

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2022-2023

EL ENGAÑO COMO MEDIO COMISIVO TÍPICO DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

HACÍA UNA DISTINCIÓN DE LOS ENGAÑOS PENALMENTE RELEVANTES

Núria Marqués i Cortadellas

205747

Tutor del treball:

Ivó Coca Vila



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Núria Marqués i Cortadellas, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Núria Marqués i Cortadellas
Barcelona, 29 de maig de 2023

RESUMEN

Este trabajo pretende defender una tesis diferenciadora a la hora de determinar si el engaño puede ser considerado un medio comisivo de un delito de agresión sexual, tipificado en el artículo 178 del Código Penal. Para hacerlo, se parte de una contextualización de las diferentes posturas existentes con relación al consentimiento, pues es el elemento central del art. 178 CP, para posteriormente teorizar sobre la autonomía sexual, pues es el bien jurídico protegido de dicho artículo, y del consentimiento. Finalmente se presenta la tesis subjetivista radical que se rebatirá en base a la hipótesis de que no todos los engaños son penalmente relevantes y que estos se deben diferenciar con base en una serie de principios y elementos que concretan cuándo la pretensión de veracidad de la víctima queda penalmente protegida bajo el art. 178 CP.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL CONSENTIMIENTO EN LA DOCTRINA PENAL	5
a) Postura negacionista	6
b) Postura liberal	8
c) Postura contractual o negocial	9
3. TEORÍA DE LA AUTONOMÍA SEXUAL Y EL CONSENTIMIENTO	13
4. TESIS SUBJETIVISTA DEL ENGAÑO SEXUAL	19
5. DELIMITACIÓN DE LOS ENGAÑOS SEXUALES PENALMENTE RELEVANTES	27
6. CONCLUSIONES	31
7. BIBLIOGRAFÍA	34

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de octubre entró en vigor en España la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual¹. Esta ley tiene el objetivo de reforzar la protección de los derechos humanos de las mujeres, niñas y niños ante las violencias sexuales que puedan llegar a sufrir. De hecho, tanto la ONU como la Unión Europea han estado insistiendo, a través de diferentes instrumentos, sobre la necesidad de adoptar medidas de carácter legislativo para combatir la violencia sexual, como indica Peramato Martín².

La reforma de esta ley fue promovida a raíz del conocido caso de “La Manada”³ y en cumplimiento de la firma del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (de aquí en adelante Convenio de Estambul) por parte de España, que fue firmado el 11 de mayo de 2011. La obligación derivada del Convenio de Estambul, entre otras, es la de tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente, la penetración vaginal, anal u oral no consentida con cualquier parte del cuerpo u objeto, los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero⁴. Como podemos comprobar, y como veremos más adelante, la esencia de la violencia sexual para el Convenio de Estambul es la falta de consentimiento. Determina en su artículo 36.2 que este consentimiento “debe prestarse voluntariamente como una manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

En la misma línea, ONU Mujeres define la agresión sexual como “una violación de la integridad corporal y la autonomía sexual” y emplaza a los diferentes Estados parte a regular este delito de manera amplia basándolo en el daño y en la falta de consentimiento, dejando atrás la exigencia de fuerza o violencia⁵. También recomienda minimizar la victimización secundaria de la víctima en los procedimientos penales, no obstante, en este trabajo no se va a poder tratar este tema pues por lo extenso que es y por las diferentes posturas existentes se podría escribir otro artículo.

¹ Para este artículo nos basaremos en esta Ley Orgánica y no en la última modificación del 28 de abril de 2023.

² PERAMATO MARTÍN, «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 191-224.

³ Para ver más, FARALDO CABANA «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», *German Law Journal*, 22, Special Issue 5: Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century, 2021, pp. 847-859.

⁴ Para una opinión contraria a como se ha acabado aplicando el convenio de Estambul véase DÍEZ RIPOLLÉS «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1-19.

⁵ ONU MUJERES, «Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer», 2012, pp. 1-72.

Entre las diversas medidas adoptadas por esta reforma, destacan dos medidas que podemos considerar nucleares de la reforma: la eliminación de la clásica diferenciación entre la agresión y el abuso sexual unificando ambas figuras, y la incorporación del consentimiento afirmativo (que como veremos, están estrechamente relacionados), considerándose que existe agresión sexual cuando se realiza cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento⁶. De hecho, “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”⁷. Esto supone un cambio trascendental en el objeto de protección del delito del nuevo tipo de agresión sexual, ya que se pasa de determinar que había agresión sexual y, por ende, violación, sólo cuando estaban presentes la violencia o la intimidación, a centrarnos en determinar que hay un delito de agresión sexual cuando no hay un consentimiento que exprese la voluntad de participar en la relación sexual en cuestión, sin distinguir entre abuso y agresión.

No obstante, en este punto se abre un debate muy interesante porque cierto es que para el Convenio de Estambul la esencia recae sobre la falta de consentimiento y que la nueva LO 10/2022 de 6 de septiembre en su preámbulo menciona ampliamente el Convenio de Estambul y en cierta manera parece que recoge las obligaciones derivadas de este último. Lo que debemos preguntarnos entonces es: ¿antes estaba el modelo basado en el consentimiento?

Lo cierto es que sí, solo que hacía una distinción a la hora de tipificar los delitos sexuales en función de si había violencia o intimidación. El objetivo del legislador era poder castigar más severamente cuando el injusto fuera mucho mayor. Tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo 196/ 2023 hasta la LO 10/2022 de 6 de septiembre el consentimiento no se había definido en nuestra legislación, pero menciona que esto no significaba que la jurisprudencia no entendiese que el consentimiento era sustancial que constituía un elemento negativo del tipo (actuar sin consentimiento o con un consentimiento viciado). A pesar de la categorización de abuso y agresión sexual, se menciona en la sentencia que para ambos era necesaria la ausencia de consentimiento porque al atentar contra la libertad sexual se debe basar naturalmente en la inexistencia de este para llevar a cabo acciones sexuales. De hecho, la diferencia entre la legislación anterior y la actual es la fórmula utilizada. La actual utiliza una fórmula abierta que descansa en actos (que ya se tomaba en cuenta jurisprudencialmente de

⁶ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 191-224.

⁷ RAMON RIBAS/ FARALDO CABANA, «“Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat». *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 2020, pp. 21-42. Para ver origen de este cambio normativo, véase FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 847-859.

manera similar). La sentencia apunta que por actos se debe entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, verbales o no, gestuales o situacionales, que sean explícitos. Concluye que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado). Lo relevante es que tanto antes como ahora se parte de una interferencia: el tribunal que sentenciaba valoraba la existencia o no de consentimiento en atención a las circunstancias del caso y conforme a los elementos probatorios que expresan de manera clara la voluntad de la persona. De manera que el consentimiento siempre ha estado presente.

Pero como hemos ido viendo a lo largo de la historia, ha habido una gran movilidad social que pedía la eliminación de esta diferenciación, de hecho, Patricia Faraldo en su artículo “*The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain*”⁸ hace una explicación del caso de la manada y al mismo tiempo expone las demandas que se hacían en las protestas ciudadanas. El malestar social se centraba mucho en el foco que se ponía en la víctima, en cómo se le cuestionaba, en la victimización que se producía de está y también en la diferenciación que se hacía entre abuso y agresión sexual. Había un gran malestar social debido a que se condenaba enérgicamente las condenas de abusos sexuales cuando por lo que se hacía público del caso, gran parte de la sociedad consideraba que eso había sido una violación. De hecho, se centraba en que cuando no se prestaba el consentimiento y aun así seguía adelante la relación sexual aquello debía ser considerado una violación y no un abuso, que en sí mismo el no consentimiento era igual a una violación y la distinción ponía encima de las mujeres la obligación de tener que defenderse (y en consecuencia que el agresor hiciera uso de la fuerza para someter a la víctima) para poder tener una condena de agresión sexual. Lo que se decía era que no se tenía en cuenta que gran parte de las mujeres cuando eran sometidas a relaciones sexuales no consentidas su respuesta era quedarse quietas ya fuera por miedo, por supervivencia, por shock, cosa que hacía que se condenara por abuso sexual y esto generaba un mensaje injusto y peligroso para las mujeres.

Personalmente este es un debate moral que yo también me cuestiono. Por una parte, me encuentro totalmente de acuerdo con la lógica que hay detrás de la unificación del tipo penal ya que permitía, entre otras cosas, una justicia “simbólica” porque al no haber distinciones todo sería considerado agresión sexual donde la víctima ya no debería demostrar que había habido violencia o intimidación. A la práctica, la revictimización de la víctima sucedería igual porque tanto jueces como abogados defensores preguntarían sobre si había habido violencia o

⁸ FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 847-859.

intimidación con tal de tener elementos que permitieran justificar una pena más elevada con el fin de respetar el principio de legalidad. El modelo anterior también estaba basado en el consentimiento y la existencia de la diferenciación era poder ofrecer unas penas más elevadas cuando el injusto había sido más grave (acorde al principio de legalidad que hemos mencionado anteriormente).

Regular los delitos contra la libertad sexual no es tarea fácil y no pretendo, pues no la tengo, dar una respuesta a este debate ni tengo la solución a las cuestiones que se han planteado. No obstante, era relevante plantear este tipo de cuestiones pues nos permite reflexionar un poco acerca de la naturaleza de las reformas y del sentido que hay detrás de estas.

Este trabajo se centra, basándonos en el nuevo marco del delito de agresión sexual (art. 178 CP), en los vicios del consentimiento. En específico, en cómo se deberían de valorar penalmente los casos en los que quien consiente la relación sexual lo hace en una situación de error respecto a un aspecto que resulta primordialmente decisivo para consentir participar en esa relación sexual en cuestión. Habrá casos que vengan determinados porque la propia víctima esté en un estado de error y el autor se aproveche de esa situación (por ejemplo, engaño en la identidad), pero también habrá casos donde sea el autor quien genere en la víctima esa situación a través de un engaño con la finalidad de que consienta participar en la relación sexual, sabiendo que de saber esa específica circunstancia, no hubiera consentido⁹. Ejemplos de diversos tipos de engaños: *stealthing*, engaño de falsa promesa de patrimonio, entre otras.

La intención del trabajo es determinar que engaños son suficientemente relevantes como para lesionar la libertad sexual de la víctima y, por ende, estar castigados por el art. 178 CP y que engaños no son lo suficientemente relevantes para ser tipificados como un delito de agresión sexual. Por lo tanto, en este trabajo voy a defender que es posible establecer una diferencia entre los engaños y que estos se pueden diferenciar entre engaños relevantes e irrelevantes en el marco del derecho penal. De esta manera, la tesis del trabajo es contraria a la posición que toma la tesis subjetivista radical establecida por Dougherty y J. Herring. Para ello, se presentará una contextualización de las diferentes posturas con respecto al consentimiento y la autonomía sexual. Posteriormente, se presentará un apartado sobre teoría de la autonomía sexual y el consentimiento y finalmente, se hará un análisis de los diferentes casos de engaños para poder concluir cuales son penalmente relevantes y cuáles no.

