

*«Un Análisis de la Figura del Consentimiento Desde un Punto de Vista General,  
Jurídico-Penal y Filosófico Feminista»*

---

**Trabajo realizado por:**

**D. MIKEL DE ARALAR SARDÓN DELGADO**

**Dirigido por:**

**Prof. Dra. MARÍA VICTORIA ITURRALDE SESMA**



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons. **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada.**

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II. EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA (S. XX-XXI). LA «LEY DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL» COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES.....</b>	<b>4</b>
1. El Origen de la Necesidad de una Reforma en los Delitos de Abuso y Agresiones Sexuales en España.....	7
2. Los Delitos de Abuso y Agresiones Sexuales: Antes, Durante y Después de la Entrada en Vigor de la LO 10/2022.....	9
3. Deficiencias en la Ley y su Posterior Modificación en Abril de 2023.....	10
<b>III. EL CONSENTIMIENTO EN LOS NUEVOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES.....</b>	<b>13</b>
1. Aspectos Generales del Consentimiento.....	13
1.1 Aspectos fundamentales.....	13
1.2 La creación del consentimiento: fase interna y externa.....	15
1.3 Modos de exteriorización: el consentimiento expreso y tácito.....	16
1.4 El carácter evolutivo del consentimiento.....	18
2. El Consentimiento Sexual Como Institución Propia del Derecho Penal.....	18
2.1 Definición de consentimiento y su contextualización.....	19
2.2 Teorías monista y dualista.....	19
2.2.1. El consentimiento como causa de atipicidad.....	20
2.2.2. El consentimiento como causa de justificación.....	21
2.3 Efectos jurídicos del consentimiento.....	21
2.4 Los requisitos esenciales del consentimiento.....	21
2.5 El consentimiento en los delitos sexuales en España.....	22
2.5.1. El problema de la prueba.....	24
3. El Consentimiento Sexual Desde el Punto de Vista Filosófico Feminista.....	26
3.1 Sociedad patriarcal, la cultura del miedo y de la violación como condicionantes culturales del consentimiento sexual.....	26
3.1.1. Sociedad patriarcal.....	26
3.1.2. Cultura del miedo.....	28

3.1.3. Cultura de la violación.....	29
3.2 El consentimiento en los discursos sexuales dominantes y roles de género.....	30
3.2.1. El discurso del impulso sexual masculino.....	30
3.2.2. El discurso de «tener y proteger».....	31
3.2.3. El discurso permisivo.....	31
3.3 La importancia de la educación sexual como base del consentimiento sexual informado.....	32
3.4 El consentimiento como canal para alcanzar la igualdad.....	34
3.5 El consentimiento como solución jurídica a un problema social.....	36
3.6 La doble victimización en el proceso de denuncia de agresiones sexuales.....	36
3.7 Los problemas del consentimiento.....	38
3.7.1. El consentimiento como elemento evolutivo.....	38
3.7.2. El consentimiento condicional.....	38
3.7.3. El consentimiento tácito.....	38
3.7.4. La capacidad de consentir.....	39
3.7.5. El consentimiento digital.....	39
3.7.6. La teoría de la presunción de culpabilidad.....	40
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>40</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>47</b>
<b>VI. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>50</b>

## I. INTRODUCCIÓN

A raíz del caso de «La Manada» en España y con el movimiento MeToo en el mundo, se ha alzado la voz en contra de la violencia sexual ejercida hacia las mujeres. A raíz de las distintas movilizaciones por parte del movimiento feminista en España y, tras las divergencias entre los distintos tribunales a la hora de enjuiciar unos mismos hechos probados, el gobierno de España decidió modificar el tratamiento de los delitos sexuales. De acuerdo con los criterios de los distintos Tratados Internacionales (en adelante TTII) que ha ratificado España, la figura del consentimiento ha pasado a tener un eje central en estos delitos.

El objetivo principal del presente trabajo es ofrecer al lector un análisis completo de la figura del consentimiento sexual de los nuevos tipos penales. Para ello, se analizará el consentimiento desde diversos puntos de vista, empezando desde una genérico, pasando por el punto de vista jurídico-penal, y finalizando con el punto de vista filosófico feminista. Analizaremos el debate actual acerca de la *presunción de inocencia de los hombres* y la importancia del consentimiento como base de igualdad entre ambos sexos. También analizaremos la crítica a la figura del consentimiento sexual tácito, la cual puede conducir a absoluciones en determinados supuestos de agresión sexual.

## II. EVOLUCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA (S. XX-XXI). LA «LEY DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL» COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES

Para abordar la problemática actual en torno a los delitos sexuales en España, creo conveniente realizar un análisis evolutivo de estos delitos, con el objetivo de que el lector pueda tener a su alcance la información que le permita comprender las diferencias, problemas y las soluciones que se han ido dando a una práctica tan antigua como la humanidad.

Tal y como señala la Fiscal HERREROS HERNANDEZ<sup>1</sup>, hasta el siglo XX, los delitos sexuales en España estaban enfocados en el honor de la mujer y su pureza, no se preocupaban por su libertad sexual o en el libre desarrollo de su personalidad. En la España católica del s. XX, la pureza y honorabilidad de la mujer predominaban sobre su libertad, tanto es así, que si un hombre violaba a una mujer, podía evitar ser juzgado si aceptaba casarse con ella.

Un ejemplo de esto es el Código Penal (en adelante CP) de 1944, donde se hablaba de «Delitos contra la Honestidad», la mujer era un símbolo de honestidad, rectitud y respeto a las normas. Es por ello que se castigaban los actos cometidos por los hombres hacia las mujeres, se relacionaba directamente la sexualidad con la moralidad y sólo protegían las conductas sexualmente aceptables por la sociedad. En este sentido, aquellas mujeres que no eran consideradas honestas, como por ejemplo las prostitutas, quedaban fuera de la protección de la ley. En cambio, aquellas mujeres que probaban ser honestas y de moral recta, eran amparadas y debían probar estas circunstancias con su modo de vestir, sus actitudes en sociedad, sus costumbres y hábitos sexuales. En suma, se juzgaba su honestidad.

Tal es el arraigo de la moral en la sociedad de aquellos años, que la propia Real Academia Española la definía como «persona que actúa de acuerdo a la moral y que respeta las normas de carácter sexual socialmente establecidas». Debemos puntualizar que aquellas conductas sexuales que se daban dentro del matrimonio eran bien vistas, quisiera la mujer mantenerlas o no, puesto que uno de los votos del matrimonio católico era la sumisión de la mujer hacia el hombre. Esta regulación supone la discriminación de la mujer respecto del hombre, puesto que si la mujer era sorprendida en adulterio, aunque fuese en un único encuentro, podía ser castigada. En cambio, para los hombres sólo estaba tipificado si había una convivencia notoria con su amante. Además, el padre de una mujer menor de 23 años o el marido que sorprendiese a su mujer en adulterio podía matar a alguno de ellos con una pena de destierro. Además en estos delitos se protegía también el honor de los hombres de la familia.

---

<sup>1</sup> Herreros Hernandez, Inés. *Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Una visión desde la perspectiva de género*. Congreso de los Diputados. Págs. 64 a 69.

Con el paso del tiempo, estos delitos evolucionaron y, aunque siempre estuvieron bajo la tutela de los hombres, con la democracia y la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la igualdad entre hombres y mujeres se convirtió en un principio fundamental. Es por ello que, en 1989 se modificaron estos delitos y el bien jurídico protegido pasó a ser la libertad sexual, cambiando la redacción de delitos «contra la honestidad» a «delitos contra la libertad sexual».

Se elimina la autoridad marital que el Código Civil (en adelante CC) imponía a las mujeres, y se modifica la naturaleza privada de estos delitos que pasa a ser semiprivada, de este modo, el perdón del ofendido no bastaba para poner fin al procedimiento penal en delitos de violación como sí sucedía antes. En todo caso, siguiendo el principio de *ultima ratio*, el proceso penal sólo se podrá iniciar a instancia del interesado, es decir, que será preceptiva la correspondiente denuncia del hecho delictivo para que inicie el proceso.

En el preámbulo de la Ley Orgánica (en adelante LO) 3/1989, de 21 de junio de actualización del CP, ya se decía que «la necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del CP es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. [...] las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado»<sup>2</sup>.

En este sentido, se reconoce la libertad sexual como uno de los medios para desarrollar la personalidad<sup>3</sup>, entendiendo la libertad sexual como la autonomía individual de su propia sexualidad, diferenciando la libertad sexual de la moral. Se introducen nuevas modificaciones en los tipos penales y se tipifica la violación como la introducción de miembros por las vías rectal y bucal y, en virtud del nuevo principio de igualdad, el sujeto pasivo pasa de ser exclusivamente mujer, a ser ambos. Además, se tipifican nuevos delitos como la agresión sexual, abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución.

---

<sup>2</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

<sup>3</sup> Sentencia Tribunal Supremo núm. 395/2021, de 6 de mayo. [F. J. 32º]. RJ: 2021\2700.

Por otro lado, se eliminan aquellos preceptos destinados a proteger la moral sexual impuesta, ello no quiere decir que la mujer poseyera una libertad real, puesto que socialmente podía ser discriminada y sufrir acoso, humillaciones e incluso agresiones.

Es también con la entrada en vigor de estas modificaciones, cuando se produce la diferenciación entre agresión y abuso sexual, tipificación que se ha mantenido hasta estos días, dónde la similitud entre ambos es el acceso carnal y la diferenciación es en el empleo o no de la violencia o intimidación para conseguir dicho acceso.

En el año 1999 se introduce una modificación en estos delitos y pasa a llamarse «delitos contra la libertad e indemnidad sexual», con la intención de garantizar la protección de la integridad y la libertad sexual de la infancia y de las personas con discapacidad. Para infantes y discapacitados, el consentimiento pasa a un segundo plano, puesto que se considera que sus capacidad intelectual para poder consentir las relaciones sexuales a esas edades o por razón de su discapacidad. Además, se añaden nuevos delitos como el de corrupción de menores, pornografía infantil, se modifican los delitos de acoso sexual y trata de seres humanos.

En la actualidad, el debate social acerca de la diferencia entre abuso y violación, en relación con el consentimiento sexual de las mujeres, ha concluido con la reforma del CP con la entrada en vigor de la LO 10/2022, donde se ha eliminado la frontera entre ambos delitos para dar lugar a un único delito de agresión sexual, con la figura del consentimiento como eje del mismo.

Esta nueva configuración del delito ha supuesto un intenso debate jurídico y social acerca de esta figura que, aun siendo ya conocida en la sociedad y en la práctica jurídica, su posición central en estos delitos tan mediáticos y con una sensibilidad social tan alta, ha originado un debate acerca de su interpretación y aplicación en los procedimientos judiciales.

## **1. El Origen de la Necesidad de una Reforma en los Delitos de Abuso y Agresiones Sexuales en España.**

Las razones que han llevado al legislador a modificar los delitos de abuso y agresiones sexuales derivan de diversas razones. Por un lado, tal y como la magistrada

COMAS D'ARGEMIR<sup>4</sup> de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Barcelona señala, por exigencia del Pacto de Estado aprobado por unanimidad en el Congreso de los Diputados (en adelante CD) en el año 2017 con la intención de adaptar nuestra legislación a los compromisos asumidos por España en la esfera internacional: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas<sup>5</sup>, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer del Consejo de Europa<sup>6</sup>, y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa<sup>7</sup>.

Por otro lado, el divorcio entre la percepción que tiene la sociedad de estos delitos (abuso con tocamientos y agresión con violación) y las resoluciones judiciales, que conlleva a un malestar social con el legislador y, sobre todo, con la administración de justicia. Además, tanto la AP de Navarra como el TSJ de la misma CCAA resolvieran el caso de «La Manada», con una condena de abusos sexuales con prevalimiento y, posteriormente, el Tribunal Supremo (en adelante TS), sin modificar los hechos probados, sentenciara el mismo asunto con una condena por abusos sexuales<sup>8</sup>.

En este punto, por exigencia del Pacto de Estado, el malestar general en la sociedad y la deficiencia de la norma jurídica del momento que conducía a condenas dispares con unos mismos hechos probados, han llevado al legislador a la conclusión de que la norma jurídica merecía una modificación que diera solución a todos estos problemas y tratara de solventarlos.

---

<sup>4</sup> Comas d'Argemir, M. (2021). Boletín N° 12 Comisión Penal monográfico. *Volumen I, anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Juezas y jueces para la democracia. Madrid. pp. 18 a 28.

<sup>5</sup> Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de marzo de 1984.

<sup>6</sup> (*Convenio de Estambul 2014*). Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 6 de junio de 2014.

<sup>7</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de septiembre de 2009.

