

DPPC

Droit Pénal et Politique Criminelle
Derecho Penal y Política Criminal

La reforma del derecho penal en materia sexual en Suiza : la protección del consentimiento y las cuestiones relativas al no consentimiento

Prof. Dr Thierry Godel

UniDistance Suisse

Mlaw Sophie Chambordon

UniDistance Suisse

Propuesta de citación : Thierry Godel, Sophie Chambordon, *La reforma del derecho penal en materia sexual: la protección del consentimiento y las cuestiones relativas al no consentimiento*, en: www.dppc.online, abril de 2025.

URL: <https://www.dppc.online/es/articulos/la-reforma-del-derecho-penal-en-materia-sexual-en-suiza-la-proteccion-del-consentimiento>

Resumen

Este artículo analiza la reforma del derecho penal sexual en Suiza, en vigor desde el primero de julio de 2024, con especial atención en el elemento clave del consentimiento en materia sexual. El objetivo central de esta reforma es reforzar la protección de la autodeterminación sexual mediante el principio jurídico del consentimiento, bajo la premisa fundamental del «no es no».

Los autores examinan dos interpretaciones posibles sobre cómo aplicar este principio. La primera, más restrictiva, limita el reconocimiento de la falta de consentimiento únicamente a situaciones en las cuales la víctima ha expresado explícitamente su rechazo o cuando se encontraba visiblemente incapacitada para manifestarse, como en casos evidentes de parálisis provocada por el miedo (estado de conmoción). La segunda interpretación, más amplia y protectora hacia las víctimas, sugiere considerar que hay ausencia de consentimiento siempre que las condiciones estrictas de un consentimiento válido sean parcial o totalmente incumplidas, incluso en ausencia de oposición evidente por parte de la víctima.

Sumario

I. El contexto y los objetivos de la reforma	4
A. Vacíos jurídicos observados en el pasado.....	5
B. Los ajustes relativos al consentimiento.....	7
II. El consentimiento <i>libre</i> en materia sexual	10
A. La expectativa de preservar la autodeterminación sexual.....	11
B. Los factores del consentimiento.....	12
1. Consentimiento <i>libre e informado</i>	13
1.1. Incapacidad para consentir.....	13
1.2. Ausencia de cualquier forma de coacción o presión.....	15
2. Las dimensiones <i>afirmativas e inequívocas</i> del consentimiento.....	16
3. Las dimensiones <i>evolutivas y reversibles</i> del consentimiento.....	18
4. Las dimensiones <i>dinámicas y condicionadas</i> del consentimiento.....	18
5. La exclusión de la dimensión cultural del consentimiento.....	20
C. Vicio del consentimiento y reparación.....	20
1. El derecho contractual como fundamento del análisis.....	20
2. La exclusión de la reparación del consentimiento en el derecho penal sexual.....	21
III. La aplicación del principio «¡no es no!»	21
A. El régimen matizado del derecho penal suizo.....	22
B. Primera hipótesis : El rechazo explícito o el estado de conmoción.....	23
C. Segunda hipótesis : El rechazo como ausencia de un consentimiento válido.....	25
IV. Algunas problemáticas procesales	27
A. La carga de la prueba de las partes.....	27
1. La prueba del <i>consentimiento válido</i> y de su ausencia.....	28
2. La evaluación del estado de conmoción.....	28
B. La prueba de la intención criminal.....	30
1. La conciencia y la voluntad de atentar contra la libertad sexual.....	30
2. La impunidad en caso de error sobre la existencia del rechazo.....	31
C. La protección de la víctimas y la lucha contra la impunidad.....	32
V. Conclusiones	34
Bibliografía	35

I. El contexto y los objetivos de la reforma

El primero de julio de 2024 marcó la entrada en vigor de la reforma de **los artículos 197 y siguientes del Código Penal suizo (en adelante, CP)** relativos a los delitos de carácter sexual¹. El proceso se había iniciado el primero de abril de 2018 con la entrada en vigor para Suiza del Convenio de Estambul sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia la mujer y la violencia doméstica, concluido en 2011². Pese a la evidente necesidad de un refuerzo legal frente al recrudecimiento de las agresiones sexuales³, los trabajos preparatorios se caracterizaron por prolongados debates y varias intervenciones parlamentarias⁴.