⁹ COCA VILA, «El *stealthing* como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 294-308.

La relevancia de este trabajo, y también el motivo que hay detrás de las recomendaciones que hace ONU Mujeres y del mandado del Convenio de Estambul, radica en que en estos tipos de delitos no solo se afecta a la libertad de la persona que es obligada a realizar una conducta que no se desea por parte de otra persona (podría ser considerado un delito de coacciones), sino que se afecta a un elemento esencial e inherente de la persona como es la dignidad de la víctima al verse sometida a un acto o actos que no ha querido llevar a cabo y por los cuales, no ha prestado su consentimiento¹⁰.

Cabe destacar en este apartado que este trabajo se centra en el objeto de tutela libertad sexual y deja de lado la indemnidad sexual. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a todos los individuos la misma autonomía a la hora de mantener relaciones sexuales ya que considera que hay determinados grupos de personas (menores de dieciséis años y personas que padecen trastornos psíquicos) que para poder seguir con su normal desarrollo y atendiendo a la comprensión que pueden tener de la naturaleza de este tipo de actos, los mantiene al margen¹¹. Por eso mismo, este trabajo se centra en la víctima mayor de edad con capacidad plena para consentir actos de naturaleza sexual.

2. EL CONSENTIMIENTO EN LA DOCTRINA PENAL

La libertad sexual se puede considerar como el derecho inherente de toda persona a autodeterminarse en el ámbito sexual. Como bien define Ragués i Vallès, es el derecho a mantener relaciones sexuales o, en general, a realizar o tolerar actividades de naturaleza sexual solo con el expreso consentimiento del individuo en cuestión¹². Esta libertad sexual está enmarcada dentro del derecho a la libertad garantizado a todos los ciudadanos españoles por la Constitución, en su artículo 17.

En un sentido más amplio, Ragués i Valles, define la libertad sexual como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad, adoptando una postura liberal al respecto que es la inherente al Código Penal español. El bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad sexual, como bien se ha definido, aunque el Código penal español castiga estas penas no solo por obligar a otra persona a realizar o tolerar

¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (DIR.)/RAGUÉS I VALLÈS (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7a ed., 2021, pp. 131 s.

¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (DIR.)/RAGUÉS I VALLÈS (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7a ed., 2021, pp.131-132.

¹² RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (DIR.)/RAGUÉS I VALLÈS (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7a ed., 2021, pp.131-132.

conductas que no desea, sino que también castiga la afectación que este tipo de acciones supone para la dignidad de la víctima¹³.

Cuando tratamos sobre el consentimiento y la autonomía sexual en relación con los delitos de agresiones sexuales nos damos cuenta de que existen diferentes posturas en la doctrina a la hora de determinar cuándo (no) existe consentimiento y que elementos hacen falta para determinarlo. A continuación, vamos a presentar las tres diferentes posturas que existen, siendo la postura negacionista, la postura liberal y la postura negocial.

a) Postura negacionista

La postura negacionista respecto al consentimiento y la autonomía sexual es aquella que determina que para apreciar un delito de agresión sexual tiene que haber presente en el hecho un elemento de coacción, es decir, no hay consentimiento cuando ha mediado coacción. Entiende también que para determinar que ha habido engaño también tiene que haber coacción. Esta tesis tiene su origen en los antiguos regímenes que criminalizaban la violación con la intención de proteger el honor de los padres, maridos y hermanos de las mujeres que eran agredidas sexualmente¹⁴, dejando sin tipificar como delito de agresión la agresión mediando coacción dentro del matrimonio. A pesar de que actualmente este delito es concebido como un atentado contra la autonomía sexual de la víctima, originalmente era concebido como un crimen contra la propiedad¹⁵ del marido/padre/hermano.

El paradigma general de que la violación gira en torno al sexo coercitivo ha ido decreciendo con los años, aunque hay países donde aún se estipula que solo cuando media coacción, se entiende que no puede existir consentimiento¹⁶. A finales del siglo XIX, la legislación estadounidense cuando tipificaba el delito de violación lo hacía basándose en un hecho donde el violador era una persona extraña, al acecho, preparado para atacar a mujeres honradas¹⁷. Normalmente, se condenaba a hombres afroamericanos, mientras se pasaba por alto a los

¹³ RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (DIR.)/RAGUÉS I VALLÈS (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7a ed., 2021, p.132.

¹⁴ HARDUF, «Rape Goes Cyber: Online Violations of Sexual Autonomy», *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, pp. 357-398. En el mismo sentido HÖRNLE, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, «Violación como relaciones sexuales no consentidas», *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 204.

¹⁵ MIRANDA MILLER, «El (limitado) rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 84, 2, 2015, p. 419.

¹⁶ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, pp. 360-661.

¹⁷ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, p. 361.

hombres blancos¹⁸. A las víctimas, todas ellas mujeres, se les venía a decir que tenían que luchar hasta la muerte para poder considerar que no habían consentido aquel acto sexual.¹⁹

Con la aparición del movimiento de defensa de los derechos de las mujeres, a finales del siglo XX, se empiezan a introducir reformas sobre la ley que castigaba el delito de agresión, pasando a percibirse como un delito de violencia y control.

Anteriormente, el “Federal Bureau of Investigation” (FBI) definía el delito de agresión sexual como “el acceso carnal a una mujer por la fuerza y en contra de su voluntad”. Así se define, de hecho, el delito de “rape” en el Common Law. Las jurisdicciones estadounidenses definen este delito mediante ley (antiguamente, no estaba regulado en la ley y era algo determinado caso a caso por los jueces), y en muchas de ellas, la definición que se contempla de este delito es la definición tradicional que hemos mencionado anteriormente²⁰. De hecho, en estas jurisdicciones hay pocas excepciones al requisito de fuerza o amenaza para poder apreciar el delito de agresión sexual: intoxicar a la mujer o cualquier situación que se le prive de su capacidad de resistir. Tal como hemos visto anteriormente, para apreciar un delito de agresión sexual, se requería prueba de que la mujer había resistido. No bastaba que hubiera expresado verbalmente que no consentía esa relación sexual, sino que requerían una resistencia física a la penetración y tenía que ser vehemente²¹, aunque pusiera en riesgo su integridad sexual. Ese requisito de resistencia estaba vinculado a apreciar el elemento de la fuerza, pero también era fundamental para demostrar que había sido en contra de la voluntad de la víctima²².

En términos general, el delito de “rape” (agresión sexual) en el Common Law requería que la penetración fuera contraria a la voluntad de la víctima, sin consentimiento, ya fuera expreso o tácito. Pero, a pesar de que la falta de consentimiento fuera un elemento del delito, en la postura negacionista no es de por sí un elemento que por sí solo determine la existencia de un delito de agresión sexual. Solo, cuando medie fuerza o coacción, entenderemos que se ha consumado el delito²³.

Un ejemplo para ilustrar esta postura puede ser Código Penal mexicano, donde para determinar y castigar el delito de agresión sexual se requiere el uso de la fuerza física o moral para imponer

¹⁸ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, pp. 361-362.

¹⁹ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, p. 361.

²⁰ MIRANDA MILLER, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 84, 2, 2015, pp. 413-446.

²¹ MIRANDA MILLER, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 84, 2, 2015, p. 418.

²² MIRANDA MILLER, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 84, 2, 2015, p. 419.

²³ Para una crítica sobre esta postura véase HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, pp. 204-205.

el acto sexual, dejando de lado la protección del consentimiento como un elemento intrínseco de la libertad sexual²⁴. Por ello, para probar dicho delito viene a ser “necesario” la existencia de golpes, moratones, mordidas, heridas. Según Pérez Hernández²⁵, el foco normativo se centra en el uso de la violencia para consumir el acto y no en la defensa de la autodeterminación sexual, que es en lo que pone el foco la postura liberal.

Actualmente, la definición del delito de agresión sexual que tradicionalmente había sido establecida por el FBI ha sido ampliada por el mismo y por el Department of Justice (DOJ) como “penetración, por leve que sea, de la vagina o el ano con el cuerpo u objeto, o penetración oral por un órgano sexual se otra persona, sin el consentimiento de la víctima”²⁶. Este ejemplo de cambio normativo nos permite identificar una postura más bien liberal. No obstante, el modelo basado en la coacción sigue persistiendo en diversos sistemas legales a pesar de la actual concienciación respecto que la falta de consentimiento también puede ser un elemento del tipo²⁷.

La postura negacionista también hacía una distinción en las víctimas, ya que entendía que las víctimas solo podían ser mujeres. Es decir, entendía el delito de la agresión sexual como un delito específico de género: los hombres eran los autores y las mujeres eran las víctimas. Evidentemente, esto ha ido cambiando con los años, y actualmente se entiende que tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de un delito de agresión sexual cometido tanto por hombres como por mujeres.

En consecuencia, en esta postura los vicios del consentimiento no se tienden a considerar relevantes a la hora de determinar una agresión sexual ya que el elemento del tipo penal que debe estar presente para determinarla es la coerción, la violencia y la intimidación.

b) Postura liberal

La postura liberal es aquella que para determinar el delito de agresión sexual se basa en la autonomía sexual y el consentimiento.

Esta concepción vincula la ofensa que supone el delito de agresión sexual con la necesidad de proteger la autonomía sexual de las personas. La autonomía sexual es definida por Asaf Harduf

²⁴ PÉREZ HERNÁNDEZ, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 761.

²⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 761.

²⁶ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, p. 362.

²⁷ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 204.

como el derecho de controlar, elegir y decidir el estilo de vida de cada uno. Se trata, según el autor, del elemento de autogobierno y de la capacidad de uno mismo de autodeterminar su identidad y sus valores. Se considera que son dos elementos necesarios para conformar la personalidad de uno mismo (definirse como persona). La autonomía personal se puede desgranar en diferentes aspectos, siendo uno de ellos es la autonomía sexual. Según Harduf, esta se puede percibir desde una perspectiva amplia como el derecho a elegir en que actividades sexuales se participa, con que parejas sexuales, el lugar, el momento y otras circunstancias relativas. De hecho, dependiendo de determinadas acciones, estas pueden implicar dimensiones positivas y negativas de la autonomía sexual²⁸.

