

Trabajo Fin de Grado

El consentimiento como causa de atipicidad en los
delitos contra la libertad sexual

Autora

Ingrid Gil Villarroya

Directora

Dra. Belén Mayo Calderón

Facultad de Derecho
2021

Índice

Listado de abreviaturas	3
Introducción	4
El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Análisis doctrinal y jurisprudencial	6
Los bienes jurídicos protegidos por el Título VIII CP	14
La ausencia de consentimiento como elemento integrante del tipo	17
Presencia del consentimiento sexual en las leyes penales: desde el Código Penal de 1822 hasta la actualidad	24
La prueba de la ausencia de consentimiento. Análisis jurisprudencial.....	30
Evolución del consentimiento en la doctrina. Referencia a las doctrinas del consentimiento negativo y afirmativo	35
Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	43
Normativa.....	45
Jurisprudencia.....	45

Listado de abreviaturas

- Art.: Artículo.
- CP: Código Penal.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- LO: Ley Orgánica.
- Pág.: Página.
- Rec.: Recurso.
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Ss, ss: Siguietes.
- TFG: Trabajo Fin de Grado.
- TS: Tribunal Supremo.

Introducción

La cuestión abordada en este Trabajo de Fin de Grado versa sobre la problemática que suscita el concepto de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de las personas.

En cuanto a los motivos por los que decidí escoger este tema, por una parte, es bien sabido que se trata de una cuestión que está a la orden del día en lo que a los medios de comunicación y los intereses sociales respecta. A partir de 2016 y con motivo del eco provocado por determinados casos mediáticos relacionados con estos tipos delictivos, se empezó a palpar un latente aumento en la importancia que la sociedad otorgaba a la figura del consentimiento sexual.

Además, he de decir que me motiva la realización de este trabajo porque su elaboración implica una labor de investigación y reflexión. El concepto de consentimiento, como señalaré a lo largo de este TFG, no está definido explícitamente en la Ley Penal española, de manera que suscita dudas que en muchas ocasiones resuelve la jurisprudencia y por tanto, evolucionan con el transcurso del tiempo y las demandas jurídicas que provocan los cambios sociales.

Es menester señalar que este trabajo se centra en exclusiva en la problemática que versa sobre la presencia o ausencia de consentimiento en la consumación de un acto sexual y que por tanto determina la existencia del tipo delictivo. Es decir, no se extiende el contenido de este trabajo en lo que respecta a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en general, sino que se focaliza en lo que el consentimiento, como elemento integrante de la tipicidad, implica.

Respecto de la metodología utilizada en el desarrollo de este TFG, parto de un breve análisis normativo y jurisprudencial de los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva del elemento de ausencia del consentimiento. A continuación, describo los bienes jurídicos que son protegidos por estos tipos delictivos y enmarco el elemento de ausencia de consentimiento como integrante del tipo. Seguidamente me refiero a la presencia de este elemento en la regulación penal actual e histórica y llevo a cabo un análisis jurisprudencial de los criterios contemplados por los Tribunales para considerar probada la ausencia de consentimiento. Por último, contiene este trabajo un apartado

destinado a los estudios doctrinales de esta figura en el que profundizo sobre las doctrinas del consentimiento afirmativo y negativo.

De esta forma, el objetivo es llevar a cabo un análisis pormenorizado del elemento del consentimiento en este tipo de delitos, de manera que se puedan reunir unas características básicas de dicho concepto, así como las implicaciones que la existencia o ausencia del mismo puede tener sobre la tipicidad penal.

Como dice Beatriz Escudero¹ “el consentimiento es un tema intrincado y fascinante, a lo que sin duda contribuye su cercanía a la realidad misma”. La propia autora expresa que todo lego posee una opinión acerca del papel que debe desempeñar el consentimiento en el Derecho, y a este respecto, añado yo que también todo lego tiene una opinión acerca del papel que debe (o debería) tener el consentimiento en el entramado de los delitos sexuales, y es por esto que se trata de un tema tan atrayente y sugestivo.

La presencia de consentimiento en una relación sexual entre dos personas es un elemento de vital importancia pues la existencia del mismo excluye el tipo. Dicho de otra forma, si hay consentimiento de ambas partes en la consumación de un acto sexual del tipo que sea, no se estará produciendo un hecho delictivo. En este sentido, es de notable relevancia el discernimiento sobre qué se considera consentimiento, cuáles son sus elementos o características principales, quién puede prestarlo, cuándo y cómo, y las consecuencias de su ausencia.

A lo largo del articulado de este trabajo se trata de dar respuesta a todas estas incógnitas mediante un estudio de la presencia, importancia y peso de este elemento del tipo a lo largo de las leyes penales, de la doctrina y de la jurisprudencia emanada de los Tribunales. Dicho esto, me gustaría añadir que los supuestos y las condiciones en que el consentimiento ha de tener un efecto liberatorio de la responsabilidad penal en los delitos sexuales ha sido y sigue siendo objeto de discusión y esto mismo es lo que hace tan interesante el estudio de esta figura, a lo que a continuación procedo.

¹ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, El consentimiento en Derecho Penal, Valencia, Tirant lo Blanch (2014), pág. 31.

El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual.

Análisis doctrinal y jurisprudencial

Para abordar esta cuestión considero necesario señalar que dentro de los delitos contra la libertad sexual se diferencian dos tipos básicos que son la agresión sexual (art. 178 CP) y el abuso sexual (art. 181 CP). Como aprecia López Barja², entre una agresión sexual cometida a través de la violencia o intimidación y un acto sexual atípico, media únicamente el consentimiento de la víctima. Por lo tanto, la ausencia del mismo da lugar al delito, aunque explícitamente no se haga referencia en el art. 178 CP a la voluntad del sujeto pasivo. No ocurre lo mismo en el delito de abuso sexual, en el cuál la relevancia del consentimiento es fácilmente deducible de la propia descripción típica. Así, el propio art. 181 CP exige que no medie consentimiento de la víctima para la consumación del delito. En conclusión, y como dice López Barja, no siempre existe una mención expresa a la voluntad de la víctima en los preceptos penales, pero ello no es impedimento para que sea reconocible de la descripción legal que la acción típica exige que se actúe sin consentimiento del sujeto pasivo, como ocurre en el delito de agresión sexual.

En consecuencia, es menester tener en cuenta que la ausencia de consentimiento es un elemento común a los delitos de agresión y abuso sexual. A este respecto, la STS 275/2006, de 6 de marzo³ dispone que “en los delitos contra la libertad sexual el tipo subjetivo y el desvalor de la acción resultan plenamente del conocimiento del autor de los elementos del tipo objetivo, es decir, del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo. La falta de consentimiento o cuando el consentimiento de la víctima es ineficaz constituyen uno de los elementos que caracterizan el tipo objetivo de los delitos contra la libertad sexual”.

² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 7.

³ STS 275/2006, de 6 de marzo (FJ 1).

Como señala Boldova Pasamar⁴, el art. 178 CP recoge el tipo básico del delito de agresión sexual. Consiste en la existencia de una acción sexual realizada con violencia o intimidación y cuyos sujetos activo y pasivo pueden ser cualquier persona. Se trata de la comisión de una acción que atente contra la voluntad sexual de la víctima cuyo principal elemento diferenciador frente a otros tipos de comportamiento sexual delictivo es el empleo de violencia o intimidación. Dicho autor entiende por violencia el uso de la fuerza física corporal, y por intimidación, la utilización de amenaza.

Además, el art. 179 CP tipifica el delito de violación como tipo agravado de agresión sexual. El mismo consiste en un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por una de las dos primeras vías. Por último, el art. 180 CP contempla una serie de tipos agravados⁵ que pueden ser aplicados tanto al tipo básico como al tipo agravado de delito de violación.

Sobre el delito de agresión sexual, la STS 216/2019, de 24 de abril de 2019⁶ estableció que “en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales 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. [...] En todos ellos [los abusos sexuales no consentidos], la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo

⁴ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Capítulo 9, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I*, en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte especial*, Granada, Editorial Comares, 2016, págs. 193 a 202.

⁵ Las circunstancias agravantes son, en primer lugar, que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente denigrante o vejatorio. Es decir, se debe producir una situación de humillación o envilecimiento de la víctima a través de la violencia o intimidación utilizadas para poder aplicar este tipo agravado. En segundo lugar, si los hechos son cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas también se ve fundamentada la agravación de la pena, pues se entiende que el desvalor de la acción es mayor si la agresión sexual deriva de una actuación colaborativa de varios sujetos frente a la víctima. En tercer lugar, es circunstancia agravante que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación. Estos factores que hacen que la víctima pueda ser considerada como especialmente vulnerable se valoran en el caso concreto. En cuarto lugar, también se considera circunstancia agravante el hecho de que el responsable del delito se haya prevalido para la comisión del mismo de una relación de superioridad o parentesco con la víctima. Esta relación de parentesco engloba ser ascendiente, descendiente o hermano de esta, ya sea por naturaleza, adopción o afinidad. Por último, es circunstancia agravante de los tipos de los arts. 179 y 180 CP el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos por parte del autor, siempre que estos sean susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 CP.

⁶ STS 216/2019, de 24 de abril (FJ 7).

de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad. En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios”.

