

Una retrospectiva sobre modelo del consentimiento afirmativo: lo permanente y lo cambiante en los paradigmas político-criminales de la delincuencia sexual

A retrospective on the affirmative consent model: continuity and change in the political-criminal paradigms of sexual offending

Carlos Fuertes Iglesias¹

Profesor Ayudante Doctor (acr. C. Doc.) de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza, España
cfuertes@unizar.es

Recibido el 21 de abril de 2026; aceptado el 6 de mayo de 2026.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: 1. El movimiento «Me Too» como primer factor causal. 2. La resignificación de la «delincuencia sexual» como segundo factor causal: España y el impacto del caso de La Manada de Pamplona (2018) hacia el modelo del consentimiento expreso afirmativo. II. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO AFIRMATIVO: GÉNESIS, CONCEPTUALIZACIÓN Y PROBLEMAS DE SU TRASLADO AL ÁMBITO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LO CON-

1 Este artículo se enmarca dentro de la actividad investigadora de la Cátedra J&J Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza (Director: Boldova Pasamar, M.A.; Coordinador: Fuertes Iglesias, C.); del Grupo de Investigación de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza (reconocido como Grupo de Referencia por el Gobierno de Aragón, IP: Boldova Pasamar, M.A.) y del Proyecto de Investigación «El Derecho Penal ante los retos actuales de la biomedicina (DERPEBIO)» (PIB2022-136743OB-100, Co-IP: Urruela Mora, A.; Armaza Armaza, E.J.). ORCID del autor: 0000-0002-0791-2390.

TINGENTE, LO PERMANENTE Y LO CAMBIANTE. 1. Génesis del consentimiento afirmativo: lo contingente de un contexto histórico y cultural específico 2. Los principios penales versus la evitación de una potencial revictimización: lo permanente 3. Lo cambiante del modelo de consentimiento afirmativo expreso: la expansión del concepto de «delincuente sexual» como categoría. III. HACIA LA BÚSQUEDA DEL MODELO «IDEAL» DE INTERVENCIÓN PENAL EN MATERIA SEXUAL EN EL PLANO POLÍTICO-CRIMINAL, O CÓMO DESHACER UN CAMINO -MAL- ANDADO. IV. CONCLUSIONES.

Resumen: El artículo analiza el consentimiento expreso afirmativo como «idea-fuerza» en el discurso penal español y las causas de su limitada implementación en el Código Penal. Aunque ganó relevancia con la Ley Orgánica 10/2022, su aplicación práctica resulta problemática por dificultades dogmáticas, probatorias y relacionales. Se sostiene que exigir un «sí afirmativo» choca con la realidad de las relaciones humanas, lo que ha provocado una revisión y retroceso legislativo. Cuatro años después, se plantea si el modelo está agotado o aún es válido para otros sistemas, proponiendo un enfoque europeo más matizado, relacional y respetuoso del carácter restrictivo del Derecho penal.

Palabras clave: libertad sexual, consentimiento, modelo afirmativo, intervención penal, punitivismo.

Abstract: *The article analyzes affirmative express consent as an "idea-force" in Spanish criminal discourse and the causes of its limited implementation in the Penal Code. Although it gained relevance with Organic Law 10/2022, its practical application is problematic due to dogmatic, evidentiary and relational difficulties. It is argued that demanding an "affirmative yes" clashes with the reality of human relations, which has led to a legislative review and setback. Four years later, it asks whether the model is exhausted or still valid for other systems, proposing a more nuanced, relational European approach that respects the restrictive nature of criminal law.*

Keywords: *sexual freedom, consent, affirmative model, penal intervention, punitivism.*

I. Introducción

La evolución reciente del Derecho penal sexual en los sistemas jurídicos occidentales pone de manifiesto un fenómeno que trasciende, con mucho, la esfera de la mera técnica legislativa. Las sucesivas reformas en esta materia no responden únicamente a deficiencias normativas puntuales ni a ajustes dogmáticos internos, sino que reflejan un desplazamiento profundo del marco cultural, político y simbólico desde el que se interpreta la delincuencia sexual y se articula su respuesta penal. En este sentido, los movimientos de reforma de los delitos contra la libertad sexual en el Derecho penal continental evidencian un cambio de paradigma que obliga a replantear categorías tradicionalmente consideradas estables.

A nuestro juicio, este proceso reformador se explica a partir de dos factores causales claramente identificables y de un resultado sintético que estructura el debate político-criminal contemporáneo.

1. El movimiento «*Me Too*» como primer factor causal

En primer lugar, resulta innegable la influencia del movimiento «*Me Too*» como elemento catalizador de una revisión crítica de los estándares tradicionales de protección penal frente a las agresiones sexuales. Se trata de un punto de inflexión como movimiento social de repulsa hacia determinados comportamientos, éticamente reprochables en materia sexual (al menos, cuando no penalmente en algún caso), en la relación de poder de algunos hombres frente a mujeres con las que mantenían una relación de superioridad o prevalimiento —generalmente, con una proyección hacia la esfera laboral, ya que su expansión como fenómeno de crítica se gesta en el ámbito de las artes escénicas audiovisuales, y en virtud de supuestos actos de molestia o acoso sexual, por parte de productores y actores— La reacción ante la denuncia de una activista, dio lugar a una ola de crítica social acompañada de un «yo también» («*Me Too*» en inglés²), con la que muchas personas populares o famosas se auto-reconocieron públicamente como víctimas de comportamientos similares pretéritos, que habían quedado en un ostracismo social, por la vergüenza que suponía su admisión, y por el cuestionamiento incluso que proyectaba sobre la trayectoria profesional de las personas que reconocían haber vivido tales situaciones, en cuanto que arrojaba una sombra negativa sobre sus carreras, o al menos, las sometía a un cierto escrutinio.

Precisamente, la emancipación de ese lastre suponía un mensaje liberador, que se inserta en la idea primitiva que mueve al «*Me Too*»: un acompañamiento social a otras personas que han sufrido esas mismas disyuntivas, en las que se les plantea un escenario en el que, para una oportunidad o progreso laboral, se condiciona a entablar una conducta sexual, esporádica o continuada, pero siempre sustentada en una divergencia de posiciones, de poder y de control de la situación. Ese tabú que supone haber sido «tentada» con tales ofertas, o más aun, haberlas «aceptado» es lo que el «*Me Too*» pretende destruir, precisamente, con una colectivización del reconocimiento de la situación que sirva como un factor que disipe la bruma moral que ello comporta, o que permita crear una situación de «sororidad» que haga superar tal situación³. A la par, el movimiento no solo pretende sanar una situación previa, sino proyectar efectos hacia una sensibilización de las relaciones de poder y su sexualización. No es, sin embargo, un movimiento en el que se haya promovido específicamente una modificación de los sistemas penales. Al menos, no parece que fuera su sentido primitivo. Más bien, se buscaba, a partir de lo anteriormente expuesto, conseguir una reversión de tales escenarios relacionales, procurando no normalizar precisamente tales dinámicas, e incentivar bases conceptuales del «empoderamiento» de la mujer.

Su impacto incidió en una capa profunda del tejido moral social, como mecanismo de necesaria repulsa, más que ante un acto concreto, ante una práctica estandarizada en algunos ámbitos de relación, en los que los patrones de dominación y poder encauzados a través del intercambio sexual

-
- 2 Movimiento social, cuya denominación se atribuye a la activista TANARA BURKE, que estableció una entidad no lucrativa para ayudar a personas que hubieran sufrido acoso sexual o abuso sexual, en el marco —inicialmente— de las relaciones laborales. También analiza este origen a los efectos del estudio sobre el consentimiento, v. ANGEL, K., *El buen sexo mañana: Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Alpha Decay, Barcelona, 2021, p. 18. También de interés, la reflexión de DE LORA, P., *Lo sexual es jurídico (y político)*, Alianza, Madrid, 2019, sobre la extrapolación del «*Me Too*» y sus implicaciones.
- 3 V. JACKSON, D.K., «Epistemic Injustice and the Struggle for Recognition», en *Feminist Philosophy*, quar. 4, no.4, 2018, pp. 1-19.

se convirtieron en una conducta más allá de lo singular. Más allá de su dimensión mediática⁴ o activista, dicho movimiento ha operado como un potente mecanismo de visibilización de prácticas históricamente normalizadas, cuestionando la suficiencia del modelo penal centrado en la violencia, la intimidación o la resistencia de la víctima, cuando existen otros factores que pueden mediatizar su voluntad para implicarse en una actividad sexual interactiva. Y en efecto, coincido con MONGE FERNÁNDEZ⁵ cuando resalta que la exteriorización negativa de la víctima debe permitir «comprender y probar que se opone a las pretensiones del agresor (no es no)». Es decir, creo que el «sí es sí» no ha triunfado como postulado, pero ha servido para reforzar el «no es no», que sin que existiera duda respecto del mismo, sí ha podido verse enfatizado con una comprensión más actualizada, en los casos de violencia o intimidación ambiental, sin acudir al rigorismo excesivo que presidía históricamente su invocación.

De hecho, el «*Me Too*» no proyecta su planteamiento en estricta clave penal, puesto que muchos de los actos desarrollados y criticados son penalmente irrelevantes, fundamentalmente por derivar de un consentimiento entre los participantes que es penalmente suficiente, incidiéndose, sin embargo, en las consideraciones éticas que conducen a tales escenarios de poder.

Es cierto que los efectos directos o plasmaciones normativas guiadas a la luz de tal factor, no han sido equiparables en todos los países europeos —al menos, en el plano temporal—. Ello, no significa, sin embargo, que la corriente haya terminado de dar sus resultados, o que no haya creado, como consideramos, una renovación en el planteamiento global, un momento crítico en un sentido literal, en el que abrió, a partir de esta realidad, una reflexión mucho más amplia, profunda y compleja, en la que se entró en cuestión, a propósito de las dinámicas relacionales afectadas, la propia estructura y desarrollo de las actividades sexuales. En concreto, el debate general —en términos no exclusivos del panorama político español, sino a nivel mucho más amplio— se focalizó en torno a la cuestión de si basta una aceptación tácita de una actividad sexual para considerarla consentida de manera suficiente o adecuada; o, si, por el contrario, es necesario la positivización o exteriorización expresa de la aceptación (esto es, un modelo expreso afirmativo). También llevó, en otro plano, a cuestionar la exigencia del «no» expreso para el rechazo, cuando situaciones de control o presión ambiental impiden a una persona exteriorizar su disenso.