Actualmente podemos ver un proceso legislativo en el ámbito penal que se está desarrollando y modificando para convertirse en un modelo basado en el consentimiento. Como bien hemos podido ver en la introducción, el Consejo de Europa está promoviendo este modelo, España ha modificado recientemente su ley en este sentido, Alemania en 2016 también modificó los delitos sexuales y desde entonces la coacción ya no es condición necesaria del delito de la agresión sexual, siendo la falta de consentimiento el concepto central. En lo que respecta a los sistemas jurídicos basados en el “Common Law”, como hemos podido ver el Código Penal Modelo de Estados Unidos se está reformando en el sentido en que lo hizo el Código Penal de Alemania²⁹.

Junto al paradigma de la agresión sexual solo cuando existe coacción, existen otros paradigmas en los cuales se contemplan casos en que las víctimas consienten mantener relaciones sexuales en las cuales el consentimiento se considera jurídicamente defectuoso (viciado). El objeto del presente trabajo se centra en este último ya que desde la postura liberal el debate es escaso cuando se trata de determinar que vicios del consentimiento son penalmente relevantes y cuales no cuando media el engaño.

c) Postura contractual o negocial

La postura contractual o negocial considera que en las relaciones sexuales se debe tener en cuenta el interés de las partes porque el sexo no solo tiene que ser un acto consentido, sino que tiene que ser querido, deseado. Es un acuerdo entre las partes (algo ideal) donde si hay engaño, hay agresión. Aunque sea un mínimo engaño que la posición liberal no diría que afecta al

²⁸ HARDUF, *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, p. 363.

²⁹ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 205.

consentimiento, esta postura sí que lo determinaría pues considera que ha habido una intención escondida por mínima que sea que no hace que estén todas las cartas encima de la mesa.

Entre las autoras que defienden una postura contractual o negocial encontramos matices a la hora de abordar sus teorías del consentimiento al respecto. Dentro del movimiento feminista se aborda desde diferentes perspectivas: quienes consideran que el consentimiento no es el único elemento a tener en cuenta y consideran que hay que incluir el deseo sexual, quienes defienden una teoría de consentimiento comunicativo o, desde una postura más radical, quien considera que debido a la masculinización de la sociedad las mujeres nunca podrán consentir libremente ya que no se puede considerar que sean realmente libres.

Inés Herrero³⁰, fiscal miembro de la Unión Progresista de Fiscales y vocal del Consejo Fiscal expone que la idea de la relación sexual como una cuestión negociada cada vez toma más importancia, refiriéndose al acuerdo de voluntades para que todas las partes de una relación sexual sean tenidas en cuenta en condiciones de igualdad. Aboga, de hecho, por la idea del sexo deseado, expresado y negociado.

En contrapartida al modelo consensual, encontramos el modelo del consentimiento comunicado donde la comunicación explícita, verbal o no verbal, o la ausencia de ésta se convierten en los elementos centrales de la violencia y de la violencia sexual en el derecho penal³¹. Una de las autoras que defienden esta tesis es Patricia Faraldo. Considera que este modelo se expresa mejor la aceptación a una relación sexual mediante la participación activa de las dos partes de la relación donde deciden y dirigen de forma fluida todo aquello que se va haciendo (en oposición a un único acto de consentimiento)³². En el modelo comunicativo se anima a las partes a expresar aquello que quieren y estar atento a lo que quiera su pareja sexual. No hace falta que sea únicamente una comunicación verbal ya que mediante la comunicación no verbal se puede indicar la voluntad de ambas partes. Este modelo centra la carga de la prueba en el autor donde Faraldo entiende que se le debe preguntar a la persona que inicio el contacto sexual, y no a la víctima, si fue una cuestión negociada con la otra parte, si se interesó en que le gustaba a la víctima o si ésta se lo comunicó, etc.³³. En estos casos, y como sucede en el modelo del

³⁰ HERRERO, «Sexo deseado, expresado y negociado» en https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2018-07-15/sexo-deseado-expresado-negociado_1592797/

³¹ FARALDO CABANA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.

³² FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.

³³ FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.

consentimiento afirmativo, si no ha habido ninguna comunicación y tenemos un mero silencio, debemos entender que el sexo no fue consentido y que, tal como indica Faraldo, corresponderá al acusado la carga de la prueba (de que si lo fue). Este modelo pretende situar en el centro del debate judicial lo que para sí mismo es lo que más importa: si hubo voluntad libre en todo momento mientras se lleva a cabo la relación en atención a las circunstancias concurrentes. A diferencia de lo visto hasta ahora, este modelo deja de lado en cierta manera la concepción del consentimiento como un acto aislado. Por ello, no interesa determinar si la víctima consistió o no, sino que lo que le interesa a este modelo es si ambas partes participaron como expresión de su libre voluntad. En consecuencia, se considera que la comunicación sexual es lo que debería ser el centro y la ausencia de ésta el elemento nuclear del tipo penal³⁴.

En el artículo “*Consentimiento Sexual: Un análisis con perspectiva de género*”, nos encontramos con una introducción de la postura más radical del feminismo en relación con el consentimiento. Pérez Hernández³⁵ analiza este desde la sociología feminista donde sostiene que ésta critica que el fenómeno del consentimiento sea el producto pasivo de un proceso histórico. Sin embargo, cuando hablamos del consentimiento de las mujeres, la sociología feminista reivindica la función activa en un contexto de dominación masculina. En concreto, es el ala radical del feminismo (siendo su máxima exponente Catharine MacKinnon³⁶) el que sostiene que la sociedad está configurada en base a los valores de una sociedad patriarcal donde las mujeres están oprimidas y subordinadas a los constructos sociales (desde una perspectiva masculinizada³⁷) y que, por lo tanto, son incapaces de tomar una decisión consensuada a la hora de mantener una relación sexual³⁸. Mackinnon sostuvo que en las sociedades heteropatriarcales el consentimiento femenino se fundamentaba en dos falacias: la primera, el supuesto control y empoderamiento que tienen las mujeres a través de la sexualidad; la segunda, la supuesta libertad de las mujeres a la hora de decidir el tipo de sexo que quieren y con quien quieren tenerlo³⁹. Como hemos visto antes, el consentimiento se debería sustentar en base a una negociación autónoma igualitaria. No obstante, este argumento no puede ser válido, según MacKinnon, si consideramos la supremacía masculina y la falta de poder de las mujeres, lo que

³⁴ FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.

³⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 754.

³⁶ MACKINNON, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2014, pp. 440 ss.

³⁷ Como apunta FARALDO CABANA: “Spanish sex crime law rests on the misogynistic implication that women are passive and submissive sexual partners” en *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 854.

³⁸ FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 847-859.

³⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 754. En este mismo sentido MACKINNON, *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2014, pp. 440 ss.

las sitúa en una posición desigual y, por lo tanto, a la imposibilidad de hacer elecciones realmente libres. En consecuencia, el consentimiento sexual deviene insostenible e incongruente porque las mujeres nunca serán completamente libres para negarse en tanto que los hombres siempre van a poseer más fuerza física, poder económico y político que ellas. Termina concluyendo que sociedad en que la sexualidad masculina y la violencia están fusionadas y que no hay diferencia alguna entre las relaciones sexuales consentidas y no consentidas. Por lo tanto, tampoco existe posibilidad alguna de aceptar libremente⁴⁰ y la única solución ante este problema sería el celibato.

En su vertiente más radical, MacKinnon sostiene que la autonomía sexual no puede ser la clave, el bien jurídico protegido, porque entiende que, en un sistema absolutamente patriarcal, la situación de subordinación sistémica de la mujer convierte todo acto de consentimiento en un consentimiento viciado. Sostiene la idea de que, en un mundo injusto, la mujer no puede decidir de manera autónoma. En consecuencia, la ley no puede regular el consentimiento sexual como un ejercicio de libre elección en condiciones de igualdad de poder sin considerar la estructura que subyace de sumisión y desigualdad⁴¹.

De hecho, durante mucho tiempo la pasividad de la víctima a la hora de reaccionar a agresiones sexuales era considerado como un equivalente a estar consintiendo⁴². En este sentido, la autora analiza la postura de las postfeministas que sostienen que las mujeres son agentes sexuales que son capaces de tomar decisiones libres, responsables y autónomas. En línea con esta postura, defienden que hace falta incorporar al debate del consentimiento sexual, el placer y el deseo femenino en las relaciones heterosexuales.

Una posible solución a esta aproximación negocial sería adoptar un modelo legal en base a la idea del consentimiento afirmativo. Patricia Faraldo determina que “sólo el consentimiento afirmativo anima a las mujeres a desempeñar un papel igualitario en la relación sexual, dando a los deseos femeninos la misma importancia que a los del participante masculino”⁴³. Considera, que, al mismo tiempo, este tipo de consentimiento puede promover que los hombres determinen si el sexo es realmente deseado por su pareja, dejando claro que si una mujer no dice ni hace nada que indique su libre acuerdo, no es consentido. Finaliza determinando que si

⁴⁰ MACKINNON, *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2014, pp. 440 ss.

⁴¹ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 754. En este mismo sentido MACKINNON, *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2014, pp. 440 ss.

⁴² FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 854.

⁴³ FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 847-859.

la mujer no dice ni hace nada que indique su libre consentimiento, se trata de sexo no consentido y, por tanto, prohibido.

No obstante, es evidente que desde el activismo feminista esta postura no será suficiente pues seguimos tratando sobre consentimiento, dejando el deseo como un elemento esencial de la relación sexual fuera de la formulación. De hecho, es la misma autora⁴⁴ quien sostiene que cuando se habla de determinar el consentimiento, cuando se reclama que la voluntad sea expresa, para que no haya dudas sobre si una persona consiente, matiza que se trata de dudar sobre si las consiente, pero no sobre si las desea y a continuación incluye la definición de la RAE sobre el concepto “consentir” como “permitir”, “tolerar” “llevar con paciencia”.

3. TEORÍA DE LA AUTONOMÍA SEXUAL Y EL CONSENTIMIENTO

La teoría del consentimiento comienza a desarrollarse aproximadamente en el siglo pasado, en los años veinte como indica Pérez Hernández⁴⁵ y hoy en día es un elemento muy importante en la rama del Derecho Penal y en el Derecho Civil. La teoría del consentimiento sostiene que la acción de prestar consentimiento es un acto individual donde solo se pueden disponer aquellos derechos que se ejercen a título personal (la integridad física, la privacidad, el honor, la libertad (todas las vertientes)). En la rama del Derecho Penal, por lo relevante que se consideran estos derechos para las personas en un Estado Social y de Derecho, se entiende que, aunque son derechos relativos a la esfera privada del individuo, estos son irrenunciables y no son indisociables de las personas⁴⁶.

No obstante, si nos remontamos muchos siglos atrás, los delitos sexuales no eran abordados haciendo un análisis sobre si los hechos habían sido consentidos por la víctima en cuestión ni teniendo en cuenta la autonomía sexual de la víctima⁴⁷. Como decimos, la autonomía sexual no era tomada en cuenta en las regulaciones legales ni el consentimiento jugaba un papel tan relevante como hoy en día⁴⁸. El elemento de la fuerza era, en sí, lo que excusaba a la mujer de haberse visto envuelta en una relación sexual fuera del matrimonio porque el adulterio estaba

⁴⁴ RAMON RIBAS/ FARALDO CABANA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 2020, p. 35.

