

EL CONSENTIMIENTO SEXUAL. ELIMINACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUALES. PROPUESTAS NORMATIVAS*

Sexual Consent. Elimination of the Distinction Between Sexual Abuse and Sexual Assault. Policy Proposals

TERESA PERAMATO MARTÍN**

Fecha de recepción: 21/03/2021

Fecha de aceptación: 10/01/2022

acfs, Protocolo II (2022), 191-224

ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716

<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.25187>

RESUMEN Tras el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se han llevado a cabo diversas iniciativas legislativas en torno a las denominadas violencias sexuales que han desembocado en la L.O. 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

En este trabajo se pretenden abordar dos de las cuestiones más importantes de esta Ley, el consentimiento expreso y la eliminación de la distinción entre abuso sexual y agresión sexual, todo ello, partiendo de la realidad a que se quiere dar respuesta, de las obligaciones asumidas a nivel internacional y del análisis del derecho comparado, sin olvidar la ineludible perspectiva de género y, por su puesto, teniendo en cuenta los informes el Consejo Fiscal y el CGPJ al anteproyecto y las enmiendas presentadas al articulado del proyecto presentado el 07/07/2021

Palabras clave: violencia sexual; consentimiento afirmativo; abuso sexual; agresión sexual.

ABSTRACT Following the State Pact against Gender Violence, there have been various legislative initiatives regarding the so-called "sexual violences". These initiatives have led to the Organic Law 10/2022 on the Integral Guarantee of Sexual Freedom.

In this paper we intend to address two of the most important issues of this project, the express consent and the elimination of the distinction between sexual abuse and sexual assault, all this, based on the reality to which we want to respond, the obligations assumed at the international level and the analysis of comparative law, without forgetting the unavoidable gender perspective and, of course, taking into account the reports of the Public

* Para citar/citation: Peramato Martín, T. (2022). El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, pp. 191-224.

** Fiscal de sala contra la violencia sobre la mujer. Fiscalía General del Estado. C/ Ortega y Gasset, 57. 28006 Madrid. teresa.peramato@fiscal.es

Prosecutor Council and the General Council of the Judiciary to the draft and the amendments to the articles of the project presented on 07/07/2021.

Keywords: sexual violence; affirmative consent; sexual abuse; sexual assault.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto el legislador como el aplicador de la norma penal vienen obligados a conocer la realidad social a que se pretenda dar respuesta. Para conocer esa realidad no se puede prescindir de los estudios de prevalencia y de aquellos que ponen negro sobre blanco los daños y efectos que sufren las víctimas, en este caso de violencia sexual.

Entre los primeros es procedente recordar a nivel global, el “Estudio multipaís de la OMS” del año 2005¹, en el que se facilitaron datos en relación con 10 países que resultaron verdaderamente alarmantes y, así se dice que, entre 0.3 y 12% de las mujeres dijeron haber sido forzadas después de los 15 años a tener relaciones sexuales o a realizar un acto sexual por alguien que no era su pareja [entre los autores citados destacan extraños, novios y miembros varones de la familia (sin incluir a los padres) o amigos varones de la familia].

La encuesta de 2011² de prevalencia de violación en Sudáfrica pusieron datos relacionados con el agresor verdaderamente escalofriantes pues nos dijeron que el 27,6% (466/1686) de los hombres habían violado a una mujer, ya fuera una pareja íntima, extraña o conocida, solos o con cómplices, y el 4,7% habían violado en los últimos 12 meses. Las primeras violaciones, en el 75% de los casos fueron perpetradas antes de que los agresores hubieran alcanzado los 20 años, y el 53,9% lo hicieron en múltiples ocasiones. Al preguntarles por qué lo hacían, las motivaciones más comunes provenían de ideas de “derecho sexual”.

En un estudio efectuado en EE. UU. en 2011³ sobre la prevalencia de la violencia sexual, se estimó que el 19,3% de las mujeres y el 1,7% de los

-
1. Resumen Estudio Multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica. Primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43390/924359351X_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
 2. Gender Inequitable Masculinity and Sexual Entitlement in Rape Perpetration South Africa: Findings of a Cross-Sectional Study. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0029590>
 3. Prevalencia y características de la violencia sexual, el acoso y la victimización por violencia de pareja - Encuesta nacional de violencia sexual y de pareja, Estados Unidos, 2011. https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6308a1.htm?_cid=ss6308a1_e#Figure1

hombres han sido violados a lo largo de su vida; el 43,9% de las mujeres y el 23,4% de los hombres experimentaron otras formas de violencia sexual, incluida la penetración, la coerción sexual, el contacto sexual no deseado y las experiencias sexuales no deseadas sin contacto. Las mujeres informaron sobre todo de agresores masculinos, mientras que, en el caso de las víctimas masculinas, el sexo del agresor variaba según la forma específica de violencia examinada, pero, en todo caso se concluye, que las víctimas masculinas de violación tienen predominantemente perpetradores masculinos.

Acercándonos a nuestro entorno más próximo, en la Encuesta a escala europea que efectuó la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA)⁴ se puso de manifiesto la magnitud de la violencia física y sexual que sufren las mujeres en la UE. En concreto de la encuesta se dedujo que:

- Una de cada 10 mujeres ha sufrido alguna forma de violencia sexual desde los 15 años, y una de cada 20 mujeres ha sido violada después de los 15.
- De las participantes en la encuesta que afirmaron haber sido objeto de violencia sexual por parte de personas que no eran su pareja (desde los 15 años), casi una de cada 10 indicaron que en el incidente más grave participó más de un agresor.
- Entre las mujeres que tienen o han tenido una relación con un hombre, el 22% ha sufrido violencia física y/o sexual.
- De las mujeres que indicaron en la encuesta que habían sido violadas por su pareja actual, cerca de una tercera parte (31%) declararon que habían sido víctimas de violación por parte de su pareja en seis o más ocasiones.
- Una de cada cinco mujeres ha sido objeto de tocamientos, abrazos o besos en contra de su voluntad desde los 15 años, y un 6% de todas las mujeres han sufrido este tipo de acoso al menos en seis ocasiones desde esa edad. De las mujeres que han sufrido acoso sexual al menos en una ocasión desde los 15 años, un 32% señalaron como autor a un compañero de trabajo, un superior o un cliente.
- Una mujer de cada 10 (11%) ha sido objeto de insinuaciones inapropiadas en las redes sociales o ha recibido mensajes de correo electrónico o de texto (SMS) con contenido sexual explícito. Estos

4. Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones. 2014. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf

tipos de acoso sexual afectan de un modo desproporcionado a las mujeres jóvenes.

- Entre el 74% y el 75% de las mujeres con capacitación profesional o que ocupan un puesto directivo han sido objeto de acoso sexual a lo largo de su vida, y una de cada cuatro de estas mujeres se había enfrentado al acoso sexual en los 12 meses previos a la entrevista.
- Algo más de una de cada 10 mujeres (12%) ha sufrido alguna forma de abusos sexuales a manos de un adulto antes de los 15 años. Estas formas de abuso suelen consistir en que un adulto enseñe sus genitales (8%) o toque los genitales o los pechos de la menor (5%). En los casos extremos, el 1% de las mujeres indican que fueron obligadas a mantener relaciones sexuales con un adulto cuando eran menores.
- En el 97% de los casos de violencia sexual durante la infancia, el autor fue un hombre.

En España, la Macroencuesta de 2019 arroja datos semejantes:

- El 6,5% mujeres mayores de 16 años (1.322.052) han sufrido violencia sexual en algún momento de sus vidas de alguna persona con la que no mantienen ni han mantenido una relación de pareja, y el 0,5% (103.487) en los últimos 12 meses.
- 2,2% (453.371 mujeres) han sido violadas alguna vez en su vida.
- El 13,7% (181.258) de las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia sexual afirman haber sido violadas cuando estaban bajo los efectos del alcohol o las drogas.
- En el 99,6% el agresor era hombre.

Según datos facilitados por el Ministerio del Interior, del total de victimizaciones de infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales que se registraron en 2019 —última estadística publicada— (15.319), el 85% fueron mujeres (13.381). Del total de las víctimas, 7.250 eran menores de edad en el momento de los hechos (el 47.32%) y del total de menores, el 80% fueron niñas. En cuanto al sexo de detenidos/investigados, 9.335 fueron hombres y 303 mujeres, es decir, el 97% del total los presuntos autores fueron hombres⁵.

5. http://www.interior.gob.es/documents/642317/12812393/Informe_delitos_libertad_indemnidad_sexual_Espa%C3%B1a_2019_126210034.pdf/af914177-ccc7-4d6f-800b-e00637e87548
Página visitada en día 23 de abril de 2022.

Por último, según un reciente estudio de ONU Mujeres⁶, el promedio mundial de mujeres y niñas de entre 15 y 49 años que han experimentado en los últimos 12 meses violencia física o sexual infligida por una pareja o expareja es del 17,8%; el porcentaje más bajo se registra en Europa (6,1%) siendo los más altos los correspondientes a Oceanía (34,7%) y África (21,5%).

Sin desconocer que todas las víctimas sexuales padecen importantes secuelas en su salud física y psicológica, las mujeres y niñas que, como se ha visto representan a la mayoría de las víctimas de violencia sexual, sufren daños específicos. La OMS nos dice que *“los supervivientes masculinos y femeninos de violencia sexual pueden sufrir consecuencias conductuales, sociales y de salud mental similares (12,23,24). No obstante, son las niñas y las mujeres las que soportan la carga más abrumadora de traumatismos y enfermedades resultantes de la violencia y la coacción sexuales, no solo porque constituyen la gran mayoría de las víctimas sino también porque son vulnerables a consecuencias para la salud sexual y reproductiva”*; entre estas se mencionan el traumatismo ginecológico, el embarazo no planeado, aborto inseguro, disfunción sexual, infecciones de transmisión sexual (ITS), incluida la infección por el VIH y la fístula traumática.