Nos hallamos ante un cambio de paradigma, impulsado no sólo por exigencias dogmáticas, sino por transformaciones culturales, políticas y simbólicas profundas, que han situado el concepto de consentimiento en el centro del debate jurídico-penal. En este contexto, el denominado modelo

4 V. SOSA SÁNCHEZ, R.P., BRANDARIZ PORTELA, T. (2022), «Caracterización del #MeToo en España. Una aproximación a través del análisis de la prensa y su impacto en la ciudadanía», en *Estudios Feministas*, Vol. 13, núm. 1, 2022, pp. 75-88, cuando analizan el tratamiento mediático del fenómeno y su incidencia en la narrativa de la delincuencia sexual por medios, valorando el impacto del concepto «*Me Too*» en España y sus implicaciones en este ámbito.

5 V. MONGE FERNÁNDEZ, A. «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, obra colectiva, directoras M.ª Elena Marín De Espinosa Ceballos y Patricia Esquinas Valverde, coordinador Miguel Ángel Morales Hernández, Aranzadi, Cizur Mayor, 2022, pp. 287. Muy recientemente, comparto también las conclusiones que alcanza WIEDMER, B. «Ja, nein, ¿vielleicht?», en *Sexualstrafrecht im Wandel*, obra colectiva, editada por Susanne Beck, Maximilian Nussbaum y Pia Pielhau, Nomos, Baden-Baden, 2026, p. 44.

de expreso afirmativo —frecuentemente sintetizado en la fórmula «solo sí es sí»— se presenta como una auténtica *idea-fuerza*, capaz de reorganizar tanto la estructura de los tipos penales como la comprensión misma de la libertad sexual.

Sin embargo, aun cuando el movimiento «*Me Too*» no tuviera como finalidad originaria la transformación directa de los sistemas penales, resulta indudable que su impacto desbordó el ámbito estrictamente social y cultural, proyectándose de manera indirecta —pero intensa— sobre el discurso político-criminal. La visibilización masiva de experiencias de abuso, acoso o coerción sexual, especialmente en contextos marcados por relaciones asimétricas de poder, puso de relieve las **insuficiencias del modelo penal tradicional** para dar respuesta a determinadas formas de vulneración de la libertad sexual que no encajaban fácilmente en las categorías clásicas de violencia o intimidación.

2. La resignificación de la «delincuencia sexual» como segundo factor causal: España y el impacto del caso de La Manada de Pamplona (2018) hacia el modelo del consentimiento expreso afirmativo

Junto al impacto cultural y simbólico del movimiento global «*Me Too*», el segundo factor causal que explica la orientación de las recientes reformas del Derecho penal sexual en España, paradigma actual de otros movimientos de reforma, es una profunda resignificación del concepto de «delincuencia sexual» en clave político-criminal. En España el fenómeno tuvo una recepción inicial muy escasa, extemporánea respecto del movimiento inicial, muy poco relevante en sus efectos, y desde luego, nada parangonable a Estados Unidos o a ciertos países europeos (Francia, por ejemplo, en el que hubo controversias públicas sobre la oportunidad, necesidad y adecuación del fenómeno).

Como tuve ocasión de desarrollar en otros estudios, son varios los factores que singularizan la respuesta del Derecho penal español ante la nueva regulación de la materia desplegada en la LO 10/2022 (en adelante, LOGILS, en su acrónimo en español). Fundamentalmente, en la necesidad resignificadora, los abusos sexuales desplegados por no pocos miembros de la Iglesia Católica en el ámbito educativo de menores⁶, y por otro, el archiconocido caso de La Manada de Pamplona, en el que no se condenó inicialmente a los autores por un delito de agresión sexual, sino de abuso, condujo a la creación de un heterogéneo caldo de cultivo que presentó los visos de una oportunidad política para promover un cambio legislativo. No se trataba, sea dicho, de una exigencia social mayoritaria ni de una laguna de sanción penal de conductas enmarcadas en la impunidad. En otro sentido, estos elementos condujeron a poder sostener un discurso social en el que, bajo la premisa de un desconocimiento general mayoritario de la articulación compleja de la materia (algo, por otra parte, generalizado, respecto al Código Penal y a su comprensión por el público general), permitió a ciertos sectores identificar socialmente como una necesidad aquello que derivaba de una generalización indebida de una máxima: «no es abuso, es violación». Ello, referido al caso de Pamplona, se sobredimensiona, haciendo ver que el problema del sistema penal español es una suerte de infra-protección de los casos de atentados contra la libertad sexual en los que la víctima no ha

6 V. TAMARIT SUMALLA, J.M.; BALCELLS MAGRANS, M. (2022) «Between Sanctity and Real Life: Child Sexual Abuse in the Catholic Church in Spain», en *Sexual Abuse*, no. 34-7, pp. 806-829. <https://doi.org/10.1177/10790632221078292>.

expresado su negativa de un modo literal (es decir, no ha dicho que «no»), lo que lleva a considerar que se da una respuesta excesivamente laxa en lo punitivo a los autores, a quienes se considera «abusadores» por la Ley penal y no «violadores». Tales mantras calan como máximas políticas en las movilizaciones a favor del cambio de la materia.

El concepto «abuso» por las corrientes de opinión reactivas a la sentencia de La Manada de la Audiencia Provincial de Navarra (especialmente, de su voto particular), se postula que debe desaparecer, en tanto que supone, a juicio de algunos, una denominación que no capta la gravedad semántica que la agresión (aún más, la violación) sí posee. De hecho, considerar a la víctima del delito concreto de Pamplona una persona «abusada sexualmente» y no «violada» era un factor justificante de la indignación contra el modelo de intervención penal, más allá de las consecuencias penológicas concretas⁷. No es una reivindicación, inicialmente —y como suele ser más frecuente— sobre una insuficiencia o levedad de la respuesta punitiva, sino sobre una oposición en lo terminológico, por su proyección en un cierto efecto del Derecho penal en cuanto a la prevención general positiva derivada, no de la pena, sino de la propia expresión o calificación nominal de la figura delictiva.

Resulta, por lo demás, irrelevante —o quizá, ignoto— que tal disyuntiva tenga un sentido jurídico, y más todavía, que sea precisa para discernir entre las acciones sexuales desarrolladas con violencia o intimidación sobre la víctima, frente a las que carecen de tales factores. Todo debe ser violación, nada capta mejor, para muchas de las manifestantes, el concepto semántico. De hecho, por momentos, el debate jurídico tornó a serlo filológico, entre la pragmática y la semántica. Se concibe que las categorías estandarizadas, que distinguen —fundamentalmente— en las conductas atentatorias contra la libertad sexual entre las que media o no violencia o intimidación; así como entre aquellas en las que hay o no penetración en ciertas cavidades corporales, no captan adecuadamente la gravedad de todo tipo de conductas sexuales indeseadas. Se pretende realizar una simplificación del sistema, por un reduccionismo conceptual: todo comportamiento sexual in consentido debe ser calificado como agresión sexual, sea con o sin violencia⁸. De hecho, yendo un paso más allá, no

7 Sobre esta cuestión, profundiza GARCÍA ÁLVAREZ, P. «El precio de una reforma penal fruto de la presión social», en *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, obra colectiva, directoras Pastora García Álvarez y M.ª Viviana Caruso Fontán, Coordinadora Marta Rodríguez Ramos, Colex, A Coruña, 2023, pp. 39 y ss.

8 A favor, destacadamente, hay muy diversas voces, entre ellas, autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., TRAPERO BARREALES, M.A., «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?, en *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 561 y ss.; mismos autores, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-18, 2023, p. 2; SAN MIGUEL BERGARECHE, M.N., «Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género?», *Revista Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 10-2, 2018, p. 27; DE VICENTE MARTÍNEZ, M.R., «El delito de violación. Problemas que plantea su redacción», en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, obra colectiva, directoras Patricia Faraldo Cabana y María Acale Sánchez, coordinadoras María Ángeles Fuentes Loureiro y Silvia Rodríguez López, pp. 204 y ss. De manera crítica, LASCURAÍN, J.A., «Delitos sexuales: ¿una reforma progresista», en *Almacén de Derecho*, en <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>, visto el 30 de abril de 2026; BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Delitos contra la libertad sexual I», en *Derecho Penal Parte Especial*, 3.ª Ed., obra colectiva, directores Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2024, p. 222; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019, p. 7 y ss., entre otros. Reivindica también enérgicamente el

resulta aventurado significar que la corriente conceptual referida trata de introducir o desplegar una construcción de la delincuencia sexual como una categoría político-criminal expansiva, sustancialmente distinta de la que había dominado tradicionalmente en el Derecho penal continental. No se trata únicamente de redefinir los elementos típicos de determinados delitos —solamente—, sino de ampliar el propio sentido semántico de la categoría del «delincuente sexual», como un nuevo enemigo social, incorporando bajo esa denominación conductas y sujetos que hasta fechas recientes no eran percibidos —ni jurídica ni socialmente— como tales.

En concepciones precedentes, la figura del delincuente sexual se asociaba de manera casi arquetípica a sujetos marginales, socialmente desviados o caracterizados por una violencia explícita y fácilmente identificable, es decir, con los arquetipos del «violador» —en el caso más grave—, del sujeto que tocaba zonas erógenas sin permiso, o del simple «exhibicionista». Siempre se ligaba a sujetos desviados en sus pulsiones, incapaces de dominar sus instintos primarios o con dificultades en las relaciones. La «delincuencia sexual» aparecía como un fenómeno excepcional, protagonizado por individuos situados en los márgenes del orden social, cuya conducta podía ser claramente separada de las prácticas sexuales ordinarias. Esta representación, aunque simplificadora, cumplía una función delimitadora clara: fijaba una frontera nítida entre sexualidad lícita y sexualidad criminal.