<sup>8</sup> Comas d'Argemir, M. (2021). Boletín N° 12 Comisión Penal monográfico. *Volumen I, anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Juezas y jueces para la democracia. Madrid. pp. 20-21.



## **2. Los Delitos de Abuso y Agresiones Sexuales: Antes, Durante y Después de la Entrada en Vigor de la LO 10/2022**

Los delitos de abuso y agresiones sexuales fueron modificados el 26 de noviembre de 2003 y entraron en vigor un año después, el 1 de octubre de 2004. Se regulaban en Título VIII «*Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*» del Libro II, en diferentes Capítulos, uno dedicado a las agresiones sexuales -Capítulo I, arts. 178 a 180- y el otro a los abusos sexuales -Capítulo II, Arts. 181 y 182-.

En ambos casos, el acceso carnal estaba contemplado en el hecho penal y, en caso de utilizar la violencia o intimidación, la pena se agravaba. Con esto, el legislador entendía que el uso de medios violentos o intimidatorios debía conllevar una mayor antijuricidad. Por tanto, en el caso de las agresiones sexuales -si el autor utilizaba la violencia o intimidación-, la pena era de 6 a 12 años. Mientras que si abusaba sexualmente de la víctima -sin emplear violencia o intimidación-, la pena era de 1 a 5 años.

El artículo 180 regula las circunstancias agravantes cualificadas, es decir, aquellos actos que el legislador entiende que deben ser castigados con mayor dureza, que elevaba las penas del art. 178 de 5 a 10 años y de 12 a 15 años las del art. 179. Imponiendo a su vez la pena en su mitad superior si concurrían dos o más circunstancias de este artículo.

Siguiendo con la comparación, en la versión del CP en vigor desde octubre de 2022, hasta abril de 2023. Es en el artículo 178 donde se produce la modificación más relevante, introduciendo el consentimiento como base para calificar un hecho como delictivo cuando no se haya otorgado el consentimiento de la víctima para realizar un acto sexual.

En la versión actual, se introduce una agravante cualificada, que pasa a ser el punto 3, y renombrado el anterior a 4. De este modo, se impone una mayor pena cuando se cometa el hecho empleando violencia o intimidación, con una pena de prisión de 1 a 5 años.

En el artículo 179, el delito de violación pasa a tener una menor pena en comparación a la versión anterior a octubre de 2022, puesto que la mínima pasa de 6 a 4 años de prisión. Por lo demás, la redacción se mantiene intacta: *«cuando la agresión sexual consista en el acceso carnal, vaginal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, [...] será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años»*. Sin embargo, con la introducción del 2., se introduce una agravante cualificada, por la cual si se emplea violencia o intimidación para cometer el delito, se agrava la pena y pasa a ser de 6 a 12. No obstante, en la actualidad, se introduce, como hemos visto en el art. 178, una agravante cualificada con un nuevo punto 2., cuando se emplee violencia o intimidación *«se impondrá la pena de prisión de doce a quince años»*.

Cabe resaltar que en la redacción del artículo 180, donde se detallan las agravantes cualificadas para los hechos tipificados en los Arts. 178 y 179. Con respecto a la redacción vigente desde el 2010 hasta octubre de 2022, se añaden nuevas agravantes, como las del punto 4ª y 7ª, que hacen referencia a la relación de afectividad entre víctima y agresor, y la anulación de la voluntad de la víctima por medio de diversas sustancias respectivamente. Además, se añade un nuevo punto 3., por el cual se impone la inhabilitación especial cuando el hecho lo cometa un funcionario.

### **3. Deficiencias en la Ley y su Posterior Modificación**

A raíz de la entrada en vigor el 7 de octubre de 2022 de la LO 10/2022<sup>9</sup> y de las modificaciones introducidas por la disposición final cuarta<sup>10</sup> en el CP, como la rebaja de las penas mínimas, la unificación de los delitos de abuso y agresión sexuales en un único delitos de agresiones sexuales y la eliminación del delito de abuso sexual con engaño a menores entre 16 y 18 años, la solicitud de revisiones de las penas impuestas a delincuentes sexuales se han ido concatenando amparándose las defensas en el art. 2.2 del CP *«tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo»*.

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

<sup>10</sup> Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 11 de 23 de noviembre, del Código Penal.

Siendo, a día de hoy, más de 700 las condenas revisadas, a la baja, y más de 70 excarcelaciones<sup>11</sup>.

Los días 6 y 7 de junio se reunió el Pleno de la Sala 2ª del TS para la unificación de criterios sobre las revisiones de penas por la entrada en vigor de la nueva LO. Se analizaron 29 recursos, siendo 27 resueltos por unanimidad siguiendo el criterio de las Audiencias Provinciales (en adelante AP) y los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ) y reduciendo las penas, en aplicación del art. 2.2 del CP y no la disposición transitoria quinta, en la que no cabía aplicar la reducción de las penas por estar dentro de las horquillas, como solicitaba el Ministerio Fiscal. Este criterio se venía dando en recursos de sentencias que se habían producido con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2022 donde se bajaban las penas mínimas, siendo un ejemplo de ello la STS 108/2023, de 16 de febrero, donde se aplicó la retroactividad penal de la ley más favorable al reo.

Tal y como aseguran reputados penalistas como CANCIO MELIÁ y DE LA MATA, incluir una disposición transitoria, que impidiese la aplicación del art. 2.2 CP y su efecto retroactivo más favorable para el condenado, sería inconstitucional puesto que «en nuestro sistema jurídico no se puede seguir teniendo en la cárcel a una persona por un delito que ha dejado de existir en el ordenamiento jurídico» e «implicaría una derogación del vigente artículo 2.2 del CP. Pero no sólo eso, vulneraría todos los principios existentes y no discutidos del CP: la retroactividad de la ley penal más favorable entre otros»<sup>12</sup>.

Por otro lado, tal y como ORTEGA LORENTE y RUEDA SORIANO<sup>13</sup> señalan, en el CP vigente desde 2010, los delitos sexuales se gradúan en función a las conductas, distinguiendo entre el empleo de la violencia o intimidación de las que no. De esta forma, se equipara el empleo de la violencia o la intimidación a la ausencia del

---

<sup>11</sup> Jueves, 2 de marzo de 2023. Comunicación Poder Judicial. *Los tribunales han acordado 721 reducciones de pena en aplicación de la Ley Orgánica 10/2022. Las resoluciones han supuesto al menos 74 excarcelaciones.*

<sup>12</sup> Entrevista a D. Manuel Cancio Meliá y D. Norberto Javier de la Mata. Medio: maldita.es: «La ley del 'solo sí es sí': rebajas en las condenas, en qué se basan los jueces, la postura de Igualdad y qué dicen los expertos.»

<sup>13</sup> Ortega Lorente, J. M.; Rueda Soriano, Y. (2021). Boletín N° 12 Comisión Penal monográfico. *Volumen I, anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Jueces y jueces para la democracia.* Madrid. pp. 8-9.

consentimiento y sentencian, «no compartimos que se deba sancionar igual a quien emplea violencia o intimidación en un ataque contra la libertad sexual, que a quien no lo hace. Creemos que la propuesta lesiona el principio de proporcionalidad y puede generar un efecto preventivo general perjudicial, pues el agresor podría recibir sanciones análogas tanto si recurre a la violencia como si no»<sup>14</sup>.

Dada la alarma social generada por las revisiones y excarcelaciones de delincuentes sexuales, el 17 de febrero de 2023, el grupo parlamentario socialista registró en el CD una iniciativa para modificar el CP y la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>15</sup> (en adelante LECrim.), «respetando este modelo [...] y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas [...] para que en casos graves que no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento [...]»<sup>16</sup>.

Tras la reforma de la ley en abril de 2023, se añaden nuevos apartados en los arts. 178 y 179 en los que se agravan las penas cuando para la ejecución del delito se emplee violencia o intimidación, pasando las penas de 1 a 4 años, a ser de 1 a 5 años para el delito del art. 178 y de 4 a 12 años, pasa a ser de 6 a 12 años para el del art. 179. Es decir, se aumenta la pena máxima en 1 año para el primero, y se eleva la mínima a 6 años para el segundo. De este modo, en consonancia con diversos penalistas, el legislador entiende que cuando se produzcan estos hechos, la pena debería ser mayor en comparación a los casos en los que no haya violencia o intimidación.

En consecuencia, la ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual marca un antes y un después en el modo de entender la los delitos sexuales en España, marcando un nuevo criterio con la figura del consentimiento sexual, de acuerdo a las exigencias del *Convenio de Estambul* (2014). De este modo, y como veremos a lo largo de este trabajo, el consentimiento será el fundamento para considerar si una práctica sexual es constitutiva de un hecho delictivo o no.

---

<sup>14</sup> Ortega Lorente, J. M.; Rueda Soriano, Y. (2021). Boletín N° 12 Comisión Penal monográfico. *Volumen I, anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Juezas y jueces para la democracia. Madrid. pp. 8

<sup>15</sup> BOCG, XIV Legislatura. Serie B: Propositiones de Ley, 17 de febrero de 2023. Núm. 318-1. 122/000294.

<sup>16</sup> Exposición de motivos I, párr. 2°.

### III. EL CONSENTIMIENTO EN LOS NUEVOS DELITOS DE AGRESIONES SEXUALES

#### 1. Características Principales del Consentimiento *en general*

En este apartado procederemos a analizar la figura del consentimiento desde un punto de vista genérico. De este modo, sentaremos las bases para poder aplicar estas bases al ámbito de las relaciones sexuales.

##### 1.1. Aspectos Fundamentales

Es importante tener en cuenta diversos aspectos para que el consentimiento se entienda que es pleno y no concurre en vicios o errores. Estos aspectos fundamentales son<sup>17</sup>: voluntariedad o libertad, información, especificidad, capacidad y comunicación.

En primer lugar, ambas partes tienen que ser libres para decidir si consienten o no, es decir, que el contexto en el que se produce la relación no contenga amenazas o violencia. En suma, las partes no tienen que estar condicionadas de ninguna manera para poder consentir, tienen que ser y sentirse libres.

En segundo lugar, ambas partes tienen que estar informadas sobre aquello que van a consentir y, en caso de ser necesario, expresar aquellos límites por los que el consentimiento podría retirarse. Es lo que llamamos el consentimiento informado, se da en muchos aspectos como en el médico, en el ámbito de los seguros o la contratación de productos con condiciones generales de contratación. La importancia es establecer aquellos parámetros en los que ambas partes están dispuestas a asumir, para que no se produzcan errores o malentendidos conviene ser lo más exhaustivo posible y, por si fuera necesario, señalar el contexto en el que la relación se produce, puesto que una de las normas de interpretación es la del estudio del contexto en el que se produce la relación y, en este caso, el consentimiento. Es por ello que es habitual leer en los contratos de compraventa la muletilla de: «la parte vendedora manifiesta que su intención es vender [...] y la parte compradora manifiesta su intención de comprar».

---

<sup>17</sup> Mondragón Barrios, Liliana. (2009). *Consentimiento informado: una praxis dialogica para la investigación*. National Library of Medicine. Bethesda, Maryland.

En tercer lugar, la especificidad. Como ya hemos señalado en el punto anterior, la especificidad adquiere importancia en relación al ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿dónde?, ¿con quién? y ¿por qué?. El objetivo es completar el criterio del consentimiento informado, puesto que quién no conoce lo que consiente, en el fondo no puede consentir, sino tolerar. Aquél que esté interesado en el nacimiento de la relación deberá garantizar que el consentimiento se otorgue, más adelante entraremos en la diferenciación entre el consentimiento expreso y tácito y veremos las diferencias y la problemática, pero en definitiva el objetivo principal es que se conozcan todos los detalles y aspectos de lo que se consiente.

En cuarto lugar, tenemos la capacidad. Cuando hablamos de capacidad podemos hablar de si aquél que consiente puede hacerlo de acuerdo con los requisitos de capacidad legal e intelectual o de los requisitos legales establecidos para cada caso, como ejemplo, en las transmisiones patrimoniales, una persona que no es titular o poseedora de algún derecho o bien, no puede transmitirlo, esa falta de título o posesión le inhabilita, limita su capacidad para transmitirlo. En este sentido, hablamos de la capacidad legal e intelectual para comprender y, consiguientemente, obligarse a realizar el acto acordado.

En quinto lugar, tenemos la comunicación. Las partes que hayan consentido tienen que tener un medio de comunicación para canalizar aquellos aspectos controvertidos. Un aspecto fundamental del consentimiento es su esencia cambiante, cualquiera de las partes, en cualquier momento puede retirar su consentimiento. Dentro del derecho civil puede conllevar indemnizaciones, pero en las relaciones sexuales, en el momento en el que una de las partes no está conforme con la evolución de la situación puede retirar su consentimiento y la otra parte debe aceptarlo. En este último caso, si no hay acuerdo entre las partes y se impone mediante la fuerza a la otra para que consienta, estaríamos ante un caso de agresión sexual. Es por ello que ambas partes deben tener una comunicación fluida y expresar sus límites y detallar lo que están dispuestas a aceptar o no.