En consecuencia, vemos que la línea divisoria entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual en muchas ocasiones es difusa y es labor de los Tribunales dilucidar en cada caso concreto de qué delito se trata. En este sentido, me gustaría destacar la STS 422/2021⁷ en la cual pueden verse determinados criterios que utiliza el Tribunal Supremo para valorar la comisión del delito de agresión sexual frente al de abuso sexual: “Consideramos que la situación de la víctima va bastante más allá de quien simplemente no da su consentimiento a la relación sexual a la que se ve sometida, sino que evidencia una oposición a ella, expresada tanto verbalmente, como a través actos concluyentes, que solo cabe vencer mediante un acto de fuerza física o psíquica, si se quiere de baja intensidad, [...] pero, en todo caso, característicos de la violencia o de la intimidación que definen el delito de agresión sexual, en el que estos elementos han de ser valorados en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, y, si bien no pueden quedar sujetos a módulos estereotipados, lo que sí abarcan son actos de acometimiento, como golpes, empujones, sujeciones, forcejeos, desgarros, abalanzamientos, en definitiva, actos de fuerza eficaz y suficiente para vencer la capacidad de autodeterminación sexual de la víctima, entre los cuales se encuentran, como explica la sentencia recurrida, las situaciones de intimidación ambiental, con las que se consigue doblegar la voluntad de esta”.

Los artículos 181, en los números 1, 2 y 3, y 182 tipifican las distintas modalidades de abuso sexual⁸. Como bien dice Boldova Pasamar, la falta de

⁷ STS 422/2021, de 19 de mayo (FJ 4).

⁸ Existen dos tipos de abuso sexual agravado. El primero, tipificado en el art. 181. 4 CP, se refiere al abuso sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros

consentimiento que es elemento del tipo en todas ellas puede darse porque este no concurre, ya sea porque la víctima se opone, no presta el consentimiento, o es incapaz de hacerlo, o porque el mismo es inválido o viciado.

Como destaca Segura⁹, en el art. 181.1 se tipifica una conducta residual respecto a los apartados 2 y 3 del art. 181 CP, porque se caracteriza únicamente por la ausencia de violencia e intimidación y por la ausencia de consentimiento, de manera que la conducta típica queda formulada en términos muy amplios.

El art. 181. 2 CP contiene diversas modalidades de abuso sexual, pues según el mismo se considerará abuso sexual no consentido aquel ejecutado sobre personas que se encuentren privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, y aquel cometido mediante la anulación de la voluntad de la víctima a través de fármacos, drogas u otras sustancias naturales o químicas idóneas a este efecto.

En consecuencia, vemos que por un lado, el abuso sexual sorpresivo (art. 181. 1 CP) y aquel que se comete sobre personas que se encuentran privadas de sentido (art. 181. 2 CP) son considerados abusos sexuales en los que no media consentimiento de la víctima. Por otro lado, hay otras clases de abuso sexual en las cuales hay un consentimiento aparente, pero el mismo no es considerado jurídico-penalmente válido por estar viciado, ya sea porque se abusa del trastorno mental de la víctima (art. 181. 2 CP) o porque se anula su voluntad a través de fármacos, drogas u otras sustancias (art. 181. 2 CP).

Respecto de los abusos sexuales perpetrados contra personas que se hallen privadas de sentido (art. 181. 2 CP), opera en estos casos la presunción de que son abusos sexuales no consentidos. Sobre esto, establece la STS 369/2020, de 3 de julio¹⁰, lo siguiente: “La jurisprudencia¹¹ ha señalado que no es un proceso sin ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en

corporales u objetos por una de las dos primeras vías. El segundo se recoge en el art. 181. 5 CP y se basa en que en la perpetración del abuso sexual concurren las circunstancias 3ª o 4ª del art. 180. 1 CP. En síntesis, se trata de las circunstancias de especial vulnerabilidad de la víctima o de prevalimiento por el responsable de una situación de superioridad o parentesco.

⁹ SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.138.

¹⁰ STS 369/2020, de 3 de julio. FJ 11.

¹¹ STS 833/2009, entre otras.

grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes”. También añade que “si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerme a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios”.

Añade el TS criterios importantes al mencionar que “se ha admitido por esta Sala la modalidad de abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido, cuando esa misma privación de sentido es provocada por la propia víctima. Por ejemplo, también la STS 833/2009 estimó la existencia de abusos sexuales en un supuesto de facultades mermadas por la ingesta de alcohol y cocaína por parte de la víctima. La STS 861/2009 que apreció el abuso sexual en un supuesto en el que el autor se aprovechó del estado de embriaguez y semiinconsciencia en que se encontraba la víctima y la STS 584/2007 condenó por abuso sexual al autor que se aprovecha del estado de inconsciencia de la víctima por él previamente provocado”.

Por lo tanto, vemos que se entiende *ex lege* que no hay consentimiento en aquellos casos en que la víctima se encuentra privada de sentido (dormida, inconsciente...) y tanto si el sujeto activo ha provocado esta situación como si únicamente se aprovecha de la misma.

Respecto del delito de abuso sexual facilitado por el uso de sustancias químicas introducido por la LO 5/2010¹², la Sentencia de la Audiencia Nacional 15/2015¹³ establece lo que sigue: “Con este nuevo supuesto se querría abarcar aquellas situaciones en las que, sin llegar a existir una pérdida de conciencia encuadrable en el supuesto ya previsto de víctimas que se hallen «privadas de sentido», se anula la capacidad de decisión de estas respecto del mantenimiento de relaciones sexuales. De este modo, ahora el CP distingue entre aquellos casos en los que no existe consentimiento de la víctima por falta de conciencia (privación de sentido), de aquellos otros en los que, pese

¹² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³ SAN 15/2015 de 2 de junio. FJ 4.

a estar consciente, la víctima ha perdido su capacidad de auto determinarse en el ámbito sexual (anulación de voluntad), acabando con los problemas interpretativos que surgían hasta la reforma del CP de 2010”.

Continúa dicho texto destacando que “esta nueva modalidad de abusos sexuales no consentidos precisa para su aplicación de la presencia de dos requisitos: en primer lugar, que se usen fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea, y, en segundo lugar, que su ingesta provoque la anulación de la voluntad de la víctima”.

Por último, destaca la mencionada sentencia que “este tipo penal plantea un problema de interpretación, dado que su actual redacción es que la anulación de la voluntad de la víctima por medio de fármacos, drogas u otras sustancias naturales o químicas, debe haber sido provocada por el propio sujeto activo del atentado sexual, o, en todo caso, por un partícipe que actúe en connivencia con este, ya que el precepto exige que el abuso sexual se cometa «anulando la voluntad de la víctima» mediante los medios descritos. Si se parte de esta interpretación, que es la que más se ajusta al tenor literal del precepto, y que es compartida por la práctica totalidad de nuestra doctrina penal, quedarían fuera del tipo aquellos casos en los que la anulación de la voluntad haya sido ocasionada por la propia víctima o por un tercero no vinculado con el autor, y este se aprovechase posteriormente de tal circunstancia”.

Por otro lado, el art. 181. 3 CP recoge los abusos sexuales con prevalimiento. Se entenderá cometido el delito cuando para la obtención del consentimiento el responsable se prevalga de una superioridad manifiesta. Según Boldova Pasamar, esta situación de superioridad del abusador debe ser, además de manifiesta, suficiente para producir una limitación considerable de la voluntad de la víctima, de manera que se considera que el consentimiento está viciado.

Sobre el prevalimiento utilizado para obtener el consentimiento, la STS 9/2016, de 21 de enero¹⁴ destaca que: “Respecto del prevalimiento al que se alude en el artículo 181, la jurisprudencia ha señalado que debe entenderse como tal en estos casos el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que

¹⁴ STS 9/2016, de 21 de enero, FJ 1. I. En el mismo sentido, el TS destaca la STS n.º 305/2013, de 12 de abril.

le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación”.

La STS 344/2019¹⁵ contiene una clara definición de este término pues como el propio texto indica: “El prevalimiento [...] se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta”.

En conclusión, vemos que la presencia de la figura del prevalimiento en los delitos de abusos sexuales es de vital importancia porque determina que el consentimiento otorgado por la víctima no será jurídico-penalmente válido. En este sentido, quiero referirme a una reciente sentencia del TS de 29 de abril de 2021¹⁶, que destaca el criterio del TS ya enunciado en la STS 470/2020¹⁷: “El Código Penal define el prevalimiento con una nota positiva, como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento [...] Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse”.

Como se indica en dichas sentencias, esta situación de privilegio o superioridad en la posición de una de las partes frente a la otra en la acción sexual que es aprovechada para coartar la voluntad de la víctima suscita cierta problemática debido a la dificultad de diferenciación entre el delito de agresión sexual con intimidación y el delito de abuso sexual por prevalimiento. El TS dispone en la STS 511/2019, de 28 de

¹⁵ STS 344/2019 (Recurso de casación n.º 396/2019). Motivo 5.4. Caso La Manada.

¹⁶ STS 352/2021, de 29 de abril. FJ 5.

¹⁷ STS 470/2020 de 23 de septiembre (Rec. 10735/2019).

octubre¹⁸ que: “La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en casos límite, como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente coartada en su capacidad de decidir libremente. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo decisivo es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla”.

En la misma línea se pronuncia Boldova Pasamar¹⁹, que en su estudio sobre la STS 344/2019 interpreta que “por eso cuando el art. 181.3 menciona para definir el abuso sexual con prevalimiento que «el consentimiento se obtenga prevaleándose...», supuestamente se deduce que en los casos de prevalimiento ha de concurrir un consentimiento de la víctima —consentimiento aparente— aunque en realidad se encuentre viciado y, por tanto, sea jurídicamente irrelevante. En cambio, en las agresiones sexuales con intimidación ni siquiera habría consentimiento, dado que la voluntad del autor se impone por la fuerza quedando la de la víctima anulada”.

Por lo tanto, a la vista de la jurisprudencia cabe concluir en la línea de que en el delito de abuso sexual por prevalimiento existe un consentimiento de la víctima pero que está viciado y por tanto no es jurídicamente válido, mientras que en el delito de agresión sexual con intimidación no existe consentimiento alguno por parte de la víctima.

Respecto del abuso sexual cometido con engaño u otras circunstancias, el art.182 CP exige que intervenga engaño o que el responsable abuse de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Como señala Boldova Pasamar²⁰, este tipo delictivo supone la existencia de un consentimiento viciado en la

¹⁸ STS 511/2019, de 28 de octubre, FJ 2. II.