El nuevo paradigma político-criminal rompe deliberadamente con esta concepción. La expansión del concepto de delincuencia sexual se articula sobre la premisa de que todo comportamiento sexual no consentido de manera expresa merece una respuesta penal, con independencia de que el autor encaje o no en los estereotipos tradicionales del agresor sexual. De este modo, la categoría de delincuente sexual deja de estar reservada a sujetos violentos, marginales o patológicos, para abarcar también a personas plenamente integradas en la sociedad, cuyas conductas se desarrollan en contextos relacionales ordinarios, carentes de violencia física y alejados de cualquier escenario de excepcionalidad. De ahí que la equiparación, bajo el mismo tipo, de conductas de muy distinta entidad material y contextos radicalmente heterogéneos.

Sin compartir, como he tenido ocasión de explicar en otros momentos, el sentido de la reforma, sí me atrevo a opinar que lo menos criticable resulta, a mi juicio, el planteamiento de un menor punitivismo en materia de delincuencia sexual. De hecho, creo que fue un acierto, coherente con la necesidad de limitar la intervención coercitiva a criterios de proporcionalidad, que llevaban (y aun, creo objetivamente que llevan) a desmesuras en las respuestas penológicas ante los delitos sexuales, elevando la tutela a la libertad e indemnidad sexuales al plano de respuesta sancionatoria penal propios de delitos como el homicidio, lo que es sencillamente, una desproporción, por la evidente e incuestionable divergencia de la relevancia de los bienes jurídicos afectados, así como por las consecuencias de unas y otras conductas.

Por ello, fijar el límite máximo de la agresión sexual conforme a la legislación de 2022 en un año menos de prisión (v. de 1-4 años, frente al marco inicial de 1-5 años de prisión, ex art. 178 CP, en su versión de 2022); o en dos años, en el caso de la pena mínima de la violación (de 4-12 años, en vez de 6-12 años, ex art. 179 CP, en su versión de 2022), son aciertos, a mi juicio, de la reforma de la LO

mantenimiento de estas distinciones, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales, 25 de mayo de 2019, Sesión plenaria celebrada en Jaén, en <https://politicacriminal.es/comunicado-del-grupo-de-estudios-de-politica-criminal-sobre-la-actual-regulacion-de-las-agresiones-y-abusos-sexuales>, visto el 30 de abril de 2026.

10/2022. También las formas agravadas de agresión sexual (cfr. art. 180 CP en 2022), experimentaron reformas que trajeron consigo una posibilidad de rebajas de penas de 1 o 2 años, en los límites mínimos.

Ahora bien, sobre esta cuestión no se hizo quizá suficiente didáctica social, probablemente por contar con escaso predicamento cualquier desarrollo antipunitivista o limitativo de la sanción penal actualmente, y el foco mediático se centró en enfatizar la revisión de las penas de los condenados, que vieron en muchas ocasiones reducidas sus sentencias⁹.

Tampoco se ha enfatizado, siendo adecuado hacerlo, la operatividad del art. 194 bis CP. Se trata de un precepto que aun cuando no imprescindible, desde una adecuada interpretación de la teoría de los concursos¹⁰, sí ofrecía criterios que podrían haberse esgrimido a favor de una mejor exégesis de la modificación de 2022.

9 Por todas, se explica perfectamente la cuestión en las SSTS Sala II, núm. 524/2024, de 4 de junio (ECLI: ECLI:ES:TS:2024:3286) y núm. 637/2024, de 21 de junio (ECLI: ECLI:ES:TS:2024:3590), en la que se advierte la aplicación de la retroactividad penal favorable como criterio, en la medida que la nueva LO 10/22 permite imponer penas, en los casos analizados, de menor duración. Ello, no obstante, tuvo severa contestación desde el Ministerio de Igualdad, promotor de la reforma legal de la LO 10/22, en tanto que se culpabilizó a los órganos judiciales y operadores jurídicos que aplicaron la nueva norma en este sentido. Más sorprendente fue, sin duda, la estupefacción de los órganos promotores de la reforma, en el sentido de descartar (al menos, públicamente) que tal posibilidad entrara en el elenco de los escenarios contemplados antes de promulgar la norma legal, como si el art. 2.2 CP y su adecuada aplicación fuera algo exótico, llegando a negar la contemplación de esa posibilidad (v. entrevista a Victoria Rosell, entonces Delegada del Gobierno, en https://www.eldiario.es/sociedad/victoria-rosell-nadie-advirtio-pudiera-existir-revision-baja-dando_1_9725121.html). Frente a tal inveracidad, esto es, la falta de advertencia de esta posibilidad, basta remitirse al informe del Anteproyecto de Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, p. 89, cuando advirtió en febrero de 2021 que *«la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente»*.

10 En este sentido, comparto la postura interpretativa que plantea DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La incidencia de los medios comisivos en la configuración de los delitos de agresión sexual y violación: un análisis comparativo de las Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42, 2024, p. 29-30, puesto que el precepto indicado no ha sido ponderado suficientemente en las diversas propuestas, especialmente, cuando se señalaba que la violencia e intimidación quedaban puestas en pie de igualdad a la inexistencia de éstas en la LOGILS, sin considerar la operatividad de los concursos de delitos. Explorando las relaciones concursales, particularmente con las lesiones, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *Las agresiones sexuales calificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual*, BOE, Madrid, 2025, pp. 173 y ss., efectúa interesantes postulados sobre la coexistencia de violencia, a los efectos típicos de los arts. 178 y ss., con la posible sanción penal de los resultados que estos actos —tanto en el plano psíquico como físico— puedan irrogar. Ello, entendemos que, por supuesto, dejando al margen aquellas situaciones en las que las lesiones físicas o psíquicas producidas son consustanciales a la propia apreciación de la existencia de violencia, que ya cualifica la agresión sexual, de modo que sean inescindibles al acto sexual in consentido o rechazado que se ha perpetrado por tal medio (en este caso, en mi entendimiento, las lesiones leves del art. 147.2 y 3 CP), de suerte que si se irrogan lesiones con mayor relevancia (147.1, 149, 150), no se debería, al amparo del art. 194 bis CP, resolver la situación apelando a un concurso de leyes con el delito de agresión sexual o violación, en el que asumimos que se absorban los malos tratos

No obstante, y en suma de esta contextualización, fue la cuestión penológica la que hizo, por todas, caer en desgracia la reforma de la LOGILS de 2022. La presión social y mediática sobre las excarcelaciones, o simples reducciones de pena, llevaron al desgaste de la imagen política de la iniciativa, lo que condujo a una rápida contrarreforma en 2023, por una falta de asunción por parte de la mayoría social de los efectos de la reforma, y por qué no decirlo también, por defectos técnico-legislativos de una iniciativa en la que, en mi opinión, la ideologización ganó la batalla a la contención en los planteamientos de técnica normativa, que precisamente, deben ser considerados no como un objeto de laboratorio sociológico, sino como realidades que, al entrar en contacto con los supuestos de hecho que pretenden regular, pueden adoptar.

Ello, cuando técnicamente eran, a mi juicio, otras diversas las claves discursivas sobre las que debía estribar la crítica científica a la norma, como la equiparación de abuso y agresión sexual, o la existencia de ciertos defectos por la creación de un modelo donde las figuras agravadas se yuxtaponen y crean un imbricado sistema que genera escasa seguridad jurídica a la hora de la subsunción, siendo particularmente este último un aspecto verdaderamente nocivo del sistema actual, en el que la variabilidad de posibles respuestas a la hora de la subsunción es desmesuradamente elevada¹¹.

de obra o lesiones leves (puesto que ello, sino fuera así, haría inapreciable la «violencia» o «intimidación» que cualifica la agresión sexual, ya que el plus de injusto precisamente estriba en una incidencia en la esfera del sujeto pasivo virtud de tales medios comisivos, que al menos, será de esta naturaleza reseñada). Mas, en el caso de existir otras lesiones de superior entidad, exorbitan el propio reproche adicional que la Ley prevé para el caso del uso de violencia o intimidación en el tipo de agresiones sexuales o violación, entrando en juego el concurso de delitos.

- 11 Sin querer entrar en esta cuestión en profundidad, sirva simplemente una referencia sobre las diferencias entre los conceptos de «anulación de voluntad» frente a la mera «privación de sentido» a los efectos de los arts. 178.1, 2 y 3 CP actual. Se trata, en ocasiones, de cuestiones que no se acomodan un correlativo en el plano psiquiátrico-forense, sino que son construcciones de índole puramente valorativo que presentan un margen de inseguridad jurídica elevado. Más aun, cuando, en esta línea, se superponga a lo precedente una valoración de supuestos que pueden llegar al 180.1. 5.º CP. Sin perjuicio de los notables esfuerzos exegéticos, la delimitación legal debería ser mucho más certeza y acorde al principio de taxatividad. En tal actividad de interpretación de lo anteriormente referido, v. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual*, E. BOE, Madrid, 2025, pp. 68-70. También plantean propuestas interesantes en este ámbito, con otros matices, MOYA FUENTES, M.M. *Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 231. En una clave interpretativa que comparto plenamente, por criticar, por una parte, las disarmonías en la configuración de la agresión sexual actual con el uso de medios químicos y por dar una respuesta sistemática adecuada a la conjugación y aparente (a veces, real) yuxtaposición de figuras, v. BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Violencia física versus sumisión química en los delitos de agresión sexual», *Diario La Ley*, núm. 10641, 2025.

II. El consentimiento expreso afirmativo: génesis, conceptualización y problemas de su traslado al ámbito penal desde la perspectiva de lo contingente, lo permanente y lo cambiante

La caracterización del consentimiento afirmativo como *idea fuerza*¹², aspecto que proponemos en este capítulo, permite comprender su verdadera función en el Derecho penal contemporáneo. El consentimiento expreso afirmativo se ha convertido, en los últimos años, en un eje central del debate político-criminal europeo en materia de delitos sexuales, desplazando —o, más exactamente, mediatizando— otras discusiones relevantes mediante la articulación de una disyuntiva de corte algo maniqueo: optar entre el modelo del «*no es no*» (como en Alemania) o el del «*solo sí es sí*», que el legislador español trató de introducir, sin éxito, en la reforma penal de 2022. La polarización resultante no ha sido «fracaso» se extraen las claves positivas, que todo ejercicio intelectual o proceso jurídico-legislativo trae consigo, en cuanto a la reflexión y crítica. Este tema fue, sin caer en exageración ninguna, uno de los debates que provocó mayor fricción doctrinal en el Derecho penal español en las últimas décadas.