## ***1.2. La Creación del Consentimiento: Fases interna y externa***

Como bien se expone en la Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado<sup>18</sup> (en adelante FGE), cuando se analiza la figura del consentimiento, se ve necesario hacer alusión a la forma de creación del mismo, puesto que se trata de la capacidad de autodeterminación, lo que significa determinar cuándo, cómo, por qué y con quién consentir. El consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique y puede permanecer oculto a terceros. Es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente, aquello que ha decidido, ya sea positivo o negativo. Es en esta fase de exteriorización cuando se pueden dar supuestos en los que concurre el consentimiento pero no existe una exteriorización del mismo, lo cual exige una certeza por parte de terceros que acrediten inequívocamente la existencia del mismo.

La fase interna es aquel proceso en el que el sujeto acumula toda la información que cree relevante para analizar el caso que se le propone. Como hemos visto anteriormente, la información es un aspecto fundamental, el sujeto tiene que estar en plena posesión de todos aquellas aspectos que puedan influir o derivarse de su aceptación. Además, se ve necesario que esa reflexión interna se haga sin perturbaciones o insinuaciones exteriores, es decir, que la persona sea y se crea libre para tomar la decisión que considere conveniente para el caso específico, sin que luego pueda dar lugar a modificaciones y se considere que éstas también las consiente. Hay que añadir, que la persona debe ser capaz de comprender el alcance y las repercusiones de su aceptación, uno no puede consentir sin saber o comprender realmente aquello que se le propone.

La fase externa se produce con la comunicación, bien sea verbal, escrita o la realizada con actos exteriores inequívocos que muestren fielmente aquello que en la fase interna ha decidido. En este caso, se prefiere que la exteriorización sea lo más limpia, fluida y sencilla posible, de este modo las opciones a inducir a error a las receptoras del

---

<sup>18</sup> Circular 1/2023, de 29 de marzo, *sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*. Fiscalía General del Estado. pp. 16. (<http://www.juecesdemocracia.es/2021/02/16/comunicado-la-comision-penal-jjpd-ante-proyecto-ley-organica-garantia-integral-libertad-sexual/>)

consentimiento se reducen, generando una seguridad que se ve necesaria para ambas partes. Un modo escrito es la firma, en señal de conformidad, es por ello que tanto si la respuesta es afirmativa o negativa, que la comunicación sea lo más transparente posible genera la confianza tan necesaria en ambas partes. En el caso de expresar el consentimiento por medio de actos exteriores, estos deben ser inequívocos para ambas partes, ya sea con la entrega de una cosa, como por ejemplo, el intercambio simultáneo de las llaves de una casa y un cheque, o un bien determinado por una cantidad de dinero.

En definitiva, lo más importante es que haya una correlación entre lo que el sujeto ha decidido en su fase interna con lo que ha exteriorizado a terceros. No puede haber consentimiento válido en un asunto si la persona en su fuero interno decide que no está de acuerdo con algo y terceros interpretan que ha consentido. En todo caso, se exige para la verificación de este acto, que los actos exteriorizados sean verdaderamente inequívocos con respecto de lo que se consiente.

### ***1.3. Modos de Exteriorización: el Consentimiento Expreso y Tácito***

Como hemos señalado en el apartado precedente, el consentimiento puede darse de múltiples formas, ya sea de manera verbal, por escrito o por interpretación de los actos realizados a posteriori. En el caso de la forma verbal, nuestro CC, donde se regulan las relaciones patrimoniales de carácter privado, sigue una corriente informal, es decir, no se exige una forma concreta (salvo ciertas excepciones) para poder celebrar negocios jurídicos. En este sentido se puede consensuar un contrato de compraventa o alquiler de manera oral, si bien de esta forma el medio de prueba queda reducido a la posible grabación o transcripción de la conversación, de otra manera, la carga probatoria en un futuro pleito se dificulta en exceso, es por ello que para la seguridad del negocio y de ambas partes, es recomendable plasmarlo por escrito.

La forma escrita es sin duda la forma más garantista. Queda reflejado en un documento al que ambas partes tienen acceso y quedando enteradas de aquellas cláusulas que han convenido y, en caso de desacuerdo, pueden reformular el documento para amoldarlo a las exigencias de cada parte. De este modo, el medio de prueba



documental tiene un peso mayor al de una conversación donde la buena voluntad de las partes se convierte en algo vital.

En el caso del consentimiento tácito, es decir, el consentimiento que se otorga de acuerdo al momento, contexto y a razón de la interpretación de los actos que una de las partes realiza en relación con el acto a convenir, es muy incierto. Puesto que se trata de una interpretación de los actos de una persona que no ha consentido de manera expresa y que la realiza una persona que quiere y ha manifestado tal voluntad, puede darse el caso de incurrir en error o vicios del consentimiento. Es por ello que el contexto es vital para dicha interpretación y aún más si cabe, que dicha interpretación la realice un tercero imparcial.

En el caso de las relaciones sexuales, en la actual regulación de los delitos de agresión sexual cabe la posibilidad de interpretar los actos de la presunta víctima, como actos que dan pie a interpretar el consentimiento. Es decir, el propio legislador establece: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención de las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Esta puerta abierta a la interpretación deja la exigencia del consentimiento sexual en un limbo, puesto que portar un documento escrito detallando la actividad sexual y exigiendo la firma de ambas partes para otorgar el consentimiento parece irreal.

En atención a las situaciones donde se producen los mayores contactos sexuales puntuales, que suelen ser en fiestas o discotecas, parece poco razonable que se de esta práctica. Tampoco debemos obviar que si una de las partes se encuentra en un estado elevado de embriaguez, se podría interpretar que el consentimiento, aun siendo afirmativo, carece de la capacidad intelectual para saber el acto que esta consintiendo. Es por ello que el consentimiento sexual es tan difícil de probar, interpretar y regular.

Desde el punto de vista más restrictivo, el consentimiento tácito no tendría una validez real, puesto que se trata de una interpretación de actos que no son una respuesta explícita. Además, siendo el consentimiento sexual un acto que podríamos catalogarlo como personalísimo, como el derecho al voto, no cabe dejar su interpretación en manos de terceras personas. Si la persona que no ha exteriorizado su consentimiento expreso para realizar algo, no cabe que un tercero decida por la otra persona.

Es por ello que considero el consentimiento tácito como una respuesta negativa a otorgar dicho consentimiento.

#### ***1.4. El Carácter Evolutivo del Consentimiento***

Como ya hemos señalado, el consentimiento es una extensión del principio de la autonomía de la voluntad y de la capacidad de autodeterminación de los sujetos, partiendo de estas consideraciones, tal y como sostiene la doctrina de la Fiscalía española<sup>19</sup>, la libertad sexual se basa en la facultad del sujeto para decidir cuándo, cómo y con quién consentir la práctica sexual. Además, este carácter *variable*<sup>20</sup> se desprende de la doble vertiente del derecho a la libertad sexual<sup>21</sup>, la vertiente positiva que radica en el libre ejercicio a la práctica sexual y la vertiente negativa, por la que la persona tiene derecho a no participar de aquellas prácticas sexuales que no desee, sin que puedan imponérselas por la fuerza.

Por tanto, toda persona es libre para decidir en cualquier momento si desea tener sexo o no, aunque la *relación* esté en una fase avanzada, y la otra persona involucrada debe en todo momento respetar tal decisión, puesto que en caso contrario, estaríamos ante prácticas sexuales no consentidas y, por tanto, podría ser causa de ilícito penal.

Además, la relación entre sujeto activo y pasivo carece de relevancia, puesto que estamos ante derechos *personalísimos*, no cabe exigir la práctica sexual dentro del matrimonio ni durante el noviazgo, no es un derecho del que -el sujeto activo en este caso- pueda disponer aduciendo una relación afectiva con la otra persona.

## **2. El Consentimiento Sexual Como Institución Propia del Derecho Penal**

En el presente apartado se abordará la figura del consentimiento desde la doctrina penal, se enfocará a los delitos sexuales y se analizarán los elementos clave

---

<sup>19</sup> Circular 1/2023, de 29 de marzo. *Sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*. Fiscalía General del Estado. Madrid. pp. 61 párr. 4º.

<sup>20</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 53 (*at alii.*).

<sup>21</sup> Art. 17 de la Constitución Española.

que, tal y como asegura MIR PUIG<sup>22</sup>, *constituye una institución propia del Derecho penal.*

### **2.1. Definición de consentimiento y su contextualización.**

El consentimiento no se encuentra recogido en el art. 20 CP como causa eximente de la responsabilidad, sin embargo, en el art. 155 y ss. ya se hace alusión a esta figura como atenuante de pena. Por tanto, en palabras de PUIG PEÑA, «[...] consiste en la aceptación por el sujeto pasivo de la realización por el activo de un acto lesivo en bienes del primero susceptible de ser incardinado en un tipo de delito»<sup>23</sup>. Es decir, que el sujeto pasivo consiente el ataque a un bien jurídico protegido del cual es titular, y por cuyo ataque se origina el tipo penal.

Por tanto, ¿estamos ante una figura que, impide el nacimiento del delito o por el contrario, se trata de una causa que aunque no lo impida, la justifica? A raíz de esta cuestión nacen dos teorías dominantes que expondremos a continuación.

### **2.2. La Teoría monista y dualista.**

Como bien analiza LUZÓN PEÑA<sup>24</sup>, actualmente podemos distinguir dos teorías acerca del *consentimiento*, una teoría monista y otra dualista. La teoría monista considera el consentimiento siempre como causa de justificación. Mientras que la dualista distingue entre causa de justificación o atipicidad, en función del tipo penal y sus requisitos típicos.

Tal y como analiza M. Puig, la doctrina alemana distingue dos figuras: el acuerdo y el consentimiento. El acuerdo se da en delitos que nacen con la oposición del sujeto pasivo, en este caso, para que se de el delito de agresión sexual, implica necesariamente la oposición de la víctima al mismo, sino, no se podría hablar de delito y

---

<sup>22</sup> MIR PUIG, Santiago, Gómez Martín Víctor, Gómez Martín Víctor, Valiente Iváñez Vicente. (2015). *Derecho penal*. Reppertor. Barcelona. pp. 531 (31).

<sup>23</sup> PUIG PEÑA, Federico. (1988). *Derecho penal*. pp. 304.

<sup>24</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2012). *Lecciones de derecho penal : parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 371-372.

quedaría fuera de la tutela del derecho penal. De este modo, el acuerdo del sujeto pasivo excluiría cualquier tipo de responsabilidad penal. En cambio, el consentimiento, se produce en situaciones de peligro o en comportamientos imprudentes<sup>25</sup>, dónde el sujeto pasivo acepta esta responsabilidad.

Volviendo al análisis de LUZÓN PEÑA, el acuerdo opera en aquellos tipos que describen una actuación contra la voluntad del afectado, el acuerdo o conformidad de este excluye la tipicidad, porque no hay lesión del bien jurídico, como se dan los delitos sexuales. En el resto de tipos contra bienes personales, que no describen una acción típica contra la voluntad, lo que opera es como causa de justificación de un ataque a un bien jurídico protegido. Y se justificará en la ponderación de intereses, en los que el consentimiento pesa más que el valor del bien jurídico protegido, esto no ocurre en delitos contra la vida, y en buena medida tampoco contra la integridad física o la salud<sup>26</sup>.

Cabe señalar que, antes de la entrada en vigor de la LO 3/2021<sup>27</sup> que regula la eutanasia, en los casos en los que el cónyuge, a petición expresa del otro y por razones de *humanidad* y de extrema gravedad de salud, ponía fin a su vida, este consentimiento expreso de poder poner fin a la vida se modulaba como *causa de justificación* y operaba como atenuante.

En nuestra doctrina no se hace distinción entre acuerdo o consentimiento, se utiliza únicamente éste último término. Pese a ello, queda claro que los efectos del acuerdo y del consentimiento no son los mismos, puesto que en el primero el hecho ilícito no llega a nacer, y en el segundo actúa como causa de justificación.

**2.2.1 El Consentimiento Como Causa de Atipicidad.** Como hemos dicho anteriormente, el delito de agresión sexual necesita de la oposición o negación de la víctima al mismo para que el ilícito pueda constituirse. De esta manera, el

---

<sup>25</sup> CASAS BARQUERO, Enrique. (1987). *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Universidad de Córdoba. Córdoba. pp. 43 y 44.

<sup>26</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2012). *Lecciones de derecho penal: parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. pp. 372-373.