Partiendo de lo que hasta ahora se ha expuesto, podemos concluir que la violencia sexual es una manifestación de violencia de género de acuerdo con la definición facilitada por Naciones Unidas (Rec. n.º 19 del CEDAW) y el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 (en adelante Convenio de Estambul) pues, la sufren las mujeres por el simple hecho de serlo y lo hacen de una forma desproporcionada. Esa violencia, además de ser el trasunto de la dominación y cosificación más grave y dolorosa imaginable, no solo causa daños a la salud física y psicológica de la mujer sino que permite la perpetuación de los roles de dominación y es capaz de ocasionar un clima de temor generalizado en las mujeres y niñas pero, también en sus familias y la sociedad en su conjunto, que se ven abocadas a diseñar estrategias de protección frente al riesgo de que aquellas sean agredidas sexualmente; todo ello sin olvidar que es una violencia que atenta directamente a la igual dignidad de la persona, valor intrínseco vinculado al ser humano, y a su capacidad innata de pensar, sentir y, sobre todo y por lo que aquí importa, de ELEGIR y DECIDIR.

6. El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020. Familias en un mundo cambiante. ONU Mujeres 2019. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/27579/El%20progreso%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20mundo%202019-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

En este trabajo se tratará el consentimiento y la eliminación de la distinción entre agresión y abuso sexual que son los dos elementos nucleares de la reforma y que están íntimamente relacionados, como tendremos ocasión de comprobar.

2. ELIMINACIÓN DE LA DIFERENCIACIÓN AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL

Tanto Naciones Unidas como la Unión Europea, a través de diferentes instrumentos, han venido insistiendo en la necesidad de adoptar medidas legislativas en relación con la violencia sexual, específicamente la que sufren las mujeres y los niños y niñas. En concreto, ONU MUJERES en el Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer que publicó en el año 2012, al abordar el concepto de violencia sexual aboga por una comprensión amplia del delito de agresión sexual que incorpora la violación y, así, define la agresión sexual *“como una violación de la integridad corporal y la autonomía sexual”* y recomienda regular *“un delito amplio de agresión sexual graduada basada en el daño”* y contemplando circunstancias agravantes entre las que menciona la relación del autor de la violencia y la persona superviviente, el uso o amenaza de violencia, la presencia de autores múltiples, y las consecuencias físicas o mentales graves que a consecuencia del ataque haya sufrido la víctima. Así mismo, recomienda que se suprima cualquier referencia que tenga por finalidad exigir *“fuerza o violencia”* y *“todo requisito de prueba de penetración”*, y minimizar toda victimización secundaria en los procedimientos a cuyo fin recomienda que se promulgue una definición de agresión sexual que exija, para considerar la relación o contacto sexual lícito, la existencia de *“acuerdo inequívoco y voluntario”*, y que *“la persona acusada aporte pruebas de las medidas adoptadas para determinar si la demandante/superviviente había dado su consentimiento”* o que *“exija que el acto tenga lugar en “circunstancias coercitivas” e incluya una amplia gama de dichas circunstancias.* La razón por la que opta por última alternativa, la explica la organización en el mismo documento diciendo que la opción de centrar el núcleo de la definición del delito contra la libertad sexual en la ausencia de consentimiento, no está exenta de problemas, pues *“la experiencia ha demostrado que, en la práctica, las definiciones de agresión sexual basadas en la ausencia de consentimiento han tenido como consecuencia la victimización secundaria de la persona demandante/superviviente al forzar al fiscal a probar fuera de toda duda razonable que la demandante/superviviente no había dado su consentimiento”* por lo que, a fin de evitar tales situaciones algunos países (cita Namibia y Lesotho) han optado por exigir la concurrencia de la coerción, lo que puede llevar de nuevo a la impunidad.

Pese a ello, podemos decir que la necesidad de que el atentado sexual vaya acompañado de violencia o intimidación para ser perseguido penalmente, es un criterio superado.

A nivel internacional y en relación con los crímenes de guerra, el Tribunal Penal Internacional es un claro ejemplo de evolución en la comprensión de la agresión sexual pues, aquella primera posición mantenida en muchas resoluciones en las que se determinó como requisito de la agresión sexual la fuerza o coerción⁷, ha sido abandonada para adoptar definiciones en las que la coerción ya no es un elemento constitutivo, siendo el ejemplo más claro de ello la Sentencia Kunarac⁸ que, tras recordar que en la Sentencia Furundija se consideró “*el actus reus del delito de violación es (i) la penetración sexual, aunque sea leve: (a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; (ii) mediante coacción o fuerza o amenazas de fuerza hacia la víctima o hacia un tercero.* (párr. 437)”, entendió necesario aclarar cómo interpretar la exigencia del párrafo (ii) y dijo que, del análisis de los diferentes ordenamientos penales se deduce que “el principio básico subyacente común a estos sistemas es que la penetración sexual constituye una violación si no es verdaderamente voluntaria o consensuada por la víctima. Los aspectos discutidos en la definición en el caso Furundija —fuerza, amenaza de fuerza o coacción— son, con certeza, consideraciones importantes en muchos sistemas legales, pero la gama completa de disposiciones a las que se hace referencia en ese fallo sugiere que el denominador común que unifica los diversos sistemas puede ser un principio más amplio o básico, como penalizar las violaciones de la autonomía sexual” (párr. 440). Esta sentencia fue revisada por la de 12 de junio de 2002, de la Sala de Apelaciones del Tribunal de Yugoslavia que asumió la variación incluida en aquella pues, ya que el elemento

7. El Tribunal Penal para Ruanda en el Caso N.º ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998 definió la violación “*como una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coactivas. La violencia sexual, que incluye a la violación, se considera que es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias coactivas*” (párr. 597 y 687).

En el Caso N.º IT-95-17/1-T, Fiscal vs. Anto Furundija, Sentencia del 10 de diciembre de 1998 del TPI para la Ex Yugoslavia se recogió el alegato de la Fiscalía de que “*la violación es un acto forzoso: eso significa que el acto se “cumple por medio de la fuerza o amenazas contra la víctima o un tercero, dichas amenazas pueden ser explícitas o implícitas e infunden el miedo a la víctima de que él, ella o un tercero sea sometido a violencia, detención, coacción u opresión psicológica*” (párr. 174).

8. Caso N.º IT-96-23-T & IT-96-23/1-T Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova y Zoran Vuković Fo a Sentencia del 22 de febrero de 2001, TPI para la Ex Yugoslavia.

central de la definición de violación surge de la falta de consentimiento de la víctima. Además, la Sala de Apelaciones estableció que corresponde rechazar el requisito de “resistencia”, que no está justificado ni de hecho ni de derecho, y que el uso de la fuerza en sí mismo no es un elemento que constituya violación: “(...) con respecto al rol de la fuerza en la definición de violación, la Sala de Apelaciones observa que la Sala de Primera Instancia pareció alejarse de las definiciones de violación que el Tribunal había dado anteriormente. Sin embargo, al explicar su enfoque en la falta de consentimiento como la condición *sine qua non* de la violación, la Sala de Primera Instancia no desautorizó la jurisprudencia que el Tribunal había brindado antes, sino que buscó, en su lugar, explicar la relación entre la fuerza y el consentimiento. La fuerza o las amenazas de fuerza ofrecen evidencia clara de falta de consentimiento, pero la fuerza no es un elemento *per se* de la violación. En especial, la Sala de Primera Instancia deseaba explicar que hay otros “factores [además de la fuerza] que podrían hacer que un acto de penetración sexual fuera no consensuado o no voluntario por parte de la víctima” (& 499).

Por lo que se refiere al ámbito europeo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002⁹ recomendó que las legislaciones penales nacionales castiguen cualquier acto sexual cometido sin consentimiento, aunque la víctima no mostrara signos de oponer resistencia y, más recientemente el Parlamento Europeo en la Resolución de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género¹⁰ pidió a la Comisión que “*incluya recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros para que modifiquen la definición de violación en su legislación nacional de forma que se base en la ausencia de consentimiento*”.

La Corte Interamericana siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención¹¹, ha considerado que la violencia sexual “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra

9. Recomendación Rec (2002) 5 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 y Memorándum explicativo.

10. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”¹².

Expuesto el recorrido anterior no queda más que recordar dos cosas; por una parte, que el GREVIO en el Primer informe sobre España de 2020 ha valorado positivamente los esfuerzos legislativos en curso encaminados a eliminar los delitos actuales de violación y el delito de abuso sexual al objeto de reforzar el significado de violación como sexo sin consentimiento, y, en segundo lugar, que la eliminación de la diferenciación de categorías de atentados contra la libertad sexual, por la naturaleza del acto, penetración u otro tipo de contacto sexual, ha dado lugar a reformas penales desde hace ya tiempo en otros países; por ejemplo, en Canadá, en 1983 el Parlamento modificó el C.P. eliminando la definición de violación e incorporando tres niveles de delitos de agresión sexual sin distinción de género, abarcando así todas las formas de contacto sexual no consentido y sin hacer específica referencia a la penetración. Los distintos niveles de violencia utilizados en la comisión del delito se tienen en cuenta para graduar la pena y, así, existe una disposición general sobre la agresión sexual, disposiciones relativas a la agresión sexual con un arma, amenazas y lesiones corporales, y la agresión sexual con agravantes. (CC §§ 271(1), 272(1) y 273, respectivamente.)¹³. La misma línea se ha seguido en las reformas del C.P. alemán (art. 177), C.P. Islandés (art. 194), C.P. sueco (art. 1 del cap. 6) y C.P. de la India (art. 375), legislaciones a las que se hará referencia en el siguiente apartado en el que se analiza el consentimiento como elemento nuclear de la libertad sexual.

3. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES

Ideas generales

Como se adelantaba anteriormente, el consentimiento en la relación sexual se erige como piedra angular de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. En la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing se dijo que “[l]os derechos humanos de la mujer incluyen su dere-

12. Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 109. La misma idea se recogió en el Informe “CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, Resumen Ejecutivo, párr. 5”.

13. <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-46/latest/rsc-1985-c-c-46.html>

cho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”. Más recientemente, en 2017, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), en la Recomendación n.º 35, entre las medidas legislativas generales, aludió a la necesidad de “[g]arantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas”.

En las pocas líneas que se dedican en la Exposición de Motivos de la Ley a justificar la importante reforma que del Código Penal se pretende, se dice que “[c]omo medida relevante, se 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. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada “sumisión química” o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos”.

A esta redacción han precedido dos bien diferenciadas que conviene reproducir para conocer la evolución en los trámites legislativos, que siempre es una herramienta fundamental para conocer el espíritu de la ley.

En la primera redacción del Anteproyecto, se decía que, “[e]ste cambio de perspectiva, además de *reorientar el régimen de valoración de la prueba*, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria”. Y, en la segunda, que “[e]sta equiparación, *además de atenuar problemas probatorios, evita la revictimización o la victimización secundaria*”.

Como se puede inferir a simple vista en la redacción actual ha desaparecido cualquier referencia a la valoración de la prueba y los problemas probatorios. Luego volveremos sobre estos extremos, pero antes conviene analizar la referencia que se hace al respecto del cumplimiento de las obli-

gaciones establecidas en el Convenio de Estambul, que obliga a recordar cuáles son esas obligaciones y que podríamos sintetizar en las siguientes:

- La obligación de tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, la penetración vaginal, anal u oral no consentida con cualquier parte del cuerpo o con un objeto, los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.
- La obligación de aplicar esos tipos penales también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales.

En España, la violación de la esposa es considerada delito desde hace más de 25 años¹⁴ por lo que me centraré en el análisis del elemento clave en la violencia sexual: la ausencia de consentimiento.

Para el Convenio de Estambul la esencia de la violencia sexual en todo caso está en la ausencia de **consentimiento** que “debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes” (art. 36.2).

Esa posición ya se había mantenido por el TEDH concretamente en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003, caso MC. contra Bulgaria, en la que se dijo que “el consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, valorada en el contexto de las circunstancias del momento” (&163) y añadió que “[a] la luz de lo anterior, la Corte está persuadida de que cualquier enfoque rígido de la persecución de los delitos sexuales, como la exigencia de pruebas de la resistencia física en todas las

14. Hubo un tiempo en el que la violación de la esposa en España no era delito porque no se consideraba lesionado el bien jurídico protegido que era la honestidad y por algunos comentaristas del C.P. de 1870 se sostuvo como fundamento de su impunidad que “la mujer casada cuenta entre sus deberes, como primero, el de no negarse a la realización de los fines del matrimonio, y entre todos ellos no hay ninguno más culminante que el de la procreación. Ningún derecho es en ella atropellado por el marido, obligándola contra su voluntad, a realizar con él un acto que no tiene ella ningún derecho para no prestarse a ejecutarlo” GROIZARD, A. y GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado*, Salamanca, 1893. Con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el epígrafe del Título, “Delitos contra la honestidad” es sustituido por el de “Delitos contra la libertad sexual” con la finalidad de “[r]espetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado” (Preámbulo de la Ley). El TS se ha venido manifestando desde hace ya 25 años a favor de considerar delito la violación de la esposa: SSTS, Sala de los Penal de 14 de abril de 1992; 557/93 de 23 de febrero de 1993; de 8 de febrero de 1996; de 24 de abril de 1997; de 26 de abril de 1998, y como más recientes: 224/2019 de 21 de mayo y 2/2021 de 13 de enero.

circunstancias, provoca el riesgo de dejar ciertos tipos de violación impune, poniendo así en peligro la protección efectiva de los autonomía sexual. De acuerdo con las normas y tendencias contemporáneas en esa esfera, las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención debe ser vista como que se requiere la penalización y el efectivo enjuiciamiento de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física de la víctima” (& 166) y concluyó que si bien “[e]n la mayoría de los países europeos influenciados por la tradición continental, la definición de la violación contiene referencia al uso de la violencia o amenazas por el perpetrador...es importante destacar que, en la jurisprudencia y la teoría legal, es la falta del consentimiento, no la fuerza la que es considerada el elemento que constituye el delito de violación” (&159). Para el TEDH es esencial tener en cuenta las diversas formas en que una mujer puede reaccionar ante un ataque sexual y para ello acudió, en esta ocasión a la experiencia de EEUU, haciendo referencia a que “[e]n 1992, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, al rechazar el requisito de resistencia para una condena por agresión sexual, se refirió a la ‘investigación empírica’ para desacreditar ‘la presunción de que la resistencia al máximo o a la mejor capacidad de la mujer era la respuesta más razonable o racional a la violación’. De hecho, los violadores suelen emplear una coacción o intimidación sutil cuando ello es suficiente para superar a sus víctimas. En la mayoría de los casos de violación de niños, la violencia no es necesaria para obtener la sumisión. Los tribunales también reconocen que algunas mujeres se congelan de miedo al comienzo de un ataque sexual y por lo tanto no puede resistir (El pueblo contra Iniguez, 872 P.2d 1183, 1189 (California, 1944)”. (&146).

La eliminación de la fuerza como requisito de la violación y la necesidad poner el foco de atención en la ausencia de consentimiento para sancionar los ataques sexuales, fueron también los criterios asumidos por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el dictamen sobre el caso Karen Tayag Vertido v. Filipinas, acogiendo además, la tesis del consentimiento expreso y así, recomendó al Estado demandado “[e]liminar cualquier requisito en la legislación que disponga que el ataque sexual sea cometido por la fuerza o con violencia, y todo requisito de pruebas de penetración, y reducir al mínimo la posibilidad de volver a victimizar al demandante o superviviente en las actuaciones mediante la promulgación de una definición de ataque sexual que:

- a. Exija la existencia de un ‘*acuerdo inequívoco y voluntario*’ y *pruebas de medidas para asegurar el consentimiento del demandante o superviviente*; o

- b. Exija que el acto tenga lugar en circunstancias coercitivas e incluya una amplia gama de circunstancias coercitivas”¹⁵.

El CGPJ, en el Informe emitido en relación con el Anteproyecto, entendió que el Convenio no exige a los Estados dar una definición del consentimiento pues “[n]o contiene el texto internacional determinación alguna acerca de cuáles hayan de ser los medios necesarios para manifestar esa voluntad. Del precepto convencional se desprende como elementos esenciales del consentimiento sexual la voluntariedad y principio de contexto. El consentimiento no puede ser un estado mental inaccesible para los demás, sino que debe exteriorizarse de algún modo que lo haga reconocible, pero los datos que permitan constatar la manifestación de la voluntad y su grado de accesibilidad dependerán de las concretas circunstancias. El Convenio no impone a los Estados parte una concreta definición del consentimiento sexual, sino que deja un margen de apreciación en este punto” sin embargo, lo que dice el Informe explicativo, en el apartado 192, es que “[l]as Partes en el Convenio están obligadas a prever legislación penal que *abarque la noción de falta de consentimiento libremente otorgado* a cualquiera de los actos sexuales enumerados en los apartados a) a c). Sin embargo, se deja que las Partes *decidan la redacción específica de la legislación y los factores que la redacción concreta de la legislación y los factores que consideran que excluyen el consentimiento libremente otorgado*”.

Partiendo del contenido del art. 36 del Convenio y de su informe explicativo podemos preguntarnos si España cumplía con la anterior legislación con esas obligaciones y, sin perjuicio de que ya se podría concluir que no, nada mejor para hacer esta valoración que acudir al Primer informe sobre España emitido a finales de 2020 del “Grupo de Expertas contra la Violencia contra las mujeres y la violencia doméstica” (GREVIO) que dice específicamente que “en España la aplicación de los dos delitos por parte del poder judicial, especialmente en tribunales de primera instancia, ha sido objeto de indignación pública generalizada, ya que manifiesta una comprensión inadecuada del uso de la fuerza y la intimidación y de las reacciones que esto puede desencadenar en las víctimas de violación (por ejemplo, susto, bloqueo, etc.)” y añade que “[La] Investigación en el campo de la neurobiología del trauma sexual, realizada en víctimas de violación, muestra que el ‘bloqueo’ (la llamada ‘inmovilidad tónica’) es una reacción común de las víctimas asociada con el posterior trastorno de estrés posttraumático (TEPT)

15. Karen Tayag Vertido v Filipinas, comunicación núm. 18/2008, documento de la ONU. CEDAW/C/46/D/18/2008, 1 de septiembre de 2010, párr. 8.9.

y depresión severa” Para ilustrar tal conclusión, recoge una serie de datos de gran interés y así dice que , hay estudios que “muestran que un número considerable de víctimas no se resisten al agresor de ninguna manera: La inmovilidad tónica se describe como un estado temporal involuntario de inhibición motora en respuesta a situaciones que traen consigo un miedo intenso. Varios estudios señalan que, entre el 37% y el 52% de las víctimas de agresión sexual manifestaron una inmovilidad significativa”.