¹⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”, en *Diario La Ley*, 9500, págs. 1-12.

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Capítulo 9, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I*, en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coordinadores). *Derecho Penal. Parte especial*, Granada, Editorial Comares, 2016, págs. 193 a 202.

medida en que los sujetos pasivos solo pueden ser personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años²¹.

Para concluir, como destaca Díez Ripollés²², los actuales delitos de agresión y abuso sexual se entienden estructurados en torno a cuatro niveles de contradicción a la libertad sexual. En primer lugar, están los actos que se realizan venciendo la voluntad contraria de la víctima, lo que exige la utilización de violencia o intimidación. En segundo lugar, se sitúan los cometidos aprovechándose de un consentimiento inválido de la misma, lo que sucede si la víctima es menor de 16 años o si es una persona de cuyo trastorno mental se abusa. En tercer lugar, destacan los que se sirven de un consentimiento viciado de la víctima, el cual se obtiene prevaliéndose de una situación de superioridad, abusando de una posición privilegiada o mediante una conducta engañosa. Por último, hay que señalar los actos que se realizan sin que la víctima haya manifestado su consentimiento, entre los que se encuentran los llevados a cabo sobre una persona privada de sentido, a la que previamente se le ha anulado la voluntad mediante la ingesta de ciertas sustancias, y todos aquellos realizados sobre persona que no ha aceptado inequívocamente el acto sexual.

Los bienes jurídicos protegidos por el Título VIII CP

Como el propio nombre del Título VIII CP indica, los bienes jurídicos protegidos a través de la tipificación de los delitos sexuales son la libertad e indemnidad sexuales. Es menester, para elaborar un enfoque global del tema y poder centrar la atención en el elemento del consentimiento, llevar a cabo una breve síntesis sobre los conceptos de libertad e indemnidad sexual.

La libertad sexual es el bien jurídico por excelencia que trata de tutelar el Derecho penal mediante la tipificación de los delitos que recoge el Título VIII CP. A este respecto, es necesario partir de la base de qué se entiende por libertad sexual. En

²¹ El delito de abuso sexual mediante engaño se agrava cuando los hechos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por una de las dos primeras vías o cuando concurre alguna de las circunstancias del art. 180. 1 apartados 3º y 4º CP.

²² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2019, núm. 21-10, pp. 1-29.

una primera aproximación, penalistas como Díez Ripollés²³ diferencian dos vertientes en el contenido de dicho bien jurídico.

Por un lado, la vertiente positiva hace referencia a la facultad de todo sujeto de comportarse de acuerdo con sus propios deseos e inclinaciones en el plano sexual sin otra limitación que el respeto de la libertad ajena. Por otro lado, en su vertiente negativa, la libertad sexual es el derecho de toda persona de no verse involucrada en actos de naturaleza sexual cuando no lo desee.

Remontándonos en la historia, no es hasta la transición democrática española cuando la protección de la libertad sexual deja de basarse en una determinada moral sexual colectiva cimentada en la vulnerabilidad de la honestidad de la mujer²⁴. En este momento la reprochabilidad penal se desplaza a aquellas conductas contrarias a la libertad sexual consistentes en involucrar a una persona (con independencia de su sexo) en algún tipo de acción o acto sexual en contra de su voluntad, faltando esta o cuando la misma se halle viciada o no sea válida.

Anteriormente a dicha situación, esta moral sexual colectiva no concebía la libertad sexual como un bien jurídico que debiera protegerse, por lo que las normas jurídicas penales velaban por la salvaguarda de la honestidad de la mujer insertada en la institución matrimonial. Esto, como afirma Díez Ripollés²⁵, llevaba a dejar fuera del ámbito de protección a todas las personas a las que la sociedad no atribuía la cualidad de honestas. Esta consideración de la honestidad como bien jurídico protegido dificultó la interpretación de la ley, pues este concepto no tenía contenido jurídico y no se hallaba ni mucho menos exento de connotaciones sociales y políticas.

Dicho esto, cabe concluir que la libertad sexual se ve vulnerada cuando se involucra a una persona en un comportamiento sexual no deseado. En palabras de Díez

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 6, 2000, págs. 69-101.

²⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás; TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, *Lección 17ª, Agresión y abusos sexuales*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director); VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coordinador), *Tratado de Derecho Penal. Parte Espacial (I), Delitos contra las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 1121.

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 16.

Ripollés²⁶, de esta forma pasarían a ser objeto del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad, de la misma forma que quedan excluidas de la reprochabilidad penal aquellas conductas que impidan a alguien llevar a cabo la conducta sexual.

El segundo bien jurídico que efectivamente queda protegido por el Título VIII CP es la indemnidad sexual. Como afirma Díez Ripollés²⁷, cabe entender por indemnidad sexual el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad en lo que a la sexualidad se refiere. Sin embargo, como el propio autor señala, sobre dicho concepto no hay acuerdo unánime de la doctrina.

Ciertamente, este concepto de indemnidad sexual queda ampliamente abierto a interpretaciones y es más indeterminado que el de libertad sexual. Por ello, para una mejor delimitación del mismo cabe indicar que su incorporación al CP a través de la reforma de 1999 parte del interés social en que determinadas personas, entiéndase, menores e incapaces o mentalmente trastornados, quedasen protegidas ante cualquier tipo de daño que pudiese derivar de una experiencia sexual. Estos sujetos carecerían de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, de manera que las experiencias de este tipo podrían influir de forma negativa en su normal proceso de desarrollo personal, que es lo que ciertamente trata de evitarse.

Según el propio Díez Ripollés, en el caso de los menores, la consideración de la indemnidad sexual se encamina a proteger la formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad, mientras que en el caso de personas con especial discapacidad se pretende salvaguardar su normal proceso de socialización.

En conclusión, aunando estas dos necesidades fundamentales, por una parte, de evitación de injerencias en el bienestar psicológico de determinadas personas y, por otra parte, de consideración de los menores o incapaces como vulnerables por sus condiciones personales, nace la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por las normas contenidas en el Título VIII CP.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 6, 2000, págs. 69-101.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a época, núm. 6, 2000, págs. 69-101.

Como señalan García Rivas y Tarancón Gómez²⁸, cuando se habla de indemnidad sexual se hace referencia a la protección legal que tiene lugar con independencia de la opinión de la víctima, ya que el consentimiento es completamente irrelevante cuando lo vierte un menor o incapaz.

Por ello, me gustaría destacar que en lo que a este trabajo respecta, el análisis del consentimiento versa únicamente sobre los delitos contra la libertad sexual, quedando al margen los delitos contra la indemnidad sexual en la medida en que el consentimiento de menores de 16 años e incapaces nunca se puede considerar como jurídico-penalmente válido.

La ausencia de consentimiento como elemento integrante del tipo

Para abordar esta cuestión es menester partir de la base de que el consentimiento, en relación con los elementos esenciales del sistema de la teoría general del delito puede ser bien una causa de justificación o bien una causa de exclusión del tipo.

Como afirma Díez Ripollés²⁹, entiende la doctrina dominante que en los delitos en que el bien jurídico protegido es la libertad individual en sus diversas vertientes (como es el caso de los delitos contra la libertad sexual) la presencia de consentimiento excluye la concurrencia del injusto específico del tipo al exigir como elemento negativo la ausencia del mismo.

La tipicidad, según Muñoz Conde³⁰, es definida como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. En este sentido, solo aquellos hechos tipificados en la ley penal como delitos podrán ser considerados como tales, de forma que, ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a ser

²⁸ GARCÍA RIVAS, Nicolás; TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, *Lección 17ª, Agresión y abusos sexuales*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director); VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coordinador), *Tratado de Derecho Penal. Parte Espacial (I), Delitos contra las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 1122.

²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 5ª edición, pág. 342.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 4ª edición, pág. 55.

considerado delito si no es típico, es decir, si no se corresponde con la descripción contenida en la norma penal.

En este sentido, destaca el autor³¹ que existen tipos especiales en los que se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto. Se trata de casos en que el ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico. Así ocurre en el delito de allanamiento de morada (art. 202 CP), en el delito de hurto (art. 234 CP) y en los delitos de agresión y abuso sexual (art. 178 y ss. CP). Esta referencia en algunos tipos penales al consentimiento hace que se le considere como causa de exclusión de la tipicidad y no como causa de justificación.

En la misma línea se pronuncia Boldova Pasamar³² al afirmar que “un error sobre la concurrencia del consentimiento o sobre las circunstancias que determinan la existencia de un consentimiento inválido o viciado dará lugar a un error de tipo, que no puede ser castigado al no estar prevista la modalidad imprudente del delito”.

El pronunciamiento de Gimbernat Ordeig³³ también se consolida en el mismo sentido al destacar dicho autor que “el consentimiento del titular de bienes jurídicos disponibles excluye, no la antijuridicidad como mantiene un sector de la doctrina, sino ya la tipicidad”. En este sentido, destaca Gimbernat que en los casos en que el legislador ha incluido expresamente la ausencia del consentimiento como requisito del tipo (como es el caso de los delitos sexuales a través de la previsión del art. 181. 1 CP “sin que medie consentimiento”) ya no será necesario acudir a interpretaciones teleológicas porque la atipicidad de la conducta se deriva de la propia letra de la ley. Es decir, si hay consentimiento, entonces falta en la conducta uno de los elementos que requiere el tipo para su cumplimiento.

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 4ª edición, pág. 133.

³² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Capítulo 9, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I*, en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coordinadores), *Derecho Penal. Parte especial*, Granada, Editorial Comares, 2016, págs. 193 a 202.

³³ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 16 y 17.

