

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

TÍTULO:

**EL CONSENTIMIENTO SEXUAL TRAS LA REFORMA
OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE
SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD
SEXUAL**

WORK TITLE:

**SEXUAL CONSENT AFTER THE REFORM INTRODUCED BY
ORGANIC LAW 10/2022 OF SEPTEMBER 6 ON
COMPREHENSIVE GUARANTEE OF SEXUAL FREEDOM**

AUTOR/A

Fernando Martínez Hierro

DIRECTOR/A:

Dra. Bárbara San Millán Fernández

INDICE

INTRODUCCIÓN	2
1. LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	5
1.1 LOS DELITOS SEXUALES EN EL RÉGIMEN FRANQUISTA	5
1.2 REFORMA PENAL OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL	7
1.3 EL CODIGO PENAL DE 1995	9
2. ANTECEDENTES DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL: REFERENCIA AL CONVENIO DE ESTAMBUL Y AL CASO DE LA MANADA	12
2.1 EL CONVENIO DE ESTAMBUL	12
2.2 EL CASO DE LA MANADA	14
3. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. CONTENIDO DEFICIENCIAS TÉCNICAS Y POSTERIOR REFORMA	20
3.1 CAMBIOS EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA LO 10/22	22
3.2 DEFICIENCIAS TÉCNICAS	23
3.3 CONTRARREFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2023, DE 27 DE ABRIL, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.	25
4. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL. DEFINICIÓN Y EFECTOS JURÍDICO-PENALES.	28
4.1 REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO	31
4.2 CREACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. FASE INTERNA Y EXTERNA	34
4.3 CRÍTICA A LA REDACCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DADA POR LA LEY ACTUAL	36
5. DIALECTICA ENTRE EL MODELO SÍ ES SÍ Y NO ES NO	38
5.1 NO ES NO	38
5.2 MODELO “SOLO SÍ ES SÍ”	40
6. PROBLEMAS DE PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO. T	46
6.1 DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA SER LA ÚNICA PRUEBA DE CARGO: REQUISITOS	47
6.2 LOS GRANDES FALLOS DEL “TEST JURISPRUDENCIAL”	52
CONCLUSIONES	56

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se explorará el concepto de consentimiento desde una diversidad de perspectivas que buscan abarcar toda la complejidad que este asunto conlleva. En primer lugar, se partirá analizando su evolución histórica y su aplicación en diferentes contextos culturales y sociales. Este análisis permitirá entender cómo el consentimiento ha sido interpretado y redefinido a lo largo del tiempo, y cómo estas interpretaciones han influido en la forma en que se abordan los delitos sexuales en la actualidad.

A continuación, se procederá a un examen más detallado desde el ámbito jurídico-penal, donde se evaluará cómo las nuevas reformas legales llevadas a cabo en relación con los delitos sexuales en España han modificado la conceptualización y el tratamiento del consentimiento en el marco de la justicia penal. Este análisis incluirá una revisión de la jurisprudencia más reciente y de las opiniones de la doctrina penal, para ofrecer una visión completa de cómo se están aplicando estas nuevas normativas y qué implicaciones tienen para los procedimientos judiciales.

Asimismo, se discutirá el papel que juega el consentimiento en las relaciones interpersonales, considerando cómo este concepto no solo tiene una dimensión legal, sino también una moral y ética. En este sentido, se explorarán las distintas formas en que el consentimiento puede manifestarse y ser interpretado, y cómo estas interpretaciones pueden variar en función de factores como el contexto, la comunicación entre las partes involucradas y las expectativas sociales.

Además, se abordará la controversia en torno al consentimiento sexual tácito, un tema que ha generado un considerable debate y que plantea



interrogantes sobre cómo se determina la existencia o ausencia de consentimiento en situaciones donde no hay una comunicación explícita. Este aspecto es particularmente relevante en los casos de agresión sexual, donde la interpretación del consentimiento es crucial. Se analizarán las diferentes posturas sobre este tema y se discutirán las posibles implicaciones de adoptar una u otra perspectiva. También se analizará como los tribunales lo interpretan mediante lo conocido como el “test jurisprudencial”.

1. LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Para entender la regulación actual de los delitos contra la libertad sexual es necesario realizar un repaso, si quiera breve, de la evolución en el tratamiento de esta clase de conductas por nuestro legislador penal, haciendo un breve análisis de la evolución de esta materia.

En los últimos 80 años el paradigma en esta cuestión ha cambiado notablemente; las conductas típicas, los sujetos del delito y el bien jurídico protegido han ido evolucionando a lo largo de estos años debido a los diferentes cambios en la mentalidad de la sociedad española. En los siguientes párrafos trataré de desarrollar los cambios legislativos y sociales que nos han ido conduciendo hasta la situación actual.

1.1 LOS DELITOS SEXUALES EN EL RÉGIMEN FRANQUISTA

El código penal de 1944 rubricaba los delitos sexuales bajo el título IX “Delitos contra la honestidad”¹; ya esta nomenclatura nos muestra como el legislador preconstitucional, ante las mismas acciones típicas, pretende proteger un bien jurídico distinto al de la libertad/indemnidad sexual que hoy nuestro derecho penal trata de salvaguardar.

La sociedad franquista concibe el sexo y las relaciones sexuales desde la más estricta moral católica; esta concepción secular del sexo como acto destinado únicamente a la procreación es diametralmente opuesta a pensar que el ser humano pueda tener una libertad sexual que explorar, descubrir o vivir, en especial en el caso de las mujeres; pues se entendía que la mujer

¹ Decreto por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. Boletín Oficial del Estado. 13 de enero de 1945 núm. 13

únicamente debía dedicarse al cuidado del hogar y la familia pues es “su función natural”²

Esta concepción suscita que el texto penal tenga por objeto proteger no ya la libertad del individuo a mantener la vida sexual que considere, sino la honestidad; el honor ya no solo de las mujeres, sino de sus familias y, por tanto, del estado español en su conjunto.

Por otro lado, el sujeto pasivo en estos delitos se redujo únicamente a las féminas; establecía el artículo 429:

La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor

Esto hoy es visto como un claro ataque al principio de igualdad desde nuestros parámetros democráticos, pero, para el régimen franquista, la honestidad del hombre estaba garantizada y no se concibe que una mujer, u otro hombre, mediante un acto sexual no deseado, pudiesen poner en peligro o destruir la misma.

También debo apuntar que la definición de la conducta típica que hace el legislador preconstitucional es una tipificación fundamentada en los medios comisivos o en el estatus o situación del sujeto pasivo, pero no contiene, ni siquiera alude, a la falta o no de consentimiento. El artículo 429 reza:

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando se usare de fuerza o intimidación

2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3.º Cuando fuere menor de doce, años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

² Sección Femenina, *El libro de las Margaritas*, Madrid, 1940, *passim*.

La voluntad de la víctima, el consentimiento, no parece el elemento nuclear de este delito ya que no se nombra expresamente; el tipo se funda en el medio comisivo que emplee el agresor y/o las circunstancias de la víctima (Edad o estado cognitivo). La doctrina y jurisprudencia en aquel momento exigían para la apreciación del delito una resistencia seria y constante por parte del sujeto pasivo. Incluso existían autores que argüían la inexistencia de la acción típica cuando esta se realizaba dentro del matrimonio lo cual, siguiendo la fundamentación del régimen franquista, tenía sentido, pues lo que se trataba de proteger en este caso era la honestidad en genérico y no la libertad sexual de las mujeres. De hecho, posiciones jurisprudenciales y doctrinales³ sostienen que al haber entonces mujeres que no eran titulares del arcaico concepto de honestidad (Prostitutas, lesbianas, mendigas) al agredirlas sexualmente no se incurría en ningún delito, ya que suponía una auto puesta en peligro por parte del sujeto pasivo.

1.2 REFORMA PENAL OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Tras la aprobación de la Constitución, los nuevos principios vertebradores de nuestro ordenamiento jurídico, en especial el artículo 14 que promulga la igualdad de todos los ciudadanos,⁴ exigían un cambio de paradigma en nuestro derecho penal sexual. Los movimientos feministas y la progresiva laicización del estado español impulsaron la deconstrucción del concepto moralizante de honestidad femenina para lograr que la mujer pudiera ser titular de los mismos derechos de los que el hombre era titular.

Tras alzarse numerosas voces pidiendo una reforma del código penal en esta materia, esta llega con la LO 3/1989 de 21 de junio. Esta reforma es

³ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Agresión y abuso sexuales”, en *Tratado de derecho penal español parte especial*. IV, en ALVAREZ GARCÍA F.J (Dir) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1092.

⁴ Constitución española. BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

significativa, en primer lugar, por el cambio en la rúbrica del título de estos delitos; se sustituyó delitos contra la honestidad por “delitos contra la libertad sexual”. El bien jurídico protegido pasa a ser, por tanto, la libertad sexual del individuo.

La libertad sexual se debe interpretar en un sentido positivo, entendido como la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a disponer libremente de la misma, y en un sentido negativo, comprendido como el derecho a no recibir intromisiones o ataques no deseados en la esfera sexual propia. Este concepto no abarca la dimensión del concepto de libertad, pero, por las características de la sexualidad humana goza de una autonomía delictiva que permite distinguirlo de los delitos contra la libertad en genérico.⁵

En segundo lugar, otro cambio con especial trascendencia consiste en la modificación del art. 429 CP; donde se modifica el sujeto pasivo del delito reemplazando el término ‘mujer’ por ‘persona’. Con esta novedad se concede a todos los ciudadanos la titularidad del derecho a la libertad sexual, estrechamente vinculado al cambio en la conceptualización del bien jurídico; como ya se ha expuesto la honestidad era un concepto arcaico que trataba de proteger la imagen familiar o la pureza de la mujer que busca marido, lo cual es antagónico a concebir al varón como titular de este bien jurídico; con el cambio en el bien jurídico, se permite incluir al varón como posible sujeto pasivo.

Esto conduce inexorablemente a ampliar la conducta típica e incluir, en la tipificación de la violación, el acceso carnal vía anal o bucal. Pues no tendría incidencia práctica la ampliación del sujeto pasivo si solo se mantuviese el acceso vaginal como modalidad típica del delito de violación.

Por otro lado, por objetar una crítica a esta reforma, en ningún momento, al igual que la regulación anterior, se hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo. En este sentido, aunque la palabra en sí no aparece en los

⁵ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., en *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, 2004, p. 317

textos legales, es claro que nuestro sistema penal, como suele ocurrir en el Derecho comparado, se basa en la voluntad libre de las personas involucradas en las relaciones sexuales, excepto en casos específicos como el incesto. Se presume, por lo tanto, que existe consentimiento a menos que se demuestre la presencia de violencia, intimidación, abuso de una posición dominante o el uso de engaño, que solo es considerado hasta cierta edad; por tanto, sigue sin contemplarse que, en ausencia de estos requisitos, una persona pueda no consentir mantener *relaciones sexuales*.⁶

1.3 EL CODIGO PENAL DE 1995

El código penal de la democracia mantiene la rúbrica de “Delitos contra la Libertad Sexual” pero, por primera vez, distingue entre dos categorías de delito; la agresión sexual y el abuso sexual.⁷

La agresión sexual, la cual no contemplaba falta de consentimiento expresamente, pero si tácita, se tipifica como el ataque *contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación* (Art. 178 CP) manteniendo una mayor punición cuando dicha agresión consista en un acceso anal, bucal o vaginal mediante la introducción carnal o de objetos; denominando a esta conducta, como en la anterior regulación, violación (Art. 179 CP). En el artículo 180 se recogen una serie de agravantes específicas en las que no nos detendremos, pero que se justifican en un mayor desvalor de la acción.

