

La trampa del consentimiento

#UnaEscuelaPropia #S2

- 1 Introducción y marco conceptual
- 2 Marco histórico
- 3 Crítica radical
- 4 Marco jurídico
- 5 Conclusiones

El contrato sexual

Carole Pateman (1988)

Con el advenimiento de la Ilustración, **el derecho del padre** se transforma en **la fraternidad**. Esta es la nueva configuración del patriarcado que defienden los contractualistas. La crítica principal que Pateman hace de ellos es que todos ignoran el contrato sexual originario, el que posibilita que **exista una esfera privada que sostenga en la sombra** ese “contrato social” que tiene lugar en la esfera pública.

El contrato sexual es el ‘pacto’ originario de nuestras sociedades humanas, un pacto que en ningún caso tuvo lugar en igualdad de condiciones, aunque se presuponga el consentimiento de las mujeres en él. A cambio de una supuesta protección de otros hombres, las mujeres fueron sometidas para controlar su sexo y potencial capacidad reproductiva.

Así, el patriarcado se construye sobre dos instituciones fundamentales: el **matrimonio** y la **prostitución**.
En ambas, el concepto de **consentimiento sexual** es fundamental.

Objeto del consentimiento en el Derecho canónico

En el *Código* vigente hoy en día (1983), el matrimonio lo produce “el **consentimiento** de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles” (1057 § 1). Es el “acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en **alianza irrevocable** para constituir el matrimonio”. Pero en el anterior *Código del Derecho Canónico* (1917) y en toda su tradición jurídica, el objeto del consentimiento era el *ius in corpus*: **el derecho al cuerpo del otro cónyuge**.

*Can. 1081. §2. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el que cada una de las partes **confía y acepta el derecho al cuerpo, perpetuo y exclusivo**, por lo que respecta a los actos destinados por su naturaleza a engendrar descendencia.*

2 Marco histórico

El consentimiento asegura por largo tiempo la supremacía masculina

Lo que recoge el Código Canónico de 1917, que sintetiza y organiza leyes y códigos variopintos y muy antiguos, es la justificación de que durante la mayor parte de la historia de Europa, y hasta bien entrado el siglo XX, **no exista la violación marital**: el consentimiento no se puede retirar porque casarse da acceso eterno al cuerpo del cónyuge. **Consentimiento marital es sinónimo de consentimiento sexual**, consentimiento como aceptación y sumisión de la mujer al hombre, que posee el diferencial de fuerza física, y además todo el poder político, jurídico, económico y social.

Divorcio, consentimiento y matrimonios forzados

En el siglo XVII, el humanista liberal inglés John Milton propone la novedosa idea de usar el consentimiento en acto de **deshacer el vínculo matrimonial**, y no solamente en acto de crearlo. Preconiza la defensa del divorcio por **consentimiento mutuo**. Pero lo que vemos en Europa hasta finales del S.XIX es que los matrimonios forzados siguieron siendo una práctica habitual (porque el padre podía dar el consentimiento por la hija). La **obra de Moratín *El sí de las niñas*** fue prohibida en 1815 por la Inquisición en España por defender que las mujeres debían poder elegir marido.



Orígenes del feminismo radical

El feminismo radical se origina en los movimientos contestatarios de los **años sesenta del siglo XX**. En su teorización del sexo como categoría social y política, el modelo racial es clave para analizar las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

Si como había demostrado la crítica al racismo, la relación entre las razas es política, la conclusión será que también lo es la relación entre los sexos.

3. Crítica radical

¿Cómo definimos las violación las mujeres?

“Para las mujeres, un acto revolucionario fundamental es reclamar el poder de nombrar, de **definir nosotras mismas qué es y qué ha sido nuestra experiencia.** (...)”

El trabajo de nombrar es la primera tarea revolucionaria:

- La violación es un crimen contra las mujeres
- La violación es un acto de agresión contra las mujeres
- La violación es un acto hostil y de odio contra las mujeres
- La violación es una privación al derecho de autodeterminación de la mujer
- La violación es una privación al derecho de la mujer de tener control absoluto sobre su cuerpo
- La violación es un acto de dominación sádica
- La violación es un acto de colonización
- La violación es una función del imperialismo masculino sobre y en contra de las mujeres” (Dworkin)