Al hilo de lo anterior, el Grevio lamenta que, “los tribunales regionales aún califiquen los casos en los que la víctima no da su consentimiento, pero tampoco se resiste, como abuso sexual en lugar de violación, incluso cuando las circunstancias demuestran claramente que existió intimidación. GREVIO lamenta además que numerosas decisiones judiciales parecen reproducir estereotipos o aplicar interpretaciones excesivamente formalistas que disminuyen la responsabilidad penal del perpetrador o incluso culpan a la víctima. Se necesitaría una formación más específica sobre violencia sexual para profesionales del derecho... que garantice que todos los actos sexuales sin el consentimiento de la víctima sean enjuiciados y posteriormente castigados. Esta formación debería complementarse preferiblemente con directrices destinadas a jueces y otros profesionales del derecho que les haga conocedores de los requisitos probatorios de violencia sexual en consonancia con lo estipulado en el Convenio de Estambul y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” y concluye valorando “positivamente los esfuerzos legislativos en curso encaminados a eliminar los delitos actuales de violación y el delito de abuso sexual al objeto de reforzar el significado de violación como sexo sin consentimiento. GREVIO tiene la esperanza de que la introducción de un nuevo delito en su lugar traslade el mensaje de que la violación es violación y que cualquier acto sexual realizado con otra persona sin su consentimiento libremente dado equivale a violencia sexual, de conformidad con el artículo 36 del Convenio de Estambul. Cuando las circunstancias del acto sean particularmente violentas, abusivas y traumatizantes, deben aplicarse circunstancias agravantes que garanticen una sanción acorde con la gravedad del acto”.

De todo lo expuesto, se deduce la necesidad de la reforma llevada a cabo de nuestro Código Penal como, por otra parte, ya han hecho diferentes Estados poniendo el centro de atención en la ausencia de consentimiento y eliminando la referencia a la violencia o intimidación como elementos constitutivos de los tipos penales, sin perjuicio de su apreciación como circunstancia agravante. Veamos algunos de ellos.

Análisis del consentimiento en el derecho comparado

Existen dos modelos diferentes que podríamos definir como el del consentimiento expreso y el de la negativa expresa.

La opción de la negativa expresa, también conocida como la del “veto”, presupone que la víctima de alguna manera haya expresado su voluntad contraria a la relación sexual, mientras que la del consentimiento expreso exige, para que la relación sea lícita, que la persona haya expresado, también de alguna manera, su voluntad de mantener ese contacto o relación.

Cualquiera que sea el modelo adoptado por los legisladores, al ser redactados los tipos penales de forma neutra, son aplicados con independencia del sexo de la víctima y del agresor, pero conviene recordar y tener presente su origen. Estos modelos son fruto de esas reivindicaciones feministas que se fundan en presencia absolutamente mayoritaria de víctimas mujeres y en la necesidad de reaccionar frente a una respuesta policial y judicial insatisfactoria para el conjunto de la sociedad. Su finalidad es denunciar investigaciones precarias y abandonadas prematuramente por prejuicios que impiden descubrir la verdad, o que se desvían intentando averiguar el modo de vida de la víctima¹⁶, o que se nutren de preguntas dirigidas a comprobar si la víctima llevaba una “vida ordenada” o tenía una conducta sexual irreprochable. Denunciar, también, resoluciones a veces plagadas de estereotipos sexistas reflejo de la ideología patriarcal apuntada, en ocasiones teñidas de desprecio hacia las mujeres víctimas por su forma de vivir y entender la vida, por su forma de vestir, por su compartimento anterior o durante la agresión e, incluso, posterior¹⁷, llegando a responsabilizar a la

16. Sentencia de la A.P. de Pontevedra de 27 de febrero de 1989. Los procesados fueron acusados de violación por yacer con una joven que se encontraba bebida para después abandonarla en un bosque. La Audiencia Provincia absolvió a los acusados argumentando que la víctima era “una chica casada, aunque separada, y por eso con experiencia sexual”, que “mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela, el carecer de domicilio fijo, encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada, después de haber ingerido bebidas alcohólicas”, y que se prestó “a viajar en el vehículo de unos desconocidos (...), haciéndolo entre ambos en el asiento delantero y poniéndose así, sin la menor oposición en disposición de ser usada sexualmente en horas de la noche y en el lugar solitario al que hasta entonces, cuando menos, llegó, según dijo, sin oponer resistencia o reparo alguno”. La sentencia fue íntegramente ratificada por el TS si bien se calificaron de desafortunadas las manifestaciones contenidas en la sentencia respecto de la víctima (sentencia de 3 de julio de 1991).

17. El Comité de la CEDAW, en el caso Karen T. Vertido vs. Filipinas, comunicación 18/2008, de 16 de julio de 2010, criticó que “en la evaluación de la credibilidad de la versión de los hechos presentada por la autora habían influido estereotipos puesto que la autora no había mostrado en esta situación el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional o

víctima de lo ocurrido; en definitiva, aquellas resoluciones que desconociendo los derechos de las mujeres, culpabilizan a la víctima y/o exculpan al agresor o justifican o minimizan la gravedad de los hechos. Es una reacción contra una “justicia patriarcal” que contribuye al mantenimiento del *statu quo*, en concreto en términos de sexualidad, que tanto daña a la mujer.

Si examinamos los ordenamientos jurídicos de otros Estados, vemos que los dos modelos han tenido acogida en el derecho penal.

Modelo del veto o “del no es no”

En Alemania se aprobó en 2016 el proyecto de reforma del Código Penal Federal conocido como Proyecto “no es no”, de manera que el actual art. 177, en su apartado 1.º, regula un tipo básico para castigar “*a quien, contra la voluntad perceptible de la víctima, lleve a cabo actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a una tercera persona*”. Es decir, lo que convierte el acto sexual en delictivo es la oposición del sujeto pasivo al acto, y equipara a esa oposición los supuestos en que la víctima se encuentra en alguna situación por la que no es capaz de expresar su voluntad contraria, es objeto de un ataque por sorpresa o se ha utilizado por el autor intimidación o violencia, es decir, equipara a la voluntad contraria situaciones de ausencia de consentimiento y de consentimiento viciado o no válido.

En los trabajos preparatorios de la reforma se partió del planteamiento de que, en la redacción vigente en ese momento, al exigir que el autor del delito utilizara violencia o intimidación, dejaba impunes aquellas situaciones en las que la víctima no puede oponerse por ser sometida a una acción inesperada o sorpresiva o en aquellos casos en los que la víctima no se resiste por miedo. El propósito de la reforma fue acoger la tesis del “no es no” de manera que no se exija a la víctima tener que efectuar una oposición siendo suficiente con que esta manifieste su voluntad reconocible y que esta sea ignorada por el agresor y así, se dijo que “[l]a nueva regulación en la Sección 177 del Código Penal castigará en el futuro a cualquiera que, contrariamente a la “voluntad reconocible”, lleve a cabo actos sexuales en contra de un tercero o los haga llevar a cabo por ellos. Una “voluntad reconocible” debe expresarse verbal o implícitamente, por ejemplo, a través de llanto o acciones defensivas”.

lo que la magistrada consideraba la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación”.

En una entrevista¹⁸, Tatjana Hörnle, experta que participó en la reforma llevada a cabo el C.P. alemán en 2016, manifestó que *“propuso ‘no es no’ como modelo porque es una cuestión de justicia. Siempre hay que imaginarse al observador hipotético de lo que está pasando. Si para el observador realmente no está claro si hubo consentimiento, si la situación es realmente ambivalente sería injusto castigar a la persona [el supuesto agresor]”* y, en cuanto al modo de manifestarse esa voluntad contraria, sostuvo que la víctima *“tiene que emitir una señal, o decir que no, o algún tipo de acto o de comunicación; el término es ‘voluntad discernible’”*. De estas palabras parece desplazarse la responsabilidad a la víctima en el momento del acto sexual, pues ha de manifestar de alguna manera su oposición y, además, deberá acreditar que así lo hizo y, esa exigencia de una negativa explícita, que en principio admitiría la simple expresión verbal o por *“una señal”* o gestos, coloca a la mujer, al denunciar como ilícito el acto sexual, en una posición complicada pues, ante la ausencia de reconocimiento de los hechos por el autor, la mujer tendrá que probar que efectivamente se opuso de alguna manera a esa relación. En la justificación del Bundestag se hizo alusión al *“llanto”* o a *“acciones defensivas”* como ejemplos de esa negativa, sin embargo, la posibilidad de probar el llanto durante la ejecución de los hechos, salvo en aquellos atentados que se hayan grabado, será muy difícil y, en mi opinión, el simple mensaje de requerir algún tipo de defensa, o lo que es igual, resistencia al atentado, no sólo es contrario a todos los estándares internacionales mínimos comunes para el tratamiento de la violencia sexual sino que, además, coloca a la mujer ante una disyuntiva muy peligrosa: no resistirse ante el miedo racional y lógico de sufrir graves daños a pesar de que ello conlleve la impunidad del agresor, o resistir asumiendo ese peligro para poder acreditar que la relación fue impuesta y no consentida.

Modelo del consentimiento expreso o “si es si y sino es si es no”

Canadá, Islandia y Suecia han optado, al igual que nuestro legislador, por el modelo del consentimiento expreso y en el Código Penal de la India se combinan ambos modelos.