La gran novedad que introduce este texto legal en el ordenamiento jurídico español consiste en la referencia al consentimiento para regular el nuevo tipo penal, el abuso sexual. Mientras que la intimidación o la violencia, fuera cual fuese el acto concreto que atentara contra la libertad sexual, caracterizan el tipo de agresión sexual; es la ausencia del consentimiento el elemento del tipo

⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario La Ley*, nº 10143, 2022, pp. 1034 y ss.

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

objetivo que fundamenta la existencia, o no, de un delito de abuso sexual. Quedaba de la siguiente forma redactado el artículo 181 del nuevo Código Penal:

El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Aparte de reconducir expresamente algunas formas comisivas que antes se encuadraban en el tipo de agresión sexual, concretamente considerando abuso sexual los actos ejecutados sobre personas menores de 12 años con consentimiento o personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental; la tipificación de este delito permite castigar cualquier acto de naturaleza sexual que no haya sido consentido por el sujeto pasivo. Situaciones que antes quedaban desprotegidas por no darse las circunstancias tasadas (Como por ejemplo tocar un pecho sorpresivamente o llevar a cabo actos libidinosos por parte del personal sanitario en una exploración vaginal) empiezan a poder ser punibles, colmando una laguna que el movimiento feminista llevaba décadas exigiendo.⁸

La inclusión del concepto de consentimiento, no obstante, no estuvo exenta de crítica por parte de la doctrina. Como analizaremos en este trabajo, dicho consentimiento no se encuentra definido uniformemente en nuestro ordenamiento jurídico; por otro lado, tampoco se define, acertadamente en una cuestión tan compleja como esta materia, una única modalidad de otorgamiento de dicho consentimiento, con los consiguientes problemas que esto puede generar a la hora de probar la existencia, o no, de ese consentimiento coetáneo al acto de naturaleza sexual. La introducción de este

⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”, cit. p.54

concepto jurídico, por tanto, soluciona problemas previos, pero, genera otros nuevos que la doctrina y jurisprudencia siguen perfilando hoy en día.

Otra cuestión que resulta menester tratar consiste en la reforma tras la Ley 11/1999 de 30 de abril⁹; en ella se introduce un nuevo bien jurídico protegido y el título VIII del libro II del Código Penal pasa a rubricarse como “de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. A mí parecer esta redacción apunta a una terminología ciertamente moralizante que sugiere que los menores de 16 años y las personas con discapacidad no pueden ser titulares de su propia libertad sexual y que, por tanto, deben ser indemnes a cualquier acto llevado a cabo por una persona mayor de edad que infiera en su esfera sexual; resulta, francamente, una concepción muy alejada de la realidad sexual de las personas jóvenes y aleja también a las personas discapacitadas de tener una vida sexual propia.

⁹ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. «BOE» núm. 104, de 1/05/1999

2. ANTECEDENTES DE LA LEY ORGÁNICA Q0/2022 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL: REFERENCIA AL CONVENIO DE ESTAMBUL Y AL CASO DE LA MANADA

2.1 EL CONVENIO DE ESTAMBUL

España, el 11 de mayo de 2011, firmó *ad-referéndum* el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; el conocido como “Convenio de Estambul”; que entró en vigor para nuestro estado el día 1 de agosto de 2014.¹⁰

Este convenio supone un marco jurídico en la lucha contra la violencia sobre la mujer; contiene directrices jurídicamente vinculantes para los estados que lo han firmado y ratificado; estableciendo una serie de actos que deben ser tipificados penalmente por los estados parte. Para el objeto de este estudio será relevante, sobre todo, el artículo 36 rubricado “Violencia sexual, incluida violación”:

Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación

1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a 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;

b los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

¹⁰ 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 11/05/2011. «BOE» núm. 137, de 6/06/2011

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

Se puede apreciar que la conducta típica pivota sobre 3 elementos: que se trate de un acto de naturaleza sexual, con “carácter sexual”, que se trate de una acción dolosa por parte del sujeto activo y que la persona ofendida por el delito no haya consentido dicha acción, independientemente de la gravedad del ataque.

Este instrumento, aunque útil para nuestro país, desde una dimensión política, al obligarnos a luchar contra la lacra de la violencia contra la mujer y comprometernos a nivel regional a erradicar la misma; desde el punto de vista penal resulta redundante. Nuestro código penal tras la reforma de 1999, como se explica en el primer punto de este trabajo, ya contemplaba las distintas modalidades comisivas recogidas en el Convenio y la ausencia del ¹¹consentimiento como elemento nuclear en estos delitos.

Es conveniente adelantar en este punto que los argumentos sostenidos por el Ministerio de Igualdad, contenidos en el preámbulo de la LO 10/2022, conocida popularmente como la ley del “Solo sí es sí”, que fundamentaban dicha reforma no se ajustan a la realidad de nuestra regulación jurídica en lo que respecta al convenio de Estambul; en el preámbulo de dicha ley se sostiene: *“La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul.”*

¹¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

El Convenio en ningún momento obliga a los estados parte a eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual y a tratar la mismas, desde un punto de vista punitivo, de una forma homogénea. Esta norma internacional solo obliga a los estados a punir las 3 modalidades comisivas previamente citadas, siempre y cuando, falte el consentimiento del sujeto pasivo. El ordenamiento jurídico español ya cumplía con esta previsión, estableciendo una distinción entre la agresión y el abuso sexual que, si bien, como posteriormente expondré, era mejorable; cumple con las obligaciones contraídas en el Convenio.

Por otro lado, y de un mayor interés de análisis para nuestro trabajo, el Convenio no exige tampoco la inclusión de un precepto que defina el consentimiento sexual en el ámbito penal ni los vicios que lo puedan invalidar. El texto exige que el consentimiento se preste voluntariamente como manifestación de la voluntad, considerando las circunstancias circundantes. En ningún momento se exige un modo o forma de prestar el consentimiento, ni mucho menos que este sea el “Yes is yes model”, vigente actualmente en nuestro Código Penal. Tampoco se hace una definición del mismo.

La reforma del código penal español viene, sobre todo, motivada por la acuciante necesidad de dar una rápida solución a los problemas jurídico-técnicos vislumbrados tras el conocido como “caso de la Manada”.

2.2 EL CASO DE LA MANADA

El 7 de julio de 2016, durante las fiestas de los San Fermín en Pamplona, una joven sufrió un ataque sexual perpetrado por 5 sujetos; el ataque fue grabado y fotografiado por estos y difundido por un grupo de WhatsApp que tenían denominado como “La manada”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 38/2018 de 20 de marzo¹², condenó a los 5 imputados a 9 años de prisión por un delito de abuso sexual con prevalimiento agravado por la modalidad comisiva del acceso carnal. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial manteniendo la condena de 9 años por abuso sexual.

El gran conflicto social, mediático y jurídico que esta sentencia generó se fundaba en 2 factores; en primer lugar, el voto particular de uno de los magistrados de la Audiencia que sostuvo que sí existió consentimiento coetáneo a las acciones descritas y, en segundo lugar, que no se apreciara la intimidación y/o violencia que argüían las partes acusadoras, con lo cual el delito no pudo ser calificado como agresión sexual.

Ambas situaciones tuvieron una reacción social a nivel estatal e internacional nunca antes vista en un caso de estas características: el movimiento “Me Too” español, popularizado bajo el lema “Hermana yo Sí te Creo”.

La repulsa social hacia el voto particular, la calificación legal de los hechos y el tratamiento del caso por ciertos medios de comunicación concentraron en las calles de Pamplona a 32000 personas; manifestaciones que se sucedieron a lo largo de la geografía española.¹³

Desde un punto de vista jurídico, la sentencia saca a relucir la dificultad de la prueba del consentimiento sexual en el ámbito penal, que, aun cuando existen pruebas audiovisuales, en muchos casos, depende de las reglas de la sana crítica de cada juez. Es revelador como, mientras los argumentos sostenidos por la mayoría de los magistrados mantienen que no existe un consentimiento válido por parte del sujeto pasivo al prevalerse los abusadores de una situación de superioridad:

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 38/2018 de 20 de marzo

¹³ “Caso ‘La manada’: más de 30.000 personas salen a protestar contra polémica sentencia por abuso sexual en España” en *BBC*, 2018.] Disponible en línea en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43940999> [última consulta: 08/08/2024]

“los hechos que declaramos probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida, para presionarle, e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual”;

el voto particular sostiene lo contrario:

“No aprecio en los vídeos cosa distinta a una cruda y desinhibida relación sexual, mantenida entre cinco varones y una mujer, en un entorno sórdido, cutre e inhóspito y en la que ninguno de ellos (tampoco la mujer) muestra el más mínimo signo de pudor...”

Por otro lado, la distinción entre las conductas de agresión y abuso radicaba en la existencia de violencia o intimidación. En este caso, a pesar de haberse cometido el delito entre 5 sujetos, sin usar preservativo, sin el consentimiento de la víctima, por las 3 vías corporales y grabando todo el proceso de la acción; según consideraba la sentencia, no se puede equiparar esta actividad a la de la agresión sexual (Con un marco penológico y punitividad superior) al no darse los requisitos del tipo objetivo de este delito. Sostienen los magistrados en la sentencia:

Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual

En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial que

acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado.

Esta dialéctica, a mi parecer errada, entre ambos tipos penales, en este caso (y otros) origina una injusticia material apreciada por gran parte de la doctrina. Los actos probados en sentencia producirían un mayor ataque contra el bien jurídico protegido, la libertad sexual, equiparable al de una violación que otras conductas que, pudiendo ser calificadas como agresión sexual agravada (violación), no causaren un daño tan grave en la esfera sexual del sujeto pasivo. La diferencia entre los marcos penales del delito de abuso sexual y el de agresión sexual; así como la nomenclatura de la acción en el caso de ser una agresión sexual agravada, “violación”, invitaron a un serio debate sobre la distinción entre ambos tipos penales.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo 344/2019¹⁴ condenó en casación a los 5 sujetos a 15 años de prisión por un delito de violación agravada del artículo 180 del Código Penal, estimando que existió “intimidación ambiental”:

La situación descrita en el relato fáctico conlleva en sí misma un fuerte componente intimidatorio: el ataque sexual a una chica joven, tal y como era la víctima que solo contaba con 18 años de edad, y en un lugar solitario, recóndito, angosto y sin salida, al que fue conducida asida del brazo por dos de los acusados y rodeada por el resto, encontrándose la misma abordada por los procesados, y embriagada, ello sin duda le produjo un estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima, tal y como describe el relato fáctico, sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma¹⁵

¹⁴ ALTUZARRA ALONSO, I. “El delito de violación en el código penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. revisión a la luz de la normativa internacional”, en *Estudios De Deusto*, 68 (1), 2020, pp. 511-558.

¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Penal Sentencia núm. 344/2019 de 4/07/2019

Esta sentencia asienta el concepto de intimidación ambiental, ya matizado previamente por el Alto Tribunal¹⁶ y dibuja una fina línea entre el prevalimiento y la intimidación. La intimidación ambiental obliga a la víctima a adoptar una determinada conducta en contra de su voluntad ante la amenaza de un mal mayor, mientras que el prevalimiento supone la existencia de una situación de superioridad, aprovechada conscientemente por el sujeto activo para mantener una actividad sexual no consentida con el sujeto pasivo, al encontrarse dicho consentimiento viciado.

Es evidente que el desarrollo jurisprudencial del concepto de intimidación ambiental no supone una respuesta satisfactoria al no elaborar un criterio uniforme que permita dilucidar en todos los supuestos si se trata de prevalimiento o intimidación. Esto origina dos distintas posturas que se pueden adoptar ante la zona gris situada entre el abuso y la agresión sexuales.

Por un lado, reformar los márgenes penológicos para que, dándose las preceptivas circunstancias, conductas como la expuesta en este apartado u otras, como ataques sexuales cometidos contra personas privadas de voluntad por el método conocido como “*sumisión química*”, sean castigados con una pena asimilable a la de la agresión sexual agravada sin abandonar el tipo del abuso sexual. Es decir tipificar la acción en función de la gravedad del injusto cometido, independientemente de que se trate de un abuso sexual o de una agresión.

Por otro lado, refundir los tipos y eliminar la distinción entre agresión y abuso, exigiendo que, siempre que no medie consentimiento, se trate de una agresión sexual, modulable en función de la gravedad de la conducta. Es decir, que la violencia e intimidación desaparezcan como elementos diferenciadores entre ambos delitos.

Esta segunda opción es la elegida por nuestro legislador en la reforma operada mediante la LO 10/2022. No obstante, como mencionaba previamente,

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1291/2005



la acuciante necesidad de dar una solución satisfactoria a este problema, así como al problema de la prueba del consentimiento, ha provocado que la rápida redacción de la ley no haya tenido en cuenta numerosos detalles técnicos cuyas repercusiones jurídicas y sociales han tenido un impacto negativo.

3. LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL. CONTENIDO DEFICIENCIAS TÉCNICAS Y POSTERIOR REFORMA

Fundamentándose en los dos sucesos previamente expuestos, el 6 de octubre de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 10/22, conocida popularmente como “la ley del Sí es Sí”.¹⁷

Antes de analizar dicha norma me gustaría detenerme en la exposición de motivos del texto legal. En ella podíamos encontrar la fundamentación de la misma en el Convenio de Estambul, que como ya expuse no se ajusta a la realidad, pues nuestro ordenamiento jurídico ya cumplía con las obligaciones del instrumento internacional; y, además, numerosas expresiones que ensalzaban que esta ley buscaba “dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales”. El preámbulo estaba redactado de tal forma que se puede llegar a inferir que el sujeto pasivo se va a restringir a las mujeres y a los niños (Independientemente de su sexo, aunque con especial énfasis en las niñas); dicho de otra manera, se excluye de este preludio completamente la necesidad de proteger la libertad sexual de los varones adultos y jóvenes, pues no hay ninguna referencia a los mismos.

En su expresión física y también simbólica, las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños

¹⁷ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

En el mismo sentido, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica delimitaba el ámbito de aplicación a “las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España”.

Esta ley contiene otros preceptos que también podrían rozar la inconstitucionalidad al ser susceptibles de vulnerar el artículo 14 de la Constitución Española; como por ejemplo, el impulso en el artículo 9 de “*campañas dirigidas específicamente a hombres, adolescentes y niños (...) para contribuir activamente a la prevención de todas las formas de violencia recogidas en la presente ley orgánica*”. A lo largo de esta norma se puede llegar a inferir que solo las mujeres (o niños) pueden ser víctimas de violencia sexual y que solo los hombres pueden llegar a cometerla. Tampoco es, por otro lado, menos cierto que casi en el 100% de los casos el sujeto activo es un hombre.

Resulta obvio que la violencia sexual es un fenómeno tristemente generalizado en mujeres y niñas. Pero no es menos cierto que el 14% de las víctimas de estos delitos son hombres, porcentaje que no baja del 10% en ninguno de los grupos de edad y que alcanza hasta el 15% en los adultos de más de 65 años y el 22% en los niños de 0 a 9 años¹⁸. La exclusión de estos ciudadanos de la norma, a mi parecer, podría resultar en una discriminación entre víctimas; sujetos que son sometidos a una misma conducta típica y que obtienen una respuesta diferente de nuestro ordenamiento jurídico al no ser aptos por su género y edad para obtener las ayudas que la misma ley contiene. El paradigma contenido en esta norma no parece así estar vinculado al término feminismo, que se define como el “principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre” y es el término defendido en este trabajo.

¹⁸ Ministerio del Interior. Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España 2022 (NIPO 126-21-003-4) Disponible en línea en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_contra_libertad_sexual_2022_126210034.pdf [Última consulta: 08/08/2024]

3.1 CAMBIOS EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA LO 10/22

La disposición final cuarta de la ley modifica el código penal en varios artículos, los que nos interesan, en concreto, para este estudio son los artículos 178 y ss. Queda así redactado el artículo 178:

Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que 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.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

El legislador, para dar solución a las zonas grises ya expuestas entre el antiguo abuso sexual y la agresión sexual, ha elegido refundir ambos delitos en uno solo; la agresión. Además en el segundo epígrafe se contienen una serie de conductas tipificadas expresamente como agresión, entre las que se encuentran, acertadamente en opinión de una doctrina que llevaba tiempo

reclamándolo¹⁹ el abuso de superioridad y los actos ejecutados sobre personas privadas de sentido. Esto supone una persecución más efectiva de conductas que estos últimos años han proliferado, como los casos de “manadas” o la sumisión química, los conocidos como “pinchazos”.

Para rebajar la punitividad de conductas menos graves, como podría ser el caso de los tocamientos sorprendidos, la norma establece en el epígrafe 3º una atenuante específica en la que el tribunal, de una forma razonada y siempre que no concurren las agravantes del artículo 180, podrá rebajar la pena; lo cual cumple con el principio de proporcionalidad exigido en nuestro derecho penal.

Pero el interés de este trabajo se centra, sobre todo, en como el legislador ha decidido poner el foco en el consentimiento. Para esto, a pesar de no una dar una definición de consentimiento, si especifica como debe otorgarse el mismo: *libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*. Es decir, será típicamente agresión sexual toda conducta no consentida mediante actos que de forma clara expresen la voluntad de la víctima.

3.2 DEFICIENCIAS TÉCNICAS

Esta ley orgánica ha suscitado gran polémica por varios motivos. El primero, y el que más repercusión social tuvo, fue provocado por la unificación de ambos tipos penales, lo cual condujo a una reforma de los márgenes penológicos, disminuyendo el límite máximo de algunos de los tipos penales.

La inexistencia de una disposición transitoria que previera esta situación y el hecho de que se desoyó al Consejo General del Poder Judicial en su informe preceptivo sobre el anteproyecto de esta norma, en el cual se advertía sobre

¹⁹ SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “El concepto de violencia y el problema de la 'sumisión química' en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019, 5 Especial. pp. 1-26.

esta anomalía²⁰ provocó solicitudes de revisión de condena de forma masiva. Como consecuencia de esto, hasta noviembre del año 2023, el Consejo General del Poder Judicial estimaba que se habían producido, al menos, 1233 reducciones de condena y 126 excarcelaciones.

El TS tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta situación y en su sentencia 523/2023²¹, en armonía con lo expuesto, estima que *El art. 2.2 del Código Penal resulta particularmente respetuoso con el principio de retroactividad de las disposiciones penales favorables*” lo cual también se aplica a los reos cuya condena ha sido revisada, pues no hacerlo constituiría *“una suerte de instrumentalización del ya condenado, sobre la base de valoraciones abandonadas por la comunidad (expresadas en la nueva ley).*

No se entrará más a analizar esta grave cuestión de técnica jurídica, pues a pesar de que es relevante incidir en ella para explicar la reforma legal efectuada, no es menester para este trabajo analizar la retroactividad penal ni sus consecuencias en las condenas ya impuestas.

Sí que resulta relevante explicar los problemas jurídico-técnicos vislumbrados por la tipificación de la forma en la que el consentimiento tiene que ser otorgado. El anteproyecto de la ley contenía la siguiente definición del mismo *Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto.* La doble negación, expuesto por el CGPJ en su informe preceptivo, podría conllevar a interpretaciones indeseables; de la misma forma GIMBERNAT ODEIG²² señala que de esta forma redactada, que cuando una pareja sexual no haya expresado su voluntad expresa, es decir, se “haya dejado hacer”, dicha conducta entraría dentro del tipo penal; pues el

²⁰ Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Jueves, 25 de febrero de 2021

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 523/2023 de 29/06/2023

²² GIMBERNAT ODEIG, E., “Solo sí es Sí”, en *Diario del Derecho*.. Disponible en línea: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551 [Última consulta: 08/08/2024]

consentimiento no se ha manifestado de la forma expresamente recogida por el legislador.

El legislador, acertadamente, adoptó la redacción positiva propuesta por el CGPJ. No obstante, esta tipificación puede llegar a constreñir, como sostiene parte de la doctrina, la libertad sexual. En este sentido ALVAREZ GARCIA²³ apunta cómo las relaciones amorosas son complejas y a veces dichos actos no son apreciables de una forma “clara”, en ocasiones las relaciones comienzan y continúan por miradas, gestos o circunstancias que no pueden ser calificadas como claras, pero ello no está ligado a que no sean perfectamente consentidas por ambos partícipes. Los problemas y bondades suscitados por la adopción de este modelo de consentimiento, el conocido como “yes is yes model”, así como la práctica de su prueba y la línea jurisprudencial seguida hasta el momento, serán la clave de bóveda de este trabajo en adelante, por lo que no se ahondará más ahora en esta cuestión.

3.3 CONTRARREFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2023, DE 27 DE ABRIL, PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.