⁴⁵ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, pp. 748 ss.

⁴⁶ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, pp. 741-767.

⁴⁷ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 200.

⁴⁸ Recordemos que la violación era considerada un delito contra la propiedad del marido o padre ya que se creía que la violación destrozaba la puridad y el valor que tenía la mujer, que era la víctima y muchos sistemas legales definían el delito de violación como relaciones extramatrimoniales forzadas.

penado y, por eso mismo, era importante determinar el elemento de la fuerza/coerción para así no aplicar responsabilidad penal sobre la mujer forzada⁴⁹.

Fruto de la evolución de las sociedades a lo largo de la historia esto ha ido cambiando. Como bien apunta Pérez Hernández⁵⁰, ha sido resultado de una serie de fenómenos de naturaleza estructural. Con la época moderna, se instauró la premisa del hombre como un individuo autónomo, libre y racional resultado de los valores éticos, morales y políticos de la Ilustración, el Contractualismo y el Racionalismo del siglo diecinueve. Siguiendo a Pateman⁵¹, este proceso no ha sido igual para las mujeres, donde el derecho a negarse a mantener relaciones sexuales (libertad sexual) fue una lucha del movimiento feminista del siglo pasado. Termina por consolidar el consentimiento moderno y democrático, como parte fundamental de esa libertad individual que mencionábamos anteriormente, hechos históricos como la revolución sexual de los años sesenta y setenta, las subversiones culturales del 68 y la autonomía femenina producto del trabajo asalariado⁵².

En las sociedades liberales contemporáneas se ha ido asentando la idea de que el consentimiento es el criterio decisivo “para la permisibilidad moral y jurídica en el ámbito de las conductas sexuales”⁵³, también ha evolucionado el bien jurídico protegido pasando de una concepción de propiedad a proteger la libertad y autonomía sexual. De hecho, se puede considerar, de manera generalizada, que esta aceptado tener el control de quien toca el cuerpo de una persona ya que es la base central del derecho a la dignidad humana y el derecho a la autonomía personal⁵⁴. Como bien apunta Scheidegger, el derecho a la autonomía sexual se ha desarrollado como un derecho fundamental que es objeto de la protección por parte del Estado (y por ello mismo, la importancia del consenso con relación a los actos sexuales).

El derecho a la autonomía sexual (estrechamente conectado con la libertad sexual) tiene dos vertientes: la vertiente positiva y la vertiente negativa. La autonomía sexual que comprende la libertad positiva determina el poder tener una vida sexual de acuerdo con las propias

⁴⁹ Sobre este tema véase SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783. HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, pp. 197-217; FARALDO CABANA, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 847-859; FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 276 ss.

⁵⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p.744.

⁵¹ PATEMAN, «Women and Consent», *Political Theory*, 8, 2, 1980, pp. 149-168.

⁵² PÉREZ HERNÁNDEZ, *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 746.

⁵³ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 201.

⁵⁴ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 770.

necesidades y deseos individuales⁵⁵, es el derecho a poder llevar a cabo una relación sexual con cualquier persona que de su consentimiento. Y la vertiente negativa, por contrapartida, es el derecho a no ser sometidos en actos sexuales ajenos no consentidos y el derecho a negarse a mantener relaciones sexuales en cualquier momento y con cualquier persona⁵⁶. Sin embargo, se ha de establecer que la vertiente positiva no es un derecho ilimitado. Por la naturaleza de la sexualidad, implica a otras personas, esta tiene unos límites. Básicamente, el derecho de una persona a la autodeterminación sexual positiva sólo puede existir mientras no entre en conflicto con el derecho negativo de otra persona a la autodeterminación⁵⁷. En cambio, por contrapartida, el derecho negativo de la libertad sexual genera en los demás el deber de no interferir o de no interceder.

Y es en este punto donde el consentimiento juega un papel muy esencial porque es solo a través de este que se libera a la otra persona de la no interferencia y es este elemento el que hace que sea legalmente permisible y moral para los demás el relacionarse con otras personas, que sin este presente serían inadmisibles⁵⁸. Por esto mismo, cuando decíamos anteriormente que era objeto de protección, se hacía referencia a que esta libertad negativa puede ser protegida de manera más directa desarrollando instrumentos normativos que prohíban estas interferencias que no se consiente, garantizando un derecho para protegerse de estas⁵⁹. En consecuencia, el indicador clave para determinar si se respeta o no la autonomía sexual de un individuo es el consentimiento.

El Convenio de Estambul, en su artículo 36, establece que el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto. El TEDH establece que el consentimiento debe darse de manera voluntaria, como resultado de la libre voluntad de la persona, valorada en el contexto de las circunstancias del momento⁶⁰. Así mismo, es muy relevante pues es el TEDH quien concluye es la falta de consentimiento, y no la fuerza, el elemento que constituye el delito de violación. El nuevo art. 178 CP determina que “solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la

⁵⁵ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, pp. 197-217.

⁵⁶ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 771.

⁵⁷ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 771.

⁵⁸ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 771.

⁵⁹ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 202.

⁶⁰ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 201.

voluntad de la persona”. De este artículo podemos inferir que entiende por “consentimiento” el legislador español. En relación con el consentimiento, es necesario categorizar, en cierta manera, el consenso. Tenemos el consenso en su sentido fáctico y el consenso en su sentido normativo. Así mismo, encontramos el modelo del consentimiento positivo (“solo sí es sí”) y del consentimiento negativo (“no es no”). Estas dos últimas posturas tienen en común que se alejan de la definición tradicional de la violación sobre la base de la fuerza o la intimidación, pero se diferencian en como delimitan el consentimiento (o su ausencia) y por como determinan el acceso al cuerpo de la mujer⁶¹.

En lo que respecta a la primera distinción, el consentimiento que se otorga en sentido fáctico no equivale necesariamente a un consentimiento jurídicamente efectivo. Desde una perspectiva normativa, ética y legal, decir “sí” o brindar señales de estar de acuerdo no necesariamente significa que estamos en presencia de un consentimiento válido⁶². Por lo tanto, es determinante que el Derecho Penal examine en que momentos hay o no hay consentimiento⁶³. De hecho, una muestra (token) de consentimiento tiene el poder de poder provocar un cambio en los derechos y deberes que hay dentro de una relación, solo si este refleja suficientemente la propia voluntad del agente⁶⁴. Una señal de consentimiento sólo puede provocar un cambio en el nexo de derechos y deberes dentro de una relación si refleja suficientemente la propia voluntad del agente.

Pero ¿qué es un consentimiento válido y qué factores lo socavan? Partiendo de la base de que los individuos son generalmente autónomos y, por tanto, responsables de sus decisiones, la cuestión de la validez suele venir determinada por la ausencia de determinados déficits de autonomía. No hay una voluntad reflejada suficientemente cuando no hay capacidad (es un elemento clave: si no soy capaz para consentir, no puedo dar ningún tipo de consentimiento) para consentir, cuando media coacción o cuando media engaño. Si se ha prestado consentimiento, se entiende que no hay consentimiento ya que no es moral ni es “jurídicamente

⁶¹ FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, p. 269. Sobre la determinación del cuerpo femenino establece que “si el modelo consensual parte de la disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no, tanto el consentimiento afirmativo como el modelo comunicativo parten del supuesto contrario, la indisponibilidad por principio salvo que la persona manifieste su asentimiento, de forma que el silencio y la pasividad no cuentan como expresión del consentimiento.”

⁶² HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 210.

⁶³ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 210.

⁶⁴ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 772.

transformador”⁶⁵. En primer lugar, las personas que no son capaces de comprender el significado y el propósito, o el alcance y la importancia de sus decisiones, se consideran incapaces de tomar una decisión autónoma y, por lo tanto, incapaces de dar un consentimiento válido (no tener capacidad comporta la invalidez de ese consentimiento). En segundo lugar, el consentimiento se entiende viciado si, por coerción o engaño, la persona que otorga el consentimiento toma una decisión que no corresponde a su sistema subjetivo de valores⁶⁶.

En lo que respecta a la segunda distinción podemos considerar que existen en la doctrina jurídica dos modelos diferentes: el del consentimiento expreso y el de la negativa expresa. El modelo de la negativa expresa (“no es no”) presupone que la víctima haya expresado, de alguna manera, su voluntad contraria a llevar a cabo esa relación sexual. Un ejemplo de este modelo fue la reforma⁶⁷ aprobada en 2016 del Código Penal Federal, en Alemania, donde en su artículo 177 se regulaba el tipo básico para castigar a “quien, contra la voluntad perceptible de la víctima, lleve a cabo actos sexuales sobre ella o la induzca a realizárselos al autor o a una tercera persona”. Es la oposición del sujeto lo que convierte el acto sexual en delictivo y equipara las situaciones de ausencia de consentimiento o de vicios del consentimiento o donde el consentimiento no es válido en una voluntad contraria a la relación sexual⁶⁸. Tatjana Hörnle fue una de las participantes y sostuvo que “(...) si para el observador realmente no está claro si hubo consentimiento, si la situación es realmente ambivalente sería injusto castigar a la persona [el supuesto agresor]” y, en cuanto al modo de manifestarse esa voluntad contraria, sostuvo que la víctima “tiene que emitir una señal, o decir que no, o algún tipo de acto o de comunicación; el término es ‘voluntad discernible’”. Esta afirmación parece desplazar en cierta manera la responsabilidad a la víctima en el momento en que se produce la agresión sexual pues a parte de manifestar de alguna manera la oposición, deberá demostrar que lo hizo⁶⁹. Crítica con este modelo es Patricia Faraldo⁷⁰, que sostiene que este modelo obliga a la víctima a decir que no o expresar la negativa de cualquier otra manera. Para esta autora esto supone atribuir una responsabilidad a víctima sobre lo sucedido, incluso cuando no es capaz de expresar su

⁶⁵ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 772. Muchos autores hacen referencia a este concepto, véase HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, pp. 197-217. También en WERTHEIMER, «Consent and sexual relations», *Legal Theory*, 2, 2, 1996, pp. 89-112.

⁶⁶ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 772.

⁶⁷ Esta reforma se lleva a cabo para introducir el consentimiento como el elemento esencial del delito de agresiones sexuales. Anteriormente se exigía la presencia de violencia o intimidación.

⁶⁸ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 206.

⁶⁹ Para la revictimización secundaria véase PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 191-224.

⁷⁰ FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, p. 270.

oposición por quedar bloqueada psicológicamente o porque sea incapaz de expresarse, resistir o huir. La incapacidad de ésta se interpreta como consentimiento cuando en realidad es sometimiento y sumisión, como también lo es cuando las circunstancias que rodean el sí eventualmente prestado son tales que impiden hablar de un consentimiento libre.