El nuevo marco jurídico ahora se basa en el concepto de « *interacciones sexuales no consentidas* » desarrollado en el orden jurídico del *Common law*⁵. El derecho penal suizo se aleja así del régimen centrado en la coacción⁶, con el fin de subsanar las lagunas jurídicas señaladas por el Consejo de Europa⁷, sobre las cuales el Tribunal Federal no se había pronunciado⁸. Suiza se aleja de los pioneros

¹ Nueva redacción según la Ley Federal del 16 de junio de 2023 sobre la revisión de derecho penal en materia sexual, vigente desde el primero de julio de 2024 ([RO 2024 27](#); [FF 2018 2889](#); [FF 2022 687](#); [FF 2022 1011](#)).

² Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del 11 de mayo de 2011, Consejo de Europa (Convenio de Estambul; [RS 0.311.35](#)).

³ Véanse las estadísticas publicadas por la Oficina federal de la estadísticas, [Violence sexualisée : Évolution des infractions, 2009-2023](#), Berna 2023. Estas cifras solo registran los casos denunciados.

⁴ Véanse Interpelación HILTPOLD (13.3485) del 19 de junio de 2013, titulada « [Définition du viol dans le Code pénal suisse](#) » (trad. *Definición de violación en el Código penal suizo*), que cuestiona la pertinencia de modificar los artículos 189 y 190 del Código Penal con el fin de crear una norma penal única que sancione toda coacción sexual, independientemente del sexo de la víctima o del autor; Moción HILTPOLD (14.3651) del 20 de junio de 2014, titulada « [Code pénal. Stop à la discrimination dans la définition du viol](#) » (trad. *Código penal. Alto a la discriminación en la definición de violación*), que proponía ampliar la definición legal de la violación para incluir a cualquier persona, independientemente de su sexo, como víctima o autor, con el fin de eliminar la distinción actual basada en el género; Moción FEHLMANN RIELLE (17.3992) del 30 de noviembre de 2017, titulada « [Définition du viol en droit suisse. La loi doit changer](#) » (trad. *Definición de violación en el derecho suizo. La ley debe cambiar*), que instaba a una revisión de la definición de la violación en el Código Penal suizo para mejorar la protección de las víctimas y alinear la legislación con los estándares internacionales; Iniciativa parlamentaria, Ginebra (14.311) del 21 de mayo de 2014, titulada « [Résolution pour une modification des articles 189 et 190 du Code pénal et une redéfinition de la notion juridique de viol](#) » (trad. *Resolución para una modificación de los artículos 189 y 190 del Código penal y una redefinición del concepto jurídico de violación*), que buscaba eliminar la distinción basada en el sexo de la víctima o del autor, con el fin de proteger mejor a todas las personas contra las agresiones sexuales.

⁵ Véanse ISDC, [sexuelle Übergriffe](#), p. 8.

⁶ *Ibidem*.

⁷ GREVIO, [Suisse](#); Conseil fédéral, [Commentaires GREVIO](#).

⁸ Véanse Tribunal Federal, [ATF 148 IV 234 del 28 de marzo 2022](#), c. 3.3 y ref. cit..

en este ámbito: mientras numerosos países europeos, ya han adoptado disposiciones similares⁹. Al contrario de los demás países, Suecia reprime también la imprudencia culpable¹⁰.

A. Vacíos jurídicos observados en el pasado

El anterior derecho penal suizo no permitía sancionar las agresiones sexuales en ausencia del elemento de coacción (fuera física¹¹ o psicológica¹²) o de violencia¹³. Es decir, la mera falta de consentimiento mutuo no era suficiente. Sin embargo, **el concepto estricto de la ausencia del consentimiento** — o visión extensa del consentimiento presunto — fue objeto de fuertes críticas.

En la aplicación de la antigua legislación, los tribunales suizos estimaban que, cuando la violencia o la coacción no resultaba suficientemente intensa, o no se podía demostrar este elemento objetivo de la tipicidad, se presumía la aceptación del acto de carácter sexual. La falta de resistencia manifiesta de la víctima, incluso si la víctima era menor de edad¹⁴, se traducía en un acto jurídico no punible, aún

⁹ ISDC, *Sexuelle Übergriffe*, p. 5. **Alemania**: reforma adoptada el 7 julio 2016, modificando el [art. 177 del Código penal](#) ampliando la noción de violación. Todo acto sexual realizado sin consentimiento explícito constituye violación; **España**: [Ley Orgánica 10/2022 del 6 septiembre](#), «Solo sí es sí», sobre garantía integral de la libertad sexual; **Suecia**: todo acto sexual sin consentimiento explícito es considerado violación desde el 23 mayo 2018, ([Código Penal sueco](#), capítulo 6); Amnesty International, «[Suecia: la nueva ley sobre violación es una victoria histórica para los activistas](#)», 23 mayo 2018.