La cuestión de las rebajas de las condenas, principalmente, condujo a una crisis en el seno del gobierno de coalición que desembocó en la reforma de esta norma mediante la Ley Orgánica 4/2023.²⁴ En otras ocasiones, antiguas

²³ ALVAREZ GARCÍA, F. J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023, pp. 1-28

²⁴ Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y

reformas, habían producido excarcelaciones y reducciones de condena (Véase la disminución de la pena de prisión para el tráfico de drogas duras efectuada por la LO 5/2010); el problema esta vez se encontraba en que esta nueva política criminal no fue consensuada o apoyada ni doctrinal, ni política, ni socialmente. Todo esto urgió a los grupos parlamentarios a ponerse de acuerdo para su reforma, no obstante, como se avisa en el preámbulo de esta nueva ley y de acuerdo con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, la norma se aplicará a los actos delictivos cometidos desde su entrada en vigor; dicho de otra forma, no es un instrumento que pueda “arreglar” lo sucedido.²⁵

Lo fundamental de esta reforma consiste en diferenciar dos modalidades dentro de la agresión sexual; la que se realice mediando violencia, intimidación o sobre un sujeto pasivo con voluntad anulada y, por otro lado, el resto de los supuestos. Que así el artículo 178 CP:

Artículo 178.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento(...)

2. Se consideran en todo caso agresión sexual (...)

3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.

4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia,(...)

También se modifica el artículo 179, el artículo que tipifica la violación, añadiendo un epígrafe:

la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
«BOE» núm. 101, de 28/04/2023.

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “La libertad sexual en peligro”, en *Diario La Ley*, n° 10007, 2022, pp. 1 y ss.

«2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.»

Por tanto, tras esta modificación de nuestro texto penal, se distinguen dentro del delito dos marcos penales dependiendo de los medios comisivos empleados. Esto guarda similitud con la antigua dialéctica abuso-agresión (Debe notarse que se incluye el estado de inconsciencia dentro de la nueva modalidad grave) y parece reflejar que todas estas reformas al final se han limitado a una cuestión de nomenclatura.

Lo que se mantiene intacto tras esta reforma es la falta de consentimiento como elemento cimental del tipo; a partir de ahora se analizará el denominado consentimiento sexual como elemento típico, la forma de expresarlo tras esta reforma, el modelo adoptado y los diversos problemas de prueba que tiene este elemento.

4. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL. DEFINICIÓN Y EFECTOS JURÍDICO-PENALES.

El consentimiento se define por la Real Academia Española como la acción de permitir algo o condescender que se haga. Jurídicamente, en el ámbito penal en concreto, no existe ninguna definición del consentimiento; es decir, no se explicita que supone consentir o no.²⁶

En cuanto a su encuadre dentro del derecho penal, en materia de libertad sexual: *El consentimiento es un acuerdo tendente a tener relaciones sexuales*», y aplicado a las relaciones sexuales, y, también, al ámbito de los contratos que *«el consentimiento se entiende como la voluntad manifiesta (ya sea de carácter tácito o expreso) de un mínimo de dos individuos para aceptar y reconocer obligaciones y derechos de diversa índole»*.²⁷

Nuestra Doctrina ha diferenciado dos teorías que intentan explicar la naturaleza dogmática de este instituto, tratando de ubicar al consentimiento dentro de la teoría general del delito; por un lado, la teoría unitaria y, por otro, la diferenciadora.

La teoría unitaria sostiene que el consentimiento es una causa de atipicidad (que es su inexistencia lo que funda el tipo o no); la teoría diferenciadora, a pesar de que reconoce que el consentimiento en ocasiones expresamente recogidas pueda tratarse de una causa de atipicidad, defiende que generalmente se trata de una causa de justificación, enmarcándolo dentro de la antijuridicidad.

Por otro lado, en ocasiones su eficacia se limita a ser una atenuante, como en los delitos de lesiones o de aborto (cuando han pasado las 14 semanas que hacen que el consentimiento de la mujer provoque la atipicidad de la conducta);

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., Disponible en línea en: <<https://dle.rae.es>> [última consulta: 30 de julio de 2024].

²⁷ PÉREZ PORTO, J., y MERINO, M., “Definición de consentimiento. Qué es, Significado y Concepto”. *Definicion.de*, 20 de octubre de 2010. Disponible en línea: <https://definicion.de/consentimiento/>, [última consulta: 08/08/2024]

o un elemento diferenciador entre tipos delictivos, como por ejemplo entre el homicidio y el delito de cooperación al suicidio, donde el consentimiento del sujeto pasivo es lo que determina ante que conducta típica nos encontramos.²⁸

Otro binarismo que podemos encontrar en este concepto viene defendido por parte de la doctrina que considera preceptivo diferenciar, para una mejor comprensión, entre acuerdo y consentimiento.

El acuerdo supone la atipicidad de entrada por total falta de relevancia jurídica. La ausencia de acuerdo consistiría en que, en estos delitos, el hecho de actuar contra la voluntad del sujeto pasivo es lo que funda el tipo; es decir, solo se produce lesión jurídica cuando se actúa sin que exista un acuerdo y no por el hecho de llevar a cabo la acción. Por ejemplo, tomar dinero de un cajón sería atípico si el titular del dinero lo ha consentido o acordado. Por tanto podríamos decir que en los delitos que requieren de la ausencia de acuerdo para existir, el consentimiento (Acuerdo) actuaría como una causa de atipicidad.²⁹

Por otro lado, la doctrina considera consentimiento *stricto sensu*, a la causa de justificación que nace una vez cometido el tipo, es decir, una vez llevada a cabo la acción típica. Por tanto, se presupone que ha existido una lesión a un bien jurídico, pero que dicha lesión es consentida y se renuncia a castigar dicha acción porque existe otro bien jurídico que nuestro ordenamiento quiere proteger. Es por tanto que, en estos delitos, no se borra la acción típica cometida, pero el ordenamiento jurídico justifica la conducta del sujeto activo, porque se entiende que el consentimiento provoca que la acción deje de ser antijurídica, es decir, lesiva para nuestro derecho. En estos casos se produciría

²⁸ CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho Penal*, en Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 1 y ss.

²⁹ DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Madrid, Cóllex, 1995, p. 13.

una acción típica tolerada por el sujeto pasivo que renuncia así a la protección jurídico-penal³⁰

La diferenciación dogmática del consentimiento dentro de la teoría general del delito es un tema complejo, doctrinalmente muy dividido y para el que, aún en muchos casos, no se ha encontrado una postura unitaria. Por eso considero preceptivo exponer, aún brevemente, la dualidad en la naturaleza de este instituto; más teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento penal no distingue entre ambas figuras, entre acuerdo y consentimiento, denominándolo a todo homogéneamente como consentimiento.

Por tanto, en los delitos contra la libertad sexual, que son los que ahora nos ocupan, la tipicidad se refiere a la adecuación de un hecho cometido a la descripción que la ley penal hace de dicho hecho, tal como lo define MUÑOZ CONDE. En otras palabras, solo aquellos hechos que están tipificados en la ley penal como delitos podrán ser considerados como tales; de esta manera, ningún acto, aun siendo antijurídico, puede ser considerado delito si no está específicamente tipificado como tal en la ley penal.

En este contexto, el autor señala que existen ciertos tipos especiales en los que se otorga eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento constitutivo del tipo de injusto. Se trata de casos donde el ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico. Tal es el caso de delitos como el allanamiento de morada (art. 202 CP), el hurto (art. 234 CP), y los delitos de agresión y abuso sexual (art. 178 y ss. CP).³¹

En base a lo expuesto, podríamos argumentar que en estos delitos el consentimiento actúa como un acuerdo entre las partes. Es la ausencia de ese acuerdo lo que funda el tipo y su análisis lo que supone la clave de bóveda de este trabajo.

³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, vol. II*, Cuenca, 2001, pp. 24 y ss.

4.1 REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

Es fundamental comprender que para que el consentimiento sea válido y tenga plena eficacia no puede concurrir vicios o errores. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, informado, específico, otorgado por una persona con capacidad suficiente y, además, debe ser comunicado externamente.

En primer lugar, el consentimiento debe ser emitido libremente, debe ser emitido por el sujeto pasivo en el ejercicio de su libertad sexual, siendo la manifestación del derecho que tenemos todos a mantener relaciones sexuales libremente. El consentimiento deja de ser libre cuando se encuentra viciado, siendo cuatro los elementos que, antes de la reforma, podían conducir a esta situación ilícita: La violencia, la intimidación, el error producido por engaño o el prevalimiento. Otra cuestión es la falta de consentimiento por el estado inconsciente del sujeto pasivo, que sería una cuestión de capacidad. Como ya hemos visto, la existencia de violencia o intimidación, en el caso de los delitos contra la libertad sexual, agrava la punitividad de la conducta al considerar que la acción goza de un mayor desvalor jurídico.³²

Además dicho consentimiento debe ser informado. Este aspecto, hoy en día en el foco sobre todo en los delitos del ámbito de las nuevas tecnologías o en el ámbito sanitario, es relevante debido a que el acuerdo de las partes, el consentimiento otorgado, debe proyectarse sobre aquello sobre lo que se va a consentir, explicando todos los pormenores de la acción consentida, en especial los límites de la misma. A más información dada entre las partes, menos riesgos existirán de que se produzcan mal entendidos que puedan incluso conducir a un ilícito penal.

³¹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, 2004, p. 317

³² ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014. p. 32.

Si lo tratamos desde el prisma de este trabajo me parece preceptivo mencionar los delitos de *stealthing*, los delitos en los que el sujeto activo se quita sorpresivamente el preservativo sin avisar a su pareja sexual. El Tribunal Supremo, en su sentencia 3418/2024³³, unificó doctrina considerando abuso sexual (Tras nuestra reforma se trataría de agresión sexual) a esta práctica por entender que se ha producido un engaño sobre la conducta concreta, que dicha práctica no se puede entender como consentida porque se practica mediando engaño.

En segundo lugar, diferente es el caso, según se argumenta en esta sentencia, del engaño, o la falta de información sobre las circunstancias del sujeto activo. El engaño sobre las circunstancias personales, económicas, religiosas o étnicas para llevar a cabo una relación sexual, a pesar de tener otras connotaciones morales o éticas reprochables, se descarta como un ilícito penal. Por tanto, el alto tribunal sostiene esa diferenciación entre el engaño sobre la conducta (Se consiente una práctica, pero en realidad se lleva a cabo otra) y el engaño sobre la persona (Consientes mantener relaciones sexuales con una persona por una serie de circunstancias que luego se revelan falsas o inexactas. Por ejemplo, dice ser una persona millonaria y luego no es cierto); la primera de las conductas es delictiva, mientras que la segunda no. En estos términos se expresa nuestro Alto Tribunal en cuanto al consentimiento informado³⁴:

*Una penetración anal cuando solo se consintió la vaginal; o introducir en la cavidad genital un objeto, cuando solo se consintió el acceso digital, constituyen actos **sexuales** in consentidos. Por eso encajan en los [arts. 178](#) y [179](#); y no porque el **consentimiento** estuviese viciado por el engaño previo. Cuando la acción **sexual** desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay **agresión sexual**.*

³³ Sentencia del Tribunal Supremo 3418/2024 del 14/06/2024

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 603/2024 de 14/06/2024

En tercer lugar, la especificidad abarca el cuándo, cómo, qué, con quién y por qué. En definitiva, la acción consentida concreta. El hecho de consentir algo en un momento determinado no significa que dicho consentimiento deba darse otra vez, ni aun cuando se vuelvan a dar las mismas circunstancias. El consentimiento es específico, en el ámbito de la libertad sexual, para cada relación en concreto; la existencia de relaciones previas no puede suponer que se entienda que existe un consentimiento tácito. Tampoco el hecho de que se haya empezado consintiendo una relación supone que dicho consentimiento se proyecte sobre toda la relación; la retirada del consentimiento, aunque sea coetánea al acto, presupone la tipicidad de la conducta; además, los actos previos encaminados hacia una relación sexual no suponen que exista un acuerdo para mantener relaciones sexuales. Nuestro Alto Tribunal es claro en este aspecto y, como ejemplo, la Sala Segunda de lo Penal en su Sentencia 318/2016, expone que³⁵:

No es aceptable plantear, como hace el recurrente, que el consentimiento dado por la víctima en las primeras relaciones sexuales mantenidas, pueda conservar su eficacia en un momento posterior en el que la mujer ya no puede decidir ni consentir.