El denominado modelo de consentimiento expreso afirmativo constituye una de las categorías más representativas del actual proceso de transformación del Derecho penal sexual. Su relevancia no radica únicamente en la propuesta (fallida) de reformulación del tipo de la agresión sexual, sino en su capacidad para operar como **idea-fuerza**, esto es, como noción vertebradora de un nuevo paradigma político-criminal en los delitos sexuales, trascendiendo incluso a los concretos aspectos de su plasmación normativa. La propia «idea» supera, por ello, la realidad de lo que finalmente ha

12 Este concepto, comúnmente empleado en las ciencias sociales —menos quizá en Derecho— se atribuye al filósofo ALFRED FOULLÉE. En su obra, FOULLÉE, A., *Moral de las ideas-fuerza*, Sáenz de Jubera Hnos., Madrid, 1908, determina que existen ciertas ideas (ideas fuerza), que no son solo descripciones de la realidad, sino fuerzas que impulsan el desarrollo histórico y social al ser aceptadas y perseguidas por un grupo. En este caso, el concepto sociológico proyecta, a mi juicio, un interés para ser importado a una reflexión jurídico penal, y es que, precisamente la génesis de esta cuestión, la construcción del modelo de consentimiento expreso afirmativo no es una creación penal, sino que es un constructo ajeno a nuestra disciplina, que se ha implementado hasta un límite de convertirse, virtud de esa idea fuerza, en un factor vertebrador de una posición conceptual frente a la inteligencia de los delitos contra la libertad sexual. Tanto así, que el reduccionismo en esta materia, ha calado hasta el límite de posicionar la doctrina entre los favorables y detractores de este postulado, como si de corrientes enfrentadas se tratase, elevando además la cuestión en ocasiones a equiparaciones indebidas, como supone afirmar que quien rechaza el modelo expreso afirmativo está a favor del modelo puramente negativo, o que el rechazo a tal modelo se funda en una discrepancia ante un sistema penal sexual de corte identitario. Aunque tales hayan sido postulados de algunos autores [p.ej., en el caso del segundo supuesto, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019], tal simplificación ha sido, a mi juicio y con carácter retrospectivo, un ejercicio que ha lastrado las necesarias diatribas científicas, para convertir la cuestión en algo tan maniqueo como estar a favor o en contra del «solo sí es sí». Ello hace perder al debate científico muchísimos detalles, que son precisamente los que importan en esta materia.

calado en el Código Penal de 1995, hasta el punto de que es comúnmente aceptado por muchos ciudadanos que la «*Ley del sí es sí*» llegó a entrar en vigor con tal premisa máxima: la del consentimiento expreso afirmativo como modelo. Ello, sin reparar en que tal cosa nunca sucedió. Pero, ello no fue óbice para que el sobrenombre de la norma, la idealización del concepto, sobreviviera a su propia realidad, que no pasó de una tentativa prelegislativa, hasta el punto de mantenerse como idea fuerza de la norma finalmente en vigor, siendo una cuestión descartada, antes de alumbrarse en el plano legislativo.

1. Génesis del consentimiento afirmativo: lo contingente de un contexto histórico y cultural específico

Desde el punto de vista de su origen, el consentimiento expreso afirmativo es una construcción claramente contingente, inseparable de un determinado contexto histórico, social y cultural. Su génesis no se sitúa en la dogmática penal clásica, sino en ámbitos extrapenales, particularmente en el debate feminista anglosajón, en políticas universitarias de prevención de agresiones sexuales y en movimientos sociales de visibilización de dinámicas de abuso y desigualdad en las relaciones sexuales.

En el primer plano, y con ánimo de sintetizar, conviene referir la postura de autores como SCHULHOFER¹³, analizada con más extensión por MALÓN MARCO¹⁴. En ella, se parte de la premisa que la procedencia de apostar, frente al modelo negativo (no es no) por un modelo de carácter afirmativo (no expreso), estriba en la pertinencia de solventar el «*fracaso de la mujer en manifestar un rechazo a la relación (...) que podría significar su voluntad de tenerla, pero también desorientación y miedo (...) La pasividad y el silencio no deberían suponer voluntariedad*». De esta postura, otros autores van más allá, como LITTLE (2019), en tanto que la permisión debe ser expresa, no bastando con una mera aquiescencia, ni conformidad tácita, ni comportamiento favorable hacia la acción sexual, sino que se precisa de una comunicación activa. Ello, entronca, como señala también MALÓN en su obra, con otras posturas más incisivas aun —esto último, a mi juicio—, que añaden al modelo afirmativo, una posibilidad de considerar el sexo como una actividad «negociada», superando la afirmación o negación. De hecho, el autor constata la propuesta de ANDERSON (2005), centrada en la esfera subjetiva del potencial acusado del delito sexual, al que concibe como varón esencialmente, frente a la mujer, potencial víctima¹⁵. Es esta, la mujer, la que tiene que decidir, permitir o no la acción sexual penetrativa. Por ello, la autora propone una centralidad en la negociación, en la que la persona requerida antes de que la penetración sexual se produzca, requiere un acto comunicativo en el que se consensua dicha conducta, como una forma de expresión verbal de la plasmación de una relación más allá de consentida, querida. Incluso, MALÓN recoge algunas otras posiciones, mucho más extremas, que pretenden elevar la validez del consentimiento al terreno de la auténticamente deseado, lo que supone una entelequia¹⁶.

13 V. SCHULHOFER, S. J., «Consent: what it means and why it's time to require it», en *The University of the Pacific Law Review*, no. 47, 2017.

14 V. MALÓN MARCO, A., *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2021, p. 66.

15 V. ANDERSON, M. J., «Negotiating sex», en *Southern California Law Review*, 41, pp. 101-138.

16 Este es un aspecto que el propio MALÓN MARCO viene a explicar detalladamente (mismo autor, *op. cit.*, p. 66 y ss.), cuando analiza esta postura dogmática, que se mueve en un plano de lo educativo-sexual, pero que, como él mismo refiere, no consta que haya trascendido al plano jurídico. Ello, añadido, sería a mi juicio

La conducta sexual interactiva no debe ser, penalmente al menos a mi juicio, ni «deseada» por las partes, ni «consentida expresamente», sino ha de desarrollarse libremente por los individuos, con arreglo a sus parámetros comunicativos, psicológicos y relacionales, y con independencia de los aspectos motivacionales que muevan a los mismos a la acción sexual. En un plano idílico, las conductas sexuales deberían ser siempre libremente queridas, deseadas, ambicionadas como algo ligado incluso a sentimientos nobles... Pero la realidad no es esta, ni el Derecho penal está llamado a la ingeniería, ya no social, sino moral. La conducta sexual a veces es una contraprestación por muchas razones, humanamente más o menos comprensibles, en las que incluso la verdadera «libertad» se ve mediatizada, sin que sea penalmente relevante tal razón. Me explico: en ciertos contextos, la persona que consiente lo hace mediatizada por cuestiones o patrones de conducta aprendidos o en función de ciertas expectativas propias o ajenas, algunas reales, otras imaginadas —por ejemplo, lo que se cree que es una «buena primera cita», la ambición de volver a quedar con esa persona con la que, en ese día, no se tendría un intercambio sexual, pero que sí se ve un proyecto de bases afectivas, etc.—. En todos esos casos, en rigor, ¿es libre la persona, siquiera de sus propios deseos y convicciones, de su bagaje cultural, de sus temores, de su propia autocensura, de sus complejos, y de tantos otros factores, para decir «no»? ¿Cuándo se actúa contra lo que a uno le apetece, por lo que conviene, o lo que se espera, nos movemos al plano de la ausencia de consentimiento? La respuesta ha de ser negativa. Cualquier expectativa de centrar la intervención del Derecho penal, ya no en la existencia de un consentimiento expreso (que es, por otra parte, algo que no me parece asumible como criterio de intervención penal, a la luz de la realidad en que se producen los contactos e interacciones sexuales habitualmente, sin que parezca discutible, al menos en el plano óptico que no se producen, al menos en nuestro ámbito cultural, ni tales diálogos previos a los actos sexuales, ni menos aun, una suerte de negociación, salvo en las relaciones de trabajo sexual) sino en un escrutinio de la «verdadera» voluntad, frente a la declarada o no declarada, pero dada a entender a través de actos claramente determinantes de dicha voluntariedad en la participación en la conducta sexual.

El planteamiento de la intervención penal en el ámbito sexual entorno a la expresión afirmativa del consentimiento sexual no responde a una adecuada tutela penal de la materia, sino a una confusión entre un plano ideal (para algunos, por supuesto), en que el sexo se torna en una actividad comunicativa más que voluntaria, dialogada, en la que la asertividad se asocia a la seguridad, confianza y respeto, y en el que la ausencia de explicitud en ciertos ámbitos se equipara a un forzamiento, violencia o intimidación. La concepción del sexo como actividad riesgosa es una de las conquistas del discurso ligado a la positivización del consentimiento sexual, y estriba, precisamente, en una necesidad de «autoprotección», especialmente de la mujer, en este ámbito. Precisamente, por cuanto la relación sexual pasa por ser, *in genere*, sospechosa de ser impuesta y marcada en una «lógica penetrativa» de dominación-sumisión, donde el hombre parece dejar patente su consentimiento con la propia dinámica física. Tales sesgos cognitivos y emotivos, cuando no falacias, han sido elementos cardinales de la regulación.

de difícil o imposible componenda, precisamente porque implicaría centrar la intervención del Derecho penal, ya no en la existencia de un consentimiento expreso (que es, por otra parte, algo que no me parece asumible como criterio de intervención penal, a la luz de la realidad en que se producen los contactos e interacciones sexuales habitualmente, sin que parezca discutible, al menos en el plano óptico que no se producen, al menos en nuestro ámbito cultural, ni tales diálogos previos a los actos sexuales, ni menos aun, una suerte de negociación, salvo en las relaciones de trabajo sexual) sino en un escrutinio de la «verdadera» voluntad, frente a la declarada o no declarada, pero dada a entender a través de actos claramente determinantes de dicha voluntariedad en la participación en la conducta sexual.

Una retrospectiva sobre modelo del consentimiento afirmativo: lo permanente y lo cambiante...