En Canadá en el Código Criminal se define el consentimiento como *“el acuerdo voluntario del denunciante de participar en la actividad sexual*

18. El País. Sociedad. 8 de marzo de 2020. Entrevista a Tatjana Hörnle,. Experta en leyes contra la violencia sexual. *“Pedir que se exprese el consentimiento sexual no es solución en derecho penal”*.

en cuestión”. [CC § 273.1. (1)(2)]. No se obtiene consentimiento, a estos efectos: a) cuando el acuerdo se expresa mediante las palabras o acciones de una persona distinta del denunciante; b) cuando el denunciante es incapaz de consentir para esa actividad; c) cuando el acusado induce al denunciante a participar en la actividad abusando de una posición de confianza, poder o autoridad; d) cuando el denunciante expresa, mediante palabras o acciones, la falta de acuerdo para participar en la actividad; o e) cuando el denunciante, habiendo consentido en participar en una actividad sexual, expresa, mediante palabras o acciones, la falta de acuerdo para seguir participando en la actividad. (CC § 273.1 (3)). Rechaza expresamente la defensa frente a la denuncia basada en “que el acusado creyera que el demandante consintió... cuando a) la creencia del acusado surgió: i) intoxicación del acusado autoinducida, o ii) imprudencia o ceguera deliberada; o b) el acusado no adoptó las medidas razonables, en las circunstancias por él conocidas para determinar si la otra persona estaba consintiendo (CC §273.2.).

A nivel jurisprudencial y tras una larga evolución la Corte Suprema¹⁹ conceptualizó el consentimiento como un consentimiento positivo, argumentando que el “mens rea” de la agresión sexual no sólo se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante estaba diciendo esencialmente “no”, sino que también se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante no estaba diciendo esencialmente “sí”. En algunas resoluciones se ha hecho hincapié en que el consentimiento debe “darse libremente”²⁰ e, incluso, el Tribunal de Apelación de Manitoba²¹ exigió medidas activas para asegurar el acuerdo cuando existen circunstancias que harían que un “hombre razonable investigue más a fondo” a fin de asegurar que cuenta con ese consentimiento. En este sentido dijo que “[e]s importante señalar que el requisito de las “medidas razonables” modificó la norma mens rea del derecho anglosajón, desplazando esta norma de lo que había sido una norma puramente subjetiva, a una norma cuasi objetiva. Así pues, no se requiere que la creencia en el consentimiento sea “razonable” (es decir, evaluada desde el punto de vista de la persona razonable). En cambio, el acusado no puede presentar una defensa de que creyó que el denunciante consintió en la actividad si “el acusado no tomó medidas razonables, en las circunstancias que conocía en ese momento, para determinar que el denunciante estaba consintiendo”. CC § 273.2 b)”.

19. *Ewanchuk*, 1 S.C.R. 330.

20. *R. v. Stender* [2005] 1 S.C.R. 914; *R. v. R.R.*, [2001] O.J. No. 4254, ¶ 44 (Ont. C.A. Nov. 5, 2001). Citado por Gotell.L. Rethinking...

21. *R. contra Malcolm*, 148 Man. R. (2d) 143, ¶ 21 (Man. C.A. 2000).

El art. 194 del C.P. de Islandia, que ha sido modificado por la Ley 16/2018, castiga a quien practica el coito o realiza cualquier otro acto sexual con otra persona *“sin su consentimiento expreso”* y añade que se entenderá que hay consentimiento cuando este ha sido *“libremente expresado”* y que no existirá ese consentimiento cuando se haya utilizado violencia —a la que equipará el encierro y la sumisión química— intimidación o cualquier otro acto de compulsión ilegítima. En el comentario que acompañó al proyecto de ley se dice que de acuerdo con la nueva redacción del apartado 1 del artículo 194, el núcleo esencial radica en la voluntad y el consentimiento de los implicados. *“El consentimiento para participar en la relación sexual debe darse con palabras u otra expresión inequívoca. Por lo tanto, el consentimiento debe expresarse de alguna manera. La participación activa puede interpretarse como consentimiento por parte de uno o varios participantes. La omisión total no se interpretará como participación voluntaria. No es necesario que la víctima proteste o luche contra la participación en acciones sexuales. El consentimiento sólo se limita a esa instancia específica y a las acciones sexuales a las que se da el consentimiento en cada momento. Un participante en una acción sexual puede cambiar de opinión en cualquier momento, pero debe expresarlo con palabras o de otra manera para que los demás participantes se den cuenta otros participantes se den cuenta”*²²

En Suecia, con la reforma operada también en el año 2018 de su C.P., en el art. 1 del capítulo 6, se castiga a quien realice actos sexuales²³ con una persona que no participe voluntariamente, y se prevé expresamente que *“para valorar si la participación de la otra persona es consentida o no habrá que considerar especialmente las expresiones de voluntariedad derivadas de las palabras o acciones emitidas por ésta”*.

En los apartados siguientes de cada uno de esos preceptos, se equipara a la ausencia de consentimiento, los atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación, aquellas en las que la víctima se encuentra en una situación especialmente vulnerable *“debido a la inconsciencia, sueño, miedo grave, la influencia de alcohol o drogas, enfermedad, lesiones corporales, trastornos mentales o de otro tipo en vista de las circunstancias”*

22. Þingskjal [Documento de Althingi] 10 - 10. mál, 148. löggjafarþing 2017-2018 p. 8 Citado en Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law RAGNHEIDUR BRAGA-DÓTTIR. Pág. 74.

23. Como culpable de violación (art. 1) a quien haya llevado a cabo el coito o cualquier acto sexual equiparable en gravedad al coito sin la voluntad de la otra persona, y como culpable de agresión sexual (art. 2) al que realice un acto sexual distinto de los mencionados anteriormente.

o se haya prevalido de una situación de dependencia que la víctima tenga con el autor.

Un aspecto que sorprende de esta regulación es el hecho de que contempla la posibilidad de castigar como culposo el atentado a la libertad sexual cuando el autor razonablemente tendría que haberse representado como probable que la víctima no había participado en ese acto sexual de forma voluntaria. Esta posibilidad, en mi opinión, abre una puerta a la impunidad en muchos supuestos y desdibuja totalmente el modelo del consentimiento expreso.

El C.P. de India, a los efectos de lo que aquí se trata²⁴, quizá sea el más completo pues ha combinado los modelos del veto o voluntad contraria y el del consentimiento expreso, de manera que se considera delictiva la relación sexual de un hombre con una mujer en contra de su voluntad, sin su consentimiento o cuando el consentimiento prestado sea nulo o esté viciado. En el art. 375, que regula el delito de violación, se castiga al hombre que realice cualquiera de los actos que se indican en el mismo —que vienen a equipararse a las modalidades de penetración vaginal, anal o bucal o introducción de objetos u otras partes del cuerpo— contra la voluntad de la mujer, sin su consentimiento o con su consentimiento cuando este ha sido otorgado por temor de sufrir ella o personas de su entorno la muerte o un daño físico, por error o engaño sabiendo el hombre “*que no es su marido, y que su consentimiento se da porque cree que es otro hombre con el que está o cree estar legalmente casada*”, por razón de inmadurez o discapacidad, por sumisión química o por ser la mujer menor de 16 años. En

24. El C.P. de la India fue reformado en los años 2013 a 2018 en diversas ocasiones ante la avalancha de violaciones individuales y en grupo de mujeres y niñas, reformas a través de las que, además de modificar determinados tipos penales, se incorporó, junto a las penas de prisión y cadena perpetua, la pena de muerte, pero, sigue despenalizada la violación dentro del matrimonio y, además contiene algunas alusiones que lejos de ser reflejo de avance en materia de igualdad supone la perpetuación de estereotipos absolutamente contrarios a ese objetivo, así por ejemplo, en el Estado de Manipur, que suscribió que la violación en la matrimonio no era delito a no ser que la esposa fuera menor de 15 años, hizo una excepción en cuanto al linde de edad que subió a 16 y añadió la siguiente explicación: “[c]uando la víctima es una menor que sufre dolor debido a la ruptura del himen y la hemorragia de la vagina, las pequeñas contradicciones en sus declaraciones no tienen mucho valor, así como la ausencia de lesiones en los órganos masculinos del acusado no es un motivo válido para su inocencia” [Mohd. Zuber Noor Mohammed Changwadia c. el Estado de Gujarat, 1999 Cr LJ 3419 (Guj)].

La violencia sexual en India es absolutamente alarmante no solo por las cifras (según una noticia publicada en la Vanguardia el 31-1-2020, en 2018, se registraron 33.356 denuncias de violación en toda la India, más de 90 diarios, según los últimos datos de la Agencia Nacional de Registro de Delitos de la India (NCRB)) sino por la brutalidad con que se comete esa violencia.

el propio precepto (Explicación n.º 2) se establece que el “[c]onsentimiento significa un acuerdo voluntario inequívoco cuando la mujer con palabras, gestos o de cualquier forma verbal o no verbal, comunica su voluntad de participar en el acto sexual específico” y añade que “si la mujer no se resiste físicamente a la penetración, por ese solo hecho, no puede considerarse que consiente la actividad sexual”.

El consentimiento expreso en la L.O. de Garantía de la Libertad Sexual

El Convenio de Estambul de alguna manera está definiendo el consentimiento al hacer alusión a “la manifestación del libre arbitrio de la persona”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el consentimiento como la acción o efecto de consentir, lo que nos lleva a la definición de este verbo en su primera acepción: “permitir algo o condescender a que se haga”.