En cuarto lugar, tenemos la capacidad. Una persona debe tener capacidad legal e intelectual para poder disponer de sus bienes jurídicos, incluyendo la libertad sexual. Esto es relevante en el caso de las personas privadas de sentido, de los menores y de las personas con discapacidad. Si no existe una capacidad para comprender la significación de la acción que se llevar a cabo, tampoco existe el preceptivo consentimiento.³⁶ La víctima debe tener la capacidad intelectual y de discernimiento suficiente para comprender el alcance de su consentimiento. Es esencial que entienda que se trata de un hecho delictivo que afecta a un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. Además, el consentimiento debe ser otorgado libre y voluntariamente, sin

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 318/2016 de 28/01/2016

³⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales otra vuelta de tuerca”, en *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, 2012, pp. 281-300.

inducir a error a la víctima ni mediante engaños, ya que cualquier tipo de vicio invalidaría el consentimiento.³⁷

Por último el consentimiento se debe comunicar. Este punto es especialmente conflictivo tras la reforma por efectuada por la LO 10/22 que explicita que el consentimiento se debe manifestar por actos concluyentes e inequívocos. Es cierto que todo consentimiento debe estar consensuado por ambas partes y que para ello se requiere un canal de comunicación, no obstante, la sexualidad humana es compleja y lo que defiende nuestro ordenamiento jurídico es, como se rubrica en nuestro código penal, la Libertad Sexual. Tratar de acotar las múltiples maneras y los medios para comunicar dicho consentimiento puede llegar a poner límites no necesarios a dicha libertad sexual. La comunicación antes de llevar a cabo una relación sexual muchas veces no es verbal, en ocasiones ni siquiera se tiene un contacto previo de ningún tipo con la otra persona, y no por ello se tratan de relaciones sexuales plenamente consentidas.

4.2 CREACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. FASE INTERNA Y EXTERNA.

La Circular 1/2023 expone acertadamente que el consentimiento debe formarse correctamente.³⁸

Este se genera por los individuos y no tiene por qué compartirse con terceros, en un primer momento el consentimiento es interno y personal. El propio sujeto decidirá si quiere transmitir o comunicar dicho consentimiento a terceros; lo cual comprendería la fase externa del mismo. Ambas fases son independientes y pueden darse ambas, ninguna o bien solo una de ellas. Puede existir un consentimiento que no se haya comunicado, por tanto no existirá un ilícito penal y también puede comunicarse un consentimiento que se

³⁷ PUIG PEÑA, F. en *Derecho penal. Edit. Revista de Derecho Privado*. 2012 pp. 43-45.

³⁸ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la 18 reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

encuentra viciado o bien no existe (En ciertos supuestos de amenazas o intimidación).

La fase interna es el proceso mediante el cual el individuo recopila toda la información que considera relevante para analizar el caso que se le presenta. Como hemos mencionado anteriormente, la información es crucial; el individuo debe estar completamente informado sobre todos los aspectos que puedan influir o resultar de su aceptación, que como hemos destacado esta información debe cubrir los aspectos sobre la conducta que se vaya a practicar y no sobre las circunstancias personales de la otra parte. Además, es esencial que esta reflexión interna se realice sin interferencias o influencias externas, es decir, que la persona se sienta libre para tomar la decisión que considere más adecuada para el caso específico; como hemos visto el consentimiento viciado por intimidación vuelve típica la conducta. Asimismo, la persona debe ser capaz de comprender plenamente el alcance y las consecuencias de su aceptación; uno no puede consentir sin entender o comprender realmente lo que se le propone; lo cual está profundamente vinculado al instituto de la capacidad previamente expuesto.

Por otro lado, la fase externa supone la expresión o comunicación de dicho consentimiento. Nuestro código penal en este momento contempla que dicha expresión debe fundarse en actos concluyentes e inequívocos, básicamente debe tratarse de un consentimiento expreso. Si bien es preferible que exista una identidad lo más clara y expresa entre lo que se piensa (Fase interna) y lo que se lleva a cabo o se ejecuta (Fase externa), ya se ha matizado que en este ámbito de la vida humana donde es difícil reglar todas las conductas, pues se trata de defender la libertad, se imposibilita que siempre se puedan probar que dichos actos fueren concluyentes e inequívocos y tampoco se especifica que

se considera por concluyente e inequívoco, dejando dicha interpretación al órgano judicial en atención a las circunstancias concurrentes del caso.³⁹

4.3 CRÍTICA A LA REDACCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DADA POR LA LEY ACTUAL

Si bien desde una opinión jurídica (Y como en el siguiente punto se desarrollará en profundidad) valoro positivamente la adopción del modelo Solo Sí es Sí por nuestro ordenamiento, ya que cubre las deficiencias que se expondrán del modelo No es No; debo puntualizar una serie de críticas a la forma en la que la nueva ley exige dicho consentimiento.

En primer lugar, como he apuntado supra, nuestro ordenamiento no contiene ninguna definición de lo que es o no el consentimiento; ni en el ámbito penal ni en otro orden como el civil. En algunos delitos se especifican los requisitos que debe conllevar para que el mismo sea válido, pero no se define como tal. No obstante, consideramos preceptivo mencionar que el problema del consentimiento es una cuestión mayormente probatoria y no tanto conceptual, como se analizará en el último punto del trabajo.

El problema de la definición dada por la LO 10/22 reside en su tratamiento procesal; el hecho de que *“Sólo se entenderá que 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”* puede llevar a grandes problemas interpretativos sobre lo que se consideran actos claros en atención a las circunstancias; se está dando una única forma válida de expresar un consentimiento que, si bien no se expresa claramente, puede existir de forma implícita.

³⁹ Tirant lo Blanch. La definición del consentimiento | LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [En línea]. Disponible en: <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-la-definicion-del-consentimiento-lo-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>

El artículo 9.3 de nuestra Carta Magna⁴⁰ consagra el principio de seguridad jurídica, que se proyecta con especial intensidad en el derecho penal, al ser este especialmente restrictivo para con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Términos ambiguos e innecesarios como este pueden conllevar a interpretaciones dispares que peligrosamente rozarían el quebranto de dicho principio. Verbigracia, un silencio puede suponer (Y en muchas ocasiones supone) una negativa implícita que la otra persona implicada no debería interpretar como un sí; pero en otras puede tratarse de una conducta habitual en pareja que puede provenir de un pacto previo. Incluso un no verbal explícito, en un contexto previamente consensuado como un juego entre ambos integrantes. La expresión “de forma clara” puede encontrarse con supuestos plenamente consentidos que dependen de muchos factores a considerar; como se ha apuntado el consentimiento tiene dos modalidades, la fase interna y la externa; mientras el consentimiento interno (la voluntad que tenga el sujeto pasivo) exista, no habrá ilícito penal.

En esta línea, una de las demandas más acuciantes respecto al proceso penal consiste en evitar la doble victimización del sujeto pasivo. Con esta nueva redacción no se avanza en dicha materia; el elemento nuclear del tipo será si se ha dicho que sí y, en nueva adición, se precisará claridad en atención “a las circunstancias del caso”. Esto puede abrir una puerta a, desde nuestro modo de ver, un interrogatorio judicial basado en vestimenta, relaciones previas con el sujeto activo, vida sexual completa, horas de la noche, consumo de sustancias u otros pormenores de la situación que, como se ha demostrado en casos tan mediáticos como el de la Manada, causan un profundo sufrimiento en la víctima y no ayudan a entrar en la verdadera cuestión de fondo, el elemento del tipo nuclear, si existió o no consentimiento.⁴¹

⁴⁰ Constitución española. BOE núm.311, de 29/12/1978

⁴¹ ARANDA LÓPEZ, M., MONTES-BERGES, B., CASTILLO-MAYÉN, M. R., y HIGUERAS MIGUEL, M., “Escritos de psicología”, en *Escritos de Psicología*, Vol. 7, N° 2 (Mayo-Agosto 2014), 2014, pp. 11-18.

5. DIALECTICA ENTRE EL MODELO SÍ ES SÍ Y NO ES NO

5.1 NO ES NO

Como se ha expuesto supra en este trabajo, el punto de inflexión que tuvo nuestro legislador en esta materia ocurrió tras el polémico caso de “la Manada”. Hasta entonces, nuestro código penal punía todas las conductas realizadas sin consentimiento, pero no daba una respuesta adecuada, en términos de proporcionalidad, a situaciones sumamente lesivas que no podían ser tipificadas como agresión sexual al no haber existido una amenaza expresa o violencia física. Tampoco se daba (Y sigue sin darse, debido a su dificultad) una correcta definición de lo que se entiende por consentimiento y cómo este debe expresarse.

En definitiva, lo que existía antes en nuestro ordenamiento jurídico era el modelo conocido como “No es No”; el modelo en el que se requiere, al menos para los tipos más graves, que se exprese una negativa expresa (o tácita, pero evidente, como en el caso de personas privadas de sentido) para considerar la conducta como típica. Es decir, cuando el sujeto pasivo diga que no, la conducta será considerada como típica.

El problema, como se evidenció en el caso de la Manada, fue que jurídicamente el hecho de no expresar una negativa ante una intimidación ambiental fuerte, el hecho de “dejarse hacer” ante el miedo interno de sufrir unas consecuencias más graves, en algunos casos consistía en violaciones que no eran castigadas como debieran al no contemplar el tipo de agresión sexual estos supuestos.

El modelo del No es No, no perseguía adecuadamente los casos en los que por varios motivos el sujeto pasivo no podía expresar su voluntad; sin duda, se han cometido injusticias materiales en los supuestos de sumisión química e intimidación ambiental, donde la conducta típica en ocasiones era mucho más lesiva para el sujeto pasivo que mediando intimidación o violencia.