Enmarcado el consentimiento como elemento integrante de la tipicidad, el mismo se puede definir, según Escudero García Calderón³⁴, como la voluntad del titular de un bien jurídico de permitir que un tercero afecte al bien jurídico que le pertenece, bien si el titular se limita a soportar esa injerencia, o bien si es el propio titular el que desea que la misma tenga lugar. En conclusión como señala dicha autora³⁵, el consentimiento constituye un elemento negativo del tipo porque los delitos contra la libertad sexual exigen que la conducta se realice sin el consentimiento válido del titular del bien.

Sin embargo, partiendo de esta idea general, la definición de consentimiento sexual no está tan asentada, ya que pocas son las definiciones de consentimiento sexual que hay en la actualidad. En un primer intento de definición, señala Malón³⁶ que en la revisión del *Model Penal Code* del *American Law Institute* en 2016 Stephen Schulhofer propuso la definición del consentimiento sexual como el comportamiento de una persona, incluyendo palabras y gestos (tanto de acción como de inacción) que comunica su voluntad de participar en un acto sexual específico. Como vemos, se define el consentimiento como la expresión de la voluntad de participar en una relación sexual, expresión que puede adoptar formas muy variadas y puede ser un comportamiento verbal o no verbal.

Finalmente, el *American Law Institute* rechazó esta definición por resultar demasiado cercana al modelo del consentimiento afirmativo, de forma que el mismo terminó por definirse como la voluntad de una persona de participar en un acto sexual específico, y que puede ser expreso o inferido de la conducta de la persona.

Por último, quiero destacar que en la regulación española actual no hay una definición de consentimiento, pero el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual³⁷ define el mismo como la manifestación libre por actos

³⁴ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2014, pág. 39.

³⁵ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 58.

³⁶ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, págs. 74 a 76.

³⁷ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Disposición final quinta de Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Modificación séptima, por la que se modifica el art. 178 CP, págs. 59 y 60.

exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, de la voluntad expresa de una persona de participar en el acto sexual. Apunta Malón Marco que dicha definición se diferencia fundamentalmente de las anteriores en que solo en esta última aparece la idea de un consentimiento inequívoco. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta definición se contiene en un texto que todavía no tiene valor normativo.

A pesar de la inexistencia de una definición unánime del consentimiento sexual, la doctrina ha destacado una serie de cualidades circunstanciales y condiciones o características con las que debe contar el consentimiento para poder constituir una causa de exclusión del elemento de tipicidad. Estos requisitos de validez y eficacia del consentimiento son relativos a la capacidad, la libertad y la forma.

En primer lugar, debe ser prestado por una persona con capacidad plena para consentir la lesión de su libertad sexual. Como señala Díez Ripollés³⁸, es necesario para considerar la existencia de un consentimiento válido que la persona otorgante goce de capacidad natural de juicio y de comprensión suficiente para conocer en el caso concreto la trascendencia que para el bien jurídico supone la prestación del consentimiento.

Como recuerda Escudero García Calderón³⁹, es menester destacar que en ocasiones la voluntad del titular del bien existe pero no puede considerarse eficaz, como ocurre en el delito de abusos sexuales contra menores de dieciséis años (art. 183.1 CP), en los que el menor podrá haber consentido pero, a juicio del legislador, dicho consentimiento se considera ineficaz.

Dicha autora también señala que en los delitos en que el tipo exige la voluntad contraria de la víctima, como es el caso de los delitos sexuales, la conformidad del titular del bien jurídico es suficiente para determinar la atipicidad de la conducta, aunque no pueda afirmarse que el portador del bien jurídico cuenta con la capacidad necesaria para comprender el alcance de la renuncia. En consecuencia, aparece otro tipo delictivo. A modo de ejemplo, el que mantiene relaciones con un incapacitado que

³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho Penal español, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 343.

³⁹ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 59.

consiente, responderá por un delito de abuso y no de agresión sexual porque dicho consentimiento es inválido.

En segundo lugar, es necesario que el consentimiento se manifieste de forma libre. Esto significa que el mismo no debe estar viciado. En este sentido es importante tener en cuenta que, como afirma Díez Ripollés⁴⁰, se entiende que hay vicio cuando el consentimiento se ha obtenido con violencia, intimidación o prevalimiento. De estas tres situaciones hablamos más adelante. También señala dicho autor que se entiende viciado si se basa en error, tanto si el mismo afecta a la conciencia de disposición del propio bien jurídico como si afecta a los motivos que llevan a consentir. Además, el consentimiento debe estar exento de coacción o engaño, pues de lo contrario tampoco podrá considerarse válidamente prestado.

Coincide Escudero García Calderón⁴¹ en que los vicios que afectan a la eficacia del consentimiento son el error, el engaño y la existencia de coacciones o amenazas sobre la víctima. En este sentido, va más allá la autora afirmando que el consentimiento es ineficaz cuando, de no mediar el vicio, el titular no hubiera consentido, e independientemente de si se trata de error, engaño o coacción. En consecuencia, señala que todos los vicios que hayan concurrido al tiempo de prestar el consentimiento afectarán a su eficacia dependiendo de si han motivado o no el otorgamiento. Concluye la autora destacando que en la medida en que el consentimiento en Derecho penal es la expresión de la voluntad del titular, no pueden hacerse distinciones entre unas razones u otras, por lo que un error acerca del mismo invalida necesariamente el consentimiento independientemente de cuál sea.

Asimismo, como cualidades circunstanciales que destaca la doctrina, el consentimiento debe quedar claramente manifestado, aunque no siempre debe ser expreso, sino que como señala Muñoz Conde⁴² también cabe el consentimiento tácito.

⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Derecho Penal español, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 5ª edición, pág. 344.

⁴¹ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 159.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 4ª edición, pág. 134.

Respecto de esta modalidad de consentimiento tácito, como afirma López Barja⁴³, es discutido por la doctrina si es precisa la exteriorización del consentimiento de forma expresa o si es suficiente con que el consentimiento exista y se manifieste a través de actos concluyentes.

En un primer momento la doctrina se inclinó por la teoría de la declaración de voluntad, que exige que el consentimiento se exteriorice de forma que el que actúa tenga conocimiento del mismo para que pueda producir sus efectos. Frente a esta teoría, la teoría de la dirección de la voluntad considera que es suficiente con que el consentimiento exista para que sea eficaz, con independencia de que no se haya exteriorizado y de que el que actúa conozca de su concurrencia.

Según López Barja, la teoría dominante es la intermedia, que requiere que el consentimiento haya sido reconocible externamente de algún modo, pero sin necesidad de exigir una declaración de voluntad. En conclusión, se admite por la mayoría de la doctrina la validez y eficacia del consentimiento tácito a través de actos concluyentes. Esta posibilidad de otorgamiento de un consentimiento tácito cobra gran importancia en los delitos contra la libertad sexual porque en la mayoría de experiencias sexuales no se manifiesta explícita y verbalmente el acuerdo de ambas partes, sino que la voluntad o el deseo de los participantes suele exteriorizarse mediante actos concluyentes.

Respecto del consentimiento presunto, señala Escudero⁴⁴ que despliega sus efectos en casos en que un tercero realiza una injerencia sabiendo que no cuenta con el consentimiento eficaz del titular, pero existe una situación de urgencia que le impide esperar a obtenerlo sin que exista un elevado riesgo. En este sentido, no puede entenderse que quepa el consentimiento presunto en los delitos contra la libertad sexual, pues en estos casos no concurre el elemento objetivo de existencia de un riesgo de lesión del bien jurídico de la libertad sexual.

Por ello, según la autora, no hay que confundir el consentimiento presunto con el presumido, que es aquel que se da cuando el tercero cree que el titular ha consentido no siendo esto cierto. Este consentimiento presumido sí puede desplegar su eficacia en el

⁴³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 1999, pág. 17.

⁴⁴ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 212.

caso de delitos contra la libertad sexual, y señala la autora que “la presunción de consentimiento no es otra cosa que un error, y por tanto le serán aplicables sus reglas”.

Siguiendo con el resto de cualidades circunstanciales, se pronuncia Díez Ripollés⁴⁵ en el sentido de que el consentimiento debe ser otorgado anterior o simultáneamente a la ejecución de la conducta sexual. Esto significa que el consentimiento no puede ser expresado con posterioridad a la injerencia, ya que entonces hablaríamos de un posible perdón del ofendido, pero no de un consentimiento como tal otorgado. Perdón que además no constituye una causa de extinción de la responsabilidad penal en este tipo de delitos, como afirma Díaz Morgado⁴⁶, pues no impide la continuación del procedimiento penal ni la actuación acusatoria del Ministerio Fiscal.

En esto coincide Escudero⁴⁷, que, como Díez Ripollés, también entiende que el consentimiento puede ser revocable en cualquier momento, es decir, cualquiera de las partes involucradas en el acto sexual puede echarse atrás sin que su declaración de voluntad tenga un efecto vinculante.

Para terminar, tampoco discrepan Díez Ripollés⁴⁸ y Escudero García Calderón⁴⁹ en que no es precisa la licitud o moralidad del objeto ni de la causa de la conducta sexual para entender otorgado el consentimiento. En palabras de Escudero “hoy en día se afirma de manera unánime [por la doctrina] que la inmoralidad o ilicitud de los motivos, a diferencia de lo que sucede en Derecho civil, no invalida la eficacia del consentimiento para excluir el tipo”.

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Derecho Penal español, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 5ª edición, pág. 344.

⁴⁶ DÍAZ MORGADO, Celia, *Tema 7, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directora); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coordinador), *Manual de derecho penal. Parte espacial, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 273.

⁴⁷ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 179.

⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Derecho Penal español, Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 5ª edición, pág. 344.

⁴⁹ ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 180.