De la libertad sexual, concebida en términos positivos, como una faceta de exploración y desarrollo de una esfera de la personalidad a través de la interacción, se ha pasado a una necesidad de «seguridad personal en el ámbito sexual» que, a mi juicio, es manifiestamente discutible¹⁷ conceptualmente, por cuanto, considero que corre el riesgo de distorsión del concepto de libertad sexual. Concebir el bien jurídico como desarrollo de una actividad sexual que sea, además de libre, segura, resulta para mí sumamente confuso. Por una parte, porque el sustento que motiva esa dupla es una correlación con el art. 17 de la Constitución Española, que no puede ser menos adecuado, puesto que se acude a una acepción de «seguridad personal» que no es, precisamente, la que la citada norma establece. La «seguridad» enunciada en dicho precepto, elevada a la categoría de derecho fundamental en la parte dogmática de la Carta Magna, en conjunción —copulativa— con el concepto «libertad» (empleado en ese precepto), se refiere a la interdicción de la privación o afección arbitraria de ésta en su esfera deambulatoria, como límite para el poder público. No existe otro derecho a la «seguridad personal» que no sea el que se señala, es decir, la censura de la intervención pública que prive arbitrariamente de libertad al individuo.

De hecho, conviene recordar las dos facetas o dimensiones de dicha seguridad personal, esto es, la negativa, entendida como derecho del ciudadano frente a cualquier detención o privación de libertad arbitraria por parte de los poderes públicos (conforme también a los arts. 5 CEDH y 9 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966), y la positiva, entendida como el deber del Estado de preservar el libre ejercicio de los derechos para asegurar la convivencia pacífica, en el marco del orden público. No se trata de un derecho subjetivo que proyecte un deber entre particulares —no tiene sentido ni eficacia horizontal—, ni comporta, menos aún, que el Estado deba garantizar que las actividades sexuales sean «seguras» en el sentido de que no afecten a la integridad física ni psíquica de quienes las desarrollan. La ausencia de riesgos o de lesiones en su práctica, ni de afecciones a la esfera volitiva de los individuos que hagan uso de tales facultades, es algo que excede del control del Estado y del deber de intervención. De hecho, hay ciertas prácticas sexuales en las que los individuos, libre y voluntariamente, comprometen en alguna forma su integridad física, sea de un modo potencial (ej. Prácticas sexuales con riesgo de transmisión de enfermedades de transmisión sexual, en las que se elude consensualmente cualquier método de barrera), sea de un modo actual o directo (ej. Las que implican un cierto grado de violencia consentida, como las prácticas BDSM). En todos estos casos, no nos encontramos ante «sexo seguro», en un concepto de incolumidad de la esfera física, y, sin embargo, no podemos equipararlo a sexo censurable penalmente, o respecto del cual deba.

Lo anterior, sea dicho, sin perjuicio de la tutela general del ordenamiento jurídico frente a los actos contra tales bienes que sean, por sí, constitutivos de delito. Ahora bien, en otro sentido, una

17 Como tuve ocasión de confrontar en otro estudio, en concreto, v. FUERTES IGLESIAS, C. *El nuevo Derecho penal sexual español y los menores*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2024, pp. 179-184. En sentido contrario, ACALE SÁNCHEZ, M., «Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa», en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, obra colectiva, directoras M.ª Elena Marín De Espinosa Ceballos, y Patricia Esquinas Valverde, coordinador Miguel Ángel Morales Hernández, Aranzadi, Cizur Mayor, 2022 (2022), p. 52 y ss., cuando afirma, en el ámbito de las agresiones sexuales, que *más allá de la satisfacción sexual o incluso en lugar de esa propia satisfacción sexual, se trata de conductas que manifiestan un ánimo de dominio y discriminación a través del cual se pone en peligro la propia vida e integridad física y psíquica de la víctima, lo que permite calificar estos delitos como atentados contra la seguridad personal*».

relación sexual consentida puede conllevar (y, de hecho, conlleva) riesgos físicos y psíquicos, como toda interacción humana en general, y más aún esta clase, que se desarrollan en esferas de intimidad, en las que además el marco afectivo, emocional y sensitivo del individuo se pone en primer plano de acción. De hecho, la trascendencia de la intensidad de las acciones sexuales en su proyección en los individuos que se producen estriba, más allá de funciones comunicativas, afectivas y relacionales, e incluso, de sensaciones o sentimientos, en los propios y necesarios o consustanciales riesgos, que peculiarizan la acción sexual. Si la conducta sexual fuera ideal —y distópicamente, a mi juicio— «segura» en cuanto a inapta para causar ningún tipo de riesgo, de potencial resultado adverso, probablemente sería a costa de su desvirtualización o desconfiguración. Pasaría a ser una actividad más bien, anodina o mecánica, en todos los órdenes, reducida a un despliegue conductual de proyección casi fisiológico, que, por tanto, carecería del más mínimo interés, para el Derecho, y más específicamente, para el ámbito penal.

En este contexto, sería una intervención maximalista pretender del Derecho penal, que preserve que el interviniente en una conducta sexual no solo sea libre de hacerlo (que es su única misión, y siempre actuando *ex post*, sancionando al sujeto que atente contra dicha libertad, una vez que tal afección se haya verificado, o al menos, intentado), sino que, además, se haga sin riesgo a la seguridad personal, entendida como ausencia de afección a la integridad física ni psíquica. Es decir, si una relación sexual consentida resulta, a la postre, traumática emocionalmente, ¿se puede decir que hay una agresión sexual por cuanto se ha afectado al ámbito de la seguridad personal, en tanto pudiera haber un ánimo de dominio del otro sujeto que cree un riesgo para la propia integridad psíquica? Mi postura es negativa, como se podrá adivinar, precisamente porque creo en una adecuada definición del bien jurídico, restringida a la tutela de la libertad sexual positiva, en sus proyecciones interactiva y autónoma, sin que la intervención penal pueda rebasar la sanción de conductas que atenten contra esa autonomía de decisión, cuando ésta se vea afectada por el sujeto activo, que obre sin consentimiento, o con un consentimiento que no sea real, sino recabado con violencia o intimidación.

2. Los principios penales versus la evitación de una potencial revictimización: lo permanente

El modelo de consentimiento expreso afirmativo, cuya implementación no fructificó en la Ley Orgánica 10/2022 en España, tuvo una finalidad clara, que superaba con creces la preocupación efectiva por la garantía de la libertad sexual, en un sentido estricto. En nada mejoraba la tutela de la libertad sexual como bien jurídico la exigencia legal de un consentimiento expreso, particularizando o segregando el mismo, frente al consentimiento en la disposición de otros bienes igualmente personales, en los que se admite sin reparo formas tácitas, e incluso, la operatividad del consentimiento presunto. El consentimiento sexual no es un género de consentimiento, sino una especie, dentro del ámbito de la libre disposición del ser humano de las facetas que integran su haz de derechos personalísimos.

Se trató, sin embargo, de una cuestión de esencial referencia a la valoración de la prueba del consentimiento y al desplazamiento de su carga. El modelo de consentimiento expreso afirmativo, de haberse establecido, estaba llamado a imponer al sujeto acusado una prueba de concurrencia del mismo para excluir su responsabilidad penal, partiendo de la presunción de que la falta de prueba sobre su concurrencia constituye un elemento incriminador. La simplificación probatoria, en clave de evitación de una teórica victimización secundaria, esconde una palmaria voluntad de inversión de la

carga de prueba, y con ello, de inexorable afectación de los principios de presunción de inocencia y acusatorio¹⁸. Si basta con que la persona denunciante afirme la inexistencia de consentimiento para que el denunciado deba probar, no solo su existencia, sino su libre y positiva expresión, se desvirtúa por completo el deber de toda acusación de probar los elementos constitutivos de la infracción penal más allá de toda duda razonable. Ello, por cuanto a quien se le exige probar el consentimiento no es a la acusación, sino al acusado¹⁹.

A la par, la tensión con el principio de culpabilidad es palmaria. Solo hay pena si existe dolo o imprudencia (art. 5 CP español), y se acredita como tal en un proceso. La imputación penal basada en la insuficiencia o falta de capacidad de acreditar la manifestación de voluntad por el sujeto activo, corre el riesgo de estripar el proceso penal en este ámbito en una reprensión por haber alcanzado un estándar ideal de comportamiento sexual, más próximo a un reproche moral que a una culpabilidad penal estrictamente entendida, o por no haberse precavido, de haberse obtenido e incluso exteriorizado dicho consentimiento, de haberlo positivizado en un soporte procesalmente adecuado para ser alegado en el curso de una contienda jurídica. O, dicho de otro modo, como apunta BOLDOVA PASAMAR²⁰, basándose la inter-

18 Aunque ello no encuentra problemas, sino incluso una cierta posición favorable, en algunos autores, como GONZÁLEZ RUS, J.J., «Sobre la libertad e indemnidad sexual, la reforma de las agresiones sexuales y la superación de los inconvenientes del "modelo del consentimiento"», en obra colectiva, directores Juan Muñoz Sánchez, Octavio García Pérez, Ana Isabel Cerezo Domínguez y Elisa García España (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1437, respecto de lo positivo que comporta, a su juicio, la reforma de la LO 10/2022 a la relajación de la prueba de la violencia e intimidación o «destierro» de la resistencia (entendiendo que todo escrito antes de la LO 4/2013). No comparto la postura del autor en este punto, porque la relajación de las exigencias probatorias (que, a pesar de la contrarreforma de 2023, han calado como una idea «perenne»), sea de elementos objetivos que fundamenten el tipo básico, sea de cuestiones que sirvan para determinar la subsunción en formas o figuras agravadas (violencia o intimidación), concluye siempre en una desviación del principio acusatorio, y al final, de vulneración del derecho de defensa. Los loables fines que, en muchas ocasiones, se alegan para justificar estas simplificaciones, comúnmente, la reducción del riesgo de victimización secundaria no entiendo que sea, por una parte, autorizante para limitar la necesidad de mantener el *onus probandi* incólume y en igualdad que otros procesos penales; y por otra, desde luego, no hay elementos que empíricamente demuestren una menor «victimización» de la persona agredida porque la exploración simplifique o no profundice en algunas cuestiones fácticas que resultan imperativas a la hora de calificar. No existe —y no puede constitucionalmente ampararse, a mi juicio— un proceso penal *ad hoc* para los casos de violencia sexual, diferenciable de otros procesos penales ni en sus garantías, ni en los elementos de la valoración de la prueba (en la que rige, en el procedimiento sumario y en el abreviado, ambos en la LECrim., el criterio de libre valoración del art. 741 de dicho texto). De hecho, la llamada «perspectiva de género», si es concebida en tales líneas, sería contraria a tales fundamentos procesales del Derecho penal.