De la dicción literal del antiguo artículo 181.2 CP se establece que los delitos de sumisión química serían perseguidos como delito de abuso sexual:

Se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido, o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto

La repercusión de esta redacción ocasionó sentencias como la SAP Santiago de Compostela 22/02/2019⁴² en la que el sujeto activo fue condenado solo a 4 años de prisión tras someter químicamente a la víctima. El tribunal arguyó que no había existido consentimiento, pero que no había mediado violencia o intimidación; además, no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Por tanto, es engañoso pensar que "si no se enteró", el atentado contra su libertad sexual no se considera equivalente. Es fundamental destacar la angustia, el horror y la ansiedad que la víctima experimentaba al enterarse después, al no poder recordar, y al sentirse aún más ultrajada por no haber podido defenderse debido a su estado. No ser consciente, o serlo solo de manera fragmentada, no disminuye en absoluto el sufrimiento psicológico del ataque sexual sufrido.

En este contexto, uno de los problemas principales de los delitos contra la libertad sexual es que quien induce a una persona a un estado de sumisión psíquica le priva tanto de la capacidad de consentir como de la de rechazar el acto. Esto resulta en la anulación de su voluntad sexual, como claramente establece la ley al indicar que se actúa "anulando la voluntad de la víctima".

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela 21111/2019 de 22/02/2019

La anulación de la voluntad de la víctima añade un grado adicional de gravedad tanto a la acción en sí como a las consecuencias y secuelas que deja en la víctima, como se ha observado en la sentencia mencionada.

Por estas razones, la doctrina mayoritaria tiene la opinión, que en este trabajo se defiende firmemente, de que los casos en los que el agresor provoca la sumisión química deberían ser calificados penalmente como agresiones sexuales; tal y como la ley actual recoge.

Sin duda, el modelo No es No tiene defectos importantes a la hora de delimitar las agresiones sexuales y el abuso. Esto llevo al legislador español a reformar el Código Penal y cambiar el paradigma, poniendo el foco en el consentimiento expreso e introduciendo el modelo “Solo Sí es Sí”.

5.2 MODELO “SOLO SÍ ES SÍ”

Este nuevo planteamiento viene recogido en la nueva redacción del delito de agresiones sexuales de manera expresa:

Solo se entenderá que 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

Con esta redacción se puede aprehender que, todos los actos sexuales que no hayan sido consentidos claramente por el sujeto pasivo entran dentro del concepto de agresión sexual. Además, posteriormente se enumeran las conductas que siempre se consideraran agresión sexual, añadiendo un plus de seguridad jurídica y lanzando un mensaje de refuerzo de este nuevo paradigma:

Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental

se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Si bien es cierto que en algunos casos de menor gravedad la equiparación del abuso y la agresión pudiere ser una medida penal demasiado excesiva que no se vería justificada por gran parte de la doctrina al entender que la agresión sexual está “un escalón por encima” respecto al abuso atendiendo a la gravedad del ilícito⁴³; en este trabajo se defiende que se ponga el foco en el consentimiento del sujeto pasivo y que se procure que no ocurran injusticias materiales por una cuestión condicional como puede ser la inexistencia de violencia o intimidación en lo que jurídicamente debiere ser equiparable a una agresión sexual por la gravedad del ataque a la libertad o indemnidad sexuales; es decir, conductas que no requieren de violencia o intimidación pudieran ser igual de reprochables penalmente.

No obstante, como se ha introducido en puntos anteriores, el “modelo Sí es Sí” también tiene sus inconvenientes; principalmente cuando se generan síes tácitos. Del tenor literal de la norma se extrae que cuando el sujeto pasivo no exprese externamente su consentimiento se estará cometiendo un ilícito penal. En este sentido, se acota la libertad sexual del individuo al no permitir que exista el consentimiento tácito. Como se apunta en otro punto de este trabajo, la formación del consentimiento tiene dos fases, la interna y la externa. Es la fase interna la verdaderamente relevante y nuclear en este delito, la voluntad del sujeto pasivo para con el acto que se esté llevando a cabo.

A modo ejemplificativo, una pareja sexual podría tener un acuerdo previo de simular unas relaciones en las que faltase consentimiento. En este acto, el “sujeto pasivo” (Que no sería tal, pues en este trabajo no se defiende que la acción descrita merezca reproche penal) externamente podría tener una actitud pasiva o, incluso si así han acordado, de aparente resistencia, pero en realidad sería una acción previamente consensuada. Evidentemente, se exige que este

⁴³ VIDAL MARTINEZ, M. en *Diario La Ley*, N° 9750, 2020 pp. 27-29

acuerdo previo se valore “en atención a las circunstancias del caso”, permite que esta conducta plenamente consentida en el fuero interno de ambos participantes no tenga consecuencias penales; se introduce un problema probatorio nuevo, cómo deben ser esos actos para expresar claramente la voluntad de la víctima; mientras que tampoco soluciona los antiguos problemas de prueba que existían con anterioridad.

Este precepto, que recoge el tipo de agresión sexual, dispone que serán las «circunstancias de cada caso» las que determinarán si hubo consentimiento o no. Sin embargo, no se requiere necesariamente un consentimiento afirmativo, expreso y oral de la víctima para considerar que hubo consentimiento para el acto sexual. Para determinarlo, se deben evaluar las «circunstancias del caso», es decir, los actos anteriores y concurrentes que ocurrieron en el momento del acto sexual.

Esto nos lleva a una cuestión relacionada con la prueba y la preservación de la presunción de inocencia, que no se pierde en los juicios por delitos sexuales. No se otorga, de hecho, un mayor valor a la declaración de la víctima sobre la del acusado. La presunción de inocencia no varía según el tipo de delito.

La protección de las víctimas no debe confundirse con la vulneración de la presunción de inocencia.

La Circular 1/2023 contempla que⁴⁴:

En consecuencia, para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del art. 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por consiguiente, deben considerarse no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento

⁴⁴ Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la 18 reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento. Se impone así un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual. Esta indagación se dirige a contrastar, por tanto, la existencia o inexistencia de consentimiento. Debe recordarse, asimismo, que nos encontramos ante modalidades delictivas que admiten el dolo eventual.

Por tanto, se exige una diligencia al sujeto activo que deberá comprobar de forma previa y coetánea a la relación sexual que existe ese acuerdo por parte de su pareja sexual que se proyecta sobre la inminente relación sexual. De nuevo, señalo que la introducción de la valoración de las circunstancias concurrentes del caso posibilita que la exigencia de actos claros no roce la inconstitucionalidad por vulnerar la libertad sexual; pero vemos que en estas situaciones no se otorga la suficiente seguridad jurídica al no especificar que se entiende por actos que expresen claramente la voluntad de la víctima.

En este trabajo también quiero defender la diferencia entre el consentimiento presunto y el consentimiento tácito. El consentimiento no se debe presumir, ninguna persona puede presumir que la otra persona consiente mantener relaciones sexuales sin haber empleado la diligencia para conocer la voluntad de la víctima. En caso de albergar dudas y llevar a cabo la acción, para el supuesto de que efectivamente no existiera consentimiento, nos encontraríamos ante una agresión sexual con dolo eventual, pues se pudo prever con anterioridad el riesgo producido y no se hace nada para evitarlo.

Lo primero que debe ser descartado que el agresor pueda presuponer el consentimiento, ni interpretarlo sobre la base de hechos aisladamente considerados. En este sentido, el consentimiento se encuentra por encima de cualquier interpretación subjetiva, como el significado que el agresor podría darle a las vestimentas de la víctima, el modo de actuar, ya que estos

elementos no pueden equipararse individualmente a la provocación o legitimación de los delitos de agresión.

Nuestro Tribunal Supremo establece la diferencia entre el consentimiento tácito, que es el presente en el fuero interno, pero no manifestado expresamente por el sujeto, el cual es intrínseco a las relaciones sexuales humanas, que surgen muchas veces por actos encaminados a ellas y no por la manifestación oral y escrita de los intervinientes; y, por otro lado, el consentimiento presunto, que es el presupuesto por el sujeto activo el cual no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la otra parte por hechos como la vestimenta, la actitud previa o la vida sexual del sujeto pasivo. En estos términos se expresa nuestro Alto Tribunal, en su Sentencia⁴⁵ (del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2023)

El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales

En definitiva, es preceptiva la exigencia de una diligencia previa para comprobar que existe un acuerdo por ambas partes para mantener relaciones sexuales y también en este trabajo defendemos que el modelo “solo Sí es Sí” es jurídicamente más justo que el “No es No” permitiendo castigar debidamente conductas como la del caso de la Manada o los preocupantes casos de sumisión química que han proliferado en los últimos tiempos; donde la inexistencia de un no expreso provoca una punición más leve para conductas que, en ocasiones, son igual o más lesivas para el bien jurídico tutelado.

No obstante, entiendo que es criticable la veloz redacción de la ley y los conceptos populistas introducidos que son una suerte de derecho penal

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19/01/2023



simbólico. Introducir conceptos como “actos que expresen claramente la voluntad” del sujeto pasivo, supone un acotamiento de libertad sexual que no salva la especificación de “en atención a las circunstancias del caso”, pues esto impone otro elemento valorativo abstracto al poder judicial cuando aún no se ha dado una respuesta satisfactoria a los problemas de prueba previos, que básicamente residen en la dificultad probatoria de unos delitos que mayoritariamente se producen en el seno del hogar, lejos de miradas de terceros y, en ocasiones, con la única prueba del testimonio de la víctima.

6. PROBLEMAS DE PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO. “TEST JURISPRUDENCIAL”

Como ya se ha introducido a lo largo de este trabajo, la principal problemática que tiene el consentimiento, como piedra angular de los delitos de agresión sexual, es su prueba ante un tribunal.

Cuando el agresor realiza esta conducta, por sus propias características, se asegura especialmente de que nadie pueda presenciar los hechos delictivos cometidos; de hecho, el 51% de los delitos contra la libertad sexual, registrados en 2022, se produjeron en el interior de viviendas. En muchas ocasiones las lesiones corporales peritadas no son graves, concretamente en el 80% de los casos.⁴⁶

Estos dos condicionantes provocan que en no pocas ocasiones la única prueba de cargo que se tiene consista en el testimonio de la víctima. Emitir una sentencia condenatoria con una única prueba, el testimonio del sujeto pasivo, puede llegar a rozar la vulneración de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna⁴⁷, pero excluir la validez de esa única prueba para fundamentar una sentencia condenatoria, es decir, adoptar el *testimonium unius non valet* generaría una multitud de sentencias injustas materialmente en las que se dejaría a muchísimas víctimas desamparadas por la justicia.

Por este motivo, por la situación clandestina que llevan aparejada estos delitos, para que dicha prueba sea válida, para que se pruebe que no existió consentimiento o que el mismo se encontraba viciado, es necesario según constante y pacífica Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales que sea real, válida, lícita y suficiente.

⁴⁶ BALLESTEROS-DONCEL, E., BLANCO MORENO, F., y RUBIO MARTÍN, M. J., “¿Dónde están las heridas? Impactos de las agresiones sexuales en la vida de las víctimas: valoraciones y desatenciones”, en *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, 19(2), 2024, pp. 167-182.