Presencia del consentimiento sexual en las leyes penales: desde el Código Penal de 1822 hasta la actualidad

En el Código Penal de 1822 se menciona la figura del consentimiento, pero insertada en un contexto que nada tiene que ver con el debate actual. Para empezar, hace dos siglos no se trataba de proteger a través de estos tipos delictivos la libertad sexual de la víctima sino su honestidad. En este sentido, el art. 674 CP castigaba el adulterio, y de su lectura cabe extraer la conclusión de que el consentimiento de la mujer de esta forma considerado nada tiene que ver con la regulación actual, de forma que poco más nos puede ser de utilidad.

El Código Penal de 1848 se instaura en las mismas líneas que el anterior en lo que al bien jurídico protegido se refiere, pues ya solo en el nombre del Título (“Delitos contra la honestidad”), vuelve a denotarse la ausencia de una conciencia social concedora de la libertad sexual y centrada únicamente en la moral matrimonial y la salvaguarda de la honestidad de la mujer.

Me gustaría destacar que la regulación sobre los delitos sexuales del Código Penal de 1848⁵⁰, si bien es más concreta que la del Código que le precede, no dota a la falta de consentimiento de importancia como elemento integrante de la tipicidad. Esta concepción es fruto de la protección de la honestidad de la mujer en el plano de la relación marital, como se puede ver, entre otras cosas, en el hecho de que no se concebía que la violación pudiese tener lugar entre cónyuges⁵¹.

El Título IX del CP de 1870, “Delitos contra la honestidad” sigue sin hacer referencia al bien jurídico de la “libertad sexual”. Como en los Códigos Penales hasta ahora estudiados, estas figuras delictivas no tienen como fin principal la protección de

⁵⁰ El CP de 1848 distinguía entre la llamada violación propia, consistente en el acceso carnal violento, evidentemente, con ausencia de consentimiento de la víctima, y la violación impropia, basada en el castigo de la relación sexual consentida mantenida con una menor de 12 años, y aquella cometida sobre una mujer privada de sentido.

También recogía este CP el delito de abusos deshonestos, figura en la que por primera vez se contemplaba la posibilidad de que la víctima fuese un hombre. Este tipo delictivo englobaba en su seno tanto aquella agresión cometida con violencia como la comisión de actos calificables de obscenos sin violencia contra menores de 12 años o personas privadas de sentido.

⁵¹ ASÚA BATARRITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*, pág. 12.

la libertad en el ejercicio de la sexualidad de las personas, sino la invulnerabilidad de la honestidad de las mujeres en el seno de la moral sexual colectiva como el objeto jurídico de protección⁵². Al margen del delito de adulterio, resultan importantes para este trabajo los delitos de violación y abusos deshonestos⁵³ que recoge dicho CP (arts. 453 y 454) y la escasa importancia que la figura del consentimiento tiene en su regulación.

En el CP de 1928 la violación y los abusos deshonestos continúan formando parte del Título que recibe el nombre de “Delitos contra la honestidad”⁵⁴. Se considera violación el acto sexual mantenido con una mujer cuando se utilice fuerza o intimidación o cuando la víctima se hallare privada de razón o incapaz para resistirse. Como vemos, deriva de la lectura del art. 598 CP que el hecho de que la víctima se encuentre privada de sentido o sea incapaz de resistirse se traduce en una falta de consentimiento. Así, este Código contiene los primeros indicios de que la falta de resistencia de la víctima incapaz no se equipara al consentimiento de la misma, pero nada más se dice en el articulado de este Título sobre la ausencia de consentimiento.

Dejando a un lado las novedades⁵⁵ que incorpora este Código, hay que destacar que el art. 602 CP contiene determinadas circunstancias agravantes que es menester destacar, pues efectivamente merecen la consideración que el CP de 1928, a diferencia de los anteriores, les otorga, porque son circunstancias que pueden influir en el consentimiento de la víctima. Las mismas son el abuso de autoridad o de confianza, el abuso de relaciones domésticas y el grave daño a la salud de la víctima. Por lo demás,

⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 17.

⁵³ Respecto de la violación, contempla el CP de 1848 tres situaciones en las que se entendía cometido dicho delito: cuando se usare fuerza o intimidación, cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa (resulta de relevancia mencionar esta condición porque se reconoce que la mujer privada de sentido no puede emitir su voluntad en aras de realizar el acto sexual, de forma que habrá una falta de consentimiento por parte de la víctima) y cuando la mujer fuere menor de 12 años. Respecto del abuso deshonesto, sigue el Código Penal de 1870 la misma línea que el Código anterior porque este delito puede ser cometido tanto contra una mujer como contra un hombre.

⁵⁴ Arts. 598 a 602 del Código Penal de 1928.

⁵⁵ Las novedades incorporadas por el CP de 1928 en síntesis versan sobre la violación cometida por varias personas, aquella cometida contra prostitutas, y aquella en que víctima y culpable son personas de mismo sexo. Además, el art. 601 CP profundiza en mayor medida en el concepto de abuso deshonesto de lo que lo hacen los Códigos anteriores, pues señala que se considerará abuso aquella conducta sexual cuando no haya ánimo de acceso carnal.

poco hay que añadir al hablar del CP de 1932 en lo que al consentimiento se refiere porque contiene la misma redacción que el anterior respecto de los delitos contra la honestidad.

El CP de 1944 acota de nuevo la redacción que habían dado los Códigos Penales de 1928 y 1932 al delito de violación y abusos deshonestos pues retoma la definición de violación dada por el CP de 1870. Así, insertado en el Título IX (“De los delitos contra la honestidad”), establece el art. 429⁵⁶ los casos en que se comete violación. El art. 430⁵⁷ castiga los abusos deshonestos cometidos tanto contra hombres como contra mujeres pero no hace mayor referencia a lo que se consideran abusos ni a los elementos que conforman este tipo.

A través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para considerar como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres⁵⁸. El propio preámbulo de la ley establecía que “la necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad”.

El CP de 1995 se introduce en el ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y es el que se encuentra vigente en la actualidad. Como su propio preámbulo indica, este texto pretende avanzar en la igualdad real y efectiva a través, entre otros instrumentos, del otorgamiento de una nueva regulación a los delitos contra la libertad sexual. En este sentido, dice el propio preámbulo: “Se pretende con ella [la nueva regulación] adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer,

⁵⁶ CP de 1944. Art. 429. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor. 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.

⁵⁷ CP DE 1944. Art. 430. Él que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor.

⁵⁸ ASÚA BATARRITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*, pág. 12.

sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente”.

El Título XIII del CP de 1995 (“Delitos contra la libertad sexual”), cambia por completo la similar redacción que todos los Códigos anteriores habían dado a estos tipos delictivos. En síntesis, tipifica por un lado los delitos de agresión sexual, como aquellos actos cometidos mediante el uso de violencia o intimidación, y por otro lado los delitos de abuso sexual, como aquellas conductas sexuales llevadas a cabo sin utilizar violencia o intimidación y “sin que medie consentimiento”.

Si bien el elemento negativo del tipo no queda delimitado, una primera aproximación se introduce cuando se dice que en todo caso no se consideran consentidos los abusos sexuales ejecutados sobre menores de 12 años, sobre personas privadas de sentido, cuando se abuse de su trastorno mental o cuando el consentimiento se obtenga por prevalimiento de una situación de superioridad del culpable.

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal es importante en lo que respecta a los abusos sexuales. Dicha reforma incluyó una mención expresa a que no existe consentimiento cuando el abuso se cometa “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto” (art. 181.2 CP).

Esta mención del art. 181. 2 CP a la utilización de fármacos, drogas u otras sustancias para anular la voluntad de la víctima es importante porque la equiparación de la sumisión química a la ausencia de consentimiento y no a la violencia hace que la utilización de sustancias para anular la voluntad de la víctima en el plano sexual constituya un delito de abuso y no de agresión sexual. Esta adaptación legislativa, según la doctrina⁵⁹, plantea diversos problemas de encaje porque con este tenor literal se impide, en virtud del principio de legalidad, la incardinación de supuestos de sumisión química como supuestos de agresión sexual, porque se estaría rebasando el sentido

⁵⁹ AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María-Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, en *Revista de Política Criminal* Vol. 15, Nº 30, diciembre, 2020, Art. 2, pág. 530.

literal del tipo y no cabría la posibilidad de argumentar que la utilización de sumisión química puede ser una forma de violencia.

En el marco internacional, es menester hacer una breve mención al Convenio de Estambul⁶⁰. Este Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica entró en vigor en España el día 1 de agosto de 2014. Es un texto legal importante porque dota al elemento de la ausencia de consentimiento de una posición central en los delitos contra la libertad sexual. Así, el art. 36. 2 del Convenio de Estambul establece textualmente que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

Por lo demás, en lo que respecta a la consideración del consentimiento en las leyes españolas, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual pretende, en su Disposición final quinta, la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal. Dicho texto establece textualmente en la exposición de motivos que “como 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, además de reorientar el régimen de valoración de la prueba, contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria”.

En lo que nos atañe, es menester destacar que la Disposición final quinta del Anteproyecto pretende modificar el art. 178. 1 CP que quedaría redactado de la siguiente manera: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 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”.

⁶⁰ Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011, Serie Tratados del Consejo de Europa, nº 210.

En consecuencia, vemos que la modificación del CP a través de este Anteproyecto de Ley Orgánica, de prosperar, supondría que el CP contendría por primera vez una definición de consentimiento como la manifestación libre a través de actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes de la voluntad expresa de una persona de participar en el acto sexual. Se trataría pues de la regulación del conocido como consentimiento afirmativo al que me refiero en el siguiente epígrafe.

Continúa la redacción del art. 178. 2 CP como sigue: “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 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”.

Como vemos, este segundo párrafo fusiona los actuales arts. 178 y 181 CP y abandona la diferenciación entre agresión y abuso sexual, constituyéndose un único delito de agresión sexual.