¹⁰ Cf. ISDC, *sexuelle Übergriffe*, p. 5.

¹¹ El antiguo artículo 190 CP protegía la libre determinación sexual únicamente **cuando el autor superaba o eludía la resistencia razonablemente exigible a la víctima**. Violación y coacción sexual requerían medios coercitivos, particularmente violencia física o presión psicológica intensa. No se exigía incapacitación total de resistencia o maltrato físico grave, bastando una intensidad relativa del acto coercitivo. Véanse Tribunal Federal, [ATF 148 IV 234 du 28 de marzo 2022, c. 3.3](#); [ATF 133 IV 49 del 15 febrero 2007, c. 4](#); [ATF 131 IV 107 del 3 de mayo 2005, c. 2.2](#); [ATF 122 IV 97 del 22 abril 1996, c. 2b](#).

¹² Al introducir el concepto de «presiones psicológicas», el legislador pretendía abarcar los casos en que la víctima se encontraba en una situación sin salida, aun cuando el autor no hubiese empleado fuerza física o violencia. Las presiones psicológicas contemplan situaciones en las cuales el autor provoca en la víctima efectos psicológicos, tales como sorpresa, miedo o una sensación de desesperanza, que son suficientes para vencer su resistencia. En estos casos, no era necesario que la víctima estuviera completamente incapacitada para resistirse. Sin embargo, la presión psicológica ejercida por el autor y su efecto sobre la víctima debían alcanzar una intensidad particular. Véase Tribunal Federal: [ATF 131 IV 167 del 25 de mayo 2005, c. 3.1 y ref. cit.](#); [ATF 128 IV 106 del 20 marzo 2002, c. 3a/bb](#); [ATF 124 IV 154 del 8 junio 1998, c. 3b](#); [ATF 122 IV 97 del 22 abril 1996, c. 2b](#).

¹³ El Consejo Federal ([FF 2022 687](#) [p. 30]) destacó que bajo el antiguo régimen penal, ciertos procedimientos eran archivados o los autores absueltos si no se comprobaba claramente el uso de coerción física o psicológica. Véanse SCHEIDEGGER / LAVOYER / STALDER, p. 57 s. Tribunal Federal : [6B 1164/2020](#) del 10 junio 2021, c. 3.1; [6B 895/2020](#) del 4 febrero 2021; [6B 311/2011](#) del 19 julio 2011, c. 5.4; [ATF 133 IV 49](#) del 15 febrero 2007, c. 4.

¹⁴ Ejemplo: [Sentencia ACP/R/713/2024 del 4 octubre 2024](#), c. 2.4, Tribunal Penal de Apelación, Ginebra. Aunque la víctima, de aproximadamente quince años, expresó verbalmente y con su comportamiento que no deseaba mantener relaciones sexuales, no se comprobó suficientemente la existencia de coerción física o presión psicológica relevantes desde un punto de vista penal. El hecho de ceder por cansancio o insistencia del otro, sin que este utilizara violencia, no se consideró suficiente, ya que la víctima podía haberse negado claramente o marcharse sin mayores dificultades. Por lo tanto, el acto no se consideró obtenido bajo coacción. No obstante, según la jurisprudencia, factores como la inferioridad cognitiva o la dependencia emocional y social pueden

cuando en los hechos se trataba de un acto que no había sido consentido¹⁵. Para los partidarios de la reforma, este planteamiento suponía una carga excesiva sobre la víctima, quién además de haber sufrido agresión en contra de su consentimiento, debía soportar, de manera implícita, la carga de la prueba. Sin embargo, este postulado, no se trataba, de una particularidad suiza, pues, la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil en Europa habían fundamentado históricamente la represión en el carácter violento de la agresión sexual para resaltar su gravedad social y convencer a las víctimas de la importancia de su experiencia¹⁶.