19 En franca contradicción con la doctrina permanente del Tribunal Constitucional español, por todas, STC núm. 137/1988, de 7 de julio (ECLI: ECLI:ES:TC:1988:137). En el Tribunal Supremo, la cuestión del valor del silencio del acusado y la carga de la prueba, queda resuelta de un modo relevante, tomando en consideración la postura del TEDH en el caso Murray, en la STS Sala II, núm. 711/2014, de 15 de octubre 8 ECLI:ES:TS:2014:4347), cuando se dice que «la valoración de aquel silencio cabe recordar que la única manera de garantizar realmente el derecho al silencio no es otra que la de privar a éste de cualquier valoración que perjudique la presunción de inocencia».

20 V. BOLDOVA PASAMAR, M.Á., «Principios del Derecho Penal», en *Derecho Penal Parte Especial*, 3.ª ed., obra

vención penal en consideraciones ajenas a su fundamento, como las exigencias preventivas del delito o del delincuente. Es decir, podemos llegar a castigar al individuo, al fin, no por haber desarrollado una conducta no consentida por la víctima presunta, sino siquiera por no haber cumplido un deber formal de positivización del consentimiento, en tanto que, con ello, se pudiera inferir una suerte de forma relacional no estandarizada a las exigencias de seguridad —de un modelo de *libertad sexual «segura»* (cfr. nota 5)— que no deja de ser una propuesta de estereotipación o normativización de una forma de comportamiento sexual que no reduce riesgos. Todo lo más, facilita procesalmente que, ante la posible alegación de una acción sexual no deseada, se simplifique el proceso hacia la incriminación y sanción penal del infractor (generalmente, además, varón, algo que es intrínseco a la propuesta, que se lee siempre de forma conectada a la concepción de la perspectiva de género en la aplicación de la norma²¹).

Es más, el modelo incriminatorio basado en un sistema de consentimiento expreso afirmativo, limitaría además otra manifestación esencial de defensa, como es el derecho pasivo, la inacción por el investigado o acusado por un delito, que tiene derecho a no declarar contra sí mismo, y a no cooperar en la investigación penal. Si la ausencia de acreditación de la concurrencia de consentimiento expreso tuviera el efecto pretendido por la redacción primitiva del fallido anteproyecto, se privaría a un acusado de su facultad de limitarse a negar o ni siquiera pronunciarse sobre el hecho²².

colectiva, directores Carlos M. Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2025, p. 23.

- 21 Sobre este particular, desarrollo un planteamiento crítico en FUERTES IGLESIAS, C., «El influjo de la "perspectiva de género" en la configuración de la reforma del Código Penal mediante la LOGILS: hacia un Derecho Penal y procesal-penal "identitario" en materia sexual», en *Nuevos retos en la protección y promoción de la salud*, obra colectiva, director Miguel Ángel Boldova Pasamar, coordinador Carlos Fuertes Iglesias, Aranzadi, Cizur Mayor, 2025, pp. 73-91. También en este ámbito, sirva la referencia a los planteamientos de RAMÍREZ ORTIZ, J.L., *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 o, en otro sentido, LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Reflexiones breves: Yo sí te creo», en *Boletín Comisión Penal- Juezas y Jueces para la Democracia*, diciembre 2018.
- 22 La STS Sala II, núm. 874/2013, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5348), dejó asentado que *«una inteligencia rigurosa del principio nemo tenetur, del nivel que exige su rango constitucional, impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero. Por eso, de darse la concurrencia de poderosos elementos de juicio de carácter incriminatorio en ausencia de prueba de descargo, serán pura y simplemente estos, por su propia virtud, los que, en su caso, acrediten sin más la hipótesis de la acusación. Ello porque en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente en nuestro país, es el imputado quien decide constituirse o no en fuente de prueba, y, de decantarse por la negativa, el resultado de esta lo situará en una pura posición de neutralidad a tales efectos»*. La STS Sala II, núm. 849/2014, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5195), concluye que *«de la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él»*.

3. Lo cambiante del modelo de consentimiento afirmativo expreso: la expansión del concepto de «delincuente sexual» como categoría

Sin pretensión de ingenuidad, considero que las poderosas razones de carácter procesal, en concreto, de simplificación del proceso penal que podría conllevar un modelo afirmativo expreso, fueron el verdadero catalizador del intento de reforma en 2021-2022 del Código Penal en materia sexual en España. En efecto, el pretexto de casos mediáticos, como La Manada, y la corriente internacional del «Me Too», sirvieron como elemento coadyuvante para tal propósito. A la par, se trató también de justificar la iniciativa en clave de una comprensión del art. 36 del Convenio de Estambul del Consejo de Europa manifiestamente distorsionada, al confundir la exigencia de la existencia de consentimiento sexual con la obligación de expresión afirmativa de dicha voluntad. Tanto los éxitos como los fracasos responden siempre a una pluralidad de factores causales concurrentes, y en este caso, no es excepción.

Ahora bien, conviene en este momento del planteamiento reflexionar sobre otra idea sugerente, y es si en 2026, tras cuatro años del fracaso del modelo del consentimiento expreso afirmativo, se puede afirmar o evidenciar algún cambio, alguna evidencia de que esa tentativa de modificación del sistema produjera algún efecto, no tanto en el plano normativo positivo, que ya sabemos que no, sino en otras claves, como la interpretación judicial o la propia concepción social.

Un aspecto reseñable, a mi juicio, es que la materia sexual tomó un papel central en el debate político-criminal en España. Sobre una cuestión que no era discutida ni objeto de un interés mayoritario por la doctrina española, donde no existían particulares ámbitos de distensión entre la dogmática, la potencial introducción del modelo expreso afirmativo sí llevó a una cierta convulsión de los intérpretes de la norma, donde fueron muchos los autores que tomaron postura en este ámbito, siendo mayoritaria la posición crítica hacia la regulación de la Ley Orgánica y de sus textos prelegislativos²³.

23 Sin posibilidad material de ser exhaustivos, porque resulta inabarcable objetivamente citar a los principales autores que se han pronunciado en España sobre esta cuestión, no creo errar si señalo como focos fundamentales, por una parte, a favor de la propia regulación y en defensa del proyecto. A tal efecto y en sentido favorable al mismo, en concepción y defensa de sus postulados, han destacado voces como las de ACALE SÁNCHEZ, M., «Interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm.92, 2018, pp. 26-43; misma autora, «Tratamiento penal de la violencia sexual de género», en *Studi sulla questione criminale*, 2019, pp. 83-105; misma autora, «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, núm. 5, 2021, pp. 467-485; misma autora, op.cit. nota 13, 2022, pp. 39-83. También FARALDO CABANA, P., «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, obra colectiva, directora Antonia Monge Fernández, coordinador Javier Parrilla Vergara, JM Bosch, Barcelona, 2019, p.177-204; misma autora, «Solo "sí es sí". Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en *Reformas penales en la península ibérica. A "jangada de pedra"?*, obra colectiva, directores María Acale Sánchez y Adán Nieto Martín, BOE, Madrid, 2021, pp. 265-279). Muy relevante, respecto de esta última, su defensa del planteamiento de la Ley Orgánica, frente a las críticas recibidas y en clave de respuesta, en dos aportaciones conjuntas con RAMÓN RIBAS, E., FARALDO CABANA, P., «Solo "sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales Y Criminológicos*, núm. 40, 2020, pp. 21-42; y mismos autores, «¿La libertad sexual en peligro?

El principal problema y la cuestión sustancial del modelo expreso afirmativo es que, bajo su inobservancia —lo cual, dicho sea, es notoriamente la tónica general relacional en el ámbito de la intimidad sexual—, cualquier sujeto pasa al ámbito del potencial delito sexual, y con ello, a incurrir en tal peculiar categorización. Ello, exorbita por completo la mínima intervención y lesividad del Derecho penal, para convertir toda conducta sexual en una situación de potencial riesgo, no fácticamente, sino jurídicamente, que es además de casi imposible evitación, salvo la abstención en la conducta o, acaso, acudir a alguna forma de positivización que es incompatible con la dinámica relacional, a riesgo de entrar desnaturalizar lo que es un comportamiento cotidiano y marcado por una esfera de intensidad afectiva, que no se marca por los parámetros cartesianos, sino por impulsos y estímulos que no pueden anesthesiarse, ni obviarse, como coherentes con la propia conducta.

III. Hacia la búsqueda del modelo «ideal» de intervención penal en materia sexual, o cómo deshacer el camino —mal— andado

La premisa sustancial de un sistema democrático es la libertad de los individuos que lo integran. Ello, por encima, incluso, de la protección de la seguridad de los mismos en un sentido estricto. Precisamente, el concepto penal del riesgo permitido es la viva muestra de la conjugación, necesaria e indefectible, del binomio libertad/desarrollo-seguridad.

En el ámbito de la libertad sexual, encontramos una duplicidad de proyecciones, como tuve ocasión de exponer en un trabajo precedente: una libertad sexual positiva autónoma y una libertad positiva interactiva²⁴.

¿En serio?», en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, obra colectiva, director José Ramón Agustina, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 79-94. El antagonismo que se puede detectar, solo desde los propios títulos de las obras anteriores, se fragua a través de una confrontación científica, en la que se rebate, con particular intensidad, a la postura fuertemente crítica de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «La libertad sexual en peligro», en *Libertad sexual y violencia sexual*, obra colectiva, directoras Inés Celia Iglesias Canle y María José Bravo Bosch, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 295-326; también a las observaciones efectuadas por QUINTERO OLIVARES, G., «La garantía de la libertad sexual y el "pensamiento jurídico" de Podemos», en *El Confidencial*, recurso electrónico, en https://www.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-03-04/garantia-libertad-sexual-pensamiento-podemos_2480587/, visto el 19 de abril de 2026; mismo autor, «La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual de los delitos contra la libertad sexual», en *Global Politics and Law*, recurso online, <https://globalpoliticsandlaw.com/reforma-ley-solo-si-es-si/>, visto el 19 de abril de 2026; o también GIMBERNAT ORDEIG, E., «Solo sí es sí», en *Diario El Mundo*, 2020, <https://www.elmundo.es/opinion/columnistas/2020/04/25/5ea306e721efa0826f8b4656.html>, visto el 19 de abril de 2026; mismo autor, «Contrarréplica a una réplica. Otra vez: 'Solo sí es sí'», en *Diario El Mundo*, 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-03-04/garantia-libertad-sexual-pensamiento-podemos_2480587/, visto el 19 de abril de 2026.

