

PRESENTACIÓN

LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL A DEBATE

LAURA NUÑO GÓMEZ
Universidad Rey Juan Carlos
laura.nuno@urjc.es

El debate sobre la validez del consentimiento sexual ha emergido como un asunto central no solo en la teoría política feminista, sino en el derecho, la ética y la sociología. Su conceptualización representa un aspecto esencial en la defensa de los derechos y libertades de las mujeres y niñas porque es precisamente su ausencia o invalidez lo que permite calificar un acto o conducta como violencia de género y, por tanto, como una vulneración de los derechos humanos. De su validez dependen cuestiones clave en la agenda política feminista, como la abolición o regulación de la prostitución o la tipificación penal de la violación, el abuso y el acoso sexual. Sin embargo, la urgente necesidad de disponer de una correcta definición y juridificación se enfrenta a la propia complejidad que acompaña a su propia conceptualización. Geneviève Fraisse ya alertaba en su conocida obra *Del consentimiento*, publicada en 2007, que para gozar de validez debe ser un acuerdo realmente libre e informado, un genuino acto de autonomía de la voluntad, no pudiéndose considerar como tal la cesión o resignación ante una situación por la inexistencia de un plan alternativo viable. Pero la consideración de dichos aspectos es tan subjetiva como interpretable. Por ello, pese a su enorme trascendencia teórica y práctica, todavía estamos lejos de un consenso sobre los requisitos éticos exigibles para otorgar validez al consentimiento sexual en contextos de violencia sexual y prostitucional.

Respecto a la primera, conviene recordar que en este país el voto discrepante de la sentencia condenatoria en el denominado juicio de «La Manada» del magistrado Ricardo González, tras el visionado de las contundentes imágenes del video que se aportó como medio probatorio, interpretó que concurría el consentimiento de la víctima, considerando que la violación era, literalmente, «un jolgorio» porque la víctima no demostró oposición expresa. A su vez, la desavenencia sobre la trascendencia del consentimiento en el delito de violación se ha plasmado recientemente en la propia aprobación de la Directiva sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica y, en concreto,

en el art. cinco relativo a su tipificación penal. Disposición que no exige uso de la fuerza o intimidación, sino ausencia de consentimiento claro, consciente, voluntario y continuo para la tipificación del delito.

Un enfoque que pretendía recoger las demandas del feminismo de la Cuarta Ola y la campaña del #Metoo, que lograron repolitizar la noción de consentimiento sexual desde el «no es no» de etapas anteriores, que requería oposición expresa, al «solo sí es sí», que exige aquiescencia y libre voluntad explícita de ambas partes en todo el proceso. Sin embargo, todo apunta a que no será así. Polonia, Hungría, Malta, República Checa, Estonia, Bulgaria y Eslovaquia mostraron su oposición en el Consejo celebrado el 13 de diciembre de 2023 y, más recientemente, de forma inesperada, se han sumado a dicha posición Francia o Alemania. Paradójicamente, que el tipo delictivo de la violación no requiera violencia o intimidación, sino ausencia de consentimiento se basa en el Convenio de Estambul, ratificado no solo por la Unión Europea, sino por estos dos últimos países. El espurio argumento que se esgrime es que, pese a contar con el informe favorable de los servicios jurídicos del Parlamento y de la Comisión, no existe atribución competencial en materia de violación porque no se contempla en el listado de eurodelitos recogidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Pero, si bien es cierto que la violación no se incluye de manera expresa, no lo es menos que los arts. 82 y 83 del TFUE establecen que cuando la aproximación de la normativa penal de los Estados miembros resulte imprescindible se podrán aprobar normas mínimas en la definición de las infracciones penales y sus sanciones, contemplando una cláusula abierta para que el Consejo, previa aprobación del Parlamento, amplie y actualice dichos ámbitos delictivos. Por tanto, no habría impedimento competencial alguno para que la aprobación de la citada directiva se acompañara de una reforma del art. 83.1 del TFUE que incluyera la violación en el listado de eurodelitos¹. Pero, claro está, hablamos de otorgar logros a la voz de las mujeres, que de la validez de su consentimiento dependa la tipificación de la acción, una innovación normativa y cultural que todavía genera resistencias².

¹ De hecho, los eurodelitos contemplados en el TFUE fueron ampliados en noviembre de 2022 tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Así, la Decisión (UE) 2022/2332 del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, adoptó en su art. primero que «la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión se considerará un ámbito delictivo en el sentido del art. 83, apartado 1, párrafo segundo, del FUE», entrando en vigor el 30 de noviembre de ese mismo año (*Diario Oficial de la Unión Europea*, de 29 de noviembre de 2022).

² En la fecha del envío de esta presentación el texto la Directiva se encontraba pendiente de aprobación. En el texto final que finalmente fue aprobado, el 14 de mayo de 2024, efectivamente, el artículo cinco y la tipificación penal de la violación por ausencia de consentimiento, contemplado en la propuesta inicial, fue eliminado.