La anterior legislación ignoraba los efectos psicológicos que pueden sufrir las víctimas de agresiones sexuales — como el bloqueo emocional y cognitivo, o la parálisis por trauma o miedo — que llegan a anular su capacidad de defenderse u oponer resistencia, y con ello impiden cualquier manifestación clara de oposición. Esta laguna jurídica frente a la realidad, dejaba a los tribunales pocas alternativas, viéndose durante mucho tiempo obligados a concluir que no existía coacción o presión suficientemente intensa para configurar un delito en el sentido de los artículos 189 y 190 CP¹⁷. Como consecuencia, la antigua ley no reconocía plenamente la diferencia fundamental entre la existencia del consentimiento libre, informado y explícito —que legitima el acto de carácter sexual— y la mera ausencia de una negativa manifiesta, dando lugar a interpretaciones ambiguas. Sin embargo, durante los trabajos de reforma, y en probable consonancia con los avances legislativos, el Tribunal Federal¹⁸ introdujo ciertos matices tomando en consideración factores que pudieran explicar la pasividad de la víctima.

Además, la anterior definición de violación era particularmente restrictiva: atendía al sexo del autor y de la víctima, excluyendo así la pluralidad de personas y alimentando un sentimiento de impunidad. Así mismo, esta concepción solo reconocía la penetración vaginal por el pene, dejando de lado otras

generar una presión psicológica intensa, especialmente en niños y adolescentes, impidiéndoles resistirse efectivamente a las agresiones sexuales. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal ([sentencia 6B_88/2023 del 8 de febrero 2024 c. 2.1.2](#); [sentencia 6B_88/2023 del 8 de febrero 2024 c. 2.1.2](#); [ATF 131 IV 107 del 3 mayo 2005, c. 2.2](#)), el consentimiento obtenido mediante información engañosa no es válido y equivale a la ausencia de consentimiento.

¹⁵ Según la jurisprudencia del Tribunal Federal relativa al antiguo derecho (por ejemplo, [ATF 148 IV 234 del 28 marzo 2022, c. 3.3 y ref. cit.](#); [sentencia 6B_1164/2020 del 10 junio 2021 c. 3.1.](#)), la ley «*solo protegía contra los atentados a la libre determinación sexual cuando el autor había superado o eludido la resistencia que podía razonablemente esperarse de la víctima*».

¹⁶ ISDC, [sexuelle Übergriffe](#), p. 8 s.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Federal [6B_1164/2020](#) del 10 de junio 2021, c. 3.1. : « *La pression psychique générée par l'auteur et son effet sur la victime doivent atteindre une intensité particulière.* »; [ATF 133 IV 49](#), c. 4 : « *Nicht jeder beliebige Zwang, nicht schon jedes den Handlungserfolg bewirkende kausale Verhalten, auf Grund dessen es zu einer ungewollten sexuellen Handlung kommt, stellt eine sexuelle Nötigung dar.* ». Tribunal Federal [6B_311/2011](#), c. 5.4.1.; c. 2.1.4.

¹⁸ En 2022, el Tribunal Federal ([ATF 148 IV 234 del 28 marzo 2022, c. 3.3 y ref. cit.](#)) señaló que, según el derecho vigente en ese momento, la ausencia de consentimiento en un acto sexual o análogo no era suficiente para calificarlo como violación o coacción sexual. Los jueces federales enfatizaron que la ley exigía la existencia de algún medio coercitivo, como presiones psicológicas, requisito que no podía omitirse. Además, el Tribunal Federal (c. 3.7.1 y 3.7.2) dejó abierta la cuestión de si era necesario modificar el régimen del Código Penal suizo para cumplir plenamente con las exigencias del Convenio de Estambul y de los artículos 3 y 8 del CEDH, destacando que el derecho internacional otorga a los Estados cierto margen de apreciación al adaptar sus legislaciones nacionales.

formas de penetración y omitiendo la diversidad de víctimas y autores. Era, pues, esencial abolir este planteamiento discriminatorio, que dejaba sin protección a las víctimas de violaciones homosexuales y banalizaba el trauma asociado a cualquier otra penetración no consentida.

El objetivo de la reforma era claro : **adaptar la legislación para garantizar a cada individuo el derecho a disponer libremente de su cuerpo y de sus decisiones sexuales, reafirmando el carácter fundamental del consentimiento.**

B. Los ajustes relativos al consentimiento

En aras de cumplir los requisitos internacionales del Convenio de Estambul y en materia de prevención de matrimonios y uniones forzadas¹⁹, así como para alinearse con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰, se han introducido modificaciones sustanciales en los artículos 187 y siguientes del Código Penal suizo²¹, que hacen más progresista la ley en cuanto a la igualdad. Varias de estas modificaciones se refieren directamente al consentimiento (mediante la figura del «no consentimiento»), a través de la incorporación de nuevas infracciones que reconocen el carácter dinámico, evolutivo y condicional del consentimiento.