⁴⁷ España. Constitución española. BOE núm.311, de 29/12/1978

Los tribunales deben tener en cuenta que, en casos de declaración de la víctima de un delito, estos testimonios deben ser tomados en consideración desde un prisma diferente al de las declaraciones de testigos ajenos. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo 2182/2018 de 13/06/2018⁴⁸:

La víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima, y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba (...) No es tan sólo quien ha visto un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

Es decir, la posición de credibilidad del sujeto pasivo debería ser más fuerte, cumpliendo con los requisitos pertinentes, que la de un testigo ajeno, pues es quien ha experimentado en su propio cuerpo los efectos del delito. Esta sentencia aporta un plus a la hora de fortalecer la eficacia de cargo de la prueba testifical de la víctima cuando sea el único elemento de prueba en el proceso.

6.1 DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA SER LA ÚNICA PRUEBA DE CARGO: REQUISITOS

Para que la declaración de la víctima pueda fundamentar una condena, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y otros tribunales exigen ciertos criterios: que no haya incredibilidad subjetiva, que la declaración sea verosímil y que haya consistencia en la acusación. Es importante notar que no es obligatorio que estos tres criterios se cumplan todos a la vez para que el tribunal considere la declaración de la víctima como prueba válida. Estos son más bien lineamientos orientativos y no excluyen la consideración de otros factores. Incluso si alguno de estos criterios no favorece completamente la credibilidad

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 2182/2018 de 13/06/2018

del testimonio de la víctima, el tribunal puede aún aceptarlo como prueba válida siempre que explique claramente las razones para hacerlo.⁴⁹

Siguiendo los criterios establecidos en la sentencia 554/2016⁵⁰, que es la sentencia de la que he extraído las referencias jurisprudenciales, los requisitos preceptivos para que fundamentar una condena en base al testimonio de la víctima son los siguientes.

6.1.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva

Los dos elementos que la configuran son las características físicas o psicoorgánicas de la víctima y la ausencia de móviles o intereses espurios.

Respecto al primer elemento, al igual que siempre que se valora la declaración testifical los jueces deberán analizar la edad de la víctima, su grado de madurez, la ausencia de enfermedades mentales como la esquizofrenia o la drogadicción o cualquier otra condición orgánica o psicológica que pueda desvirtuar la credibilidad del testimonio dado.

En relación con el segundo elemento, no deben existir intereses espurios, es decir, que existiera un móvil que llevase a la presunta víctima a denunciar por odio, venganza o resentimiento. Respecto a este motivo, los tribunales ya han explicado que el ánimo de justicia, es decir, la voluntad y finalidad de que se haga justicia, no es asimilable a un interés espurio, pues en prácticamente todos los delitos, el denunciante (O querellante) tiene interés en la condena del sujeto activo y no por ello debemos mermar la validez de su testimonio.

Un ejemplo de intereses espurios viene expuesto en la STS 307/2018⁵¹ mediante la cual se anula una condena de agresión sexual por el Tribunal Supremo. En esta, el Tribunal Supremo señala que se prescinde *de toda referencia a que existió una proximidad temporal entre aquella denuncia y la*

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 305/2017, de 27/04/2024

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 554/2016, 23/06/2024

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 307/2018, 27/02/2018

demanda de divorcio; ejemplificando como una relación de enemistad provocada por un divorcio, o cualquier otra situación, puede desvirtuar en parte el testimonio de la víctima.

Pero no debemos entender estos elementos como preceptivos, solo son indiciarios para la posterior decisión del juez, en ningún caso son necesarios ni concluyentes. El testimonio de una persona no debiera ser automáticamente desestimado por presentar una enfermedad mental o tener una relación de enemistad manifiesta con su agresor; eso sería injusto y vulneraría la tutela judicial efectiva. Son solo elementos que coadyuvan junto con los demás y que se deben valorar en su conjunto mediante las reglas de la sana crítica.

6.1.2 Verosimilitud

Por un lado, la declaración de la víctima del delito debe ser lógica, en el sentido de que debe ser posible dicho relato, que no debe tratarse de hechos que por su propio contenido sean insólitos.

Por otro, el testimonio de la víctima debe apoyarse en datos objetivos periféricos que puedan llegar a avalar la manifestación subjetiva de la víctima de los hechos. No se tiene que tratar de pruebas, sino de hechos fácticos que se puedan demostrar y que aporten objetividad al relato subjetivo.

Estos datos objetivos pueden ser de distinta índole para tratar de demostrar que no existió dicho consentimiento; declaraciones de testigos, parte de lesiones, informe psicológico de la víctima o incluso del agresor; en definitiva elementos comprobables que se puedan comprobar y no dependan de la percepción subjetiva de la víctima.

Ejemplos de dichos datos objetivos, podemos encontrarlo en infinitud de sentencias de tribunales a lo largo de la geografía española; pero utilizaré la STS 106/2014 del 10 de febrero⁵² para ejemplificar como nuestro Alto Tribunal

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo 106/2014 del 10/02/2014

utiliza dichos elementos periféricos objetivos para motivar la verosimilitud del testimonio de la víctima:

A las declaraciones de la víctima se añade abundante prueba periférica que corrobora la versión de aquella. Así, en primer lugar, obra en autos el informe pericial llevado a cabo por las peritos psicólogas del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que fue ratificado en el acto del juicio oral, que contestaron a las preguntas que se les formularon en dicho acto, y pusieron de manifiesto que la menor es receptiva y sensata, comprende lo que es verdad y mentira, y sabe valorar la intención de los demás. En definitiva, afirmaron que el relato de la menor, en el examen psicológico practicado, presenta netas características de estructura lógica y consistente y concluyen, aplicando los protocolos vigentes al uso, que el relato de la menor sobre los hechos denunciados es perfectamente creíble. Por otra parte, obra en autos el informe psicológico de una perito, ratificado también en el acto del juicio oral, donde se ponen de manifiesto los síntomas que presentaba Adoración a consecuencia de la agresión sexual sufrida. Y finalmente obra en la causa un informe, ratificado en el acto del juicio oral, del psiquiatra infantil en el que se manifiesta que la menor estuvo en tratamiento médico durante un año.

Podemos apreciar como se emplea elementos periféricos, como pueden ser informes periciales llevados a cabo por expertos independientes, para tratar de aportar objetividad al relato de la víctima, que trasciende la percepción del sujeto pasivo teniendo signos o consecuencias externas que se pueden tratar de verificar.

La STS 545/2017, de 12 de julio,⁵³ por continuar con la ejemplificación, utiliza como prueba periférica las declaraciones de la Guardia Civil que socorrió a una víctima de agresión sexual en una playa; también se emplea el testimonio de un testigo y dos informes periciales que corroboran signos que indican la agresión en cuestión; así como indican arañazos en varias zonas del

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 545/2017, de 12/07/2017

cuerpo que indican una posible resistencia y la falta del preceptivo consentimiento. La convicción interna por si sola difícilmente, sin apoyarse en un proceso lógico y racional, podrá desvirtuar la presunción de inocencia del encausado. Dice así el Tribunal Supremo en la citada sentencia:

(...) no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

6.1.3 Persistencia en la incriminación

El último elemento que los magistrados utilizan para motivar o no la falta de consentimiento consiste en que el testimonio de la víctima debe cumplir tres requisitos para que se considere que existe persistencia en la incriminación, en este sentido la STS de 5 de febrero de 2019⁵⁴ señala que:

(...) el criterio evaluativo de la persistencia en la incriminación, precisa de la confluencia de una serie de premisas en las que descansa la racionalidad de la aceptación del testimonio. Puesto que los acontecimientos fácticos son inmutables una vez acaecidos, el relato que se preste para narrarlos debería estar normalmente carente de modificaciones esenciales entre las sucesivas declaraciones prestadas por una misma persona, esto es, debe apreciarse una coincidencia sustancial de las diversas declaraciones. Es lógico también que la descripción se acompañe de una cierta concreción, en el sentido de prestarse el testimonio sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, narrando las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Y debe ser coherente, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. (...) La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios,

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 57/2019 de 5/02/2019

no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones

Desgranando este extracto jurisprudencial, puedo decirse que es preceptivo que, en primer lugar, que no existan variaciones esenciales o fundamentales en las diversas declaraciones de la víctima. Evidentemente, la otra parte tiene la garantía de poder tratar de desvirtuar su testimonio con la inexactitudes, contradicciones e incongruencias que puedan surgir a lo largo de las distintas fases del proceso. La jurisprudencia no exige una identidad exacta y literal entre las diversas declaraciones, pero sí exige una línea argumentativa lineal y más o menos uniforme que pueda resultar en una referencia sólida que funde la acusación de una forma verosímil y lógica.

También se exige concreción en la declaración, que el testimonio no sea ambiguo, que sea detallado y que, concisamente, exponga los hechos de la forma que otro sujeto en la misma situación y habiendo vivido los mismos hechos pudiera hacer.

Por último se exige coherencia, el relato debe ser consistente y libre de contradicciones, manteniendo una conexión lógica entre sus diferentes partes. La variación en detalles secundarios o anecdóticos no debe considerarse una falta de coherencia, ya que estos cambios suelen reflejar incertidumbre en aspectos menores y no en lo esencial. Lo importante es que los aspectos principales del relato, que son los que tienen un mayor impacto emocional, permanezcan claros y constantes en la memoria de la víctima.

6.2 LOS GRANDES FALLOS DEL “TEST JURISPRUDENCIAL”

Como hemos dicho existen grandes fallos a la hora de probar que existe o no consentimiento, al tratarse este de una expresión de la voluntad del sujeto.

En adición, los requisitos que se exigen en muchas ocasiones no son demostrables.

Respecto a la ausencia de incredulidad subjetiva, hay ocasiones en las que la víctima, por su grado de madurez, por sus condiciones psicológicas o por otros condicionantes, puede llevar al tribunal a no ver creíble su testimonio por dichos aspectos. Una persona que presente una grave oligofrenia puede ser agredida sexualmente y no cumplir este requisito por dicha condición psicoorgánica sin que ello suponga que dicho consentimiento no existía. Por otro lado, que el otro requisito sea que no existan intereses espurios en muchos casos resulta imposible, pues en muchas ocasiones se lleva a cabo la agresión porque media o existe una relación de enemistad manifiesta entre los sujetos, más habitualmente en el caso de parejas o exparejas. La SAP 1595/2020 de la Audiencia Provincial de Valencia del 16 de abril de 2020⁵⁵ narra los siguientes hechos probados:

(...) le pidió a Zulima subir a la planta de arriba, a la habitación, con el fin de evitar que, su madre y la hija en común siguieran presenciando la discusión que estaban manteniendo. Una vez en ella, Romualdo le dijo a la denunciante que quería hacerlo una última vez y le pidió que se quitase el pantalón, ante su negativa, el procesado comenzó a forcejear con ella y consiguió quitarle el pantalón del pijama y el tanga que llevaba puesto, diciéndole "si has tenido cojones para tener relaciones sexuales con otro chico, tienes que tener cojones para tenerlas conmigo por última vez".

Un divorcio se consideraría un interés espurio que podría indicar que la víctima ha denunciado al presunto agresor como forma de venganza; no por existir, o ser verosímil que exista, una enemistad manifiesta se debería desvirtuar el testimonio de la víctima. Por lo que este requisito, de tenerse en cuenta, en muchos casos posibilitaría que se produjera una injusticia material.