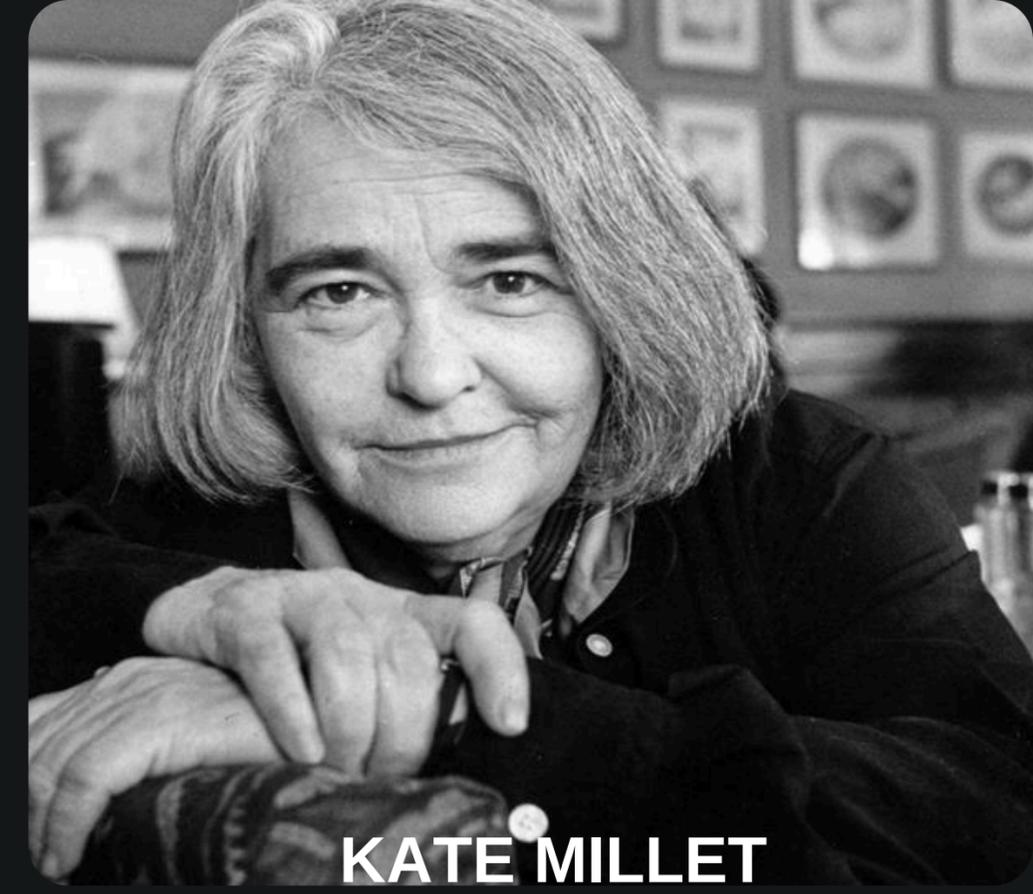
“El crimen de violación cometido contra una mujer es un crimen de violación cometido contra todas las mujeres”. (Dworkin)



3. Crítica radical

El sexo es una categoría social impregnada de política

“El coito no se realiza en el vacío; aunque parece constituir en sí una actividad biológica y física, se halla tan firmemente arraigado en la esfera de las relaciones humanas que se convierte en un microcosmos representativo de las actitudes y valores aprobados por la cultura. Cabe, por ejemplo, tomarlo como **modelo de la política sexual que se ejerce en el ámbito individual o personal**”. (Millet)



KATE MILLET

Minnesota, EEUU, 1946

París, Francia, 2017

“**¿Es posible considerar la relación que existe entre los dos sexos desde un punto de vista político?** La respuesta, depende, claro está, de la definición que se atribuya al vocablo ‘política’. (...) que en este ensayo entenderemos como el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo de personas”.

“Un examen objetivo de nuestras costumbres sexuales pone de manifiesto que constituyen y han constituido a lo largo de la historia, un claro ejemplo de relación de dominio y subordinación”.(Millet)

3. Crítica radical

CATHARINE MACKINNON

Minneapolis, Minnesota, EEUU, 1946



La invalidez del consentimiento sexual en una relación de poder desigual

"La regla legal del consentimiento es tan perversa que la mujer puede estar muerta y haber consentido".

Para MacKinnon, el consentimiento de la mujer no solo no es un criterio válido, dado el punto de partida estructuralmente desigual, sino que además es tramposo, puesto que en el caso de un delito de agresión sexual, **el delito depende de la supuesta voluntad de la víctima y no de lo que hizo el agresor.**

Las relaciones heterosexuales por consenso constituyen una incongruencia porque **las mujeres nunca pueden ser completamente libres para negarse.**

En una sociedad en que la sexualidad masculina y la violencia están fusionadas, no hay diferencia alguna entre las relaciones sexuales consentidas y no consentidas. Por lo tanto, **no existe posibilidad alguna de aceptar libremente.**

4

Marco jurídico

¿Qué han hecho por nosotras las feministas?