En este sentido, señala Díez Ripollés⁶¹ que “una finalidad acompañante reiterada en diversos pasajes [del Anteproyecto] es la de que la actual regulación no hace visible ante la sociedad la gravedad de estas conductas ni le transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de toda conducta sexual que se impone a otra persona contra su voluntad, de manera que quede claro que es delito toda conducta sexual realizada sin el consentimiento de la persona agredida”.

Por lo tanto, a través de esta reforma del CP se pretende la consagración de la definición de consentimiento como la expresión libre de voluntad de la víctima de forma concluyente e inequívoca conforme a las circunstancias concurrentes. En consecuencia, de materializarse esta reforma se dotaría a la ausencia de consentimiento de una posición más central en la configuración de los delitos contra la libertad sexual.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2019, núm. 21-10, pp. 1-29.

Sin embargo, quiero destacar que el contenido del Anteproyecto en lo que a los delitos sexuales se refiere también es objeto de críticas, y el propio Díez Ripollés señala en el ya referenciado artículo que “se trata de que el derecho penal se convierta en un privilegiado instrumento de impulso de determinadas políticas sociales, con frecuencia imprescindibles e inaplazables. Para lograr tal objetivo el derecho penal tiene que transformarse y ser capaz de incorporar un buen número de elementos expresivos y valorativamente sesgados, claramente orientados a realzar a ciertos colectivos sociales preteridos o desfavorecidos, aun a costa de perder la imparcialidad y la mesura en el enjuiciamiento de la conducta delictiva”.

En conclusión, la definición en la ley penal de un consentimiento afirmativo tiene determinadas ventajas, pero también algunos inconvenientes que no pueden ser dejados de lado, pues no podemos olvidar que la regulación de este tipo de consentimiento se refiere al ámbito jurídico-penal y no al social. Esto nos lleva a plantear la reflexión de Boldova Pasamar⁶² sobre si es la ley penal el mejor instrumento para trasladar las concepciones sobre el consentimiento sexual afirmativo desde la perspectiva de género, algo que podría vulnerar principios fundamentales básicos como la igualdad de ley, lo que deja entrever que tal vez la ley penal no es la vía idónea para solucionar los desacuerdos sociales en torno al consentimiento sexual.

La prueba de la ausencia de consentimiento. Análisis jurisprudencial

Antes de referirme a la prueba de la ausencia de consentimiento, me gustaría señalar, a modo de introducción, que es el propio Tribunal Supremo el que desde hace ya varias décadas no asimila la falta de oposición o resistencia con un presunto consentimiento por parte de la víctima.

La Sentencia del TS 511/2007⁶³ (FJ 4) expresa lo que sigue: “En la ya veterana sentencia de 29 de marzo de 1994 , decíamos que una doctrina muy antigua y constante de esta Sala viene afirmando que no es preciso para entender satisfecho el tipo del nº 1º

⁶² BÓLDOBA PASAMAR, Miguel Ángel, *Prólogo*, en MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 19.

⁶³ STS 511/2007, de 7 de junio, FJ 4.

del art. 429 [actual art. 179 CP], que el acceso carnal se logre por el sujeto activo haciendo uso de una fuerza desatada e irresistible, mantenida durante toda la acción y correspondida también por una oposición y resistencia a ultranza del sujeto pasivo que permanezca en todo momento, sino que es suficiente con la oposición de este último sea cierta, real y exteriorizada, bastante para demostrar la seriedad de su disentimiento, aunque termine cediendo, bien por pusilanimidad, bien por convicción de la inutilidad de la resistencia, bien por miedo a males mayores o por otra circunstancia que no sea su aceptación voluntaria y de buen grado del acceso carnal que se le impone”⁶⁴.

En el mismo sentido se orienta una sentencia mucho más actual, de 2017⁶⁵, en la que el TS expresa lo siguiente “por ello mismo, es suficiente que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima, porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que esta sea sobre el cuerpo de la víctima, para conseguir el objeto propuesto”.

También es menester destacar en este apartado la STS 344/2019⁶⁶, cuando señala que “la 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”.

Como ya he mencionado anteriormente, el problema principal en el enjuiciamiento de los delitos sexuales no es tanto la falta de delimitación del concepto de consentimiento, sino más bien la prueba de su presencia o ausencia durante los hechos. Son numerosas las sentencias del TS cuyo núcleo principal versa sobre si la declaración de la víctima es suficiente para enervar el derecho a la presunción de

⁶⁴ Otras sentencias que el TS menciona en el mismo sentido: STS de 21 de diciembre de 1.946; 4 de mayo de 1.949; 10 de diciembre de 1.968; 16 de noviembre de 1.981; 3 de noviembre de 1.986; 12 de junio de 1.989; 25 de septiembre y 12 de diciembre de 1.991; 8 de abril y 6 de mayo de 1.992; 12 de febrero; 1 de junio y 3 de noviembre de 1.993

⁶⁵ STS 573/2017, de 18 de julio, FJ 6.

⁶⁶ STS 344/2019, de 4 de julio (Recurso de casación 396/2019). Motivo 5. Caso La Manada.

inocencia en lo concerniente a la existencia o no de consentimiento en la relación sexual mantenida⁶⁷.

En este sentido la ya mencionada STS 511/2007, de 7 de junio, en el FJ 2 establece que “la prueba de cargo que ha formado la convicción del Tribunal sobre la realidad de las penetraciones bucal y vaginal mediante la violencia física efectuadas por el acusado, lo ha sido la declaración de la víctima testigo, que el órgano juzgador analiza en la sentencia y la califica de expresiva, verosímil y creíble, además de persistente a lo largo de todo el procedimiento, no dando crédito a las manifestaciones exculporias del acusado cuando afirma que las relaciones sexuales fueron consentidas por la víctima, destacando como elementos que corroboran la versión de la agredida las lesiones que esta sufrió en la defensa y oposición que presentó al acusado [...] que son perfectamente compatibles con una agresión sexual, como así expuso la Médico Forense en el acto del juicio”.

Destaca ya la jurisprudencia antigua que en el ámbito probatorio es suficiente para enervar la presunción de inocencia la declaración testifical de la víctima como única prueba de cargo. Además, en este ámbito la jurisprudencia ha consolidado una serie de garantías que deben cumplirse para que la declaración de la víctima sea prueba de cargo en los delitos sexuales.

La STS 310/2019⁶⁸, establece que “la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, una vez que se contrasta con los datos objetivos corroboradores que figuran en la causa. Y ello incluso cuando fuera la única prueba disponible, lo que no es extraño que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en lugares ocultos y ajenos a la visión de terceros, no suele ser fácil hallar pruebas concluyentes diferentes a las manifestaciones de la víctima”⁶⁹.

⁶⁷ STS 268/2021, de 24 de marzo. FJ 3.

⁶⁸ STS nº. 310/2019, de 13 de junio. FJ 1. 2 y 1. 3.

⁶⁹ En el mismo sentido señala el TS “Así lo han entendido tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1.994, de 28 de febrero; y 195/2.002, de 28 de octubre) como esta misma Sala (SSTS 339/2007, de 30 de abril; 187/2012, de 20 de marzo; 688/2012, de 27 de septiembre; 788/2012, de 24 de octubre; 469/2013, de 5 de junio; 553/2014, de 30 de junio, entre otras)”.

En la misma línea, señala la referida sentencia que “para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, esta Sala viene estableciendo ciertas pautas o patrones que, sin constituir cada una de ellos una exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación”.

Cada uno de estos criterios es delimitado por la jurisprudencia del TS en este sentido:

“En lo que respecta a la credibilidad subjetiva de las víctimas, se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que debilitan su testimonio (minusvalías sensoriales, o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre). En lo concerniente al parámetro de la credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, lo centra la jurisprudencia en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). Y en lo que atañe a la persistencia en la incriminación, se plasma en la ausencia de modificaciones y de contradicciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima en el curso del procedimiento, tanto en su versión general de los hechos como en sus particularidades y circunstancias más relevantes y significativas”.

Por último, me gustaría señalar que el TS entiende que “la deficiencia en uno de los criterios no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento de otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia” y que “los criterios de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación no

constituyen requisitos de validez, sino estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio, pero que tienen un valor sólo relativo”.

En síntesis, respecto de la prueba de ausencia de consentimiento, vemos que es posible obtener una sentencia condenatoria a través de una declaración testifical como única prueba de cargo. Para ello, entiende el TS que puede bastar con la declaración testifical de la víctima, siempre que la misma cumpla con los requisitos que, como extrae Díaz Morgado⁷⁰ de la jurisprudencia que acabo de destacar, son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia en la incriminación.

Además, la declaración de la víctima suele verse reforzada por informes médicos o periciales. Y como también puede verse, las lagunas en la declaración de la víctima no tienen por qué constituir una menor credibilidad de esta o un posible otorgamiento de consentimiento por su parte.

En conclusión, la jurisprudencia española ha evolucionado conforme lo han hecho los criterios establecidos a nivel internacional sobre la consideración de los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, como señala Altuzarra⁷¹, el papel de los Tribunales sigue resultando clave, porque todavía quedan ideas en la sociedad que vulneran la libertad sexual y desvalorizan la figura del consentimiento, de forma que es labor de los Jueces y Tribunales evitar que las mismas encuentren cabida en las resoluciones judiciales y pervivan en la jurisprudencia.

Aún con todo, señala Altuzarra que queda mucho trabajo por delante en aras de asentar los patrones establecidos por la regulación internacional en las leyes españolas. Su incorporación supondría la consagración de una jurisprudencia basada en que el elemento principal a considerar por los juzgadores para apreciar si se ha cometido un delito contra la libertad sexual (incluido el de violación) sea la concurrencia del elemento negativo de ausencia de consentimiento. De esta manera, los medios

⁷⁰ DÍAZ MORGADO, Celia, *Tema 7, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directora); HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coordinador), *Manual de derecho penal. Parte espacial. Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 272.