<sup>27</sup> Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

consentimiento de la víctima neutraliza la esencia misma del delito, y por tanto, no se produce el hecho típico y el sujeto activo no tiene responsabilidad penal<sup>28</sup>.

**2.2.2 El Consentimiento Como Causa de Justificación.** En contraposición a la teoría como causa de atipicidad, se da otra corriente que considera el consentimiento como causa de justificación. Es decir, el tipo penal ha nacido, pero el sujeto pasivo tolera el ataque al bien jurídico protegido del que es titular y renuncia a su protección jurídico penal<sup>29</sup>.

### ***2.3. Efectos jurídicos del consentimiento***

Queda claro que el consentimiento actúa como eximente de la responsabilidad criminal en los delitos que requieren esencialmente la oposición de la víctima y, en otros, actúa como atenuante de los mismos, como ocurre en los delitos de lesiones de los arts. 155 y ss. CP.

Como ya hemos señalado, no se trata de una eximente regulada en el CP (art. 20), sino que se trata de una figura derivada del derecho civil pero, aplicada al derecho penal por la doctrina con una serie de rasgos y requisitos propios que analizaremos más adelante.

### ***2.4. Los requisitos esenciales del consentimiento***

Tal y como analiza PUIG PEÑA, se dan dos tipos de requisitos, los objetivos y los subjetivos:

Desde un punto de vista objetivo: Primero. La víctima debe tener la capacidad intelectual y de discernimiento suficiente para conocer y comprender el alcance del consentimiento. Que se trata de un hecho delictivo que se produce contra un bien jurídico protegido por el Ordenamiento jurídico. Además, se debe producir libre y voluntariamente, sin que se induzca a error a la víctima o se otorgue mediante engaños,

---

<sup>28</sup> op. cit. pp. 12. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2012).

<sup>29</sup> MIR PUIG, Santiago, Gómez Martín Víctor, Gómez Martín Víctor, Valiente Iváñez Vicente. (2015). *Derecho penal*. Reppertor. Barcelona. pp. 525 (10).

cualquier tipo de vicio invalida el consentimiento. Segundo. El hecho delictivo, tiene su razón de ser en la negación de la víctima, al hecho que se produce. Como ya hemos señalado anteriormente, el hecho antijurídico necesita la oposición de la víctima para ser considerado como un delito. Tercero. El bien jurídico lesionado debe ser individual y debe ser de libre disposición de la víctima. Es decir, tal y como señala PUIG PEÑA, el consentimiento puede verse como un acto del libre desarrollo de la personalidad y estar tutelado por el art. 10.1 Constitución Española (en adelante CE). No ocurre pues en aquellos delitos de carácter público en los que el bien jurídico protegido no es susceptible de disposición por ninguna persona<sup>30</sup>. Cuarto. El consentimiento debe darse antes o simultáneamente a la producción del hecho que puede ser constitutivo de delito, de otro modo, no se trataría de consentimiento, sino de la figura del perdón del ofendido que, tal y como señala QUINTANO RIPOLLÉS, *tengo por absurda la equivalencia entre cosas tan diversas como son el perdón y el consentimiento*<sup>31</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo: Primero. El consentimiento debe concederlo la víctima. Es decir, ha de ser una persona física que debe tener capacidad para consentir. En este sentido, cabe señalar que para los delitos sexuales, el Ordenamiento Jurídico entiende que los menores de 16 años no pueden otorgar consentimiento sexual. Sin embargo, la proximidad entre las edades y la madurez de las personas son elementos a valorar por parte de los operadores de justicia. Segundo. El consentimiento puede concederlo la víctima en persona o por medio de un representante legal. Lo esencial en el consentimiento penal, tal y como asegura PUIG PEÑA, es que la víctima manifieste voluntariamente su concordancia -o conformidad- con los actos del agresor. Por lo que, dicha manifestación debe ser expresa y ni caben interpretaciones sobre la misma<sup>32</sup>.

## ***2.5. El Consentimiento en los Delitos Sexuales en España***

---

<sup>30</sup> MIR PUIG, Santiago, Gómez Martín Víctor, Gómez Martín Víctor, Valiente Iváñez Vicente. (2015). *Derecho penal*. Reppertor. Barcelona. pp. 526 (14).

<sup>31</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1966). *Comentarios al código penal*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. pp. 823 (in fine.).

<sup>32</sup> PUIG PEÑA, Federico. (1988). *Derecho penal*. pp. 306.

Las modificaciones de los delitos sexuales en Europa se van sucediendo, a raíz de la celebración del *Convenio de Estambul* (2014) donde se establece que «la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto»<sup>33</sup> y, además, «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

Si bien es cierto que no todos los países que han reformado sus normas penales han seguido el modelo de la figura del consentimiento, es decir, que toda aquella práctica sexual sin el consentimiento de la víctima sea violencia sexual, parece evidente que nuestro legislador ha tenido muy en cuenta el modelo belga, dónde en junio de 2022 se introdujo el consentimiento de la siguiente manera «todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza y por cualquier medio, cometido sobre una persona que no da su consentimiento» sería un delito de violación, además, «no se considerará que ha habido consentimiento, en particular, cuando el acto haya sido impuesto mediante violencia, coacción o engaño [...]»<sup>34</sup>.

En el caso español, la redacción queda de tal manera: «[...] el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona, sin su consentimiento [...] hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»<sup>35</sup>. En un primer momento, en el anteproyecto de LO que propuso el Gobierno, la redacción del consentimiento está en negativo, es decir, se expresaba cuando no había consentimiento «se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes, inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto».

Esta redacción *en negativo* suscitó dudas dentro del mundo jurídico, Desde la Asociación Progresista *Juezas y Jueces para la Democracia*, en un comunicado oficial<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> op. cit. Pág. 7 (*Convenio de Estambul 2014*). Artículo 36.1 a).

<sup>34</sup> Enric Bonet, Begoña Arce y Lucas Font. (2023). *¿Cómo legisla Europa la violencia sexual? El consentimiento, el gran ausente*. Versión digital: <https://www.epe.es/es/sociedad/20230211/legisla-europa-violencia-sexual-consentimiento-82813229>

<sup>35</sup> Art. 178 del Código Penal español. (2023).

<sup>36</sup> Comunicado de la Comisión Penal de JJPD ante el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la Libertad Sexual, [5. d)]. 16 de febrero de 2021. Madrid.

señalaron que «la definición de consentimiento que propone el anteproyecto presupone, que solo será lícita aquella relación sexual en la que los participantes consientan libremente, entendido por tal, el manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes. Ello podría dar lugar a que pudieran considerarse delictivos, supuestos en los que mediara consentimiento tácito o expresado a través de actos equívocos, existiendo consentimiento». Así mismo, en el Informe del Consejo Fiscal<sup>37</sup>, se indicó «La dificultad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, aparece a la hora de configurar el texto legal qué debe entenderse por consentimiento expreso. La reforma opta por una definición en negativo lo que incrementa la dificultad de la misma».

Se trata pues de una redacción abierta a múltiples y diversas posibilidades que se puedan dar en un contexto sexual. Así mismo, se establece que «se considerará en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima [...]».

**2.5.1 El Problema de la Prueba en los Delitos de Agresión Sexual.** En la mayoría de las ocasiones, los delitos de agresión sexual ocurren en un espacio íntimo. Este hecho supone un problema para la víctima cuando no dispone de mas testigos o pruebas que puedan probar los hechos. Es por ello que, para que muchos de estos delitos no queden impunes, el TS, por medio de diferentes parámetros, ha aceptado el testimonio de la víctima como prueba testifical y, por tanto, puede ser suficiente para condenar al acusado por este delito<sup>38</sup>. Para ello, el TS cuenta con dos tipos de criterios, el subjetivo y el objetivo. En este sentido STS 975/2021 [F. J. 1º .3].

Dentro de los criterios subjetivos, se analizan aquellos elementos que puedan influir en el testimonio de la víctima, como son: si consta algún vínculo previo entre la víctima y el agresor por la cual puedan concurrir motivos espurios, las cualidades personales de la víctima en relación con su capacidad de percepción (si padece trastornos o adicciones) y el grado de desarrollo y madurez personal.

---

<sup>37</sup> Consejo Fiscal [Fiscalía General del Estado]. *Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. pp. 65.

<sup>38</sup> STS núm. 975/2021 de [F. J. 1º. 3.]: *para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional*.



Dentro de los criterios objetivos, se valora la solidez del testimonio de la víctima: *la existencia de corroboraciones objetivas periféricas o causas que impiden dicha corroboración, la persistencia en la incriminación*<sup>39</sup>, el posible concurso de elementos objetivos ajenos a la voluntad del testigo, que pudieran corroborar al menos ciertos aspectos colaterales o periféricos del relato (parte médico de lesiones, informes psiquiátricos etc.), el testimonio de los agentes cuando socorrieron a la víctima... La incongruencia, contradicciones o las posibles lagunas pueden ser motivos suficientes para no valorar como prueba el testimonio de la víctima.

Se pueden diferenciar dos doctrinas diferentes, la de la sala 2ª del TS y la del Tribunal Constitucional (en adelante TC). En el caso del TS, las Sentencias 299/2022 [F. J. 1º.1]; 832/2022 [F. J. 4º]; 681/2022 [F. J. 1º]; 975/2021 [F. J. 1º.2, .3 y .4] *et alii*, abordan el problema de tener como única prueba el testimonio de la víctima. Para considerar dicho testimonio como prueba de cargo, dice la doctrina: *se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales cuyo contenido incriminatorio, expresa y racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial [de inocencia], permitiendo al tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva [...] sobre la realidad de los hechos ocurridos [...] de manera que, con base en la misma pueda declarar los probados, excluyendo [...] la existencia de dudas [...] A través de la prueba deben quedar acreditados todos los elementos fácticos, objetivos y subjetivos.*

En cuanto a la doctrina del TC las Sentencias STC 195/2002 [F. J. 4º]; STC 175/2007 [F. J. 1º y 2º] *et alii*): *la declaración de la víctima se haya realizado en el plenario con las debidas garantías tiene la consideración de prueba testifical y, [...] puede erigirse como prueba de cargo suficiente en la que el órgano judicial fundamente su convicción sobre los hechos del caso [...] inexistencia de móviles espurios, persistencia en la incriminación y verosimilitud de dicho testimonio, corroborado periféricamente por elementos externos*<sup>40</sup>. Igualmente se ha de valorar la prueba de

---

<sup>39</sup> STS 832/2022, de 20 de octubre. RJ\2022\5057. [F. J. 4º].

<sup>40</sup> STC 175/2007, de 27 de febrero. F. J. 1º y 2º.

descargo, ponderando la credibilidad de cada una de acuerdo a la lógica y razonando todos los elementos considerados y, además, dando respuesta a las alegaciones de la defensa.

### **3. El Consentimiento Sexual Desde un Punto de Vista Filosófico Feminista**

En este apartado analizaremos la denuncia que hace el movimiento feminista hacia la sociedad patriarcal, la cultura del miedo y la violación. Analizaremos los discursos y guiones sexuales dominantes. Expondremos la importancia de la educación sexual como base para consentir de manera informada. La teoría feminista por la cual consideran el consentimiento sexual como la base para alcanzar la igualdad y como solución jurídica a un problema social. Además, haremos referencia a la doble revictimización a la que son sometidas las mujeres en los procesos de denuncia.

#### ***3.1. Sociedad Patriarcal, la Cultura del miedo y de la Violación Como Condicionantes Culturales del Consentimiento Sexual***

**3.1.1. Sociedad Patriarcal.** Desde el movimiento feminista se viene denunciando desde hace décadas la imposición de determinados roles a las mujeres por su género, sin respetar la libertad inherente a su condición humana para tomar aquellas decisiones que estimen oportunas con libertad. La maternidad, el cuidado del hogar, de los hijos o de familiares dependientes han sido a lo largo del tiempo tareas exclusivas para las mujeres, no se han inculcado esos valores de manera igualitaria. En la España franquista ya lo decía la canción que tantos niños y niñas han entonado «lunes antes de almorzar una niña fue a jugar, pero no pudo jugar porque tenía que planchar». Es por ello, que no es de extrañar que formaciones universitarias como enfermería o magisterio la ratio hombre-mujer sea predominantemente femenina.

Ese modelo patriarcal, que ya hemos señalado en apartados anteriores, se ha dado a lo largo del tiempo y lo que ha sido una construcción masculina ahora se ha normalizado en la sociedad. Autoras como HENDEL o POPOVA<sup>41</sup>, tolerar no es

---

<sup>41</sup> Hendel, Liliana. (2017). *Violencias de género: las mentiras del patriarcado*. Libro digital. Buenos Aires. Y, Popova, Milena. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid.

consentir, y es por ello que las mujeres denuncian la imposición de determinados roles que desde la sociedad patriarcal se han impuesto por su género. Siempre se ha pretendido que la mujer se ocupe del espacio familiar, en la esfera del ámbito privado y no público. Consecuentemente, aquella mujer que se ocupa del hogar no realiza otros trabajos, esto condiciona su independencia económica y, por ende, permanece *sometida* a la figura masculina, que es la que trabaja y *trae un sueldo a casa*.

