



Buscando un consenso sobre

EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES

*Un enfoque desde la evolución de la legislación
británica y un aviso a navegantes
(o a legisladores ociosos)*

Colección

MARIO M. PEREIRA GARMENDIA

6

REUS
EDITORIAL

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

BUSCANDO UN CONSENSO SOBRE
EL CONSENTIMIENTO
EN LOS DELITOS
SEXUALES

MARIO M. PEREIRA GARMENDIA

Profesor de Derecho penal
Universidad de Navarra

BUSCANDO UN CONSENSO SOBRE
EL CONSENTIMIENTO
EN LOS DELITOS
SEXUALES

*Un enfoque desde la evolución de la legislación británica
y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*

Prólogo de

ELENA ÍÑIGO CORROZA

Profesora de Derecho penal
Universidad de Navarra

REUS
EDITORIAL

2021

editorial
B de *f*
Montevideo - Buenos Aires

Colección: Ciencias Penales, N° 6
Dirigida por: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Catedrática de
Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

I.S.B.N.: 978-9915-650-40-1 (Latinoamérica)

I.S.B.N.: 978-84-290-2552-1 (España)

Depósito Legal M-27833-2021

En Madrid, España:

© Editorial Reus

C/ Rafael Calvo, 18. 2º C - 28010-Madrid (España)

Tels.: (+34) 91 521 3619, (+34) 91 522 3054

e-mail: reus@editorialreus.es

www.editorialreus.es

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Impreso en España en el mes de octubre de 2021 por:
Utzama Digital

“A cada época la salva un puñado de hombres que tienen el coraje de ser inactuales”.

G. K. CHESTERTON

“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada nos sujete, que la libertad sea nuestra propia sustancia”.

SIMONE DE BEAUVOIR

“Quiero ver a un hombre golpeado como una pulpa sanguinolenta con un tacón alto metido en la boca, como una manzana en la boca de un cerdo”.

ANDREA DWORKIN

“Cuando una mujer alcanza el orgasmo con un hombre, solo está colaborando con el sistema patriarcal, erotizando su propia opresión”.

SHEILA JEFFREYS

“Todo el sexo, incluso aquel entre una pareja casada, es un acto de violencia perpetrado contra la mujer”.

CATHERINE MACKINNON

“Todos los hombres son violadores, y eso es lo que son. La guerra de los sexos acabará cuando ganemos las mujeres”.

MARILYN FRENCH

“Quel est ce roi [reine] des cons qui ne fera même pas un beau pendu avec sa gueule de Jean-foutre?”.

L. F. DESTOUCHES

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	XIII
PRÓLOGO.....	XV

Capítulo I INTRODUCCIÓN

<i>Introducción</i>	1
---------------------------	---

CAPÍTULO II ESTADO DE LA SITUACIÓN PREVIO AL AÑO 1982

<i>Estado de la situación previo al año 1982</i>	9
--------------------------------------------------------	---

CAPÍTULO III ESTADO DE LA SITUACIÓN ENTRE LOS AÑOS 1982 Y 2003

1. El precedente <i>R. vs. Olugboja</i>	15
2. El trasfondo del precedente <i>Olugboja</i> : el liberalismo jurídico-penal	22
3. Las ideas del precedente <i>Olugboja</i> : la cons- trucción liberal del consentimiento sexual ...	28

4. Extensión de la solución dogmática del precedente *Olugboja* a los casos de inconsciencia, capacidades disminuidas y engaño 40

Capítulo IV

ESTADO DE SITUACIÓN TRAS LA *SEXUAL OFFENCES ACT 2003*

1. De *Consent in Sex Offences* a *Setting the Boundaries* 49
2. La regulación del consentimiento en los arts. 74, 75 y 76 de la SOA 2003..... 53
3. La fundamentación iusfilosófica de la SOA 2003: el moralismo legal estricto 68
4. De cómo el legislador se dio de bruces contra los jueces 72

Capítulo V

SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN

- Sobre el estado actual de la situación* 81

Capítulo VI

“LA PERSPECTIVA DE GÉNERO” EN LOS DELITOS SEXUALES

De buenas intenciones está empedrado el camino al infierno

- “La perspectiva de género” en los delitos sexuales.
De buenas intenciones está empedrado el
camino al infierno* 113

Capítulo VII

CONSENSUANDO EL CONCEPTO
DE CONSENTIMIENTO

La esterilidad del bien jurídico

<i>Consensuando el concepto de consentimiento: la esterilidad del bien jurídico.....</i>	141
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Capítulo VIII

CONSENSUANDO EL CONCEPTO
DE CONSENTIMIENTO

¡Es el riesgo típico, estúpido!