⁷¹ ALTUZARRA ALONSO, Itziar, “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), págs. 511-558.

comisivos (fuerza, violencia, intimidación...) se verían desplazados a la categoría de elementos que evidencian la falta de consentimiento, dejando de ser elementos definatorios del delito sexual.

Evolución del consentimiento en la doctrina. Referencia a las doctrinas del consentimiento negativo y afirmativo

Muchas reformas en los delitos contra la libertad sexual han sido incorporadas por la mayoría de legislaciones a lo largo de la historia y sobre todo a partir de los años setenta y ochenta, promovidas por los cambios socio-culturales, el movimiento feminista y la perspectiva victimológica⁷². Malón⁷³, entre las más importantes, destaca la eliminación del requisito de corroboración o el de resistencia por parte de la víctima, la protección de su imagen o la posibilidad de violación dentro del matrimonio.

Como sigue apuntando Malón⁷⁴, en la actualidad habría una “necesidad estratégica de convertir el consentimiento —que no la fuerza— en la piedra angular de todo el edificio legal en este ámbito, presentándolo en una forma cada vez más exigente”. Dice el propio autor que definir el consentimiento en términos más exigentes respondería a la necesidad de controlar mejor las posibles desviaciones de este espíritu, y promovería la idea de convertir toda relación sexual no consentida en agresión (en esta línea se insertaría el Anteproyecto de LO de la garantía integral de la libertad sexual).

A día de hoy, sostienen diversos autores⁷⁵ que el cambio principal que se observa en un amplio sector de la doctrina se debe a los defectos que deja entrever la regulación actual. El objetivo principal parece dirigirse a “la unificación y ordenación de las actuales conductas constitutivas de agresiones sexuales y de abusos sexuales bajo

⁷² AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María-Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, en *Revista de Política Criminal* Vol. 15, Nº 30, diciembre, 2020, Art. 2, pág. 550.

⁷³ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 36.

⁷⁴ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 26.

⁷⁵ FARALDO CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M., RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., FUENTES LOUREIRO, M. Á. *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 1ª edición, págs. 27 y 28.

una denominación única, poniendo el acento no ya en las conductas de contenido sexual, sino en los medios comisivos que evidencien la falta de consentimiento de la víctima para la práctica de esas relaciones”.

Respecto del delito de agresión sexual, señala Asúa⁷⁶ que a través del tipo básico del art. 178 CP el legislador opta por una definición general amplia que admite, además de los ataques a la libertad sexual de la víctima efectuados por el agresor, otros actos como obligar a esta a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre sí misma o sobre un tercero. En este sentido, destaca la autora que hay acuerdo de la doctrina en que las conductas incluidas en las agresiones sexuales son aquellas que suponen un ataque a la libertad “negativa” de la víctima, que se traduce en su derecho a negarse ante una relación sexual no querida.

A propósito del delito de agresión sexual, afirma Asúa que parte de la doctrina ya se ha pronunciado sobre la improcedencia de exigir como elemento típico de estos delitos la concurrencia de un "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor. Concluye la autora en la línea de que hay que partir de que lo que da contenido al desvalor de la conducta es su orientación al menoscabo de la libertad sexual. Dicho de otra forma, en la agresión sexual la conducta es antijurídica porque hay una voluntad del autor de utilizar sexualmente a la víctima sin su consentimiento y no por el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual de este.

Por lo tanto, y como ya he mencionado en un anterior epígrafe de este trabajo⁷⁷, la ausencia de consentimiento es un elemento negativo integrante del tipo en el delito de agresión sexual igual que lo es en el de abuso sexual. Aunque el art. 178 CP no mencione dicho elemento explícitamente, se sobreentiende que no hay consentimiento cuando se atenta contra la voluntad sexual de la víctima con violencia o intimidación.

El art. 181 CP al regular el delito de abuso sexual no recoge una definición de consentimiento, sino que solo incorpora como elemento del tipo la ausencia del mismo. Pues bien, ante esta falta de definición expresa del concepto, en un primer momento, a raíz del descontento social que tuvo lugar respecto de determinadas sentencias

⁷⁶ ASÚA BATARRITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*, pág. 26.

⁷⁷ Epígrafe del consentimiento y los delitos contra la libertad sexual. Análisis jurídico y jurisprudencial (pág. 6).

emanadas sobre el mediático caso de La Manada, se optó por demandar la incorporación en las leyes penales del consentimiento sexual negativo entendido bajo la máxima del “no es no”, expresión que se popularizó entre las masas y es conocida a nivel mundial. En base al consentimiento negativo, se entiende que cuando la víctima dice que “no” ante una relación sexual, significa que está expresando su voluntad contraria ante dicho acto sexual incluso si la misma no opone resistencia al agresor, que, de consumir el acto sexual, estaría cometiendo el delito.

Sin embargo, dos son los principales problemas que surgen de esta doctrina del consentimiento negativo según Malón Marco⁷⁸. En primer lugar, este planteamiento supone que el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual no recibe el mismo tratamiento que en otros delitos como el robo o la extorsión, en los cuales no se presume el consentimiento de las víctimas. En segundo lugar, a través de esta consideración se produce un fenómeno de re victimización que deriva de la dificultad de probar ante los órganos judiciales la falta de consentimiento. Esta victimización secundaria tiene lugar cuando la prueba sobre la falta de consentimiento se trata de hallar en el comportamiento de la víctima, en lugar de buscarla en el comportamiento del autor o en la objetividad de los hechos.

Por ello, en la actualidad el debate ha ido más allá y se ha centrado en la posible exigencia de un consentimiento afirmativo en la relación sexual. De esta forma, la falta de un “sí” explícitamente emitido por la víctima podría suponer la inexistencia de consentimiento y por tanto se estaría consumando el delito. De este punto parte la teoría de Ana Vidu y Gema Tomás Martínez⁷⁹ que plantea la idea de un consentimiento afirmativo como pilar básico del CP en los delitos sexuales, consentimiento que además prevalecería sobre otras circunstancias como pueden ser la edad, la existencia de intimidación, etc...

La postura parte de la consideración de que en muchas ocasiones las víctimas de este tipo de delitos no son capaces de emitir un “no” explícito, ya sea por razones de miedo, incapacidad; pero, aunque no lo hagan, no están consintiendo la acción sexual y,

⁷⁸ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 47.

⁷⁹ VIDU AFLOAREI, Ana; TOMAS MARTÍNEZ, Gema, “The affirmative “Yes”. Sexual Offense Based on Consent”, en *Masculinities and Social Change*, 8 (1), págs. 91-112, 2019.

por ello, se reivindica la exigencia de un consentimiento afirmativo libremente emitido por ambas partes en la regulación penal para descartar la comisión del tipo delictivo.

Según las citadas autoras, cabría definir el consentimiento afirmativo como aquel que es consciente, positivo y voluntario, a través del cual el otorgante muestra su acuerdo ante la participación en una actividad sexual. Para lograr esta evolución del criterio que implicaría el reemplazo de la “presunción del no” por la “presunción del sí” sería necesario alcanzar unos estándares de consentimiento afirmativo en los que los jueces encontrasen el apoyo necesario para determinar si ambas partes dieron su consentimiento en el caso concreto.

Esta idea del consentimiento amparado bajo la máxima de que “solo sí es sí” impediría la vulnerabilidad de la víctima en los numerosos supuestos en que la capacidad de decir “no”, o lo que es lo mismo, de expresar una voluntad contraria ante el acto sexual, se encuentra limitada o anulada. Algunas de estas situaciones se producen en el seno de las relaciones afectivas, relaciones de poder, también cuando la víctima se halla bajo los efectos del alcohol o las drogas, por causa de estados de temor, miedo o pánico, o por influencia de la intimidación, entre otras.

En cuanto a esta doctrina del consentimiento afirmativo, también destaca Malón Marco⁸⁰ que los principales elementos requeridos son la renuncia al requisito de la fuerza o resistencia de la víctima, la consagración de la ausencia de consentimiento como elemento esencial de los delitos sexuales, la definición cerrada de dicho concepto, la presunción de que la víctima no ha consentido hasta que se demuestre lo contrario, y que la responsabilidad de demostrar la manifestación del consentimiento recaiga sobre el autor de los hechos. En este sentido, es menester destacar que afirma el propio autor que estas propuestas que defienden el consentimiento como lo único importante también puede llevar a grandes equívocos y a visiones parciales y demasiado simplistas de un fenómeno que destaca por su complejidad.

⁸⁰ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 56.

En un contexto similar se sitúa el estudio realizado por Carmen Mañas Viejo y Alicia Martínez Sanz⁸¹. El mismo se centra en la violencia sexual que tiene lugar al amparo de las relaciones de pareja heterosexuales únicamente, pero aun con todo, es interesante la conclusión alcanzada porque la violencia sexual en general apuntala la violencia de género como parte de la misma. El estudio sostiene que la complejidad del consentimiento puede ser atenuada, en primer lugar, a través de un cambio cognitivo en la percepción, entendimiento y relación entre sexos, y en segundo lugar, mediante el acuerdo sobre la definición del consentimiento de forma precisa. A partir de esta definición se atemperarían las dudas que surgen en torno al concepto de relación sexual consentida y no consentida.

En la misma línea se enmarca el estudio de Altuzarra⁸², que señala que desde 2002 el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸³ se ha pronunciado en aras de que las legislaciones penales nacionales opten por la penalización de cualquier tipo de acto sexual en el que no medie consentimiento de alguna de las partes implicadas, aunque durante la consecución del mismo la víctima no oponga resistencia.

En conclusión, las corrientes actuales se posicionan en aras de implantar en las legislaciones penales tanto europeas como internacionales la premisa de que la falta de protesta o de resistencia no es sinónimo de consentimiento. Las mismas se encuentran promovidas por el descontento que producen determinadas decisiones judiciales en los colectivos sociales, desacuerdo que permite entrever que hoy en día no existe una correspondencia entre lo que el Código Penal y la sociedad entienden por consentimiento.