En cambio, el modelo del consentimiento expreso (“solo si es si”) presupone que para que la relación sexual sea lícita, una de las partes de la relación haya expresado su voluntad de mantener esa relación sexual⁷¹. Concretamente, solo se considera que hay un ejercicio libre de esa relación sexual en cuestión si es consentida por las partes como una manifestación de una decisión libre⁷². Ejemplo de este modelo son los preceptos adoptados por Canadá, Islandia y Suecia, así como el art. 178 CP español. El Código penal de Canadá⁷³ define el consentimiento como “el acuerdo voluntario del denunciante a participar en la actividad sexual en cuestión”, también estipula cuando entiende donde no hay consentimiento enumerando las situaciones⁷⁴, así mismo estipula una serie de situaciones⁷⁵ que cuando se dan, el acusado no podrá basar su defensa en “creer que la otra persona estaba consintiendo”⁷⁶. Muy relevante es la jurisprudencia de su Corte Suprema que entiende que “*mens rea*” de la agresión sexual no sólo se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante estaba diciendo esencialmente “no”, sino que también se satisface cuando se demuestra que el acusado sabía que el demandante no estaba diciendo esencialmente “sí”⁷⁷. Para este modelo, es evidente que debe haber signos inequívocos que expresen claramente la voluntad de la persona de consentir esa relación. Se considera que hay silencio cuando no hay palabras, acciones, expresiones o gestos que evidencien la voluntad de participar⁷⁸. Por lo tanto, en caso de silencio o de duda, se debe entenderse que no hay consentimiento.

En el caso de España, la nueva Ley Orgánica, se basa en un modelo de consentimiento afirmativo (“solo si es si” y “si no es si, es no”). El bien jurídico protegido en el delito del art. 178 del CP, que regula las agresiones sexuales cuando se haya expresado un consentimiento afirmativo, es la libertad sexual. La libertad sexual entendida como el derecho de la víctima a

⁷¹ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 205.

⁷² FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, p. 271.

⁷³ Criminal Code of Canada, article 273.1. (1)(2).

⁷⁴ Criminal Code of Canada, article 273.1 (3).

⁷⁵ Criminal Code of Canada, article 273.2.

⁷⁶ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 208.

⁷⁷ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 208.

⁷⁸ FARALDO CABANA, en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, p. 271.

no verse involucrada, activa o pasivamente, en conductas sexuales a las que no ha accedido (perspectiva de la libertad negativa)⁷⁹. La normativa entiende que, como bien indicia Faraldo Cabana, que la nueva ley asume que “solo sí es sí” cuando una persona manifiesta de un modo reconocible por actos exteriores que consiente a participar. Este acto será lícito, y entiende que todo lo demás es ilícito (entendiendo que siempre habrá que analizar el consentimiento). “No es preciso un sí con palabras; son suficientes cualesquiera actos exteriores que revelen, de forma concluyente e inequívoca, la voluntad expresa de la persona de participar en el acto. El consentimiento, como exigen otros preceptos del Código Penal (arts. 155 y 156) debe ser válido, libre, espontáneo, consciente, expreso; o, más sucintamente, como prevé el art. 183 quater, libre”.

Es latente la dificultad de definir que constituye el consentimiento expreso y de qué manera se debería materializar. Peremato Martín recoge, a partir de un estudio de las diversas legislaciones nacionales que se basan en el modelo de consentimiento expreso, elementos que definen y determinan el consentimiento⁸⁰: debe ser libremente expresado y manifestado a través de expresiones (palabras, acciones, actos exteriores) que de forma clara e inequívoca expresen la voluntad de la víctima; se debe atender a las circunstancias concurrentes; y se debería incluir un catálogo de situaciones donde se entenderá el consentimiento como no prestado vinculadas a la utilización de violencia o intimidación o a situaciones de la víctima que determinan la imposibilidad de prestar consentimiento y de prestarlo de forma libre.

4. TESIS SUBJETIVISTA DEL ENGAÑO SEXUAL

En este apartado voy a presentar la tesis subjetivista promovida por Dougherty y J. Herring para posteriormente defender una postura intermedia donde los tipos de engaños se deben diferenciar ya que no todos los engaños deberían ser considerados como relaciones sexuales no consentidas y por ello, agresiones sexuales.

Antes de empezar, T. Dougherty menciona reiteradamente el término “*seriously wrong*” el cual es necesario mencionar que se refiere a, por ejemplo, cuando X engaña a la potencial víctima sobre su profesión porque si no supondría la ruptura del acuerdo: este engaño vicia el consentimiento sexual de la víctima, y es gravemente ilícito mantener relaciones sexuales con alguien careciendo de su consentimiento. Él no entra en el debate sobre si engañar a alguien para llevar a cabo relaciones sexuales debe ser considerado violación o no, y de hecho se

⁷⁹ RAMON RIBAS/ FARALDO CABANA, *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 2020, pp. 21-42.

⁸⁰ PERAMATO MARTÍN, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 212-213.

pregunta sobre si todos los tipos de relaciones sexuales no consentidas deberían ser consideradas violaciones⁸¹.

T. Dougherty defiende en su artículo “*Sex, lies and consent*” que engañar culpablemente a alguien, por muy menor que sea el engaño causa un daño grave, rebatiendo lo que el menciona como la “*Lenient Thesis*” la cual estipula que es un daño menor engañar con la finalidad de llevar a cabo una relación sexual cuando se traten de aspectos como sobre determinadas características personales como el color natural del pelo, la profesión o las intenciones románticas. Para ello se deben dar dos requisitos: primero, el engaño debe referirse al encuentro sexual y segundo, el engaño debe afectar el “*deal breaker*” de la víctima (esto es un aspecto de la relación sexual que rompa el acuerdo y al que se oponga la voluntad de la otra persona). Debe darse el caso de que la otra persona no esté dispuesta a participar en la relación sexual, dado que tiene esta característica⁸². Dougherty argumenta, y en esto yo también coincido con él, que no sólo la coacción puede viciar el consentimiento; el engaño también puede hacerlo.

Su tesis está basada en tres subargumentos: primero razona que tener relaciones sexuales con alguien, careciendo de su consentimiento moralmente válido es un daño muy grave. Segundo, menciona que engañar a otra persona para tener relaciones sexuales implica tener relaciones sexuales con esa persona sin su consentimiento moralmente válido y finalmente concluye que engañar a alguien para mantener relaciones sexuales es un daño muy grave⁸³. De hecho, su tesis es muy parecida a la tesis de Alan Wertheimer que señala que las normas sociales actuales pueden subestimar la gravedad del engaño en una relación sexual y afirma que el consentimiento sexual puede estar viciado sobre el engaño sobre el estado civil, una aventura con un amante, las opiniones sobre cuestiones morales controvertidas, los propios sentimientos o las intenciones de contraer matrimonio⁸⁴. Sin embargo, se diferencian en que Weitheimer no sostiene que todas las relaciones sexuales no consentidas sean gravemente ilícitas porque la gravedad de lo ilícito depende del daño previsto para la víctima.

La teoría solo se refiere al consentimiento moralmente válido. Éste se define como el consentimiento que alguien debe tener para no agraviar al consentidor violando un derecho suyo. En consecuencia, es el consentimiento que hace permisibles algunas acciones que de otro modo serían inadmisibles. El consentimiento moralmente válido requiere algo más que un mero

⁸¹ DOUGHERTY, «Sex, Lies and Consent», *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 721.

⁸² DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 719.

⁸³ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 720.

⁸⁴ WERTHEIMER, *Legal Theory*, 2, 2, 1996, p. 199.

acuerdo. Por ejemplo, el acuerdo debe darse libremente, por lo que un acuerdo en estado de embriaguez no contaría como consentimiento moralmente válido. Así mismo, nadie da un consentimiento moralmente válido cuando ha sido engañado para tener relaciones sexuales⁸⁵.

Aplica, en este sentido, la teoría de McGregor's⁸⁶ en que el daño moral de la violación consiste en violar el derecho de autonomía de un individuo a controlar su propio cuerpo y su autodeterminación sexual, y la gravedad de la violación deriva de la especial importancia que concedemos a la autonomía sexual". Mediante el consentimiento, renunciamos a algunos derechos específicos permitiendo que otros puedan interferir con la esfera negativa del derecho de la autonomía sexual⁸⁷. De esta manera, no hay engaño cuando una persona da un consentimiento moralmente válido⁸⁸.

En contraposición a la explicación del daño de Wertheimer, Dougherty sostiene la explicación del consentimiento. Así pues, la explicación incluye la opinión de que la ilicitud de un delito sexual depende sólo del daño; y también incluye la opinión de que un acto sexual puede ser ilícito simplemente porque no es consentido, pero la gravedad del delito viene determinada por la magnitud del daño. Dado que las víctimas no son conscientes de haber mantenido relaciones sexuales no consentidas, no sufren daños vivenciales. Y si estos delitos pasan desapercibidos, las víctimas no sufrirán daños psicológicos más adelante. No obstante, aunque sean totalmente inofensivas, las relaciones sexuales con el inconsciente y las relaciones sexuales mediante formas atroces de engaño siguen siendo gravemente perjudiciales.

Más interesante aún es la explicación que formula a la hora de rebatir la tesis *Lenient* sobre los engaños menores. Para ello, presenta un ejemplo donde X conoce a Y. Y deja claro que solo tendría relaciones sexuales con alguien que compartiera su amor por la naturaleza y la paz. X menciona, falsamente, que en vez de ser un soldado es una persona que presta ayuda humanitaria y cuando Y le pregunta si le gustan los animales, X falsamente responde que sí⁸⁹. Para Dougherty Y no ha consentido válidamente las relaciones sexuales con X (a pesar de que los defensores de la tesis de *Lenient* sí que estarán de acuerdo en que, Y consintió válidamente la relación sexual, aunque sea muy reprochable la actitud de X). De hecho, la tesis *Lenient*, y en esto estoy de acuerdo, sólo puede basarse de forma plausible en una interpretación más

⁸⁵ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 722.

⁸⁶ MCGREGOR, «Force, Consent, and the Reasonable Woman», *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, 1994, p. 236.

⁸⁷ Renuncia que es totalmente revocable.

⁸⁸ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 723.