Si examinamos el C.P. vigente, vemos que castiga diversas conductas cuando son cometidas “sin el consentimiento” de la víctima²⁵. En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, nuestro código, en su anterior reacción, no hacía alusión a la ausencia de consentimiento en los delitos de agresión sexual (arts. 178 a 180) por ser esencialmente incompatibles, y por tanto excluyentes, la violencia e intimidación y el consentimiento libre. Sí recogía, sin embargo, la ausencia de consentimiento al tipificar los abusos sexuales en los arts. 181, 182 y 183 del C.P., de cuya lectura podemos diferenciar aquellas conductas en las que *falta el consentimiento*— cuando la persona se halla privada de sentido, o se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia, y, en general; aquellas en las que el *consentimiento no es válido*—porque esta sea menor de 16 años—, edad a partir de la cual se reconoce en nuestro Estado la capacidad para consentir relaciones sexuales²⁶, o la víctima sufre algún tipo de trastorno mental—; o el *consentimiento está viciado*— porque se haya obtenido con engaño o abusando de una posición de superioridad, confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Como dice la STS 216/2019, de 24 de abril, “en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales

25. En concreto en los delitos de aborto (art. 144 y ss.), lesiones y tráfico de órganos (art. 155 a 157); reproducción asistida (art. 161), trata de seres humanos (art. 177 bis).

26. El TS en numerosas sentencias ha recogido la diferencia entre agresión y abuso sexual entre ellas la recientes STS 664/2019 de 14 de enero de 2020, FJ 10.º. Roj: STS 93/2020 - ECLI: ES:TS:2020:93.

diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que «se consideran abusos sexuales no consentidos» los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad”.

La redacción del actual art. 178 que regula el tipo básico fue fruto de una larga evolución en la tramitación legislativa, tras la emisión de los informes preceptivos del CGPJ, Consejo Fiscal y Consejo de Estado. Así, en las versiones anteriores se decía que será castigado como responsable de agresión sexual, “el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento” en el Anteproyecto se decía que, “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”; siguiendo las indicaciones del Consejo Fiscal se ha modificado esa redacción y en la actualidad se dice 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”. Lo que si se mantiene es el párrafo segundo en el que se dispone que “[a] los efectos del apartado anterior, se consideraran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o 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”.

La Ley Orgánica está recogiendo el postulado de “solo si es si” y “si no es si, es no” pero, tanto del art. 178 como de la legislación penal comparada examinada en el apartado anterior, queda evidenciada la dificultad de definir que es el consentimiento expreso y el modo en que se haya de materializar su expresión. Si tuviéramos que extraer de la legislación comparada que sigue el modelo del “solo si es si” elementos definitorios y determinantes del consentimiento podríamos destacar los siguientes:

- Este consentimiento tiene que ser libremente expresado y manifestado a través de expresiones derivadas de las palabras o acciones, por actos exteriores, que de forma clara e inequívoca, expresen la voluntad de la víctima.

- Para valorar si existió ese consentimiento es importante atender a las circunstancias concurrentes.
- Todas incorporan un catálogo de situaciones en las que se entenderá que no existe consentimiento y que están vinculadas a la utilización de violencia o intimidación o a situaciones de la víctima que determinan la imposibilidad de prestar consentimiento y de prestarlo de forma libre (ausencia de consentimiento, consentimiento nulo y consentimiento viciado).

En California, la definición del consentimiento fue abordado en el artículo 67386 del Código de Educación²⁷, relativo a la seguridad de los estudiantes, precepto que fue aprobado por el Gobernador el 28 de septiembre de 2014, con la intención de dar una norma “para determinar si ambas partes prestan su consentimiento a la actividad sexual” y definió en el apartado (1) el “consentimiento afirmativo” como *“el acuerdo afirmativo, consciente y voluntario de participar en actividades sexuales”*, pero, lo más relevante a los efectos ahora planteados, es que se entendió que *“[e]s responsabilidad de cada persona involucrada en la actividad sexual asegurarse de que tiene el consentimiento afirmativo del otro u otros para participar en la actividad sexual. La falta de protesta o resistencia no significa consentimiento, ni el silencio significa consentimiento. El consentimiento afirmativo debe mantenerse durante toda la actividad sexual y puede revocarse en cualquier momento. La existencia de una relación de pareja entre las personas involucradas, o el hecho de las relaciones sexuales pasadas entre ellas, nunca debe considerarse por sí mismo como un indicador del consentimiento”* y, añadió en el apartado (4) que *“no será una excusa válida que el acusado creyó que el demandante consintió afirmativamente a la actividad sexual si el acusado sabía o debería haber sabido razonablemente que el demandante era incapaz de dar su consentimiento para la actividad sexual en cualquiera de las siguientes circunstancias:*

- (A) *El denunciante estaba dormido o inconsciente.*
- (B) *El denunciante estaba incapacitado debido a la influencia de drogas, alcohol o medicamentos, de modo que el denunciante no*

27. Código de educación - EDC. Título 3. educación postsecundaria [66000 - 101060]. División 5. Disposiciones Generales [66000 - 70115.2]. Parte 40. Ley De Educación Superior Donahoe [66000 - 67400]. Capítulo 15.5. Seguridad estudiantil [67380 - 67386]. Disponible en: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=67386.&lawCode=EDC

podía comprender el hecho, la naturaleza o el alcance de la actividad sexual.

(C) *El denunciante no pudo comunicarse debido a una condición mental o física”.*

Partiendo de que el consentimiento es un concepto esencial para la comprensión de la sexualidad, del placer sexual y de la violencia sexual, tanto en el ámbito de las ciencias sociales como del derecho penal, en la ley californiana, para que se entienda que el consentimiento concurre, se exige que este sea en primer lugar “afirmativo”. Es decir, en esta legislación también se está acogiendo el modelo “Solo si es si” pues, dado que parece imposible pensar en un consentimiento “negativo”, tal alocución quizá deba interpretarse como “asentimiento” a diferencia del modelo “no es no” que exige la negativa y oposición de la otra persona para considerar ilícita la relación o contacto sexual. Ese consentimiento puede ser explícito o implícito, verbal o no verbal, pero en todo caso expreso e inequívoco.

Sin ninguna duda, la iniciativa californiana es muy ilustrativa desde el punto de vista pedagógico en dos aspectos importantes.

Primero, porque deja claro que es responsabilidad de cada persona asegurarse en cada caso que cuenta con el consentimiento libre de la otra con la que se pretende mantener el contacto sexual, única manera de respetar absolutamente su autonomía y libertad sexual. Como hemos visto, en la misma línea, el Código Criminal de Canadá excluye como argumento de defensa la creencia manifestada del acusado de que la víctima consintió cuando “no adoptó las medidas razonables, en las circunstancias por él conocidas para determinar si la otra persona estaba consintiendo (CC §273.2,) y ONU Mujeres en el Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer que publicó en el año 2012 recomienda que “*la persona acusada aporte pruebas de las medidas adoptadas para determinar si la demandante/superviviente había dado su consentimiento*”.

En segundo lugar, porque expresa que la falta de resistencia o de protesta no equivale al consentimiento; que el consentimiento se ha de mantener durante toda la relación u acto y, por último, porque deja claro que ni la relación de pareja ni la existencia de contactos sexuales anteriores legitiman a otro contacto sin ese consentimiento expreso y específico para la ocasión.

La opción del legislador español se ajusta al conjunto de ideas expuestas hasta este momento y parece que están ‘calando’ en la posición del TS; en concreto en la reciente **sentencia 145/2020** de 14 de mayo, en el FJ 2.^a, se dice que “[l]a decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con

quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.” En el mismo sentido la STS 344/19 de 4 de julio en la que se dice que “[l]a específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho”.

Sin embargo, la definición del consentimiento incluida en la L.O. 10/2022, como ya se ha expuesto, es el fruto una evolución derivada de las aportaciones efectuadas por el CGPJ y el Consejo Fiscal, y así se ha eliminado toda referencia a la reorientación de la valoración de la prueba y a la atenuación de los problemas probatorio, y se ha eliminado también la referencia a actos exteriores, concluyentes e inequívocos. Vemos por qué.

4. DESAPARICIÓN DEL ACTUAL TEXTO DE LAS REFERENCIAS A LA REORIENTACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y A LA ATENUACIÓN DE LOS PROBLEMAS PROBATORIOS

Cualquiera que sea el modelo por el que se opte tenemos que ser conscientes de que las dificultades probatorias no desaparecerán, pues será muy difícil que el agresor reconozca los hechos y, por tanto, fácil que nos encontremos ante versiones contradictorias.

A la primera redacción del anteproyecto se le reprochó que su propuesta puede suponer una inversión de la carga de la prueba por lo que el **Consejo Fiscal**, en su informe propuso la eliminación en la Exposición de Motivos de la referencia a la reorientación del régimen de valoración de la prueba como justificación de la reforma pues “[l]a carga de la prueba continuará correspondiendo a la acusación y el régimen de valoración de la prueba practicada en el juicio oral continuará siendo el establecido en el artículo 741 LECrim, como se asume en el propio texto”.

El CGPJ, por su parte, en el informe que emitió sobre el Anteproyecto, apuntó a que las dificultades del consentimiento no son conceptuales sino probatorias pues, “*las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico. Tal definición determina un aparente **desplazamiento de la carga probatoria**, que no se oculta en la Exposición de Motivos, cuando se refiere*

a «reorientar el régimen de valoración de la prueba». Así, la definición del consentimiento proyectada parece configurar un elemento negativo del tipo cuyas distintas notas características (manifestación libre, actos exteriores, concluyentes e inequívocos y voluntad expresa de participar en el acto) deberían ser *probadas por la defensa para excluir la tipicidad, alterándose de esta forma de modo sustancial las normas sobre la carga de la prueba en el proceso penal*”.