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 1595/2020 del 16/04/2020

Por otro lado, la verosimilitud, como he apuntado, exige que el testimonio de la víctima se apoye en hechos periféricos objetivos en los que se sustentaría el testimonio, es decir, que prueben la falta de consentimiento o de acuerdo del sujeto pasivo. En no pocas ocasiones, estos delitos no dejan elementos periféricos que puedan probar esta situación, pues no todas las agresiones sexuales dejan señales físicas, testigos o conversaciones de prueba. En otras ocasiones, los datos preguntados por las partes carecen de utilidad para probar si existió o no consentimiento, no solo resultando triviales, si no suponiendo una culpabilización de la víctima que es interrogada sobre hechos ajenos al suceso que pertenecen a su esfera de libertad e intimidad. En este sentido la LO 10/22⁵⁶, muy acertadamente en opinión del autor de este trabajo, introdujo en su disposición final primera lo siguiente:

El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

Preguntas como la vestimenta, las parejas sexuales previas u otras conductas de la víctima no relacionadas, siquiera secundariamente, con el caso concreto, debieran dejarse al margen de la justicia; pues se puede inferir de esto ciertas notas moralizantes relacionadas con el honor (Sobre todo de las mujeres) que apuntarían a épocas preconstitucionales que nuestro ordenamiento jurídico debiera dejar atrás.

Por último, respecto a la persistencia en la incriminación, es crucial considerar las particularidades psicológicas de las víctimas de agresión sexual, tal como lo señalan GONZÁLEZ FERNANDEZ, J y PARDO FERNÁNDEZ, E en

⁵⁶ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

su obra *El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual*.⁵⁷ En muchas ocasiones, se espera que las víctimas proporcionen relatos consistentes, detallados y sin variaciones esenciales, lo cual puede ser una expectativa irreal e injusta. Esto se debe a que las víctimas de tales experiencias traumáticas suelen sufrir daños psíquicos graves que pueden manifestarse de diversas maneras, entre ellas, la amnesia o la hipermnesia de los acontecimientos traumáticos.

Estos fenómenos, la amnesia y la hipermnesia, se refieren respectivamente a la incapacidad para recordar detalles de los eventos traumáticos o, por el contrario, a una exacerbada y abrumadora cantidad de recuerdos detallados y vívidos. Estas alteraciones en la memoria no solo son comunes, sino también comprensibles, dado el profundo impacto emocional y psicológico que sufren las víctimas. Además, la reacción emocional ante la rememoración de los hechos puede variar significativamente con el tiempo, lo cual puede influir en cómo se narran los sucesos en diferentes momentos. En este sentido, la coherencia y concreción exigidas por el sistema judicial pueden no ser posibles ni justas, ya que la naturaleza del trauma afecta directamente la capacidad de las víctimas para recordar y narrar sus experiencias de manera lineal y sin cambios.

Es fundamental que las instituciones judiciales y los profesionales involucrados comprendan estas dinámicas y no interpreten las inconsistencias en los relatos como indicadores de falta de veracidad. La experiencia traumática es compleja y puede manifestarse de muchas maneras, y las expectativas de consistencia absoluta en los testimonios de las víctimas pueden llevar a una revictimización y a una injusta desestimación de sus denuncias. Por lo tanto, es esencial adoptar un enfoque empático y comprensivo que reconozca la legitimidad de las variaciones en el relato de

⁵⁷ GONZALEZ FERNANDEZ, J ; PARDO FERNANDEZ, E. . “El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual” en *VIII Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis, 2007*

una víctima como parte natural de su proceso de recuperación y expresión del trauma vivido.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha evidenciado un progreso significativo en la conceptualización y tratamiento del consentimiento sexual en la legislación española, desde el Código Penal franquista de 1944 hasta la normativa vigente. En el pasado, el enfoque sobre los delitos sexuales estaba impregnado por una visión conservadora y restrictiva, que limitaba la protección de las víctimas y mantenía una comprensión reduccionista del consentimiento. Esta situación ha evolucionado notablemente, especialmente en respuesta a eventos de gran relevancia social y legal, como el caso de "La Manada" de Pamplona en 2016. En este caso, cinco hombres fueron condenados por abuso sexual, generando una gran controversia debido a la interpretación judicial del requisito de la intimidación, considerándolo prevalimiento, y la insuficiencia de la sentencia, lo que llevó a una revisión pública y legal sobre cómo estos delitos deben ser castigados.

Asimismo, la adhesión de España al Convenio de Estambul, ratificado en 2014, ha sido un hito crucial en la reforma legal. Este tratado internacional obliga a los países firmantes a tomar medidas efectivas para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia sexual. La necesidad de adecuarse a estos estándares internacionales y la presión social derivada de casos subestimados, como los de sumisión química o el propio caso de "La Manada", propiciaron una reforma profunda en el tratamiento legal de los delitos sexuales.

La Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual introdujo cambios significativos al unificar los tipos de agresión y abuso sexuales, eliminando la distinción previa y estableciendo un solo marco

penológico de referencia. Sin embargo, esta reforma ha tenido consecuencias imprevistas, como la reducción del marco penológico que permitió la rebaja de penas para muchos condenados. Además, aunque la reforma establece que el consentimiento debe manifestarse a través de "actos claros e inequívocos, en atención a las circunstancias", no ofrece una definición precisa de consentimiento, lo cual deja un vacío en la ley. Esta falta de claridad puede restringir el derecho a la libertad sexual del individuo, al imponer una carga probatoria difícil de cumplir y no resolver adecuadamente los problemas de prueba del consentimiento.

El tema del consentimiento sigue presentando un gran reto probatorio. Los criterios establecidos por la jurisprudencia no siempre son suficientemente seguros para desvirtuar la presunción de inocencia. Los movimientos feministas han subrayado que, a pesar de los avances, las mujeres siguen enfrentando barreras significativas para que se reconozcan sus experiencias de violencia sexual. La dificultad para probar el consentimiento, especialmente en situaciones donde la comunicación no es explícita o se encuentra bajo coerción, sigue siendo un obstáculo importante en la protección de los derechos de las víctimas.

En conclusión, aunque la legislación ha avanzado en la protección de la libertad sexual y el reconocimiento de la importancia del consentimiento, persisten desafíos importantes en su aplicación práctica. Las reformas recientes han dado pasos importantes, pero también han revelado nuevas problemáticas que deben ser abordadas con urgencia para asegurar un correcto funcionamiento de la administración de justicia. La necesidad de una definición más precisa del consentimiento y de mecanismos probatorios más efectivos sigue siendo una prioridad para avanzar en la protección de los derechos de todas las personas, especialmente en el contexto de la violencia sexual.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Agresión y abuso sexuales”, en *Tratado de derecho penal español parte especial. IV*, ALVAREZ GARCÍA F.J (Dir) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2024, p. 1092.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, 2023, pp. 1-28.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “La libertad sexual en peligro”, en *Diario La Ley*, nº 10007, 2022, pp. 1 y ss.

ALTUZARRA ALONSO, I., “El Delito De violación En El Código Penal español: Análisis De La difícil delimitación Entre La intimidación De La agresión Sexual Y El Prevalimiento Del Abuso Sexual. Revisión a La Luz De La Normativa Internacional”, en *Estudios De Deusto*, 68 (1), pp. 511-558.

ARANDA LÓPEZ, M., MONTES-BERGES, B., CASTILLO-MAYÉN, M. R., y HIGUERAS MIGUEL, M., “Escritos de psicología”, en *Escritos de Psicología*, Vol. 7, Nº 2 (Mayo-Agosto 2014), 2014, pp. 11-18.

BALLESTEROS-DONCEL, E., BLANCO MORENO, F., y RUBIO MARTÍN, M. J., “¿Dónde están las heridas? Impactos de las agresiones sexuales en la vida de las víctimas: valoraciones y desatenciones”, en *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, 19(2), 2024, pp. 167-182.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. II, Cuenca, 2001, pp. 24 y ss.

CASAS BARQUERO, E., *El consentimiento en el Derecho Penal*, en Universidad de Córdoba, 1987

DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Madrid, Cólax, 1995,

ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, B., *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014

GIMBERNAT ODEIG, E., “Solo sí es Sí”, *Diario del Derecho*, Artículo. Disponible en línea: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551 [Fecha de última consulta: 08/08/2024].

GONZALEZ FERNANDEZ, J.; PARDO FERNANDEZ, E., “El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual” en *VIII Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis*, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual”. en *Diario La Ley*, Nº 10143, 2022. pp. 1034 y ss.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, 2004

PÉREZ PORTO, J., y MERINO, M., “Definición de consentimiento. Qué es, Significado y Concepto”. *Definicion.de*, 20 de octubre de 2010. Disponible en línea: <https://definicion.de/consentimiento/>

PUIG PEÑA, F., en *Derecho penal*. Edit. Revista de Derecho Privado. 2012 pp. 43-45.

RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales otra vuelta de tuerca”, en *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, 2012, pp. 281-300.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., Disponible en línea en: <https://dle.rae.es>

SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “El concepto de violencia y el problema de la 'sumisión química' en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2019, 5 Especial. pp. 1-26.

SECCIÓN FEMENINA, *El libro de las Margaritas*, Madrid 1940 passim.

TIRANT LO BLANCH. *La definición del consentimiento / LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* [En línea]. Disponible en: <https://tirant.com/actualidad-juridica/noticia-la-definicion-del-consentimiento-lo-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>.

VIDAL MARTÍNEZ, M., en *Diario La Ley*, Nº 9750, 2020 pp. 27-29.

ANEXO LEGAL

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. «BOE» núm. 137, de 6/06/2014

Constitución española. BOE núm.311, de 29/12/1978

Decreto por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. Boletín Oficial del Estado. 13/01/1945

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. «BOE» núm. 104, de 1/05/1999

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. «BOE» núm. 215, de 07/09/2022.

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. «BOE» núm. 101, de 28/04/2023.

Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Jueves, 25/02/2021

Ministerio del Interior. Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España 2022 (NIPO 126-21-003-4) Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/informe-sobre-delitos-contra-la-libertad-e-indemnidad-sexual-en-Espana/Informe_delitos_contra_libertad_sexual_2022_126210034.pdf

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la 18 reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6/09/2022

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 1291/2005 de 12/08/2005

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 106/2014 del 10/02/2014

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 318/2016 de 28/01/2016

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 554/2016, 23/06/2016

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 305/2017, de 27/04/2017

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 545/2017, de 12/07/2017

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 307/2018, 27/02/2018

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 2182/2018 de 13/06/2018

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 57/2019 de 5/02/2019

Sentencia Tribunal Supremo Sala de lo Penal 344/2019 de 15/05/2019

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 4891/2020 de 19/01/2023

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 523/2023 de 29/06/2023.

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal núm. 603/2024 de 14/06/2024

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal 3418/2024 del 14/06/2024

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, 38/2018 de 20/03/2018

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela 21111/2019 de 22/02/2019

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 1595/2020 del 16/04/2020

UC