Es por ello, que, el consentimiento tiene un gran valor para el colectivo feminista, consentir para tener una familia o no, ocuparse de las tareas domésticas o el cuidado de familiares dependientes. Desde el colectivo se denuncia el contrato social establecido y que, desde que los hombres relegaron a la mujer a un papel secundario, siempre en el ámbito del hogar y de la familia, impidiendo su participación pública en la política, sufragio, educación universitaria etc. la han invisibilizado. Como argumentan, tolerar no es consentir. Que la mujer haya adoptado un rol de sumisión por tolerancia no quiere decir que hayan consentido ese contrato social y estén obligadas a vivir en estos roles para siempre, la mujer es autónoma e independiente del hombre y es capaz de decidir por sí misma.

El derecho al sufragio, al aborto o el divorcio está estrechamente relacionado con imposiciones que desde la sociedad y el Estado patriarcal se ha impuesto a la sociedad femenina. El derecho a voto era para los hombres que eran los que percibían un salario, podían acceder a determinados estudios o eran miembros de una determinada clase social, sólo los hombres podían ser elegidos para participar en las instituciones del Estado y, por ello, regulaban y capaban los derechos de las mujeres.

El derecho al divorcio suponía una vía para muchas mujeres maltratadas de poder escapar de esa situación violenta. Siempre se han tratado los casos de violencia entre marido y mujer como algo íntimo del matrimonio en cuestión, algo que concernía exclusivamente a los cónyuges. Además, desde la sociedad siempre se trataba de justificar la actitud violenta de los hombres «algo habrá hecho mal [la mujer]...».

El consentimiento para tener relaciones sexuales es de gran importancia, las mujeres tienen pleno derecho a decidir sobre su maternidad y el momento de ser madres sin imposiciones religiosas o por parte de la sociedad patriarcal -poder político-. Respetar este derecho, es respetar el libre desarrollo de la personalidad y la libertad

sexual de la mujer. Además, el embarazo forzado supone un nuevo peligro para muchas mujeres que mantienen relaciones afectivas violentas, puesto que el nacimiento de una nueva vida en ese entorno hostil, supone un aumento del miedo para la mujer que teme por la vida del recién nacido o el feto.

Actualmente, autoras como PAZOS MORÁN<sup>42</sup> han criticado los permisos de paternidad y maternidad han causado una controversia dentro de este movimiento, puesto que a la mujer se le daba más tiempo y, de esta manera, se la *obligaba* a realizar las tareas de cuidado del recién nacido, una vez más, los roles patriarcales. La conciliación familiar siempre ha sido una traba para el crecimiento personal y profesional de muchas mujeres, es por ello que el derecho al aborto ha sido una reivindicación primordial del colectivo. Mucho hombres han tratado el embarazo y el nacimiento de un niño como pretexto para atar a la mujer a una relación con ella. Ya lo vimos con los casos de violación, en los que el hombre podía evitar ser juzgado si aceptaba casarse con la ofendida.

**3.1.2. La Cultura del Miedo.** La cultura del miedo se trata de un proceso cultural que tiene por objetivo doblegar la libertad de las mujeres a través de la difusión de casos de agresiones o asesinatos de mujeres a través de los medios de comunicación. Es decir, exagerar o publicitar de maneras determinadas noticias y casos en los que las mujeres se vean amedrentadas para practicar derechos y libertades lícitos en su vida cotidiana.

Autoras como TARDÓN RECIO<sup>43</sup> *et alter*, han analizado el tratamiento de determinados casos de asesinatos y agresiones sexuales que, como poco, han sido exagerados por determinados medios de comunicación. Todo esto con el objetivo de que las mujeres dejen de ocupar determinados espacios públicos como el ocio nocturno, o se vean obligadas a adoptar determinados roles que la sociedad patriarcal impone a las mujeres como la manera de vestir o actuar en público.

---

<sup>42</sup> Pazos Morán, M. (2018). *Contra el patriarcado. Economía feminista para una sociedad justa y sostenible*. Edit. Katakarak Liburuak. Pamplona. pp. 105 y ss.

<sup>43</sup> Tardón Recio, B. (2022). *Todo es mentira: cultura de la violación, mitos y falsas creencias sobre la violencia sexual contra las mujeres*. Ediciones Complutense. Madrid. pp. 4 y ss.

Este miedo tiene especial relación con el consentimiento sexual, puesto que se coarta a las mujeres de practicar sexo o tener determinadas actitudes a las que tienen derecho. Libertad para disfrutar, bailar, coquetear, salir de fiesta sin miedo o a vestir como consideren son derechos que el colectivo feminista reivindica desde hace años, y la denuncia de la cultura del miedo y la imposición de estos roles. Es por ello, que desde este movimiento se le da importancia también al tratamiento mediático de estas noticias, la violencia sexual se tiene que denunciar públicamente, no es un caso aislado o privado, es una práctica extendida y el poder público tiene que actuar para prevenir estos casos. Pero prevenirlo no quiere decir que suponga la merma de derechos y libertades de las mujeres. El hecho de que una mujer baile, vista de modo sugerente o ligue con hombres, no quiere decir que consienta actos de índole sexual. El consentimiento debe ser expreso y debe ser dado libremente, sin miedo y sin coacciones.

**3.1.3. La Cultura de la Violación.** La cultura de la violación está estrechamente relacionada con los discursos dominantes del «heterosexo», que analizaremos más adelante. En síntesis, la cultura de la violación tiene su base en estereotipos culturales, roles de género y el guión sexual que se ha ido imponiendo a lo largo de los años. Ya desde el siglo XVIII, filósofos como Rousseau, Hobbes o Choderlos hablaban de cómo el hombre, cuyo apetito sexual indomable e insaciable, pretendía conquistar el amor de la mujer que, a pesar de querer mantener relaciones, se negaba: *ellas practicaron el penoso acto de rechazar cuando deseaban consentir*<sup>44</sup>. He aquí el comienzo del mito, la mujer se presenta como la parte sumisa de la relación, donde muestra al hombre como su negativa a mantener relaciones, y que en realidad *arde* en deseos de mantenerlas. Y de otro lado, se presenta al hombre como ser activo y primitivo que busca mantener dichas relaciones.

La mujer por tanto, es la que debe proteger su pureza u honestidad frente a los ataques del hombre, que no sabe dominar su instinto. En consecuencia, la mujer que no es capaz de domar al hombre y permite el acceso a su cuerpo, es una *mala* mujer por no saber guardar su pureza y honestidad. Por otro lado, el hombre se justifica en el mito de

---

<sup>44</sup> Choderos de Laclos, Pierre. (1793). *De l'éducation des femmes*. Adaptación de Thomas, Chantal y Million, Jérôme (1991). pp. 110-11.

no saber controlar sus instintos primarios. De esta teoría de amor romántico deriva el guión sexual dominante, en el que el hombre debe ser el sujeto activo y buscar de cualquier forma el consentimiento de la mujer, que *tratará de resistirse pese a querer*. En palabras de Rousseau, *arrancar ese consentimiento tácito es usar toda la violencia permitida en el amor*<sup>45</sup>. En este punto, es donde entra en juego el papel de la seducción. El arte del hombre para doblegar la falsa negativa de la mujer para el encuentro sexual.

Desde el colectivo feminista se denuncian estas conductas, el hombre debe respetar la autonomía corporal de la mujer y todas las relaciones sexuales deben ser consentidas y realizarse en un ambiente de igualdad y disfrute mutuo. No cabe *arrancar el consentimiento* con tácticas de presión y de acoso hacia las mujeres. Muchas veces, por educación o por miedo a decir que no y sufrir consecuencias físicas por parte de los hombres, las mujeres emiten una negativa ambigua, y es donde los hombres buscan doblegar ese no inicial, para que, por pesadez o hastío, la mujer acepte. Una solución a este problema es, primero, que las mujeres no tengan miedo a emitir un no rotundo, sin paliativos. Y, segundo, que los hombres se eduquen en valores como igualdad y respeto, y sean conscientes de que en la seducción deben admitir un no por parte de las mujeres sin sentirse ofendidos. Deben aprender a que las relaciones sexuales van más allá del coito y que su hombría o virilidad no se mide en cuantas relaciones sexuales mantengan a lo largo de la semana.

### ***3.2. El Consentimiento en los Discursos Sexuales Dominantes y Roles de Género***

Haciendo nuestro el análisis de POPOVA<sup>46</sup>, son tres los discursos dominantes del *heterosexo*: *el discurso del impulso sexual masculino*, *el discurso de «tener y proteger»* y *el discurso permisivo*.

**3.2.1. El Discurso del Impulso Sexual Masculino.** Este discurso trata de justificar la conducta sexual del hombre en base a diferentes teorías: la biológica en la que se argumenta que el hombre tiene la necesidad biológica de reproducirse y tienen

---

<sup>45</sup> Rousseau, Jean-Jaques. (1758). *Lettre à d'Alambert*. París. Biblioteca Digital. pp. 59.

<sup>46</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 71 y ss.

menos control sobre sus actos. En este sentido, se trata de justificar los actos de los hombres y reducir su responsabilidad. Por otro lado, es la mujer quién tiene la culpa de excitar al hombre con su manera de vestir o actuar, por tanto, las posiciona como el origen del problema y las culpa de la agresión. Extrapolando esta argumentación a la sociología, la autoestima de los hombres se fundamenta en el número de encuentros sexuales que puede tener, quedando al margen cualquier tipo de responsabilidad o conexión emocional.

**3.2.2. El Discurso de «Tener y Proteger».** Ya hemos visto en el apartado anterior el origen de este discurso, con Rousseau, Hobbes o Choderlos. La mujer tiene el deber de proteger su pureza y honestidad frente a los ataques del hombre, sitúa a las mujeres como personas *asexuales*, que no tienen interés en el sexo -en comparación con los hombres- y que están más interesadas en una relación estable y duradera.

Esta teoría tiene su origen en la visión cristiana de los roles de género y la sexualidad. Muchas religiones promueven la abstinencia sexual y tacha de pecadoras o malas mujeres a aquellas que no cumplen con esta responsabilidad, incluso las culpan por haber provocado las agresiones por su comportamiento inmoral o poco femenino.

**3.2.3. El Discurso Permisivo.** Este discurso nace a raíz del auge del neoliberalismo, donde se propugna la libertad del individuo. El humano ideal para el neoliberalismo es aquel que alcanza sus metas gracias a su propio esfuerzo. Esa persona es libre para crecer emocionalmente y es responsable de sus propios actos. Sin embargo, no tiene en cuenta los condicionantes sociales, puesto que si una persona no tiene tiempo para hacer ejercicio, hacer una comida saludable ya sea por tener varios empleos o un sueldo precario, difícilmente podrá asumir estas responsabilidades.

En el ámbito de la sexualidad se proclama la libertad y el crecimiento personal. Ya sea por medio de relaciones liberales o el encuentro sexual sucesivo para poder tener mayor experiencia. Desde la filosofía feminista se critica que muchas veces, las mujeres tienen relaciones sexuales consentidas aunque no quieran tenerlas, simplemente para explorar su sexualidad. Es decir, que aunque no deseen mantener relaciones sexuales,

las consienten para aprender algo y es por ello que desde el movimiento se denuncia este discurso neoliberal por condicionar la capacidad de elección de las personas.

Parece claro que, en todos estos discursos se ve un claro sesgo entre los roles del hombre y de la mujer, estos roles son los que llamamos guiones sexuales que, como en una obra de teatro, cada actor -hombre y mujer- asume un personaje y lo debe desarrollar de acuerdo a este guión. Una mujer que sale, que es libre y que disfruta sol, desmarcándose de estos guiones, se convierte en una mala mujer, donde se la estigmatiza y discrimina socialmente. Las mujeres deben crecer libres e iguales a los hombres para poder consentir relaciones sexuales, no deben sentirse forzadas ni sometidas a situaciones de presión o acoso por parte de los hombres. No se trata de conquista o batalla, se trata de respeto e igualdad. La autonomía corporal de la mujer y sus decisiones deben ser respetadas en todo momento, aun en el noviazgo y en el matrimonio, si a la mujer no le apetece mantener relaciones, el hecho de tener ese vínculo no convierte a la mujer en el instrumento de goce particular del hombre.