<i>Consensuando el concepto de consentimiento: ¡es el riesgo típico, estúpido!</i>	159
------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Capítulo IX

A MODO DE CONCLUSIÓN

El único camino hacia el consenso...

<i>A modo de conclusión: el único camino hacia el consenso... ..</i>	191
----------------------------------------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	203
--------------------	-----

APÉNDICE NORMATIVO	211
--------------------------	-----

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a los Profs. Dra. Elena Íñigo Corroza y Dr. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. A la primera, porque fue de quien, por primera vez, escuché la idea de que el “consentimiento” en estos delitos necesita normativizarse de un modo análogo al experimentado por el instituto del dolo (idea que expresó en una conferencia que, sobre el famoso caso de “La Manada”, dictó en el campus de la ciudad de Lima de la Universidad de Piura, en junio de 2019). Idea que ayudó a perfilar en gran medida la construcción normativa que aquí se presenta. Por lo anterior, y por todas esas horas de discusión clarificadora acerca de estos temas (¡por su infinita paciencia durante esas largas conversaciones telefónicas durante el confinamiento!). Al segundo, por su confianza durante la investigación y redacción del presente trabajo; así como por su constante ejemplo de esfuerzo y dedicación al trabajo, poniendo empeño y atención hasta en los más mínimos detalles. A ellos dedico esta obra.

El presente trabajo es fruto de la investigación desarrollada durante mi estancia académica en la School of Law de la University of Hull (en Kingston Upon Hull). Vaya mi más grande agradecimiento al Prof. Dr. Gonzalo Villalta Puig por su apoyo y la gratísima experiencia que me supuso dicha estancia.

Agradezco al Prof. Dr. Fernando Miró Llinares por haberme recomendado algunas de las obras de filosofía del Derecho y de Sociología aquí empleadas. Por último, y no por ello en menor grado, agradezco a Don Julio Faira y a su magnífica Editorial BdeF (de lejos, el mejor sello editorial en materia de Derecho penal) por el apoyo y confianza de siempre.

El autor

Atalaya de los Emperadores, Navarra
Abril de 2021

PRÓLOGO

El libro que tenemos entre las manos, *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la Legislación británica y un aviso a navegantes (o a legisladores ociosos)*, del Prof. Mario Pereira Garmendia, recoge uno de los temas centrales de la dogmática penal: la relevancia jurídica del consentimiento. En concreto, trata del consentimiento en los delitos sexuales.

Este elemento normativo, presente en gran parte de los tipos contra la libertad sexual, supone el núcleo duro del delito, marcando la existencia o no del riesgo típico de la conducta. Es por ello necesaria una revisión de lo que se entiende por consentimiento en un ámbito muy concreto, como es el de los delitos sexuales.

El profesor Pereira, sin embargo, va mucho más allá de un estudio sobre el concepto de consentimiento sexual, y analiza, desde una perspectiva sumamente interesante, la evolución de la regulación de los delitos sexuales en Gran Bretaña, los fundamentos iusfilosóficos de los distintos modelos legislativos, poniendo de relieve las premisas sociales, políticas, culturales y éticas que sustentan y sirven de fundamentación a cada modelo regulativo.

Trata de explicar, y adelanto que lo consigue, que las formulaciones de los tipos penales responden a concep-

ciones político-criminales que reflejan el modelo social y moral que en ese momento está vigente.

En este libro toma como modelo de análisis la jurisprudencia y legislación británica, fundamentalmente porque aprecia ciertas similitudes entre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual presentado a comienzos del año 2020 por el gobierno (PSOE-UP), y el modelo introducido en el año 2003 en el país vecino.

En las primeras páginas el autor distingue tres modelos distintos en la regulación británica de delitos sexuales, en los que el concepto normativo del consentimiento ha ido variando según la fundamentación iusfilosófica que inspira cada una de las reformas penales. Así, parte de un conservadurismo legal (antes de 1982), pasando por un enfoque liberal (hasta 2003) y un moralismo legal estricto (desde la reforma de 2003).

Con un dominio absoluto de la legislación y jurisprudencia británica, y, sobre todo, con un conocimiento profundo del modelo del sistema penal angloamericano, el profesor Pereira desarrolla un viaje por estos tres momentos estableciendo, con el análisis del concreto concepto normativo de consentimiento, el trasfondo social, cultural, político y moral del modelo de sexualidad subyacente.