El reconocimiento de:

- la violencia contra la mujer como manifestación del desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre.
- la libertad sexual como derecho fundamental.

España ha ratificado los principales tratados y convenios internacionales de derechos humanos que obligan a luchar frente a la violencia contra las mujeres, entre ellas:

- La violencia sexual.
- Su silenciamiento.
- El maltrato institucional.
- La culpabilización de las víctimas

- **La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW)** (ratificada por España en 1984).
- **La Recomendación General 35 de CEDAW** (2017).

- El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (**Convenio de Varsovia**) (ratificado por España en 2009).

- El Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (**Convenio de Estambul**) (ratificado por España en 2104). Reconocimiento institucional de que *“la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”*.

- **La Agenda 2030**, Objetivo 5, metas 5.2 y 5.3.

4 Marco jurídico

Las claves de la Ley del “sólo sí es sí”

La Ley considera “violencias sexuales”

Artículo 3: “cualquier acto de naturaleza sexual **no consentido** o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”.

Del consentimiento pasivo al afirmativo

Esta es la línea divisoria que se utiliza para determinar si hubo o no una agresión sexual. La ley modifica el **Art. 178. CP: “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”**. Pero, ¿hasta qué punto se tienen en cuenta las condiciones de ese consentimiento? Este modelo del consentimiento afirmativo, del “**Sólo sí es sí**”, es el seguido en países como Suecia e Islandia. Mientras, países como Alemania siguen el modelo del “**No es no**”. En todo caso, se mantienen las dificultades de prueba.

Acaba con la distinción entre agresión y abuso sexual

Incluye nuevas agravantes

Es una Ley integral

- Acreditación de las víctimas sin necesidad de denuncia previa.
- Derecho de las víctimas a la reparación.
- Al menos un centro de crisis 24 horas en cada provincia.
- Las víctimas extranjeras en situación irregular tendrán derecho a permiso de residencia y trabajo.
- La educación sexual presente en todas las etapas educativas.
- El castigo a la difusión o redifusión de fotos o vídeos íntimos.
- La prohibición de los anuncios de prostitución.
- La prohibición de inquirir en juicio sobre los antecedentes sexuales de la víctima, así como de su vida privada antes y después, en concordancia con el artículo 54 del Convenio de Estambul.

4 Marco jurídico

Valoraciones desde el feminismo jurídico

Valoración positiva de su enfoque integral

Críticas y desacuerdos

La ausencia de cualquier mención a la explotación sexual, la prostitución o el abuso de situaciones de vulnerabilidad. El propio discurso del machismo revela la verdad: **la prostitución es la zona de impunidad para la violencia sexual.**

No haber eliminado la denuncia de la persona agraviada como requisito de perseguibilidad, en general, en los delitos contra la libertad sexual. Se trata del **cambio a delito público** –como ocurre ya con la violencia de género, en el ámbito de la pareja o expareja–, y no semipúblico como es ahora, y la consideración plena de la violencia sexual **no como un problema individual, sino social.**

Desacuerdo en la rebaja generalizada de penas para los delitos contra la libertad sexual. No se necesitaba rebajar las penas por delitos sexuales, teniendo en cuenta que la mayoría de las condenas estaban en la horquilla de 0 a 2 años (más del 60% en ambos años).

Desprotección a las jóvenes de 16 y 17 años, al desaparecer el apartado específico que existía en el CP anterior.

Reforma de 2023

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para “evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales”. Recupera el rango de penas anterior, **al elevarla para los casos en los que hay violencia o intimidación o voluntad anulada.**

4 Marco jurídico

Judith y su doncella (detalle). Artemisia Gentileschi, hacia 1625-1627.