24 Sobre este particular, desarrollé una propuesta taxonómica propia, en FUERTES IGLESIAS, C., *op. cit.* nota 13, pp. 148 y ss.

Una retrospectiva sobre modelo del consentimiento afirmativo: lo permanente y lo cambiante...

La vertiente autónoma lleva a la capacidad del individuo, dentro del derecho a su libertad sexual (a su autonomía o autodeterminación sexual, incluso) a la realización de conductas para consigo mismo, que supongan una satisfacción, exploración, descubrimiento y desarrollo sexual. Dichas conductas, libres y en general, irrelevantes para el Derecho penal, son parte de su contenido esencial, por cuanto precursoras de las aptitudes interactivas²⁵. De hecho, la ausencia de exploración y de desarrollo autónomo, ligado a una interacción, suele venir condicionado por un deficiente desarrollo de la esfera sexual, por cuanto la iniciación en una práctica interactiva, sin previa experiencia y descubrimiento autónomo, tiene visos muy probables de ser concebida por el individuo en clave de riesgo, de intromisión excesiva o sin control, y, por tanto, potencialmente negativa.

La postura del Derecho ante el desarrollo de la sexualidad entre los ciudadanos y el ejercicio de su actividad sexual es, precisamente, uno de los signos característicos del grado de desarrollo de las libertades individuales, del respeto a la propia determinación, y, sin caer en exageración alguna, un elemento que define a un sistema como democrático y garantista de los derechos. La impronta de la moral sexual en la materia que nos atañe no es discutible, diríamos más, es inevitable. Aspectos como la determinación de los límites de intervención desde cierta edad en la protección penal ante las relaciones interactivas, o ante el sexo por dinero, la propia concepción de los límites de la pornografía, la posición que se adopte sobre los materiales que puedan emplearse en la educación sexual. Todo constituye un objeto de interés para la política criminal de un país, y, en suma, todo expresa una posición, en la que los factores éticos influyen, sin duda, a la hora de la comprensión y regulación de esta materia.

Es decir, la regulación (o la ausencia de regulación, es decir, omisión de regulación) expresa una postura moral hacia la sexualidad, como sucede en otros muchos ámbitos del Derecho Penal. Lo que sucede es que, si por moral entendemos el conjunto de valores democráticos —que son, a la par, valores morales— y concebimos el Estado como un ámbito para el desarrollo libre de esas aptitudes, valores y principios, en efecto, nada negativo tendría reconocer que la moral sexual impregna el Derecho penal.

El problema está en la suplantación de los valores colectivos, democráticos y establecidos comúnmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los Pactos internacionales y por supuesto, de los textos constitucionales en su parte dogmática (como la Constitución Española de 1978), por una moral religiosa de cualquier índole, o por una moral laica que no expresa una voluntad mayoritaria, sino los influjos de poder y presión de un colectivo minoritario, que en voz de una identidad colectiva que no representa, se constituye en una suerte de interlocutor autoconsiderado éticamente dotado para constituir un cuadro de moralidad deseable, en la que fijar los objetivos político-criminales.

Esto es, sintéticamente, lo que sucedió en el ámbito de la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía de la Libertad Sexual, cuando se proyectó inicialmente un texto que resultaba inasequible, siquiera para quienes compartieran esos postulados sexuales identitarios. Su objetivo último, más allá de la letra de la norma, era introducir en el Código Penal unos estándares de comportamiento sexual, con rango de prohibiciones y mandatos penalmente sancionables, que son incompatibles, ya no con el

25 V. BLÜMEL MÉNDEZ, J. E., CASTELO-BRANCO FLORES, C., VALLEJO MALDONADO, S., «La sexualidad en las diferentes etapas de la vida» en obra colectiva, editores Jesús José de la Gándara, A. Puigvert, *Sexualidad Humana*, Editorial Médica Panamericana. pp. 55-63

desarrollo habitual en el ámbito de la intimidad de dichas esferas en la mayoría de ocasiones, sino siquiera con el respeto a principios fundamentales de la materia penal, como los que he expuesto en momentos anteriores de este trabajo.

Estandarizar tales conductas, ya no a título de deseo o de estándar moral para un grupo social, sino como criterio de actuación penalmente exigible para la totalidad de la población, con indiferencia del grado de interrelación previa de los integrantes de la acción sexual (lo que afecta, sin duda, a la necesidad de expresión afirmativa del consentimiento, reconocido ello posteriormente por quienes defienden tal modelo), con irrelevancia de la edad o capacidad de los integrantes y con un grado de incertidumbre que es manifiestamente contrario a las más básicas exigencias de certeza y taxatividad penal, supone un quebranto, a mi entender, de los principios cardinales del Derecho Penal liberal, señaladamente del principio de legalidad en su vertiente material —*lex certa* y *lex stricta*—, del principio de intervención mínima y su corolario de *última ratio*, en tanto que la imposición de un modelo conductual de tal índole, convierte a la norma penal en instrumento de imposición axiológica, antes que en mecanismo de protección de bienes jurídicos individuales, vulnerando con ello las más elementales garantías que informan el *ius puniendi* en un Estado de Derecho.

El modelo expreso afirmativo no pudo llegar a nacer en nuestro sistema, como realidad positiva legal, porque no tiene viabilidad sociológica ni responde, y esto es lo más importante, a la dinámica de protección e intervención del Derecho penal propia de un Estado democrático liberal, en el que la intervención del *imperium* público quede limitada a aquellos casos en que exista una verdadera lesión de los intereses jurídicos (lesividad) y con una proporcionada ponderación de los derechos en conflicto. La libertad sexual deja de ser tal cuando se formaliza a una canalización concreta de la manifestación del consentimiento, se limita cuando se modaliza y se constriñe cuando se crea un marco de sospecha, como parámetro general, en la que corresponde a los partícipes la prueba de que la acción sexual que desarrollan es consentida expresamente, y que esa expresión coincide con la realidad.

Como refiere GATTA²⁶, y en ello coincido, un modelo de disenso, con todos los matices oportunos que se efectúen en clave interpretativa para incluir los casos en los que no se pueda expresar dicha disensión por la existencia de factores ambientales de violencia o intimidación, corresponde mucho mejor a un esquema propio de un sistema democrático moderno, avanzado y progresista, entendiéndose como tal, aquel que cree en la máxima expansión de las libertades individuales y la mínima intervención en la esfera sexual, al pertenecer a un núcleo esencial indisponible por el poder público.

Es una preocupante tendencia, a mi juicio, el creciente e irrefrenado interés del legislador español en la cuestión de la sexualidad y su desarrollo, siempre bajo un halo tuitivo que esconde una imposición de una moral sexual determinada por un influjo identitario claramente marcado. Solo así se explica el interés en la prohibición de la prostitución (en la falaz identificación del fenómeno con la trata de seres humanos, como si de dos realidades idénticas se refiriera, lo que es inexacto como axioma, sin perjuicio de la posible coexistencia de casos de ambas realidades) o el creciente interés en la pornografía, identificando tales contenidos como elementos precursores de los delitos sexuales. Y ello, aquí está la crítica, sin hacer una valoración objetiva de las realidades referidas, de los intereses en liza, de las libertades individuales en conflicto y, por supuesto, sin considerar medidas alternativas, especialmente en el caso de la prostitución, de carácter promocional positivo, a modo

26 V. GATTA, G.L., «Sul disegno di legge in tema de violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): Alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato», en *Sistema Penale*, núm. 1/2026, 2026.

Una retrospectiva sobre modelo del consentimiento afirmativo: lo permanente y lo cambiante...

prestacional o de ayuda a un colectivo de personas que, en caso de no poder ejercer su actividad, se verían en una situación de vulnerabilidad extrema (cuando no, sencillamente, abocadas en muchos casos, a sucumbir a la presión de grupos criminales o proxenetas coercitivos).

La legislación penal tiene múltiples ventajas en el plano del rédito político, entre ellas, la efectividad y visualidad de sus medidas (lo que contribuye, en un modelo actual extremadamente exaltado hacia el populismo punitivismo, en un instrumento idóneo), y también, que mientras medidas prestacionales o políticas activas en otros ámbitos importan grandes desembolsos inmediatos, las medidas de política criminal difieren notablemente ese gasto en el tiempo. Es decir, presupuestariamente, la modificación de la norma penal no tiene impacto en el ejercicio en curso, como regla de principio, cuando se establecen disposiciones sancionadoras o incrementos de penas; cosa que, sin embargo, sí sucede ante cualquier medida administrativa que comporte gasto público, determinación de recursos o creación de actuaciones concretas. Es decir, no es «rentable» políticamente, por ejemplo, implementar medidas de educación sexual en positivo, en el ámbito escolar, cuando el recurso a la norma penal es mucho más efectista y más económica —desde el plano presupuestario inmediato, en términos de vinculación de la medida a una partida de gasto, entiéndase— así, como una crítica precisamente a la legislación penal en clave populista de corte punitivista.

En el «caldo de cultivo» de una sociedad que ha abrazado, en comunes términos, el punitivismo, como un anhelo ante la «inseguridad», el «riesgo» o la «criminalidad creciente», mantras que se repiten por ciertos sectores políticos, a su interés y con fruición, ninguna medida política puede ir en contra de ese destino. De hecho, ese fue el «Talón de Aquiles» de la Ley Orgánica 10/2022, el que técnicamente a mi juicio era uno de sus mayores aciertos, la rebaja de penas en algunos —pocos— supuestos, se convirtió en su cruz. La mayoría social, incluidos los propios promotores políticos de la norma —no los técnicos, que fueron honrados en su coherencia, conviene decirlo— abdicaron en su defensa pública, ante el aluvión de críticas por la simple revisión de algunas sentencias, que no fueron tantas ni con tanto alcance como se magnificó. El problema es que, en una sociedad que vive de eslóganes, del «solo sí es sí» se pasó a la idea de que los «violadores se van a la calle».