⁸⁹ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 728.

sofisticada del consentimiento que establezca una distinción fundamental entre las distintas características de una relación sexual. Desde este punto de vista, alguien no consiente válidamente una relación sexual cuando es engañado sobre sus características "esenciales", como que la interacción no sea un auténtico procedimiento médico o que la otra persona no sea su pareja romántica habitual. En consecuencia, alguien puede consentir válidamente incluso cuando se le engaña sobre las características periféricas del encuentro, como el color natural del pelo de la otra persona, su ocupación o sus intenciones románticas. En este punto, Dougherty se cuestiona si la religión, la etnia o los valores políticos de alguien cuentan como una característica esencial del encuentro sexual. Al final se trata de un debate sobre qué características de una relación sexual son objetivamente lo bastante importantes como para contar como características esenciales. Debate que, Dougherty, resuelve diciendo que es un asunto individual de cada persona determinar qué características de una relación sexual son especialmente importantes para ella (determinar cuál es su "deal breaker").

Dougherty se pregunta cómo se van a distinguir entre las características centrales y las periféricas de cada persona. Menciona que consiste en distinguir las características que una persona consideró relevantes para decidir mantener relaciones sexuales de las que consideró irrelevantes⁹⁰. En el lenguaje de la ley, podríamos decir que los rasgos centrales son simplemente aquellos que la víctima consideró "materiales" para su decisión de mantener relaciones sexuales. Pero si seguimos esta línea, deberíamos concluir que alguien no consiente en mantener relaciones sexuales cuando se le engaña para que las mantenga. Contrariamente a Dougherty, Rollin Perkins⁹¹ argumenta que, como posteriormente intentaré argumentar, el engaño sobre la naturaleza del acto sexual - "fraude en el factum"- invalida el consentimiento legal, porque "lo que ocurrió no es aquello para lo que se dio el consentimiento". Pero el engaño sobre cuestiones de hecho colaterales - "fraude en la inducción"- no vicia el consentimiento legal. Si la víctima engañada ignora que se está teniendo una relación sexual u otro acto sexual, el fraude se clasifica como fraude en el factum. Si la víctima es consciente de tener relaciones sexuales, pero ha sido inducida a hacerlo con una mentira fraudulenta, entonces el fraude se clasifica como fraude en la inducción⁹².

⁹⁰ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 731.

⁹¹ MORRIS PERKINS, «Criminal Law», *Foundation Press*, 1982, p. 856.

⁹² SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 775.

En este sentido, la terminología jurídica de Inglaterra se refiere a un “fraude en el hecho” y un “fraude en la inducción”⁹³. Se considera que lo esencial que una persona necesita saber es que tendrá relaciones sexuales, qué tipo de relaciones sexuales tendrá y con qué persona. El contenido sexual es menos claro si el infractor aparentó un contacto sin contenido sexual (un caso usual es el de alegar un “tratamiento curativo”). El engaño respecto del grado de intrusión física incluye mentiras respecto del uso de preservativo (aunque en mi opinión, sería sobre la naturaleza per se del hecho sexual). En consecuencia, si una persona es engañada acerca de estos elementos esenciales o sobre la identidad de la otra persona, la expresión de acuerdo no equivale a un consentimiento válido⁹⁴. Tradicionalmente, mantener relaciones sexuales mediante fraude en el factum viciaba el consentimiento y, por tanto, daba lugar a responsabilidad por violación -o responsabilidad por un delito penal menor-, mientras que el fraude en la inducción no lo viciaba⁹⁵.

Aunque Dougherty⁹⁶ piensa que una persona es engañada para mantener relaciones sexuales cuando se forma una falsa creencia sobre un factor decisivo: el engaño oculta una característica del encuentro sexual que marca una diferencia decisiva en la decisión de la víctima de mantener relaciones sexuales. Al final, la víctima tiene el derecho a controlar el comportamiento de los demás en lo que respecta a su autonomía sexual. Quien engaña actúa de una manera inadmisiblesi invade el espacio de autonomía sexual de la víctima sin el consentimiento moralmente válido de ésta, ya que en el fondo la voluntad de la víctima que está siendo engañada se opone a lo que quien engaña pretende de hecho⁹⁷. La persona que engaña, según Dougherty, consigue obviar esta información mediante el engaño, el cual significa que la aquiescencia de la víctima no cuenta como consentimiento moralmente válido. Para que se dé el engaño es suficiente con que la otra parte sepa cuales son los “*deal breakers*” de la víctima, sin que sea necesario ser mucho más específico.

Esto no significa que tengamos que lograr la hazaña imposible de ser conscientes de cada característica de un evento para poder consentirlo. Pero sí significa que, si fuéramos conscientes de alguna de las características del acontecimiento, tendríamos que estar de acuerdo con él⁹⁸.

⁹³ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 212.

⁹⁴ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 212.

⁹⁵ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 776.

⁹⁶ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 731.

⁹⁷ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 733.

⁹⁸ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 736.

Aplicando esta explicación general del consentimiento a las relaciones sexuales, las personas sólo consienten válidamente mantener relaciones sexuales si están dispuestas a participar en ellas, dadas todas las características que presentan. Por lo tanto, esta interpretación del consentimiento implica que cuando alguien es engañado para mantener relaciones sexuales, éstas no son consentidas, incluso en engaños “comunes y corrientes”⁹⁹.

Jonathan Herring, en su artículo “*Does yes mean yes? The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity*” defiende que los engaños o aprovechamientos de errores para obtener el consentimiento a una relación sexual constituye un delito de agresión sexual. En el Derecho Penal anglosajón existen dos circunstancias en las que el consentimiento por error no debe considerarse un consentimiento efectivo.

Primero, el acto que hizo el acusado fue un acto diferente al consentido por la víctima¹⁰⁰. Claramente, esto cubriría, por ejemplo, la situación en la que la víctima consiente en tener relaciones sexuales vaginales, pero el acusado tiene relaciones sexuales anales. Aquí, en mi opinión, también englobaríamos el *stealthing* aunque él lo incluye en segundo punto. Cuando la víctima consiente en la actividad sexual como un acto que tiene mayor importancia o significado más allá del acto físico, pero el acusado se involucra en relaciones sexuales sin tener en cuenta esa función expresiva ulterior, no está realizando el acto para el que la víctima dio su consentimiento. Los dos ejemplos más probables son cuando la víctima (pero no el acusado) considera la relación sexual como una expresión de amor o atribuye un significado espiritual a las relaciones sexuales. De manera similar, cuando la víctima accede a tocarse íntimamente con un propósito no sexual (por ejemplo, tratamiento médico) pero el acusado actúa por motivos sexuales, por lo tanto, no se da su consentimiento para el contacto. En estos ejemplos, lo que hizo el acusado fue un acto de un tipo diferente al consentido por la víctima.

En segundo lugar, cuando la víctima atribuye una condición preexistente específica a las relaciones sexuales y el acusado se involucra en relaciones sexuales violando esa condición, entonces el acusado está cometiendo un acto para el cual no ha dado su consentimiento¹⁰¹. Un ejemplo sería cuando la víctima accedió a tener relaciones sexuales con la condición de que el acusado use un condón, pero el acusado continúa con las relaciones sexuales sin usar uno. De hecho, si algún hecho fue crucial para la decisión de la víctima de tener relaciones sexuales, ese

⁹⁹ DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 737.

¹⁰⁰ HERRING, «Does Yes Means Yes. The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, 22, 2002, pp. 181-200.

¹⁰¹ HERRING, *Singapore Law Review*, 22, 2002, p. 194.

hecho podría considerarse como una condición para el consentimiento. Sin el cumplimiento de la condición no hay consentimiento.

En resumen, si en el momento de la actividad sexual una persona no hubiera dado su consentimiento si hubiera conocido todos los hechos en ese momento (incluido el estado mental del acusado), entonces no hay consentimiento¹⁰². Si el acusado sabe (o debería saber) que no dio su consentimiento, entonces, según Herring, será culpable de un delito.

Herring presenta unos casos que considera controvertidos. Entre ellos está el hecho de obtener relaciones sexuales a través de una promesa que después resulta que se rompe¹⁰³ y el error en la identidad¹⁰⁴. En relación con el primero, explica que si en el momento de mantener la relación sexual, el acusado a pesar de su promesa no tenía la intención de cumplirla, debemos entender que no hay consentimiento porque en ese momento la víctima consideró como una condición para consentir el hecho de que la promesa se cumpliera, por ejemplo, que el acusado tuviera la intención de casarse con ella. En lo que respecta al error en la identidad, Herring estipula que si cuando la víctima ha dado su consentimiento a lo que de otro modo sería un delito porque cree que el acusado está ejerciendo alguna habilidad o calificación especial, entonces un error en cuanto al atributo de poseer esa habilidad o calificación negará el consentimiento efectivo. En el contexto del contacto sexual, menciona, si los atributos de una persona son una condición previa para el consentimiento de la víctima, deben tratarse de la misma manera que otras condiciones adjuntas al consentimiento¹⁰⁵.

Como hemos visto, se podría afirmar que es incorrecto engañar a una persona respecto de hechos que son de central importancia para ella¹⁰⁶. No obstante, afirmar esto desde un análisis jurídico es más complicado y, de hecho, no debería de transferirse la perspectiva moral directamente a los análisis jurídicos¹⁰⁷. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana solo invalida el consentimiento los engaños que afectan al núcleo del ilícito, pero no lo invalida en los

¹⁰² HERRING, *Singapore Law Review*, 22, 2002, p. 195.

¹⁰³ HERRING, *Singapore Law Review*, 22, 2002, p. 195.

¹⁰⁴ HERRING, *Singapore Law Review*, 22, 2002, p. 197.

¹⁰⁵ HERRING, *Singapore Law Review*, 22, 2002, p. 197.

¹⁰⁶ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 211. También en DOUGHERTY, *Ethics*, 123, 4, 2013, pp. 717-744.

¹⁰⁷ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 211.

engaños relacionados con los motivos relativos a los sentimientos, el matrimonio o la posición financiera o social¹⁰⁸.

Scheidegger¹⁰⁹ argumenta que el consentimiento no puede estar supeditado a que uno tenga toda la información posible o incluso que tenga toda la información que realmente desea. Afirma que algunos académicos opinan que la no divulgación de información no debería generar responsabilidad penal siempre que el acusado no tenga la obligación legal de divulgar el hecho relevante. En este sentido, asumir la responsabilidad por el acto consentido incluye asumir la responsabilidad por posibles déficits de información a menos que el déficit caiga en el área de responsabilidad de otra persona¹¹⁰. En consecuencia, sugiere que la nulidad del consentimiento solo puede considerarse si la parte que interfiere tiene influencia sobre la libertad de decisión de la víctima, por ejemplo, cuando D ejerce un poder indebido sobre la creación de las falsas creencias de V, ya sea por engaño activo o por no divulgación en casos en el que D tiene el deber de informar a V¹¹¹.