Comparativa de penas

CP antes de la Ley “sólo sí es sí”

Título VIII. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”

Artículo 178. Agresión sexual con violencia o intimidación: 1-5 años

Artículo 179. Violación con violencia 6-12 años; Art. 181. Violación sin violencia: 4-10 años

Artículo 182.1. Protección específica para menores de 16 y 17 años

Ley “sólo sí es sí”

Título VIII. “Delitos contra la libertad sexual”

Artículo 178. Agresión sexual (con o sin violencia o intimidación): 1-4 años

Artículo 179. Violación (con o sin violencia): 4-12 años

El apartado desaparece

Reforma de 2023

Título VIII. “Delitos contra la libertad sexual”

Artículo 178. Agresión sexual: 1-4 años; Con violencia, intimidación o voluntad anulada: 1-5 años

Artículo 179. Violación: 4-12 años; Con violencia, intimidación o voluntad anulada: 6-12 años

4 Marco jurídico

Delito sexual y violencia sexual



- El 13,7% han sufrido violencia sexual a lo largo de la vida, por parte de cualquier persona.
- Un 2,2% han sido violadas alguna vez en su vida.
- El 7,5% por la pareja o expareja.
- **La mayor parte de los agresores son del entorno cercano.**
- El porcentaje de denuncia de la violencia sexual fuera de la pareja es del 11,1%. En la pareja actual, es del 12,5%; en parejas pasadas, el 34,3% (estos dos últimos datos violencia física y/o sexual).
- Entre los motivos para no denunciar una violación los más citados por las encuestadas fueron: la vergüenza, el haber sido menor cuando ocurrieron los hechos, el temor a no ser creída y el miedo al agresor.

La gran mayoría de la violencia sexual queda impune

- **¿Por qué se quedan tantos casos en el camino?:** antes de llegar a juicio, la inhibición de la denuncia, no identificar al agresor, no reunir indicios suficientes. Y si se llega a juicio, una interpretación sexista de la ley, aplicaciones de atenuantes y eximentes al procesado, que no hubiera delito, la falta de carga probatoria suficiente o falta de crédito al testimonio de la víctima.
- En el imaginario social y en el judicial, se suele dar un doble mensaje que convierte a la víctima de violencia sexual en **“sospechosa e indigna de crédito”**: no sólo debe probar que ha sido agredida, sino que a diferencia de las víctimas de otros delitos, también debe probar **que no provocó la situación.**

- Un 90% de los jóvenes reconoce que frecuenta webs **pornográficas**. Por sexos, un 2,6% de las mujeres hace un consumo diario, ante el 34,3% de los hombres.
- Impactos negativos en adolescentes:
 1. Aumento actitudes sexistas.
 2. Impactos negativos en sus relaciones /aumento de prácticas de riesgo y de prácticas violentas).
 3. Impactos negativos en su autopercepción.
 4. Escalada hacia la prostitución como una opción más de consumo.
 - 5.– Proceso de habituación, buscan contenidos más violentos.

5

Conclusiones

La trampa

Judith decapitando a Holofernes (detalle). Artemisia Gentileschi, hacia 1620-21.

La definición jurídica de violación de muchos países ha sido modificada en el S.XX para incluir el consentimiento. Esto **se ha argumentado como un avance**, porque anteriormente muchas veces se requería demostrar el uso de la violencia por parte del agresor. Pero **es una categoría del patriarcado**, y no evita el escrutinio a la víctima. Porque, tomado como “voluntad”, en el juicio hay que **presentar “pruebas”** de esa voluntad o falta de ella.

El consentimiento no es un sinónimo del deseo, porque **el consentimiento no es necesariamente un acto libre**. La presencia del consentimiento no transforma una relación automáticamente en igualitaria, sino en una **tolerada**, o que pasa **menor factura** que las alternativas (MacKinnon, 2016). Es un modelo en el que alguien actúa y alguien sobre el que se actúa; es desigual por naturaleza.

5 Conclusiones

Definición jurídica

propuesta por
Catharine MacKinnon



Judith y su doncella (detalle). Artemisia Gentileschi, hacia 1619.

MacKinnon (2016) se basa en sentencias del TPI relativas al **genocidio en Ruanda** en las que no se menciona el consentimiento, sino que hablan de **coacción**, que puede ser circunstancial además de física. Se puede llegar a considerar la violación un acto genocida, porque toma en cuenta **el contexto histórico y social**.

“Una invasión física, de naturaleza sexual, en circunstancias de amenaza o uso de la violencia, el fraude, la coacción, el secuestro o el abuso de poder, confianza, o una posición de dependencia o vulnerabilidad”.

‘Redefiniendo el consentimiento’, Catharine MacKinnon (2016)

Con esta definición, la autora busca que al aplicar la ley se tomen en cuenta las formas en las que **el poder se manifiesta en las jerarquías sociales** (sexo, etnia, clase social) y que una mayor situación de vulnerabilidad de la víctima signifique un mayor agravante. Es un modelo jurídico que busca que se demuestre la forma concreta en la que un agresor se aprovecha de la situación de desigualdad.