Desde la *Sexual Offences Act* de 1976, el concepto de consentimiento se predica en sentido negativo, estableciendo que habrá delito sexual cuando no haya consentimiento, y este se entiende inexistente cuando la víctima se encuentre en una situación de sumisión. Esta sumisión se lograba mediante fuerza física, amenazas de lesiones graves o muerte o fraude contra la víctima sobre la naturaleza del acto o la identidad del agente.

Pero en el año 1982 la Corte de Apelaciones Británica convalidó unas instrucciones al jurado que modificaban la doctrina anterior. Sostiene Pereira que es en las instrucciones al Jurado donde se sustentan las bases dogmáticas del modelo de Derecho penal, y en esta materia de delitos sexuales, en este año, 1982, se produce un cambio importante con el caso *Olugboja*. En estas instrucciones es donde se produce el cambio en el concepto hasta ahora sostenido de consentimiento. Se establece que un estado mental propio de libre consentimiento no resulta incompatible con cierto grado de sumisión.

Sitúa el autor un punto de inflexión en el contenido asignado al consentimiento en el precedente *Olugboja*, tras el cual subyace un modelo liberal jurídico penal. La voluntariedad del consentimiento no se puede establecer de manera apriorística, sino que deben valorarse las circunstancias concretas. Habrá que tener en cuenta las características y circunstancias no solo de lo que hace el autor, sino de la situación fáctica, fortaleza psíquica y temperamento de la víctima. En este momento del libro, Mario Pereira, con los criterios de instrucciones al jurado, hace un análisis sorprendente en clave de imputación objetiva del modelo de Derecho penal continental, para poder probar si la conducta es o no típicamente relevante. Argumenta con la dogmática penal continental los *tópicos* anglosajones, dando pautas de configuración del riesgo típicamente relevante.

Es en la reforma de los delitos sexuales en el año 2003 donde el autor de este libro ve, de nuevo, un cambio en la fundamentación iusfilosófica de este grupo de delitos. El cambio a un sistema denominado por el autor *moralismo legal*. Considera que con la reforma de 2003 se establece un sistema de presunciones legales claramente inspiradas por las concepciones feministas

de la década de los noventa. A partir de este momento construye una crítica detallada y profunda a este moralismo legal estricto, plasmado en el modelo legal de los delitos sexuales, por entender que el legislador se convierte en ingeniero social pretendiendo cambios en el modelo de comportamiento.

Y es después de este desarrollo del cambio de modelo cuando Mario Pereira Garmendia traslada la relevancia que esto puede tener para el Derecho penal español. Advierte del peligro que puede suponer que el modelo de pensamiento que subyace tras esta reforma británica (el moralismo legal) se imite en España, llegando a que no se proteja la autonomía sexual, sino parámetros de comportamiento en materia de relaciones sexuales según criterios preestablecidos en la ley.

En definitiva, este libro no es solo un libro sobre el consentimiento en los delitos sexuales, que también, sino un viaje sobre los modelos de pensamiento que se dan en un contexto histórico, social, político y cultural determinado y que se plasman en legislaciones concretas. Es la puesta en evidencia de que los cambios jurídico-penales no son pura técnica legislativa, sino el reflejo de decisiones de política criminal que nunca son neutrales, sino que reflejan una realidad existente, o un deseo de instaurar un determinado modo de hacer. Todo esto desde la perspectiva de alguien que conoce bien y en profundidad el sistema jurídico-penal anglosajón.

Prof. Dra. ELENA ÍÑIGO CORROZA

Pamplona, 17 de febrero 2021

Directora
MIRENXXU CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

Miembros del Consejo Editorial

- **GUSTAVO EDUARDO ABOSO**, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- **GERMÁN ALLER**, Universidad de la República, Uruguay.
- **MANUEL CANCIO MELIÁ**, Universidad Autónoma de Madrid, España.
- **RAÚL CARNEVALI**, Universidad de Talca, Chile.
- **JOSÉ DANIEL CESANO**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **EDUARDO DEMETRIO CRESPO**, Universidad de Castilla - La Mancha, España.
- **MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO**, Universidad de León, España.
- **VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**, Universidad de Barcelona, España.
- **MARIO PEREIRA GARMENDIA**, Universidad de Navarra, España.
- **GABRIEL PÉREZ BARBERÁ**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ**, Universidad de Navarra, España.

España

978-84-290-2552-1



9 788429 025521

Uruguay

978-9915-650-40-1



9 789915 650401