### ***3.3. La Importancia de la Educación Sexual Como Base del Consentimiento Sexual Informado***

Como hemos señalado, el consentimiento informado es fundamental, una persona no puede consentir aquello que desconoce y, por tanto, una educación y formación es esencial. Como hablamos de consentimiento sexual, haremos especial alusión a la educación sexual -sobre todo en los jóvenes-. A lo largo del tiempo se ha mostrado al hombre como un ser viril activo sexualmente y a la mujer como una figura pasiva que reprime su deseo sexual. Como ya hemos señalado, filósofos como Rousseau o Hobbes ya hablaban del *amor romántico* como una batalla entre el hombre que quiere y la mujer que *se hace de rogar*<sup>47</sup>. Estas ideas preconcebidas, inducen a los jóvenes a adoptar actitudes que ponen a las mujeres en situaciones de coacción o intimidación. Como bien señala POPOVA, que una mujer baile, tome copas, coquettee o lleve una falda corta, no puede considerarse que quiera tener sexo<sup>48</sup>. Los hombres que

---

<sup>47</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 62.

<sup>48</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 35 y ss.



preguntan y re-preguntan a las mujeres si quieren tener *algo más* con ellos, lo único que están haciendo es acosarlas y originar una situación indeseada para ambos.

Desde ciertos sectores del movimiento feminista se denuncia el libre acceso sin control que los más jóvenes tienen a internet y que, dicha falta de control, puede influir negativamente en el comportamiento sexual y en la concepción de las relaciones afectivas que puedan tener en el futuro. Desde un sector se critica la pornografía como medio que muchos jóvenes utilizan para *formarse* sexualmente, se inspiran en aquello que ven para luego aplicarlo en sus relaciones. En la pornografía se cosifica a la mujer que pasa a ser un un mero instrumento de placer para los hombres, se representa a la mujer como *esclava sexual* del hombre, cuyo propósito principal es darle placer y, que ella misma disfrute dándoselo. En consecuencia, la pornografía es eminentemente falocéntrica donde se invisibiliza el placer femenino y la humanidad del sexo, lo afectivo.

Por tanto, la mujer se presenta a modo de *vasija* dónde el hombre introduce lo que considera y del modo que estima, sin preguntar si le gusta o por las preferencias. La comunicación y el consentimiento no se tiene que dar únicamente al inicio de la relación, sino que se tiene que dar en todo el proceso sexual, de inicio a fin. Que la mujer consienta el coito, no significa que consienta otras prácticas sexuales, el consentimiento, como hemos señalado en repetidas ocasiones, es móvil y evoluciona.

La falta de excitación sexual de la mujer puede producir una falta de lubricación genital y originar lesiones en dicho órgano, es por ello que muchas mujeres le dan mayor importancia a la fase preliminar del coito que al coito en sí, y este hecho pasa desapercibido en la mayoría de los casos por la falocentricidad que se le da a las relaciones sexuales.

La educación sexual por tanto es fundamental, a un hombre y a una mujer se debe enseñar lo que a cada sexo *le gusta* y los problemas que se pueden derivar. El placer sexual de un hombre no es únicamente la penetración, y una mujer no disfruta únicamente con ella. Por otro lado, la fimosis, el vaginismo<sup>49</sup> pueden dar lugar a situaciones indeseadas. ¿Cómo puede consentir una mujer tener relaciones sexuales si padece vaginismo? La respuesta es sencilla, no puede. Pero el mayor problema es que

---

<sup>49</sup> Disfunción sexual caracterizada por un espasmo involuntario de la musculatura que rodea la vagina al intentar el coito y que imposibilita la penetración.

por esa falta de educación consienta, no sepa que padece esa dolencia, y la relación sexual derive en una experiencia traumática para ella o ambos. Por poner otro ejemplo, cuando una mujer *pierde la virginidad*, se produce un sangrado a causa de la rotura del himen vaginal, si una mujer no conoce este hecho, puede sentirse avergonzada, humillada e incluso culpar a la otra persona por «no hacerlo bien», por «forzar demasiado» y un largo etcétera de situaciones que dan lugar a desentendidos.

Por otro lado, ha sido un hecho de notoriedad cuando un *influencer*<sup>50</sup> aseguró públicamente, que las relaciones sexuales que practicaba eran sin preservativo y que, cuando una mujer le pedía que hiciera uso de él, alegaba que era estéril y que no había problema, aún sabiendo que era mentira. Este hecho también tuvo una denuncia por parte del movimiento feminista que entendía que éste hecho era también violencia sobre las mujeres. Además, está directamente relacionado con el consentimiento, puesto que aquí se produce un vicio en el mismo, ya que una mujer podría retirar dicho consentimiento si ha sido engañada.

Es por ello que desde el movimiento feminista se le da una gran importancia a la educación sexual, a la educación en valores de respeto, igualdad y a como practicar sexo seguro y a ofrecer todas las garantías a los más jóvenes para que experimenten su sexualidad en base a una formación segura, y de este modo prevenir practicas abusivas o violentas que puedan ver en plataformas online.

### ***3.4. El Consentimiento Como Canal Para Alcanzar la Igualdad***

Las relaciones sexuales se dan entre dos -o más- personas y para ello ambas tienen que querer tenerlas. En este apartado analizaremos el consentimiento como base fundamental de la igualdad entre las personas en las relaciones sexuales, puesto que ambas personas deben disfrutar de la relación. Nunca debe verse el sexo como un acto de disfrute unidireccional, en la que una de las partes asume una actitud pasiva y su disfrute deba basarse en dar placer al otro. Al contrario, el placer debe ser bidireccional.

---

<sup>50</sup> Zambrano, Ivan. (2021). *Igualdad denuncia ante la Fiscalía declaraciones del tiktokker Naim Darrechi*. Medio digital Publico.es: <https://www.publico.es/politica/igualdad-denuncia-fiscalia-tiktokker-naim-darrechi.html>

Tal y como afirma JOY MACHLUS<sup>51</sup>, el consentimiento no es algo que se deba suponer, no es algo estático que dura para siempre, de hecho, como ya hemos señalado, está en constante cambio. En cualquier momento un *si* puede transformarse en un *no*, ya sea antes, durante o después de una interacción sexual. Y solo existe una forma de asegurar que la relación es consentida: a través de la reafirmación constante del consentimiento, comprobándolo y atendiendo al lenguaje corporal de la otra persona.

No toda relación sexual es impecable e ideal, muchas veces puede llegar a ser una experiencia dolorosa para ambas partes. Es por ello que la presión del momento para *quedar bien*, el shock o el miedo pueden dar lugar a situaciones en las que una persona se vea impedida de la capacidad de decir no en ese momento. Las relaciones sexuales, a parte de la propia relación física, también conllevan una responsabilidad emocional, que ambas personas se preocupen por el bienestar de la otra y se aseguren que ambas disfrutan de la experiencia, comprobar que la otra persona está bien, reafirmar, el consentimiento y dar respaldo físico o emocional son necesarias para que la experiencia sexual idónea.

Por tanto, la comunicación se vuelve vital para evitar malentendidos. Lo ideal sería que ambas personas marcaran los límites antes de ejecutar la acción, de este modo el riesgo de malentendidos disminuye, además, una interacción previa sobre los deseos de ambas partes puede ser una oportunidad para ver si los gustos encajan y pueden ser compatibles. Hay situaciones que por lo esporádico del momento quizá no puedan darse estas premisas, sobre todo en los casos de encuentros ocasionales en fiestas, pero sin duda ambas personas deben tener la capacidad para poder discernir sobre si quieren y cómo quieren. Que una persona se insinúe no quiere decir que acepte todo. Tampoco se debe aprovechar la embriaguez de la otra persona como ventaja para arrebatar el consentimiento, si la otra persona tiene problemas para expresar su voluntad, nunca hay que dar por hecho que consiente.

Consentir y pedir el consentimiento, implica empatía y respeto por los deseos de la otra persona. Como hemos señalado anteriormente, se trata de un acto entre dos, en pie de igualdad y, por tanto, la voluntad de las personas merece el respeto de todos los implicados.

---

<sup>51</sup> Joy Machlus, Shaina. (2019). *La palabra más sexy es sí*. Penguin Random House Grupo Editorial. Barcelona. pp. 69-70.

### ***3.5. El Consentimiento Como Solución Jurídica a un Problema Social***

El consentimiento sexual está directamente relacionado con la práctica sexual y, tal y como la jurisprudencia ha señalado, «La indemnidad sexual se contempla como una manifestación de la dignidad de la persona y con el derecho de todo ser humano al libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida»<sup>52</sup>.

Es por ello, que en el contexto socio-cultural en el que la mujer desarrolla su personalidad está íntimamente relacionado con el sexo y, por ende, con el consentimiento sexual. Si una mujer crece en una sociedad en la que el sexo es un tabú, en la escuela no se enseña cómo se mantienen las relaciones sexuales o aún más importante, como han de ser las relaciones afectivas: respetuosas, igualitarias etc. es en ese plano de incertidumbre y oscurantismo cuando las *relaciones tóxicas* nacen, según diversas fuentes, la mayoría de mujeres que padecen violencia en el matrimonio aseguran que ya se producían durante el noviazgo<sup>53</sup>.

En este sentido, la corriente feminista «crítica con el sexo»<sup>54</sup> cuestiona el consentimiento como solución a este problema, ya que hábitos culturales e ideas dominantes respecto de ligar pueden moldear nuestra capacidad de ejercer la autonomía corporal.

### ***3.6. La Doble Victimización en los Procesos de Denuncia de Agresiones Sexuales***

Como ya hemos señalado en apartados anteriores, el proceso de denuncia de estos delitos sexuales puede ser un trámite traumático para muchas mujeres. En un principio los delitos sexuales eran vistos como casos aislados, e incluso la violencia contra las mujeres -violencia intrafamiliar; violencia de género/machista- se consideraba algo privado de cada familia. Sin embargo, con el paso del tiempo y tras sucesivas

---

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Supremo núm. 935/2021, de 1 de diciembre.

<sup>53</sup> Handel, Liliana. 2017. *Violencias de género: las mentiras del patriarcado*. Paidós, Buenos Aires. pp. 136.

<sup>54</sup> Popova, Milena. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 32.

denuncias públicas de malos tratos o violaciones, el movimiento feminista ha tratado de visibilizar esta lacra que, lejos de ser casos aislados, es un fenómeno recurrente y arraigado en la sociedad patriarcal. Y, por tanto, debe ser tratado de manera pública, que el poder político entre a *regular* este fenómeno y ponga freno a esta práctica.

En los años 60-70 con la tercera ola y la reivindicación de la sexualidad de la mujer, ya se denunciaba esta imposición de silencio sobre estas agresiones, incluso desde la propia sociedad se podía hasta defender al marido que castigaba a la mujer. Hoy en día la sociedad asume que estas prácticas merecen todo el rechazo social posible, incluso el poder político ha entrado a regular estos delitos. Como hemos visto anteriormente, lo que en el pasado se consideraba un delito privado ahora es público. Con la nueva LO 10/2022 se introducen nuevas modificaciones en varias leyes, con el objetivo de dotar de mayor protección a las mujeres *supervivientes* de esta violencia, ya sea en el trabajo, con una mayor protección laboral o en los procesos judiciales con la formación de todos los operadores jurídicos.

Nos centraremos en la formación de jueces, fiscales, abogados y policías, puesto que la mayor reivindicación de este colectivo se sustenta en la revictimización en todo el proceso de denuncia, desde la actuación preliminar de investigación de la policía hasta el fallo judicial. Desde el Ministerio de Justicia anunciaron modificaciones en los temarios de acceso a la carrera judicial y fiscal, en los que se introducirían contenidos específicos sobre igualdad. Además, cabe destacar que se ofrecerá formación específica a jueces y magistrados para evitar preguntas en los interrogatorios que puedan suponer impedimentos a la víctima para reclamar el amparo judicial. Estas novedades se vienen introduciendo desde hace algunos años en las oposiciones a miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado que, en definitiva, son los primeros en acudir en auxilio de la víctima. Y es en esa primer toma de contacto dónde la víctima debe sentirse protegida y no cuestionada. Desde el Ayuntamiento de Barcelona se han implementado cursos específicos sobre la actuación de los miembros de seguridad en discotecas para que tengan formación sobre cómo actuar en estos casos, puesto que muchas agresiones ocurren en este tipo de lugares -como ha sido la presunta agresión sexual del futbolista Dani Alves a una joven-.

### **3.7. Los Problemas del Consentimiento**

**3.7.1. El Consentimiento Como Elemento Evolutivo.** El consentimiento sexual es algo complejo, como todas las relaciones humanas, no se trata de una ciencia cierta. Además, como hemos señalado con anterioridad, el consentimiento está vivo y evoluciona. El consentir una práctica sexual no quiere decir que se consientan futuras, incluso dentro del matrimonio. Es por ello que el consentimiento debe ser continuado, siempre que se proponga o se practique un acto nuevo, se debe recabar el consentimiento de la otra parte<sup>55</sup>. Que una mujer consienta la penetración vaginal, no significa que consienta la anal o bucal.