No ocurre otra dinámica respecto al consentimiento de las mujeres en el sistema prostitucional. El Tratado de Lake Success, la Convención de Belém do Pará, el Protocolo de Palermo o la propia la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos lo consideran inválido si media amenaza, uso de la fuerza, coacción, abuso de poder o situación de vulnerabilidad. En concreto, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949) o Tratado de Lake Success, adoptado tres décadas antes que la CEDAW, identifica en su preámbulo la trata de mujeres como el «mal que acompaña» a la prostitución, señalando que ambas «son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad». En consecuencia, conmina a las partes a «castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona». A su vez, el art. 2 de la directiva sobre trata de seres humanos lo considera inválido si no existe «otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso» o si existe «entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento». Sin embargo, los requisitos en el juicio sobre su validez todavía son difusos por la subjetividad y el amplio margen interpretativo que tienen los operadores policiales y/o judiciales en la determinación de la existencia de alternativas reales o aceptables, del abuso de poder, la coacción o en la propia consideración de la situación de vulnerabilidad, que no son ajenos a una misoginia que sigue naturalizando y minimizando la violencia sexual contra las mujeres.

Otorgar validez al consentimiento, sin evaluar si es producto de una decisión genuina, informada y voluntaria para participar en una actividad o relación y sin ponderar si la libertad de elección es realmente tal, convierte a las víctimas en parte y, en tanto tal, responsables, de forma individual, de las implicaciones y consecuencias del acuerdo. Por ello, es necesario politizar el consentimiento, determinar los requisitos exigibles a las partes para otorgar validez al acuerdo. Pero también es preciso incorporar un análisis crítico-reflexivo de la opresión que examine el propio contenido del acuerdo y las consecuencias colectivas como sociedad. Afrontar dilemas ética y políticamente urgentes y esenciales, como: ¿todo es susceptible de intercambio o se deben poner límites al objeto del tráfico comercial?; ¿quién tiene libertad real en el libre mercado?; ¿es asumible cualquier acuerdo en sociedades pretendidamente democráticas?; ¿debe haber derechos o bienes indisponibles? Y, en última instancia, ¿la feminización de la pobreza, la contrageografías de la globalización, la jerarquía sexual o la sexualidad patriarcal tienen implicaciones en el grado de libertad de las mujeres? Y, de ser así, ¿afectaría al grado de autonomía de su voluntad?

Estas y otras cuestiones serán las que se aborden en la presente sección de «Debates». Con tal finalidad se recogen tres artículos que ofrecen miradas alternativas en la consideración, los requisitos, límites y consecuencias del consentimiento sexual. En el primero, «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», María Luisa Balaguer (magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga) aborda la validez y el alcance del consentimiento desde una perspectiva iusfeminista y constitucionalista. Analiza la autonomía de la voluntad en el derecho penal, su consideración en el derecho comparado y su conexión con la dignidad y el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres. Examina la contribución de la teoría política feminista al abolicionismo y a la libertad sexual de las mujeres, así como las consecuencias, en términos de derechos y libertades, de la validez de la mercantilización o comercialización del cuerpo femenino, particularmente en el caso de la prostitución y la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

La segunda aportación, «El consentimiento y sus sombras patriarcales», corre a cargo de Rosa Cobo, titular de Sociología de la Universidad de La Coruña y presidenta de la RAIEPP (Red Académica Internacional de Estudios sobre Prostitución y Pornografía). Cobo analiza el recorrido histórico de la conceptualización y politización del consentimiento, que emerge en la década de los años ochenta en el ámbito estadounidense, y que, en la actualidad, representa un polarizado debate en el contexto social español. Como señala, el alcance mundial de la campaña #MeToo tuvo un papel indiscutible en la globalización de la denominada Cuarta Ola feminista, propiciando que la denuncia sobre el carácter estructural de la violencia sexual ocupara un lugar central en la agenda pública. Sin embargo, como identifica Cobo, todavía subyacen «sombras patriarcales» y una clara misoginia en la propia conceptualización y consideración del consentimiento sexual.

Por último, la tercera y última aportación es de María Luisa Maqueda Abreu (catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada). En su artículo, «Feminismo y derecho: las *caras oscuras* del consentimiento sexual de las mujeres», defiende una posición contraria a las tesis abolicionistas, otorgando plena validez al consentimiento de las que denomina «trabajadoras sexuales». Maqueda evidencia que el debate suscitado en torno al consentimiento de las mujeres en prostitución ha revelado dos perspectivas en disputa: por un lado, la concepción de un consentimiento sexual basado en la capacidad de autodeterminación de todas las mujeres y, por otro lado, una visión que Maqueda interpreta como fragmentada y jerárquica que segmenta entre mujeres con capacidad de decisión y mujeres subalternas a las que se les niega tal capacidad. Una visión dicotómica que, según Maqueda, provoca una victimización secundaria de estas últimas.

Tres caras o enfoques que ofrecen una mirada caleidoscópica, interdisciplinar y plural sobre la polémica de la validez del consentimiento sexual y que evalúan sus consecuencias individuales o colectivas en términos de derechos y libertades y justicia social en sociedades pretendidamente democráticas.