En este sentido, este tipo de corrientes buscan dotar al elemento de ausencia de consentimiento de una posición central en la configuración de los delitos contra la libertad sexual, llegando a constituir un pilar fundamental en su regulación bajo la

⁸¹ MAÑAS VIEJO, C., MARTÍNEZ SANZ, A., “Between Coercion and Consent: A Study on Male Sexual Violence in Heterosexual Partner Relationships”, en *Masculinities and Social Change*, 6 (3), págs. 235- 260, 2020.

⁸² ALTUZARRA ALONSO, Itziar, “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), págs. 511-558.

⁸³ Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia (Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de abril de 2002, en la 794ª reunión de delegados ministeriales), pág. 11.

justificación de que los criterios utilizados hasta ahora resultan, como poco, insuficientes. Sin embargo, es preciso destacar que a pesar de la proliferación de estos modelos de consentimiento positivo y negativo, en la actualidad en España sigue primando un modelo flexible, que, como entiende Malón Marco⁸⁴, se da en aquellas normas que hablan de una mera ausencia de consentimiento. Esta opción legislativa encontraría su razón de ser en que no es posible cerrar una definición normativa de consentimiento que abarque la compleja variedad de posibilidades que se pueden dar en la realidad. En este sentido, como señala el autor, si la reforma es jurídica, el debate debe ser jurídico, de manera que no se puede (ni debe) mezclar lo estrictamente legal con las aspiraciones de cambios culturales, pues esto podría contribuir a pervertir el sistema penal, realidad que los discursos defensores del consentimiento afirmativo parecen desatender al pretender que la reforma de la ley penal sea el camino que conduzca al cambio social.

Conclusiones

1.- La presencia del consentimiento del sujeto pasivo en la realización de conductas sexuales es suficiente para eludir la pena, porque la existencia de este elemento opera en el nivel de la tipicidad, de forma que no será preciso recurrir a causas de justificación ni de inculpabilidad.

2.- Los delitos contra la libertad sexual se dividen en dos tipos penales básicos que son el delito de agresión sexual y el de abuso sexual. Dejando al margen sus diferencias, ambos tipos delictivos exigen la concurrencia del elemento negativo del tipo de ausencia de consentimiento de la víctima. En el delito de agresión sexual la voluntad contraria de la víctima queda doblegada a través de la violencia o la intimidación, mientras que en el delito de abuso sexual no hay consentimiento de la víctima, o hay un consentimiento aparente que se considera jurídicamente inválido.

3.- Hasta la promulgación del CP de 1995, los anteriores Códigos Penales tipificaban los delitos sexuales partiendo de la necesidad de salvaguardar la honestidad de la mujer en el plano de la moral matrimonial, sin hacer mayores referencias a los

⁸⁴ MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición, pág. 65.

elementos que conformaban el tipo. El CP de 1995 adecúa dichos tipos penales al nuevo bien jurídico protegido, que deja de ser la honestidad y pasa a ser la libertad sexual. A través de esta nueva regulación se enumeran los supuestos en que cabe considerar que no existe consentimiento de la víctima y los supuestos en que hay un consentimiento aparente que se considera jurídico-penalmente inválido. Sin embargo, el mismo sigue siendo un concepto jurídico indeterminado que a día de hoy debe ser interpretado en el caso concreto, lo que en muchas ocasiones da lugar a resoluciones injustas, victimización secundaria y desacuerdo social.

4.- El problema principal en lo que al consentimiento sexual respecta versa sobre su prueba. En este sentido, la presencia o no de consentimiento expreso o tácito (mediante actos concluyentes) es probada con mayor o menor dificultad en cada caso concreto. Véase a modo de ejemplo, que no requiere el mismo esfuerzo probatorio la prueba de ausencia de consentimiento en un ataque sexual sorpresivo que ha tenido lugar en la vía pública o en un delito sexual perpetrado en la intimidad. En este sentido, es necesario destacar que la prueba procesal adquiere tal importancia porque en determinadas ocasiones la declaración de la víctima en lo concerniente a la presencia o ausencia de consentimiento en la relación sexual puede constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia de la parte acusada. A grandes rasgos, la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo suficiente si cumple las exigencias de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

5.- En la actualidad la falta de definición legal de consentimiento sexual en el CP hace que la delimitación de este elemento esté destinada a la interpretación particular de cada caso, de manera que queda abierto el modo en que los Tribunales deben valorar la existencia del mismo. En esta línea, cabe hacerse la pregunta de si la definición exacta en la ley del concepto de consentimiento es tan necesaria como se aboga en el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Según dicho texto, el consentimiento sexual quedaría definido como la expresión libre de voluntad de la víctima de forma concluyente e inequívoca conforme a las circunstancias concurrentes. Esta definición parte de la doctrina del consentimiento afirmativo y si bien tiene posibilidades de éxito como garantía de transformación social, también entraña sendas dificultades y riesgos. El inconveniente principal de la

incorporación a la ley penal de una definición del consentimiento positivo proviene de que la ley penal no es el instrumento idóneo para trasladar al ámbito normativo determinadas necesidades que nacen de las demandas de la perspectiva social de género.

6.- Como he señalado a lo largo de este trabajo, son varias las propuestas que abogan por alternativas más exigentes en lo que a la definición del consentimiento sexual respecta. El consentimiento negativo recogería el espíritu de la fórmula de “no es no” mientras que el consentimiento afirmativo se traduciría en la fórmula del “solo sí es sí”, teniendo ambas en común que cerrarían normativamente las formas en las que puede manifestarse el consentimiento para ser legalmente válido. Para reflexionar sobre esta cuestión, hay que partir de que las doctrinas del consentimiento sexual afirmativo y negativo nacen a raíz del desacuerdo de determinados grupos sociales sobre la forma en que se protege penalmente la libertad sexual. Sin embargo, para solucionar los problemas sociales que estas corrientes denuncian, la ley penal todavía no es el mecanismo utilizado y el hecho de que en el futuro lo sea es un tema no exento de debate doctrinal. Las principales razones que este tipo de doctrinas tienen en contra versan sobre que el cambio normativo dirigido a la definición en la ley de un consentimiento afirmativo o negativo no necesariamente va a eliminar la necesidad de interpretación de los preceptos penales por parte de los Tribunales, ni va a terminar con las posibilidades de ambigüedad y exigencia de acudir a los indicios de cada caso concreto, y mucho menos va a provocar un cambio cultural que lleve al consenso social en lo que a estos tipos delictivos respecta.

Bibliografía

AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María-Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, en *Revista de Política Criminal*, volumen 15, Nº 30, Diciembre, 2020, Art. 2, págs. 526-581.

ALTUZARRA ALONSO, Itziar, 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), págs. 511-558.

ASÚA BATARRITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Capítulo 9, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I*, en ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coordinadores), *Derecho Penal. Parte especial*, Granada, Editorial Comares, 2016.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”, en *Diario La Ley*, 9500, págs. 1-12, 2019.

DÍAZ MORGADO, Celia, *Tema 7, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directora), HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coordinador), *Manual de derecho penal. Parte espacial. Tomo I*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2.^a Época, núm. 6, págs. 69-101, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 21-10, 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *Derecho penal español, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 5ª edición.

ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN, Beatriz, *El consentimiento en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

FARALDO CABANA, Patricia; ACALE SÁNCHEZ, María; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Silvia; FUENTES LOUREIRO, María Ángeles, *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 1ª edición.

GARCÍA RIVAS, Nicolás; TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, *Lección 17ª, Agresión y abusos sexuales*, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Director); VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coordinador), *Tratado de Derecho Penal. Parte Espacial (I): Delitos contra las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 1999.

MALÓN MARCO, Agustín, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 1ª edición.

MAÑAS VIEJO, Carmen; MARTÍNEZ SANZ, Alicia, “Between Coercion and Consent: A Study on Male Sexual Violence in Heterosexual Partner Relationships”, en *Masculinities and Social Change*, 6 (3), págs. 235- 260, 2020.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 4ª edición.

SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

VIDU AFLOAREI, Ana; TOMAS MARTÍNEZ, Gema, “The affirmative “Yes”. Sexual Offense Based on Consent”, en *Masculinities and Social Change*, 8 (1), págs. 91-112, 2019.

Normativa.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.
- Código Penal de 1822.
- Código Penal de 1848.
- Código Penal de 1870.
- Código Penal de 1928.
- Código Penal de 1944.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.
- Model Penal Code del American Law Institute.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

Jurisprudencia.

- STS 275/2006, de 6 de marzo. **ECLI:ES:TS:2006:1040**
- STS 216/2019, de 24 de abril. **ECLI:ES:TS:2019:1255**
- STS 422/2021, de 19 de mayo. **ECLI:ES:TS:2021:2136**
- STS 369/2020, de 3 de julio. **ECLI:ES:TS:2020:2490**
- STS 9/2016, de 21 de enero. **ECLI:ES:TS:2016:12**
- STS 344/2019, de 4 de julio. **ECLI:ES:TS:2019:2200**
- STS 352/2021, de 29 de abril. **ECLI:ES:TS:2021:1493**
- STS 470/2020 de 23 de septiembre. **ECLI:ES:TS:2020:3010**
- STS 511/2019, de 28 de octubre. **ECLI:ES:TS:2019:3654**
- STS 511/2007, de 7 de junio. **ECLI:ES:TS:2007:4022**
- STS 573/2017, de 18 de julio. **ECLI:ES:TS:2017:3187**
- STS 268/2021, de 24 de marzo. **ECLI:ES:TS:2021:1056**
- STS 310/2019, de 13 de junio. **ECLI:ES:TS:2019:1979**
- SAN 15/2015 de 2 de junio. **ECLI:ES:AN:2015:2030**