Además, tampoco debemos presumir el consentimiento de las prostitutas, puesto que, aunque su trabajo consista en tener prácticas sexuales, son libres para decidir en todo momento si desean realizarlas con un cliente o no, poner límites a determinados actos sexuales o incluso finalizarlos en cualquier momento. De igual modo, el matrimonio tampoco presupone que la mujer deba querer mantener relaciones sexuales en cualquier momento. Muchas veces incluso mantienen estas relaciones por insistencia de su pareja, ya sea por exigencia de placer o para provocar el embarazo.

Para cualquier acto sexual, sea cual sea la relación entre el hombre y la mujer, se debe recabar el consentimiento para realizar estos actos, y nunca se debe presuponer.

**3.7.2. El Consentimiento Condicional.** Además, si el consentimiento es condicional, se añade un nuevo problema. Hablamos de condición al uso de preservativo, al sometimiento periódico de pruebas de enfermedades de transmisión sexual<sup>56</sup> etc. El hombre y la mujer deben respetar estas condiciones o límites y deben ser conocedores de estos hechos.

**3.7.3. El Consentimiento Tácito.** Como hemos señalado en apartados anteriores, el consentimiento puede ser expreso o tácito. Dentro de la corriente radical del feminismo el consentimiento tácito no existe ni se puede presumir, o lo hay o no lo

---

<sup>55</sup> JOY MACHLUS, Shania. (2019). *La palabra más sexy es sí*. Edit. Penguin Random House. Barcelona. pp. 70.

<sup>56</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 53

hay. No cabe que el agresor deba hacer un juicio de valor acerca de si la mujer ha consentido o no, la mujer es libre y madura para tomar sus propias decisiones y el hombre no debe entrar a tutelar su libertad sexual.

Además, se critica la permisividad de este tipo de consentimiento puesto que puede crear situaciones donde el agresor se valga de este oscurantismo<sup>57</sup> para poder agredir sexualmente a las mujeres. Si una mujer con cierto grado de discapacidad, que en un momento dado no pueda emitir un *sí* o un *no*, e inducida por el comportamiento del hombre se vea empujada a aceptar dichas relaciones, aunque no haya violencia o intimidación, puede generar situaciones en las que el hombre pueda quedar absuelto de estos delitos.

Por ello, para mayor protección de las mujeres, este corriente considera que únicamente será válido aquel consentimiento que sea afirmativo y expreso.

**3.7.4. La Capacidad de Consentir.** A todos estos factores, debemos añadir que, cuando una mujer, en un contexto de fiesta se encuentra incapacitada para poder consentir juiciosamente tener relaciones sexuales, los hombres no deben aprovecharse de esta situación de embriaguez o de consumo de drogas. Como hemos dicho, el consentimiento veraz y válido requiere un mínimo de respeto y, si el hombre tiene dudas acerca de esto, siempre se debe entender que la mujer no consiente.

**3.7.5. El Consentimiento Digital.** En esta era digital, muchas aplicaciones de encuentros *románticos* ofrecen *etiquetas*<sup>58</sup> al usuario para que pueda publicar en su perfil lo que le gusta o no le gusta. La crítica que desde el movimiento feminista se hace a este tipo de aplicaciones es que el dar match o similar no equivale a un consentimiento sexual y la otra parte no debe entenderlo como tal. Además, muchas veces los hombres se escudan en el registro electrónico de ese consentimiento pero, estas aplicaciones no tienen en cuenta algo fundamental, que el consentimiento no es perpetuo, se mueve y evoluciona. Lo que fue una cita para conocerse o incluso el intercambio de mensajes sexuales, no implica que en ese momento la mujer quisiera tener sexo. Imaginemos la

---

<sup>57</sup> ídem. Milena, Popova. (2021). pp. 54-55.

<sup>58</sup> Milena, Popova. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra. Madrid. pp. 63 y ss.

situación en la que una mujer acuerda una cita con un hombre por estas aplicaciones y, llegado el momento, el hombre no le gusta, tiene dolores menstruales o cualquier otra situación. Electrónicamente, el hombre puede demostrar que la mujer tenía un interés sexual, pero no demuestra que efectivamente, en el momento consintiera.

**3.7.6. La Teoría de la Presunción de Culpabilidad.** Muchos hombres esgrimen el argumento de que de ahora en adelante deberán llevar consigo un formulario estandarizado para pedir el consentimiento en cada encuentro sexual, o que la nueva redacción de los tipos penales supone la eliminación de facto de la presunción de inocencia del hombre frente a la mujer.

Como señala COMAS D'ARGEMIR<sup>59</sup>, la carga probatoria no se desplaza al denunciado, sigue siendo responsabilidad del denunciante acreditar los hechos que denuncia. En todo caso, si el hombre no está seguro de que las relaciones que vaya a mantener sean consentidas, en primer lugar debe preguntar y, en caso de duda, se entiende que no lo son. Como explica la magistrada, no resulta complicado saber cuando unas relaciones son consentidas o no y el principio de *in dubio pro reo* se seguirá aplicando en caso de que no haya suficiencia probatoria de los hechos.

#### IV. CONCLUSIONES

**1. El Consentimiento Penal Como Eximente de la Responsabilidad Criminal.** El efecto principal que produce el consentimiento desde un punto de vista jurídico-penal es la de la atipicidad. El consentimiento sexual de la víctima ya se preveía como necesario en los anteriores tipos de abuso y agresión sexual. En España, dada la nueva redacción del tipo, el consentimiento pasa a tener mayor relevancia a efectos probatorios del tipo. Es decir, que el tribunal deberá valorar si efectivamente la víctima emitió su consentimiento, de qué modo, en qué circunstancias y de si el agresor pudo interpretar dicho actos como inequívocos y concluyentes del consentimiento afirmativo.

---

<sup>59</sup> Comas d'Argemir, M. (2021). Boletín N° 12 Comisión Penal monográfico. *Volumen I, anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Juezas y jueces para la democracia. Madrid. pp. 25.



Por tanto, la violencia o intimidación, propios del antiguo tipo penal de agresión sexual, quedan al margen, y serán objeto de análisis para determinar si se impone el tipo agravado.

**2. La Figura del Consentimiento Como un Avance en Igualdad.** Queda claro que, después de todo lo expuesto a lo largo de estas páginas, la nueva Ley de Garantía integral de la Libertad Sexual supone un avance en el reconocimiento del derecho a la libertad sexual y autonomía corporal de las mujeres. En hecho de que se haya introducido el consentimiento como causa para cometer el ilícito penal supone un alivio para muchas mujeres que veían como en los procesos penales debían probar que se habían resistido y que su agresor empleó medios violentos o intimidatorios para atacarla.

A partir de este momento, las víctimas tendrán que acreditar que efectivamente no consintieron la relación sexual y que el agresor las forzó. Eliminar la distinción entre abuso y agresión ha supuesto la excarcelación de muchos condenados por abuso sexual continuado, ya que en la nueva ley desaparece este delito. Pero, al margen de este hecho, unificar ambos delitos en uno solo produce una unión entre el derecho penal y el sentir social, puesto que ahora, todo acto sexual no consentido se considera agresión sexual y se penaliza si concurre violencia o intimidación.

**3. La Importancia de la Formación en Igualdad en los Operadores Jurídicos.** La formación en materia de igual resulta fundamental pero, no solo en jueces, fiscales y abogados. La primera toma de contacto que se da entre la víctima y el sistema judicial, a menudo se produce en dependencias policiales, es por ello que, la formación en este tipo de violencia resulta fundamental. La víctima debe sentirse segura y comprendida, la función principal de la policía judicial es la de identificar al presunto agresor y realizar aquellos actos de investigación que se ordenen. El interrogatorio hacia la víctima, cuestionando su relato resulta perjudicial para su futura recuperación, puesto que lejos de sentirse amparada, se encuentra cuestionada o culpabilizada. Nuestro ordenamiento jurídico ya prevé sanciones en caso de producirse una denuncia falsa, incluso el perjudicado podría iniciar un proceso para la defensa de su honor.

En los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) la formación en igualdad se debe enfocar, en primer lugar para el correcto tratamiento de la víctima. Ya sea en la toma de contacto entre demandante y abogado, en el interrogatorio de fiscalía o en el juicio oral. En la fase de juicio oral, la formación del juez resulta fundamental, puesto que puede llamar al orden a defensas y acusaciones si considera que alguna pregunta puede ser perjudicial para la víctima. Incluso puede motivar que, el testimonio en fase de instrucción sea suficiente y no sea necesaria la comparecencia o el testimonio personal de la víctima en la sala. Esto no implica que el tribunal la deba creer en todo momento, sino que debe ser consciente de que estas agresiones suponen un trauma para muchas mujeres, y su sentencia, a parte de impartir justicia, es el elemento central que la hace sentir creída y amparada lo que, en muchas ocasiones ayuda a su recuperación psicológica.

**4. Los Condicionantes del Consentimiento.** El mayor condicionante del consentimiento es sin duda el entorno cultural donde la mujer desarrolla su personalidad. Dependiendo de este entorno, la mujer adoptará distintas costumbres tanto en el sexo como en las demás relaciones interpersonales. La educación sexual, el conocimiento del propio cuerpo y el desarrollo emocional de la persona en entornos seguros y sin prejuicios son la clave para que hombres y mujeres puedan mantener relaciones sexuales sin problemas.

El hombre debe dejar a un lado los guiones sexuales o roles de género que se han impuesto en la sociedad, debe entender que la mujer es libre de tomar sus propias decisiones y él debe respetar su autonomía corporal. En la sociedad capitalista, se concibe a la mujer como propiedad, sin tener en cuenta que es sujeto de derechos, en igualdad al hombre.

**5. El Consentimiento Sexual Como Acto Personalísimo.** Como ya he mencionado en apartados precedentes, el consentimiento sexual es un acto personalísimo, que yo considero *especial*. A diferencia del consentimiento contractual, en el que si una persona decide desentenderse de lo pactado debe indemnizar a la otra persona, en este tipo de consentimiento no es posible.

Primero, porque el derecho al libre desarrollo de la persona y el derecho a la autonomía corporal no son bienes susceptibles de estar en el tráfico jurídico. Además, cabe señalar que ninguno de los derechos y obligaciones del art. 66 y ss. CC no son exigibles en su cumplimiento, ni da lugar a la resolución del mismo vía 1.1224 CC.

En el derecho penal el consentimiento se fundamenta en la disponibilidad individual del bien jurídico protegido por parte del sujeto pasivo. Al tratarse de un acto personalísimo, la víctima, libre y consciente, debe querer consentir el hecho para producir efectos jurídicos eximentes de responsabilidad penal.

Esta conclusión incide directamente con los servicios sexuales como la prostitución. Como ya he señalado, las mujeres prostitutas tienen autonomía para decidir qué sexo quieren practicar y con quién. Que su trabajo se base en mantener relaciones sexuales no implica que lo consientan todo ni con todos. En otros países, el consentimiento sexual sí que es objeto de negocio, pero en España, tal y como se configuran los DDFE, no cabe exigir ni a las prostitutas ni a la mujer cónyuge que mantenga relaciones en contra de su voluntad.

La digitalización de las relaciones sociales promueve nuevas formas de contacto entre distintas personas. Como ya hemos señalado, hay determinadas aplicaciones enfocadas a unir a personas que comparten un mismo perfil (gustos, aficiones etc.). Dentro de las relaciones heterosexuales, Tinder es un ejemplo de ello, se publica un perfil de los usuarios con su foto, gustos etc. y, si dos personas consideran que se gustan se produce el «Match», en ese momento la aplicación permite la apertura del chat entre ambos. El Match no se debe considerar como consentimiento, ni sexual ni de ningún tipo, simplemente, tras un análisis visual de los usuarios, se consideran atractivos. Las relaciones sexuales -por lo general- no se producen mediando una simple fotografía. Aplicaciones como photoshop, o la inteligencia artificial son recursos que se pueden utilizar para inducir a error a las personas, produciéndose una usurpación de identidad o como mínimo un error en la persona. Por tanto, interpretar el inicio de una conversación o incluso quedar para desvirtualizarse solo que muestra un interés inicial, en ningún caso se trata de un consentimiento.

**6. Crítica a la Admisión Legal del Consentimiento Tácito.** Desde mi punto de vista, tal y como ya he señalado a lo largo de este trabajo de investigación, el consentimiento es una figura demasiado compleja de las relaciones humanas. Ya hemos dicho que se origina en una fase interna, en la psique de la persona y se exterioriza de múltiples modos. Para considerarse válido, la persona debe tener capacidad suficiente para formar en su psique una opinión, que esta capacidad puede ser alterada por drogas o limitaciones cognitivas. Y, después, debe emitir una respuesta, que puede ser expresa o que, de acuerdo con sus actos, sea inequívocamente afirmativa.