Argumenta en su artículo que la tesis subjetivista radical no reconoce que, si bien es un derecho importante, el derecho a la autonomía sexual no es ilimitado y debe equilibrarse con el derecho a la privacidad. Si bien el derecho a la autonomía sexual es uno de los derechos personales más importantes, existen otros derechos e intereses de alto valor, siendo el derecho a la privacidad uno de ellos¹¹². El derecho a la privacidad es de suma importancia para la dignidad humana, la personalidad y la vida comunitaria. Es fundamental para el libre desarrollo de la personalidad y la identidad del individuo porque nos permite pensar libremente, dejar atrás nuestro pasado y evitar discriminaciones injustas.

La conclusión que se puede sacar de esta analogía es que quizás tengamos que aceptar que no todo engaño necesariamente vicia el consentimiento, así como no toda presión psicológica equivale a una coerción que invalida el consentimiento¹¹³. Cuando se trata de la orientación sexual, el historial de género, un pasado criminal o la fidelidad de D, todos los cuales son aspectos protegidos por el derecho a la privacidad de D, V simplemente no tiene “derecho a saber”. Incluso si D miente sobre tales asuntos para obtener el consentimiento de V para tener

¹⁰⁸ HÖRNLE, en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 237 s. Traducción de ENGELMANN, *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 212.

¹⁰⁹ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹⁰ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹¹ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹² SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹³ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

relaciones sexuales, al degradar el "punto decisivo" a un hecho del que V no tiene derecho a saber, su muestra de consentimiento es válida. No es responsabilidad de D asegurarse de que V solo tenga relaciones sexuales que sean consistentes con sus valores y creencias. La excepción a esta regla en la que la salud de V esté en juego, por ejemplo, si D miente acerca de tener una enfermedad de transmisión sexual y tiene relaciones sexuales sin protección con V¹¹⁴. La protección de la salud de V podría ser una razón legítima para restringir el derecho de D a la privacidad. Pero en este caso no es el engaño en sí lo que nos preocupa sino las posibles consecuencias físicas del engaño en términos de la salud de V y por ende de sus derechos a la integridad corporal¹¹⁵.

En este sentido, se puede inferir que no existe un deber genérico de relevar información para sacar a la otra persona de un error preexistente, aunque sea una información que hará que la otra persona consienta, por muy reprobable que sea. Como veíamos antes, la autorresponsabilidad es de la persona que va a consentir llevar a cabo esa relación sexual el tener toda la información que considere relevante para consentir. Sería ir contra el derecho a la intimidad el imponer sobre la otra parte el obligar a relevar toda la información que considere que necesita su pareja sexual para consentir el acto.

Como he podido dejar entrever a lo largo de la exposición de las diversas teorías, en este trabajo trataré de defender que es cierto que el engaño puede ser un medio comisivo típico del delito de agresión sexual. Y por ello trataré de argumentar que no todos los engaños son penalmente relevantes.

5. DELIMITACIÓN DE LOS ENGAÑOS SEXUALES PENALMENTE RELEVANTES

En contraposición de lo que defienden la tesis subjetivista radical en que todos los engaños como medio para conseguir el consentimiento de la otra parte de la relación sexual suponen un injusto muy grave y constitutivo de delito, diferenciar los engaños que son penalmente relevantes de los que no permite dar una respuesta más proporcional al problema teniendo en cuenta el principio de legalidad. Por lo tanto, debemos partir del principio de autorresponsabilidad¹¹⁶ de las personas a la hora de consentir una relación sexual. Con carácter general, es quien consiente que debe asegurarse de disponer de toda la información que estime

¹¹⁴ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹⁵ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

¹¹⁶ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

oportuna para decidir sobre cómo disponer de su libertad, en este caso, sexual¹¹⁷. Sin autorresponsabilidad no hay autodeterminación¹¹⁸. Segundo, que no todo lo considerado moralmente reprochable puede ni debe ser castigado por el derecho penal.

Para rebatir esta tesis, utilizaré los argumentos, ya que coincido con ellos, de Ivó Coca Vila en su artículo “*El stealthing como delito de violación*”. Rebatir una tesis como la tesis subjetivista es una cuestión difícil pues al ser una tesis sencilla y englobarlo todo en una misma categoría (engaño no consentido) lleva a que aquellas personas que parten de una teoría diferenciadora les sea más difícil argumentar en que se debe basar esta diferenciación¹¹⁹. No obstante, englobar todos los engaños como penalmente relevantes convierte el delito de agresión sexual en una herramienta genérica de protección de la libertad sexual de la víctima sin tener en cuenta que cada individuo tiene derechos, pero también deberes¹²⁰. Decidir que vicios del consentimiento son penalmente relevantes no puede depender únicamente de que esa información fuera un “deal breaker” para la víctima, sino que también deben ser considerados la igualdad del autor y la víctima en tanto que titulares de derechos y obligaciones en la relación sexual¹²¹.

El nuevo artículo 178 del Código Penal, como hemos comentado en el apartado tercero del trabajo, pretende proteger el bien jurídico la autonomía sexual de los individuos. En el delito de agresión sexual se obliga a otro sujeto a realizar o tolerar algún acto sexual en contra de su voluntad, afectando gravemente a la dignidad de la víctima. De esta manera el autor menoscaba de forma muy grave la autonomía de su víctima a través de una injerencia corporal utilizando a la víctima como un medio para un fin¹²². Será, a mi parecer y en base a los argumentos esgrimidos por Coca Vila, en función de la afectación a la autonomía sexual de la víctima: en específico a la naturaleza del hecho, la injerencia corporal y la afectación a la dignidad de la víctima que podremos establecer distinciones a la hora de determinar la afectación al bien jurídico protegido¹²³.

Habrán engaños en que el autor se aproveche del error en el que se encuentra la víctima, que no habría consentido de conocer la realidad de las cosas¹²⁴. Pero también habrá casos donde es el

¹¹⁷ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹¹⁸ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹¹⁹ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹²⁰ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹²¹ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹²² En este sentido J GARDNER y S. SHUTE en “The Wrongness of Rape” in J. Horder, (ed.), *Oxford Essays In Jurisprudence*, 4a ed., 2000.

¹²³ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 303ss.

¹²⁴ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 295.

autor quien generara a través de un engaño el error en la víctima, siendo este engaño lo determinando para que ésta última consienta¹²⁵. Tal como comenta Coca Vila, el primer error recae sobre las cualidades personales del sujeto en cambio, el segundo recae sobre el motivo que le lleva a consentir.

En mi opinión, los engaños penalmente relevantes serán aquellos que menoscaben la autonomía sexual de la víctima y que lesionan una pretensión de veracidad garantizada por el delito de agresión sexual¹²⁶. En consecuencia, los engaños que no son relevantes no serán capaces de menoscabar la autonomía sexual de la víctima. Un engaño que no es capaz de menoscabar la autonomía sexual de la víctima es la falsa promesa de patrimonio. Imaginemos un escenario en el que X le dice a V (víctima) que, si mantienen relaciones sexuales, le dará X cantidad de dinero o cualquier elemento que incremente su patrimonio. V consiente las relaciones sexuales con X, pero resulta que X no tenía ninguna intención de dar ese patrimonio prometido. En este caso, el engaño no afecta a la naturaleza del acto ya que accedía y consentía una relación sexual (no otro tipo de acto ni cosa) siendo consciente de la injerencia corporal que suponía y permitiéndolo (digamos que ha consentido una relación sexual con penetración, no es lo mismo si solo hubiera consentido unas simples caricias). Su afectación a la dignidad no se ha visto afectada al ser sometida a algo totalmente distinto a lo que ella se imaginaba, pues se imaginaba esa misma relación sexual donde posteriormente iba a conseguir un incremento patrimonial. Es un engaño no relevante penalmente pues en si el engaño es una cuestión totalmente accesoria en relación con el acto, donde la víctima debe asumir la responsabilidad por el acto consentido, que incluye asumir la responsabilidad por posibles déficits de información. Desde el punto de vista de un observador objetivo, no hay ninguna cuestión que afecte de manera perjudicial la naturaleza del acto, ya que había consentido ese específico acto sexual, ni la identidad de la persona, sabía X era X, y ni el grado de injerencia corporal suponía un problema.

Distinto será un engaño en relación con la identidad de una persona. La autonomía sexual, como he comentado anteriormente, es básicamente el derecho a poder decidir cuándo, cómo y con quien quieres mantener una relación sexual¹²⁷. Así, que se debe afirmar que la identidad de la persona que participa en una relación sexual es un factor decisivo y que, por lo tanto, merece ser protegido penalmente. Así que la persona que engaña sobre la identidad personal (o quien suplanta la identidad de otra) para conseguir el consentimiento sexual de otra persona está

¹²⁵ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 295.

¹²⁶ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 303.

¹²⁷ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 294-308.

cometiendo un delito de agresión sexual¹²⁸. Durante la revisión de la literatura me he encontrado con dos casos. El primero es sobre la persona que entra sigilosamente en una habitación oscura haciéndose pasar por el marido de la persona que está en la cama e inicia una relación sexual sabiendo que la otra persona no sabe realmente quien es. El origen de este caso está relacionado a cuando las relaciones extramatrimoniales estaban castigadas penalmente y se necesitaba reconocer penalmente aquel engaño que suponía una usurpación marital. El segundo caso que me he encontrado es de quien cree mantener una relación sexual con alguien que se hace pasar por un futbolista profesional. En el derecho anglosajón, como hemos visto, este no sería un caso de error y, por lo tanto, considerarían que la víctima sí había consentido. No obstante, si esa persona está suplantando la identidad de otra y esa supuesta identidad es lo que hace que la víctima consienta, podemos decir que hay un error que es penalmente relevante porque de otra manera se estaría violentando la esfera negativa de la libertad sexual de la víctima de poder decidir con qué persona sí y con qué persona no¹²⁹.

Finalmente, el caso que trataré será el “stealthing” como constituyente de un error en la naturaleza del acto. El “stealthing” es como se ha denominado a la situación en que dos sujetos acuerdan mantener una relación sexual con penetración bajo la condición de usar preservativo, no obstante, quien debería usarlo no llega a ponérselo o tras haberlo hecho decide quitárselo y continuar con esa relación sexual sin avisar a la otra parte¹³⁰. El sexo por fraude en la naturaleza del hecho debe describirse correctamente como sexo sin consentimiento. En consecuencia, no hay consentimiento en absoluto “porque lo ocurrido no es aquello para lo que se consintió”¹³¹. El mismo razonamiento se puede aplicar a los casos de “stealthing”. Todos aceptamos la premisa de que diferentes actos sexuales requieren un consentimiento por separado. Entonces, por ejemplo, aceptamos que una persona que consiente en la penetración vaginal no consiente automáticamente en la penetración anal. Como argumenta Brodsky¹³², el contacto con la piel de un pene es significativamente distinto del contacto con un condón. Por lo tanto, estos dos actos sexuales diferentes requieren cada uno un consentimiento por separado. Cuando D se quita el preservativo y penetra a V sin preservativo, no solo ha actuado de forma fraudulenta con respecto al consentimiento, sino que en realidad ha actuado sin ningún tipo de

¹²⁸ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 294-308.