Entre las enmiendas al articulado del Proyecto²⁸, el Grupo Parlamentario Plural propuso la eliminación de la reforma del art. 178 del C.P. para seguir considerando agresión sexual el acto sexual cometido con violencia e intimidación, y su justificación la hallan en que “produce un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la defensa, suponiendo un quebranto del principio de presunción de inocencia” (enmienda 187).

Son dos las cuestiones que se entrelazan y que debemos distinguir: carga de la prueba y valoración de la prueba.

Además de que la mención a la “reorientación de la valoración de la prueba” o a la “atenuación de los problemas probatorios” ha desaparecido de la Exposición de Motivos, el desplazamiento de la carga de la prueba al investigado/acusado es imposible en nuestro derecho en el que la presunción de inocencia se encuentra protegido en el artículo 24.2 de la C.E, y en los arts. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos firmados por España y que, por tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno (art. 96 CE). Principio, además, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia²⁹ estableciendo que las pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas, públicas o privadas.

La inclusión de la definición del consentimiento expreso no implica que el investigado tenga que probar que contó con el consentimiento de la denunciante; al investigado nada se le exige; puede mantener una actitud absolutamente pasiva; no decir nada; no declarar o simplemente decir que la relación fue consentida. Será el Ministerio Fiscal y, en su caso las acusaciones particulares, las que deberán acreditar, con pruebas directas o indiciarias, pero en todo caso ciertas, que la relación no fue consentida. Y eso, nos lleva a la necesidad de recordar la existencia de la obligación reforzada de llevar a cabo, en casos como estos en los que resulta afectada

28. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-3.PDF#page=1

29. SSTS 580/2014, Sala de lo Penal, de 21 de julio de 2014 y 2/21, de 13 de enero (FJ Segundo)

directamente la dignidad de la persona, una investigación exhaustiva y eficaz, sin demoras injustificadas y teniendo en cuenta la perspectiva de género (arts. 5 y 49 del Convenio de Estambul). A esta reflexión podemos añadir el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho canadiense ya examinado, o como recomienda ONU Mujeres en el Manual referido más arriba, ni siquiera el anteproyecto se decía que el denunciado/ investigado tenga que probar que adoptó las medidas razonables de acuerdo con las circunstancias concurrentes para asegurarse de que contaba con el consentimiento de la mujer. Esta petición se ha hecho llegar a la Comisión de Igualdad por alguna de las expertas consultadas³⁰.

Sorprende que uno de los argumentos más insistentes entre los detractores de este modelo de “consentimiento expreso” se base en esa alegación. No son estos ni serán los únicos tipos penales que acogen elementos del tipo penal negativos y no por ello se ha acusado al legislador de querer invertir la carga de la prueba. Piensen ustedes en los delitos de usurpación de bienes inmuebles (art. 245 CP); en el delito de daños informáticos (264CP); en el de revelación de secretos (art. 197.7) en los que se exige como elemento que los hechos se hayan cometido “sin autorización” del afectado; en el de sustracción de menores (225 bis del CP) que exige que el traslado del menor se haya hecho sin el consentimiento del otro progenitor; o en el delito de aborto que exige que este se practique sin el consentimiento de la mujer (144.1 CP). En todos estos casos, nadie se ha planteado que ese elemento negativo del tipo suponga que el investigado tenga que soportar la carga de probar su inocencia, ante la simple alegación del o la denunciante. El hecho de que se incluyan una definición de lo que ha de entenderse por consentimiento no cambia nada. Todos asumimos que si el dueño de un bien que ha sido destruido u ocupado manifiesta que lo ha sido en contra de su voluntad y el denunciado dice que contaba con su consentimiento, serán las acusaciones las que deberán desplegar la actividad probatoria para acreditar que ese consentimiento no existió; en ocasiones será más sencillo; en otras más complicado, pero en todo caso la carga de la prueba recae sobre las acusaciones sin perjuicio de que el investigado pueda aportar la prueba que considere oportuna a fin de acreditar la concurrencia del consentimiento. No se alcanza a entender que sea otra la postura cuando ese elemento negativo se introduce, en relación con los delitos contra la libertad sexual, que como ha quedado expuesto sufren mayoritariamente

30. Comparecencia de Marisa Soletó, Fundación Mujeres. Día 24-3-22 <https://observatorio-violencia.org/expertas-comparecen-en-la-comision-de-igualdad-del-congreso-para-informar-sobre-el-proyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>

mujeres y niñas, lo que conduce de nuevo a pensar como única razón en la prevalencia de estereotipos y sesgos de género que impiden avanzar hacia una verdadera igualdad.

En cuanto a la valoración de la prueba, que corresponde exclusivamente a los jueces (art. 117.3 CE), el anteproyecto en su primera redacción, en la Exposición de Motivos, decía que la eliminación de la distinción entre agresión sexual y abuso sexual al considerar agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, además de “reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria”.

Sin ninguna duda asiste la razón al Consejo Fiscal cuando manifiesta que el régimen de valoración de la prueba practicada en el juicio oral continuará siendo el establecido en el artículo 741 LECrim, precepto que atribuye el tribunal la facultad de dictar sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados. La valoración de la prueba supone realizar una operación mental con la finalidad de atribuir a cada elemento probatorio su valor de convicción y en esa operación mental no podemos olvidar el mandato urgente e ineludible de juzgar con perspectiva de género (art. 49 del Convenio de Estambul), perspectiva que debe imperar, no solo en el momento concreto de la valoración sino en la totalidad de la actividad probatoria, desde la producción de los medios de prueba hasta su evaluación o valoración. En lo que se refiere a la conformación del acervo probatorio, toda vez que los delitos que se cometen contra las mujeres por razones de género, se desarrollan habitualmente en espacios cerrados, en la intimidad y sin presencia de terceras personas y, generalmente en contextos de sumisión, la dificultad en la investigación es mayor pues, en muchas ocasiones, el testimonio de la víctima será la única prueba directa, y a esa dificultad se añade un obstáculo aun mayor que son los estereotipos y sesgos de género que también afectan a jueces/zas, fiscales/as, abogados/as y demás personal de la administración de justicia y que puede provocar efectos negativos tanto en la investigación como en la valoración de la pruebas recopiladas.

A estos efectos, en el Informe explicativo apartado 192 se dice que el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere el art. 36 *“requerirá una evaluación de las pruebas en función del contexto para establecer en cada caso si la víctima ha consentido libremente el acto sexual realizado. Dicha evaluación debe reconocer la amplia gama de respuestas de comportamiento ante la violencia sexual y la violación que presentan las víctimas y no se basará en suposiciones sobre el comportamiento típico en tales situaciones.*

Es igualmente importante garantizar que las interpretaciones de la legislación sobre la violación y el enjuiciamiento de los casos de violación no se vean influidos por los estereotipos de género y los mitos sobre la sexualidad masculina y femenina”.

Exigir el consentimiento expreso de la mujer, supone un cambio de paradigma consecuencia de una reclamación universal de las mujeres que pretende poner de manifiesto que solo nosotras tenemos el control de nuestro cuerpo y nuestra sexualidad, sin que se pueda permitir resquicio alguno por el que dar acceso de terceros prescindiendo de nuestro consentimiento. Partiendo de la necesidad de que el Derecho ha de adaptarse a la realidad social cuando esta experimenta cambios que se consolidan y tienen su consecuencia en el máximo respeto a los derechos humanos, como es el caso, y aprovechando el efecto socio pedagógico del derecho penal, ese cambio de perspectiva contribuirá a cambiar la mentalidad no solo de la sociedad en su conjunto, sino también de jueces, fiscales y demás operadores. Recordemos que el GREVIO ha valorado positivamente la reforma propuesta con *“la esperanza de que la introducción de un nuevo delito en su lugar **traslade el mensaje** de que la violación es violación y que cualquier acto sexual realizado con otra persona sin su consentimiento libremente dado equivale a violencia sexual, de conformidad con el artículo 36 del Convenio de Estambul”* e insiste en que la formación debería complementarse con directrices destinadas a hacernos conocedores *“de los requisitos probatorios de violencia sexual”* en consonancia con lo estipulado en el Convenio y al doctrina del TEDH.

Sin perjuicio del acierto de retirar la expresión “reorientar la valoración de la prueba” del texto del Proyecto, no se pudo obviar que los tribunales al enfrentarse al acervo probatorio, tiene que examinar cada una de las pruebas con respeto a los derechos humanos de las víctimas y con perspectiva de género, lo que obliga sin duda a poner en el centro del debate la autonomía sexual de la mujer y evitar interpretaciones sobre la existencia del consentimiento dependiendo del órgano judicial que, en ocasiones, puede actuar bajo sesgos de género; la reforma proyectada supone una apuesta decidida del legislador a favor de la comprensión de la autonomía sexual de las mujeres desde esa perspectiva que venimos obligados a aplicar para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por estos delitos.

“Actos dudosos o equívocos”

La exigencia de que el consentimiento sea inequívoco no es una novedad en el ámbito del derecho europeo; también lo exige Islandia y fue una exigencia del CEDAW en el dictamen emitido en el Caso Karen

Tayag Vertido v. Filipinas. Pese a todo ello, a la inclusión de ese adjetivo en la definición del anteproyecto generó desconfianzas que ha motivado su eliminación, pero sigue exigiéndose un consentimiento expreso por actos que de forma clara revelan la voluntad de la persona.