Así, una norma que se autoconsideraba necesaria para evitar supuestos casos de impunidad o de falta de tutela adecuada, pareció propiciar (porque no fue así, en términos tan excesivos como se quiso propagar²⁷). Ni una cosa ni la otra, a mi juicio, eran exactas. Mas, en todo caso, el resultado final fue que ni el sistema español llegó a implementar —afortunadamente— un modelo expreso de consentimiento, ni tampoco caló —desafortunadamente a mi juicio, desde una concepción personal del Derecho penal que debe caminar hacia una limitación del punitivismo— una reducción de penas, que yo diría que debería generalizarse en un Código Penal que camina hacia el exceso en la represión penal en cada reforma.

27 Abundan las referencias en la prensa española en el tiempo que comenzaron a desarrollarse un número relevante de revisiones de condena. En efecto, la prensa encontró en este ámbito un foco de interés social y crítica. V. El MUNDO, «La ley del 'sólo sí es sí' beneficia ya a 1.127 delincuentes sexuales y provoca la excarcelación de 115 agresores», 9 de junio de 2023, edición digital, visto en <https://www.elmundo.es/espana/2023/06/09/64830a02fdddff686c8b45eb.html>, última consulta 30 de abril de 2026; EL PAIS, «Los excarcelados por la 'ley del solo sí es sí' han salido de media unos 11 meses antes de lo previsto», 12 de febrero de 2023, edición digital, visto en <https://elpais.com/sociedad/2023-02-12/los-excarcelados-por-la-ley-del-solo-si-es-si-han-salido-de-media-unos-11-meses-antes-de-lo-previsto.html>, última consulta 30 de abril de 2026.

IV. Conclusiones

1.- La principal conclusión, con la mirada en el momento actual, en pleno 2026, es que la regulación de la libertad sexual en el ordenamiento español sufrió un proceso crítico, a partir del planteamiento del anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual.

Tal cuestión estribó en una hiperbolización de la centralidad del consentimiento que, siendo un elemento nuclear en la regulación anterior a dicha propuesta, se sobredimensiona en sus formas cuando se pretende elevar a un elemento de imprescindible expresión afirmativa.

2.- El fracaso de ese modelo ya se apreció en la propia dinámica de los trabajos legislativos, de manera que la norma nunca llegó a regir con ese concepto, sin perjuicio de excesivas interpretaciones (especialmente, provenientes de Fiscalía General del Estado de España, en su Circular 1/2023) que llevaban a una exigencia de expresión afirmativa del consentimiento que la Ley española no había implementado. Ello no es coherente con el texto de la norma vigente, sino se aproxima más a un criterio plausible se si hubiera implementado el modelo expreso afirmativo, lo que no sucedió.

3.- Puede concluirse que, aun cuando actualmente otros países del entorno europeo (pensamos, en estos momentos, en Italia) están en curso de un proceso de modificación del Código penal, no se acude ya a una postura de expresión afirmativa, e incluso se alzan voces a favor de un modelo negativo, como elemento coherente con la seguridad jurídica y mucho más acorde a la naturaleza del bien jurídico en liza.

4.- Así pues, cualquier modelo penal que traslade al acusado un deber de prueba positivo de la presencia del consentimiento sexual, incurre necesariamente en una quiebra de principios generales del Derecho criminal, sustantivo y procesal, desde el principio de culpabilidad hasta la presunción de inocencia. No puede considerarse que los factores de evitación de riesgos o de facilitación del proceso penal permitan una quiebra de las garantías esenciales. De este modo, la experiencia retrospectivamente de la LOGILS, y especialmente, de sus antecedentes legislativos, ofrecen un aprendizaje necesario, si es que se quiere adoptar, entorno a la necesidad de limitarse por parte del Estado su intervención en materia sexual, en coherencia con una valoración de la libertad sexual como eje central de un sistema democrático, moderno y consolidado.

Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M., «Interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 92, 2018.

ACALE SÁNCHEZ, M., «Tratamiento penal de la violencia sexual de género», en *Studi sulla questione criminale*, 2019, pp. 83-105.

ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadEs*, 2021, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3961407-mariua-acale-nlm.html>, visto el 20 de abril de 2026.

Una retrospectiva sobre modelo del consentimiento afirmativo: lo permanente y lo cambiante...

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.**, «La libertad sexual en peligro», en *Libertad sexual y violencia sexual*, obra colectiva, directoras Inés Celia Iglesias Canle y María José Bravo Bosch, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- BLÜMEL MÉNDEZ, J. E., CASTELO-BRANCO FLORES, C., VALLEJO MALDONADO, S.**, «La sexualidad en las diferentes etapas de la vida» en obra colectiva, editores Jesús José de la Gándara, A. Puigvert, *Sexualidad Humana*, Editorial Médica Panamericana, 2005.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.**, «Delitos contra la libertad sexual I», en *Derecho Penal Parte Especial*, 3.ª Ed., obra colectiva, directores Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2023.
- BOLDOVA PASAMAR, M.Á.**, «Principios del Derecho Penal», en *Derecho Penal Parte General*, 3.ª ed., obra colectiva, directores Carlos M. Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2025.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.**, «Violencia física versus sumisión química en los delitos de agresión sexual», *Diario La Ley*, n.º 10641, 2025.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S.**, ««La incidencia de los medios comisivos en la configuración de los delitos de agresión sexual y violación: un análisis comparativo de las Leyes Orgánicas 10/2022 y 4/2023»», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42, 2024.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., TRAPERO BARREALES, M.A.**, «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., TRAPERO BARREALES, M.A.**, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-18, 2023.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.**, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-10, 2019.
- FARALDO CABANA, P.**, «Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género», en *Mujer y derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, obra colectiva, directora Antonia Monge Fernández, coordinador Javier Parrilla Vergara, JM Bosch, Barcelona, 2019.
- FARALDO CABANA, P.**, «Solo "sí es sí". Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en *Reformas penales en la península ibérica. «A jangada de pedra?»*, obra colectiva, directores María Acale Sánchez y Adán Nieto Martín, BOE, Madrid, 2021.
- FOUILLÉE, A.**, *Moral de las ideas-fuerza*, Sáenz de Jubera Hnos., Madrid, 1908.
- FUERTES IGLESIAS, C.** *El nuevo Derecho penal sexual español y los menores*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2024.

- GARCÍA ÁLVAREZ, P.** «El precio de una reforma penal fruto de la presión social», en *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, obra colectiva, directoras Pastora García Álvarez y M.^a Viviana Caruso Fontán, Coordinadora Marta Rodríguez Ramos, Colex, A Coruña, 2023.
- GATTA, G.L.**, «Sul disegno di legge in tema de violenza sessuale e consenso («riconoscibile»): Alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato», en *Sistema Penale*, num. 1/2026, 2026.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.**, «Solo sí es sí», en *Diario El Mundo*, 2020, <https://www.elmundo.es/opinion/columnistas/2020/04/25/5ea306e721efa0826f8b4656.html>
- GIMBERNAT ORDEIG, E.**, «Contrarréplica a una réplica. Otra vez: "Sólo sí es sí"», en *Diario El Mundo*, 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-03-04/garantia-libertad-sexual-pensamiento-podemos_2480587/
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.**, *Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual*, BOE, Madrid, 2025.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL**, Comunicado sobre la actual regulación de las agresiones y abusos sexuales, 25 de mayo de 2019, Sesión plenaria celebrada en Jaén, en <https://politicacriminal.es/comunicado-del-grupo-de-estudios-de-politica-criminal-sobre-la-actual-regulacion-de-las-agresiones-y-abusos-sexuales>
- LASCURÁIN, J.A.**, «Delitos sexuales: ¿una reforma progresista», en *Almacén de Derecho*, en <https://almacenederecho.org/delitos-sexuales-una-reforma-progresista>.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J.**, «Reflexiones breves: Yo sí te creo», en *Boletín Comisión Penal- Juezas y Jueces para la Democracia*, diciembre 2018.
- MALÓN MARCO, A.**, *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2021, p. 66.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.** «De las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años (análisis del artículo 183 CP)», en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, obra colectiva, directoras M.^a Elena Marín De Espinosa Ceballos, y Patricia Esquinas Valverde, coordinador Miguel Ángel Morales Hernández, Aranzadi, Cizur Mayor, 2022.
- QUINTERO OLIVARES, G.**, «La garantía de la libertad sexual y el "pensamiento jurídico" de Podemos», en *El Confidencial*, recurso electrónico, en https://www.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-03-04/garantia-libertad-sexual-pensamiento-podemos_2480587/
- QUINTERO OLIVARES, G.**, La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual de los delitos contra la libertad sexual», en *Global Politics and Law*, recurso online, <https://globalpoliticsandlaw.com/reforma-ley-solo-si-es-si/>
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.**, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- RAMÓN RIBAS, E., FARALDO CABANA, P.**, «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, obra colectiva, director José Ramón Agustina, Atelier, Barcelona, 2023.
- RAMÓN RIBAS, E., FARALDO CABANA, P.**, «Solo "sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», en *Estudios Penales Y Criminológicos*, núm. 40, 2020.
- SAN MIGUEL BERGARECHE, M.N.**, «Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género?», *Revista Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 10-2, 2018.
- SCHULHOFER, S. J.**, «Consent: what it means and why it's time to require it», en *The University of the Pacific Law Review*, no. 47, 2017.
- SCHULHOFER, S. J.**, «Reforming the Law of Rape», en *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2017.
- SOSA SÁNCHEZ, R.P., BRANDARIZ PORTELA, T.**, «Caracterización del #MeToo en España. Una aproximación a través del análisis de la prensa y su impacto en la ciudadanía», en *Estudios Feministas*, Vol. 13, núm. 1, 2022.
- TAMARIT SUMALLA, J.M; BALCELLS MAGRANS, M.** «Between Sanctity and Real Life: Child Sexual Abuse in the Catholic Church in Spain», en *Sexual Abuse*, no. 34-7, 2022, pp. 806-829. <https://doi.org/10.1177/10790632221078292>.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, M.R.**, «El delito de violación. Problemas que plantea su redacción», en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, obra colectiva, directoras Patricia Faraldo Cabana y María Acale Sánchez, coordinadoras María Ángeles Fuentes Loureiro y Silvia Rodríguez López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.