¹²⁹ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 294-308.

¹³⁰ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 295.

¹³¹ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 777.

¹³² BRODSKY, «“Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, 2017, pp. 183-210.

consentimiento¹³³. A V se le ha negado el derecho a elegir si participar o no en este acto sexual específico, un derecho que se encuentra en el centro mismo de la autonomía sexual ya que la naturaleza del acto es totalmente distinta de lo que había previamente consentido.

De hecho, la Audiencia Provincial de Sevilla¹³⁴ (en su sentencia núm. 1469/2020) afirma que el consentimiento otorgado para una determinada actividad sexual no puede extenderse unilateralmente por el otro u otros actores a distintas prácticas o relaciones, que dejarían de ser consentidas. En consecuencia, no se puede extender de manera unilateral por el autor a una penetración vaginal sin uso de preservativo.¹³⁵ Expongo que el *stealthing* es un engaño relacionado a la naturaleza del hecho en base al argumento que expone la misma Audiencia Provincial en tanto que “el consentimiento para la penetración vaginal no permite presumir consentida también la penetración anal [...], el prestado para el acceso carnal con una muy específica condición cual es el uso de preservativo, no permite presumir que retirando tal medio la penetración sigue, no obstante, siendo consentida”. En este caso, lo que la víctima había consentido era única y exclusivamente una penetración con preservativo, pero el acusado empleo engaño para, sin conocimiento ni consentimiento de la víctima, mantener un contacto sexual distinto del que habían acordado, tan esencialmente distinto que son muy diversos su alcance y eventuales consecuencias¹³⁶. Cometiendo, en consecuencia, un delito de agresión sexual del art. 178 CP.

6. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha intentado exponer una tesis diferenciadora de los engaños penalmente relevantes en oposición a la tesis subjetivista radical. Para ello, primero se ha hecho una aproximación a las diferentes posturas sobre el consentimiento, a modo de contextualización, para después pasar a definir y presentar la autonomía sexual, como bien jurídico protegido del delito de agresión sexual, y el consentimiento, como elemento explícitamente recogido en el nuevo redactado del art. 178 CP. Posteriormente, se ha indagado en la tesis subjetivista radical sobre los engaños como relaciones sexuales no consentidas a la vez que también se han ido presentando posturas partidarias de una diferenciación, finalmente se encuentra la defensa de una tesis más bien diferenciadora con la presentación de casos genéricos.

¹³³ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, p. 777.

¹³⁴ SAP Sevilla, Sección Cuarta, (ECLI:ES:APSE:2020:1459), p. 6.

¹³⁵ STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), p. 5.

¹³⁶ COCA VILA, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, p. 298.

La autonomía sexual es el derecho de autodeterminación sexual inherente a cada sujeto mayor de edad con plena capacidad mental. De hecho, permite a los ciudadanos conducir su propia vida sexual acorde con sus propios principios. Hemos visto que hay tres elementos que permiten capturar la dimensión sexual de la autonomía y, en consecuencia, la esencia del delito de agresión sexual. En este sentido, la dimensión de la autonomía sexual alude a actos de naturaleza sexual, que suponen una injerencia corporal y cuando esta injerencia no es consentida, supone un menoscabo a la dignidad de la víctima utilizándola como un medio para un fin, socavándose gravemente la autonomía sexual de la víctima.

No obstante, a mi modo de ver, no se puede entender ésta sin la obligación de autorresponsabilidad de los sujetos a la hora de autodeterminarse sexualmente ya que los sujetos no solo tienen derechos, sino también obligaciones. De hecho, es quien consiente el que debe disponer de la información a partir de la cual tomará su decisión de consentir dicha relación o acto sexual. Por lo que nos debemos preguntar es ¿se ha afectado la autonomía sexual de un modo tal como para que se pueda imponer legítimamente al autor un delito de agresión sexual, teniendo en cuenta que los sujetos implicados en la relación sexual eran autorresponsables (en tanto que individuos con derechos y obligaciones)?

El Derecho Penal no puede ser una herramienta genérica que castigue todo lo que se considera moralmente reprobable. Por ello mismo, entiendo también que no puede sostenerse una tesis como la subjetivista radical. Y en este sentido es esencial entender que debemos partir del principio de autorresponsabilidad de las personas, ya que nos interesa determinar si la víctima ha visto lesionada su autonomía sexual porque mediante el engaño no ha podido decidir en base a una información veraz. Como bien afirma Scheidegger¹³⁷, el consentimiento no puede estar supeditado a que uno tenga toda la información posible o incluso que tenga toda la información que realmente desea. En este sentido, asumir la responsabilidad por el acto consentido incluye asumir la responsabilidad por posibles déficits de información a menos que el déficit caiga en el área de responsabilidad de otra persona.

Para determinar cuáles son los aspectos relevantes por parte de la víctima en una relación sexual que están garantizados por una pretensión de veracidad penalmente protegida por el art. 178 CP debemos volver a la noción de autonomía sexual que hemos visto anteriormente. De esta manera podemos exponer que solo se protegerá la pretensión de veracidad de la víctima cuando

¹³⁷ SCHEIDEGGER, *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

medie engaño en los casos en que afecte a la naturaleza sexual de la relación, que afecte a la identidad de la otra parte de la relación y al grado de la injerencia corporal.

La selección de estos tres elementos no es meramente arbitraria, si no que suponen elementos centrales del concepto de la autonomía sexual que se pueden ver afectados muy gravemente en caso de engaño. La naturaleza sexual es importantísima porque es lo que permite a una persona conocer si está o no participando en una relación o acto de naturaleza sexual, si media engaño, se está lesionando una pretensión de veracidad de la víctima protegida por el art. 178 CP. Con la presentación del caso de la falsa promesa de patrimonio pretendía ilustrar que se debe considerar atípico el engaño sobre factores que son meramente accesorios a la hora de consentir y que no afectaba al conocimiento de la víctima sobre la naturaleza sexual del acto en que participaba.

La identidad de quien participa en la relación sexual también es un aspecto importante de la noción de la autonomía sexual y un engaño sobre este supondría una lesión en la pretensión de veracidad de la víctima. Sobre todo, cuando tenemos en cuenta la dignidad de la víctima pues solo consiente esa determinada relación por que la otra persona es A, pero esa persona resulta que es B y engañando a la víctima diciéndole que es A esta lesionando la libertad sexual de esta última.

Por último, el particular grado de injerencia corporal también está cubierto por la pretensión de veracidad protegida por el delito de agresión sexual. Dentro de la noción de la autonomía sexual está el permitir una injerencia corporal y de que grado. Cuando media un engaño que supone una injerencia corporal distinta de la consentida, se verá lesionada la pretensión de veracidad de la víctima¹³⁸. El caso del “stealththing” me ha permitido poder argumentar e ilustrar que cuándo se engaña sobre la naturaleza sexual e injerencia corporal, se estará vulnerando la pretensión de veracidad de la víctima y, por ende, cometiendo un delito de agresión sexual (art. 178 CP).

Otro debate que me gustaría dejar abierto sería que pena debería de imponerse en los casos en que efectivamente se considere que el engaño es penalmente relevante, es una cuestión muy interesante para reflexionar en ello y que deberíamos de tener en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas a la hora de responderla.

¹³⁸ Sin entrar en más detalles, siempre que no comporte una injerencia menor respecto a la injerencia pactada pues se podría argumentar que la afectación a la autonomía sexual no ha sido tan grave como la pretensión que protege el delito de agresión sexual.

7. BIBLIOGRAFÍA

BRODSKY, ALEXANDRA, «“Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 2, 2017, pp. 183-210.

COCA VILA, IVÓ, «El stealthing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2, 2022, pp. 294-308.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, «Alegato contra un Derecho Penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, pp. 1-19.

DOUGHERTY, TOM, «Sex, Lies and Consent», *Ethics*, 123, 4, 2013, p. 717-744.

FARALDO CABANA, PATRICIA, «"Solo sí es sí" hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en: Acale Sánchez (ed.), *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, 2021, pp. 265-279.

FARALDO CABANA, PATRICIA, «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», *German Law Journal*, 22, Special Issue 5: Sexual Violence and Criminal Justice in the 21st Century, 2021, pp. 847–859.

FERNANDA GARCÍA, MARÍA, «Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2020, pp. 117-140.

GARDNER, JOHN/SHUTE, STEPHEN, «The Wrongness of Rape», in J. Horder, (ed.), *Oxford Essays In Jurisprudence*, 4a ed., 2000.

HARDUF, ASAF, «Rape Goes Cyber: Online Violations of Sexual Autonomy», *University of Baltimore Law Review*, 50, 3, 2021, pp. 357-398.

HERREROS, INÉS, «Sexo deseado, expresado y negociado» en https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2018-07-15/sexo-deseado-expresado-negociado_1592797/

HERRING, JONATHAN, «Rape and the definition of consent», *National Law School of India Review*, 26, 1, 2014, pp. 62-76.

HERRING, JONATHAN, «Does Yes Means Yes. The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, 22, 2002, pp. 181-200.

HÖRNLE, TATJANA, «Rape as Non-Consensual Sex», en MÜLLER/SCHABER (EDS.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018. Traducción de ENGELMANN, CORINA «Violación como relaciones sexuales no consentidas», *Letra Derecho Penal*, 2020, p. 197-217.

MACKINNON, CATHARINE, «Rape Redefined», *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2014, pp. 431-477.

MCGREGOR, JOAN, «Force, Consent, and the Reasonable Woman», *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, 1994.

MIRANDA MILLER, OSCAR, «El (limitado) rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 84, 2, 2015, p. 413-446.

MORRIS PERKINS, ROLLIN, «Criminal Law», *Foundation Press*, 1982.

ONU MUJERES, «Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer», 2012, pp. 1-72.

PATEMAN, CAROLE «Women and Consent», *Political Theory*, 8, 2, 1980, pp. 149-168.

PERAMATO MARTÍN, TERESA, «El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, pp. 191-224.

PÉREZ HERNÁNDEZ, YOLINLIZTLI, «Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 4, 2016, p. 741-767.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMON, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA (DIR.)/RAGUÉS I VALLÈS, RAMON (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7a ed., 2021, pp. 131-156.

RAMON RIBAS, EDUARDO / FARALDO CABANA, PATRICIA, «“Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat». *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 2020, pp. 21-42.

SCHEIDEGGER, NORA «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, 22, 5, 2021, pp. 769-783.

STS 196/2023, Sala de lo Penal, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1400).

SAP-Sevilla, 375/ 2020, Sección 4, de 29 de octubre, (ECLI:ES:APSE:2020:1459).

WERTHEIMER, ALAN, «Consent and sexual relations», *Legal Theory*, 2, 2, 1996, pp. 89-112.