Por ello, en el informe al Anteproyecto del CGPJ se apostó por la inclusión de un tipo penal imprudente y sostiene que *“En nuestra regulación vigente, la falta de una disposición específica que sancione la imprudencia conlleva, de acuerdo con el sistema de incriminación de los tipos imprudentes (arts. 12 y 14.1 CP) que en los supuestos de error vencible sobre la concurrencia de uno de los elementos del tipo (por ejemplo, la falta de consentimiento) deba acordarse la absolució (en este sentido, mutatis mutandi, el caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6804]). Es cierto que con el fin de evitar la impunidad de ciertas conductas el aplicador podría encuadrar los supuestos dudosos por falta de dolo directo en el ámbito del dolo eventual, pero, sin duda, se ofrecería mayor seguridad tanto al aplicador como a los destinatarios de la prohibición penal si quedara claro que el error vencible de tipo en el delito de agresión sexual, que pivota sobre la ausencia de consentimiento afirmativo, es punible”*.

Por su parte la Comisión Penal de la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia divulgó un informe, también en relación con el Anteproyecto, en el que se alude a que *“podría dar lugar a que pudieran considerarse delictivos supuestos en los que mediara consentimiento tácito —pero cierto— o expresado a través de actos equívocos —existiendo consentimiento”*.

En relación con el proyecto, vemos que se ha planteado a su articulado la enmienda n.º 61 del Grupo Euskal Herria Bildu proponiendo la eliminación de la definición del consentimiento con la justificación de que *“puede dar lugar a multitud de interpretaciones a la hora de decidir si ha habido o no consentimiento. Y hay un riesgo claro de que, en múltiples circunstancias, un juez o una jueza puedan interpretar que no ha habido consentimiento, porque «no se ha expresado claramente la voluntad». Al no aportar claridad al término, creemos que puede resaltar confuso. Creemos que el punto 2 define claramente lo que es agresión sexual”*.

Ya me he pronunciado en contra de la regulación de un tipo penal imprudente en esta materia por ir en contra de la esencia y filosofía que anima al modelo “solo si es sí” y porque es contrario a los estándares internacionales contra la violencia sexual que exigen que cada cual tome las medidas necesarias para asegurarse de contar con el consentimiento de la otra persona en cada contacto sexual.

En cuanto a los argumentos aducidos por la Comisión penal de JJPd sorprende que se utilice el argumento de que alguien pueda ser condenado

por agresión sexual pese a que la mujer haya consentido tácitamente o con actos equívocos, lo que implicaría que la mujer ha denunciado un hecho que no ha ocurrido, resurgiendo los estereotipos relacionados con las denuncias falsas contrarios a la realidad constatada empíricamente que revela que la mayoría de las agresiones sexuales no son denunciadas; así, la Macroencuesta de 2019 nos dice que solo el 8% de las mujeres que han sufrido violencia sexual fuera de la pareja ha denunciado alguna de estas agresiones; este porcentaje se eleva al 11,1% si se tienen en cuenta también las denuncias interpuestas por otra persona o institución; en relación las mujeres que han sufrido violencia física y/o violencia sexual en el ámbito de la pareja, el porcentaje de denuncia es del 32,1%.

Sorprende también que en pleno siglo XXI, en cuestiones que afectan sobre todo a ámbitos tradicionales de inequidad de género, se siga hablando de “actos equívocos” o “actos dudosos”, sobre todo si tenemos en cuenta que la libertad sexual es un derecho protegido jurídicamente, que el consentimiento se erige en presupuesto fundamental de los derechos sexuales, y que para garantizar y proteger la libertad sexual de las mujeres se ha de partir de las estructuras de género dentro de las cuales el consentimiento nos atañe particularmente pues, las concepciones sociales discriminatorias impregnan la comprensión de lo que haya de considerarse aceptación por parte de la mujer.

La norma penal nos reconoce esa libertad sexual sancionando a quienes acceden sexualmente a nuestro cuerpo sin nuestro consentimiento para, inmediatamente cuestionar en su aplicación nuestra actitud haciéndonos responsables de no haber impedido ese contacto, o de haberlo provocado o de no haber sido claras e inequívocas al manifestar nuestra negativa. No existen actos equívocos, o hay consentimiento o no lo hay. La sola referencia a actos equívocos en relación con el consentimiento sexual de la mujer puede suponer lanzar a la sociedad un mensaje estereotipado de la mujer como persona insegura, dudosa, indecisa e inmadura, contribuyendo al mantenimiento de tópicos que nada tiene que ver con la realidad y que nos perjudican. Cuando deseamos mantener un contacto sexual lo expresamos con claridad, y cuando no queremos también; y si no nos manifestamos, no decimos nada ante una proposición de ese tipo por las circunstancias que fueren, no estamos consintiendo, así de claro; no estamos diciendo “no pero sí”, ni nos estamos haciendo “las duras”, ni estamos pidiendo que insistan.

La simple referencia a la equívocidad de actos relacionados con el consentimiento de la mujer a prácticas sexuales nos coloca de nuevo en un plano de subordinación y cosificación, responsabilizándonos de falta de claridad en lugar de responsabilizar a quien, con la simple alegación de

‘dudas’ sobre la concurrencia de ese esencialísimo presupuesto, decide obviar la ausencia de consentimiento para satisfacer sus deseos.

Evitación de la revictimización

Mientras el CGPJ en su informe al Anteproyecto sostuvo que la reforma propuesta “no logrará evitar la victimización secundaria, pues hará girar los interrogatorios hacia el modo en que la víctima suele prestar consentimiento sexual para determinar el alcance de las «circunstancias concurrentes»”, el Consejo Fiscal entendió que “[l]a modificación propuesta contribuye a evitar la victimización secundaria”.

Sin duda, la eliminación de la distinción entre abuso sexual y agresión sexual y la consideración como agresión de todo acto sexual no consentido expresamente ayudará a reducir los daños que inevitablemente sufren las víctimas al adentrarse en un procedimiento siempre largo y muy doloroso; al castigarse como agresión sexual cualquier acto sexual no consentido aunque no haya existido violencia o intimidación y más allá de los supuestos tasados en el anterior delito de abusos sexuales, permitirá que la víctima se sienta más comprendida y no se le culpabilice cuando no fue capaz de evitarlo. Recordemos que las mujeres reaccionan de muy diferentes maneras ante un atentado sexual y que la coerción puede ser tan sutil que sea difícil de probar.

ONU define la revictimización como todas aquellas acciones, omisiones y conductas inadecuadas de funcionarios y empleados públicos que entran en contacto con la víctima, en cualquier etapa del proceso penal y que le provocan a esta alguna tipa de daño físico, psicológico o patrimonial. Es la victimización que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva, sino como un resultado de la respuesta inadecuada, fría, incomprensiva e insensible de las instituciones y los individuos hacia las víctimas³¹.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU) se dice expresamente que las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. (&4), y que se han de adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, y proteger su intimidad.

Partiendo de que evitar completamente la revictimización es prácticamente imposible, conviene tener presente que la L.O. 10/2022, entre sus principios rectores, refiere que todas las políticas que se vayan a adoptar, pondrán los derechos de las víctimas en el centro de todas esas medidas,

31. Por una atención libre de victimización secundaria en los casos de violencia sexual. UTE - UNFPA 2013, pag. 31.

dirigiéndose en particular a evitar la revictimización y la victimización secundaria (art. 2.g) y, prevé la elaboración de un programa marco de formación y de reciclaje de los sectores profesionales entre los que estamos jueces/as, fiscales/as, letrado/as de la administración de justicia, abogadas/os, Forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado..., que abarque, además de los aspectos específicos relacionados con cada sector, los estereotipos de género, el trauma y sus efectos y la responsabilidad en la reducción de la victimización secundaria (arts. 23 y ss.).

Por lo que se refiere a la evitación de daños adicionales a las víctimas, además del cumplimiento a las prescripciones contenidas en la L.4/2015, reguladora del Estatuto de la Víctima del Delito y de la LECrim, es absolutamente relevante a estos efectos, la actitud empática de los profesionales encargados de recibirles declaración, respetando su dolor, demostrando consideración hacia su sufrimiento, respetando sus silencios, sin cuestionarla, sin culpabilizarla; transmitiéndole seguridad y confianza.

Seguro que en un clima empático la mujer víctima es capaz de relatar libremente como han sucedido los hechos sin necesidad de preguntarle, como sugiere el CGPJ, si siempre se comporta así o cómo se comporta normalmente, como si los atentados a la libertad sexual fueran situaciones normales o equiparables a contactos sexuales queridos.

Es necesario que juezas/es, fiscales, abogado/as, demás personal de la administración de justicia y FFCCSE adquiramos una formación holística acerca de la violencia sexual, enfrentándonos a estos procedimientos con una actitud crítica y no tolerante hacia estas conductas. Solo desde esta perspectiva igualitaria, de género y humana se evitará el continuo cuestionamiento y culpabilización que provoca esa revictimización que, a todos, sin duda, nos preocupa tanto.

TEXTOS LEGALES Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

García-Moreno, C. *et al.* (2005). Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia. Ginebra, Organización Mundial de la Salud.

ONU MUJERES (2012). Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Disponible en: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/12/unw_legislation-handbook_sp1%20pdf.pdf?la=es&vs=1839

ONU MUJERES (2019). El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020. Familias en un mundo cambiante. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.>

- org.co/bitstream/handle/11520/27579/El%20progreso%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20mundo%202019-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- OMS. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual. Organización Mundial de la Salud. Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud Oficina Regional para las Américas. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sikweyiya, Y.; Morrell, M., y Dunkle, K. (2011). Gender Inequitable Masculinity and Sexual Entitlement in Rape Perpetration South Africa: Findings of a Cross-Sectional Study. 28 de diciembre de 2011. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0029590>
- UTE - UNFPA (2013). Por una atención libre de victimización secundaria en los casos de violencia sexual. UTE - UNFPA.