En la STS 10/2023 de 19 de enero, una mujer con cierto grado de discapacidad, consintió mantener relaciones sexuales con un persona, a la cual la acompañaban sus amigos. Todo ellos mantuvieron relaciones sexuales con la víctima, aun oponiéndose ella. El TS consideró que el grado de discapacidad no podía ser conocido por los autores y que, por ello, la relación con uno de ellos era jurídicamente válida. Es decir, que el Tribunal consideró que, aún teniendo una discapacidad del 67%, que no era *visible* desde el exterior, los autores del hecho no podían proveer que ese consentimiento pudiera estar viciado.

En cuanto a esta consideración, la seducción o los actos exteriores de las personas pueden estar condicionadas por diversos factores, ya sea una discapacidad *invisible*, o porque la percepción de *lo sexual* entre las personas que participan son opuestas. Si una mujer baila con su mejor amigo, y le agarra de la cintura, la mujer puede pensar que es algo normal en un baile o en un contexto de fiesta y, el amigo, puede.

Como ya han advertido diferentes penalistas, incorporar en el propio tipo penal la posibilidad de aceptar el consentimiento tácito genera problemas a la hora de interpretarlo y de probarlo. De nuevo, queda en manos del agresor hacer un análisis de los actos exteriores de la víctima, que conduzcan a la conclusión de que consiente. En este punto, como se ha visto en varias sentencias, el agresor puede entender como consentimientos actos pasivos de la víctima, en un momento de furor difícilmente se puede prestar atención al lenguaje no verbal de la víctima que pueda dar lugar a entender que no le gusta y, por tanto, ha dejado de consentir.

Además, cabe señalar que dependiendo del entorno cultural, numerosos autores hacen distinción entre el consentimiento occidental y el oriental, el consentimiento se puede expresar de maneras distintas. Como ya he indicado, si el consentimiento tácito genera un problema de interpretación y prueba, el condicionante cultural de las personas es un factor que los agrava. En estos casos, la comunicación y la exteriorización de un consentimiento expreso se convierte necesario.

Como muchas autoras han expuesto, la mayoría de las agresiones sexuales las producen sujetos próximos a la víctima, donde hay una cercanía con ella. A consecuencia de esa relación de cercanía, se producen los mayores errores a la hora de interpretar los actos exteriores. Si una amiga le coge de la cintura a su amigo para bailar, o le da un *pico* en los labios en un contexto de *bromas*, el amigo puede interpretar esos actos de una determinada manera, y la mujer simplemente está divirtiéndose. Estas situaciones, por lo general, dan pie a tocamientos o hechos de carácter superficial. Puesto que difícilmente se puede considerar el bailar agarrado de la cintura o un beso a querer mantener relaciones sexuales.

Es por ello que, con todo lo anteriormente expuesto, el legislador debería haber regulado el consentimiento tácito como no válido, como ya hace en otros delitos como los de lesiones del art. 155 y ss. CP, puesto que se trata de bienes jurídicos protegidos de especial sensibilidad social y en aras de ofrecer la mayor seguridad, se debería de haber optado por el consentimiento expreso como el único consentimiento válido.

**7. Crítica a la Teoría de la Presunción de Culpabilidad.** Tal y como está definido el consentimiento en nuestro CP, la exigencia que se hace al agresor es la de asegurar que el hecho se produce con el pleno conocimiento y consentimiento de la víctima. El intento de los agresores de escudarse en las circunstancias personales y temporales de la víctima para arrancar ese consentimiento es lo que lo pervierte y lo convierte en viciado.

El propio art. 178 introduce un tipo *leve* para delitos de menor entidad. Estas agresiones se pueden dar en situaciones en las que el agresor puede malinterpretar actos exteriores de la víctima, dando por sentado que consiente o quiere consentir en un futuro próximo relaciones sexuales. Además, se produce una reducción de las penas en la mayoría de ellos salvo en los casos en los que se emplee violencia e intimidación.

La teoría de que el tipo penal confronta directamente la presunción de inocencia de todos los hombres es más que cuestionable, puesto que para producirse ese hecho se debería de partir de un sistema en el que el hombre debiera demostrar su inocencia. Esto no es así, como ya han manifestado diversos penalistas, la carga probatoria recae en la víctima que deberá acreditar los hechos y su antijuricidad. Del otro lado, el agresor deberá manifestar el modo en el que consiguió el consentimiento y exponer las circunstancias del caso concreto -el contexto-.

En otro sentido, como ya he expuesto, cabe la posibilidad de que el Tribunal valore el testimonio de la víctima como prueba testifical y, en consecuencia, como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Cabe resaltar que en estos casos, el Tribunal debe justificar y estar completamente seguro de que el testimonio de la víctima es veraz y, por consiguiente, considerarlo como un hecho probado. Este criterio ha sido avalado por la doctrina constitucional en cuanto al proceso de prestar testimonio en el juicio oral se produzca con las debidas garantías, quede suficientemente razonado por el tribunal la valoración de dicha prueba y responda a las alegaciones realizadas por la defensa.

A mi entender, el objetivo principal de esta teoría es la de pretender hacer válido un consentimiento que no ha sido expresado de acuerdo con los requisitos mínimos de libertad y capacidad. En cuanto a la cuestión de la doctrina de la Sala 2ª del TS y del TC, quién argumente que con el testimonio de la víctima es suficiente para condenar al acusado hay que matizar que este criterio se viene aplicando desde finales de los años 90<sup>60</sup>, no es consecuencia directa ni indirecta de la modificación del tipo penal, sino que responde a una práctica que pretende enjuiciar aquellos casos en los que, por el caso concreto, el testimonio de la víctima sea el único medio de prueba y este se considere válido y veraz con los hechos, de otro modo muchos casos quedarían sin enjuiciarse.

---

<sup>60</sup> STC 201/1989, de 30 de noviembre [F. J. 4º].

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María. (2021). *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*. Universidad de Cádiz. Cádiz.
- BERNAL TREVIÑO, Ana. (2019). *La concienciación de los medios sobre la violencia machista. Una interpretación por parte de sus víctimas*. Ediciones Complutense. Madrid.
- BOLETÍN Nº 12. *Comisión Penal Monográfico*. Asociación Juezas y Jueces para la Democracia. Madrid. 2021.
- BONET, Enric; ARCE, Begoña; y FONT, Lucas. (2023). *¿Cómo legisla Europa la violencia sexual? El consentimiento, el gran ausente*. (Versión digital: <https://www.epe.es/es/sociedad/20230211/legisla-europa-violencia-sexual-consentimiento-82813229>).
- BRANDARIZ PORTELA, Tania. (2021). *Los mitos de la violación en el caso de “La Manada”*. Una crítica a la división patriarcal publico/privado. Ediciones Complutense. Madrid.
- BRANDARIZ PORTELA, Tania y SOSA SÁNCHEZ, Roxana Popelka. (2022). *Caracterización del #MeToo en España. Una aproximación a través del análisis de la prensa y su impacto en la ciudadanía*. Ediciones Complutense. Madrid.
- CASAS BARQUERO, Enrique. (1987). *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Universidad de Córdoba. Córdoba.
- CIRCULAR 1/2023, de 29 de marzo. *Sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*. Fiscalía General del Estado. Madrid.
- DAVESA PÉREZ, Enrique. (2018). *Relevancia jurídico-penal del consentimiento*. Universidad de León. León.
- DE MIGUEL, Ana. (2016). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Edit. Cátedra. Universidad de Valencia. Madrid.
- FEDERACIÓN DE MUJERES PROGRESISTAS. (2019). *Autonomía Sexual, transformación social y liderazgo de las mujeres. Un debate abierto sobre el consentimiento. La hora del liderazgo feminista*. Editado por Red Global Cátedras

UNESCO en Género [<https://catunescomujer.org/globalnetwork/wp-content/uploads/2019/07/La-Hora-del-Liderazgo-Feminista-comprimido.pdf>].

- FRAISSE, Geneviève. (2011). *Del Consentimiento*. Colección Archivo Feminista. Edit. Palinodia. Santiago de Chile.
- GIMENO, Beatriz. (27/05/2018). *Sexo y empatía. Las bases éticas del follar*. Revista Contexto. Madrid.
- HENDEL, Liliana. (2017). *Violencias de género: las mentiras del patriarcado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós.
- HERREROS HERNANDEZ, Inés. «Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género». *Revista del Ministerio Fiscal*. Nº 10. 2021.
- REIG GONZÁLEZ, Marta. (2021). «25N, Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.» *Iguales y Diferentes, Revista de divulgación*. Unidad de igualdad. Universidad Complutense. Madrid.
- IBERLEY (2020). *Efectos del consentimiento de la víctima en los delitos*. [<https://www.iberley.es/temas/efectos-consentimiento-victima-delitos-48421>].
- INFORME del Consejo Fiscal. *Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Fiscalía General del Estado. Madrid.
- INFORME del Consejo General del Poder Judicial. *Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- JOY MACHLUS, Shania. (2019). *La palabra más sexy es sí*. Edit. Penguin Random House. Barcelona.
- KATHERINE ANGEL. (2021). *El buen sexo por la mañana*. Edit. Alpha Decay. Barcelona.
- LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, Maria Luisa; y RUBIO, Ana. (2008). *Género, violencia y derecho*. Edit. Tirant lo blanch. Valencia.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2012). *Lecciones de derecho penal: parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia.



- MÁRQUEZ PODORNO, Margarita. (2022). *Las olas del feminismo, una periodización irreconciliable con la Historia*. Ediciones Complutense. Madrid.
- MILENA POPOVA. (2021). *Consentimiento sexual*. Edit. Cátedra Teorema. Madrid.
- MIR PUIG, Santiago, Gómez Martín Víctor, Gómez Martín Víctor, Valiente Iváñez Vicente. (2015). *Derecho penal*. Reppertor. Barcelona.
- MITHU M., Sanyal. (2019). *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*. Edit. Penguin Random House. Barcelona.
- MONDRAGÓN BARRIOS, Liliana. (2009). *Consentimiento informado: una praxis dialogica para la investigación*. National Libray of Medicine (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2788237/>). Bethesda, Maryland.
- PUIG PEÑA, Federico. (1988). *Derecho penal*. Edit. Revista de Derecho Privado.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1966). *Comentarios al código penal*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. (2016). *Derecho penal. Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*. Edit. Comares. Granada. pp. 239-241.
- SAINZ DE BARANDA, Clara y BLANCO-RUIZ, Marian. (2018). *Investigación joven con perspectiva de género III*. Edit. Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III. Madrid.
- TARDÓN RECIO, Bárbara. (2022). *Todo es mentira: cultura de la violación, mitos y falsas creencias sobre la violencia sexual contra las mujeres*. Ediciones Complutense. Madrid.
- VALCÁRCEL, Amelia. (2019). *Ahora, feminismo: cuestiones candentes y frentes abiertos*. Edit. Cátedra. Madrid.
- VALCÁRCEL, Amelia et al., (2000). *Los desafíos del feminismo ante el siglo XXI*. Edit. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla.
- ZAMBRANO, Ivan. (2021). *Igualdad denuncia ante la Fiscalía declaraciones del tiktoker Naim Darrechi*. Medio digital Publico.es: <https://www.publico.es/politica/igualdad-denuncia-fiscalia-tiktoker-naim-darrechi.html>

## VI. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 39272/984, de diciembre 2003. Caso M. C. Vs. Bulgaria.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 201/1989, de 30 de noviembre.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 195/2002, de 28 de octubre.
- Sentencia Tribunal Constitucional núm. 175/2007, de 27 de febrero.
- Sentencia Tribunal Supremo, de 16 de enero de 1991. RJ 1991\117.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 1314/1999 de 27 de septiembre. RJ 1999\7051.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 344/2019, de 4 de julio.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 145/2020, de 14 de mayo.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 935/2021, de 1 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 975/2021, de 10 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 299/2022, de 24 de marzo.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 681/2022, de 6 de julio.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 832/2022, de 20 de octubre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 930/2022, de 30 de noviembre.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 10/2023, de 19 de enero.
- Sentencia Tribunal Supremo núm. 108/2023, de 16 de febrero.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas núm. 41/2021, de 11 de mayo.
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 380/2021, de 16 de noviembre. ARP 2022\427.
- Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz, de 22 de febrero de 2000. ARP 2000\718.
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, de 22 de mayo de 2000. ARP 2002\298.
- Sentencia Audiencia Provincial de Navarra (Secc. 2ª). Núm. 38/2018, de 20 de marzo.