La nueva legislación amplía la definición de violación a toda penetración no consentida, sin distinción de sexo u orientación sexual de la víctima o del autor, asegurando así una mejor protección de la autodeterminación sexual.

Las principales novedades son las siguientes :

1. El artículo 189 CP revisado (abuso sexual y coacción sexual) **amplía la definición de abuso sexual** de modo que cualquier acto de índole sexual no consentido²² constituya al menos un abuso sexual, incluso en ausencia de coacción física (apartado 1²³). Tanto el hecho de infligir el acto de índole sexual como el de obligar cometerlo es punible. Se asimilan a actos no consentidos aquellos cometidos por sorpresa y que la víctima no desea²⁴. Los actos que suponen el empleo de coacción

¹⁹ [FF 2022 687](#); GREVIO, *Suisse*.

²⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia M.C. contra Bulgaria ([39272/98](#)) del 4 de diciembre de 2003, reconoce desde hace tiempo que las víctimas generalmente no oponen resistencia física durante una agresión sexual, debido a diversas razones, como el miedo a la violencia del agresor o a causa de presiones psicológicas.

²¹ Godel / Deleze.

²² La infracción básica contempla las situaciones en las que el autor ignora el rechazo de la víctima (principio «no es no»), sin emplear medios coercitivos, para realizar o imponerle un acto sexual. En la sentencia [ATF 127 IV 198 del 8 octubre 2001](#), el Tribunal Federal señaló que no existía justificación material para limitar la aplicación del artículo 189 CP únicamente a casos donde se utilizara coerción, indicando además que el legislador no había pretendido dicha restricción. Por su parte, el Consejo Federal, en su mensaje ([FF 2022 687](#), título 3.6.2.2), aclaró la cuestión del *stealth* (retiro no consentido del preservativo durante el acto sexual), basándose en la jurisprudencia del Tribunal Federal.

²³ El artículo 189 del Código Penal establece ahora una clara distinción entre la coacción sexual, que implica el uso de violencia o amenazas, y la agresión sexual sin coacción.

²⁴ [FF 2022 687](#), págs. 12 y ss., para una digresión sobre los abusos sexuales cometidos por sorpresa. Este enfoque retoma la postura del Tribunal Federal ([ATF 148 IV 329 del 11 mayo 2022](#)). La cuestión de si constituye violación la penetración vaginal, oral o anal tras la retirada no consentida del preservativo («*stealth*») sigue

física o psicológica²⁵ constituyen circunstancias agravantes (apartados 2 y 3). El nuevo texto reconoce que algunas violencias sexuales menoscaban tanto o más la autodeterminación sexual que un acto sexual forzado²⁶, y subraya que la ausencia de un consentimiento explícito basta para calificar el acto como un abuso a la integridad sexual.

2. El tipo penal de violación se ha redefinido en el artículo 190 CP²⁷, de modo que incluye cualquier acto sexual o análogo al acto sexual que implique la penetración del cuerpo (vaginal, anal o bucal²⁸) no consentida²⁹, independientemente del uso de la fuerza o violencia³⁰, que aun así puede

sin resolverse claramente. Véase también PERRIER DEPEURSINGE / BOYER, p. 1 ss; PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 21 ss.

²⁵ El elemento de coacción no se elimina, sino que pasa a ser una circunstancia agravante, fortaleciendo así la protección de las víctimas al reconocer la diversidad de formas de violencia sexual contempladas en los párrafos 2 y 3 de las disposiciones mencionadas.

²⁶ MAIER, págs. 258 y 287 s. y ref cit.

²⁷ PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, pp. 21 ss, para una presentación detallada de las modificaciones introducidas en el artículo 190 CP.

²⁸ Así, la violación comprende la felación y cualquier forma de penetración vaginal mediante el pene u otra parte del cuerpo (dedo, mano, lengua) o con un objeto. Cabe señalar que la nueva formulación «acto análogo al acto sexual que implique una penetración corporal» busca evitar que el beso con lengua pueda calificarse como violación. Sin embargo, esta terminología no incluye todos los actos sexuales que actualmente se consideran análogos al acto sexual según la jurisprudencia del Tribunal Federal. En particular, «la estimulación oral forzada de los órganos genitales externos femeninos (cunnilingus)» no está incluida y se considera un acto sexual conforme al artículo 189 CP ([FF 2022 687](#) [págs. 38 s.]; [ATF 84 IV 100](#)).

²⁹ El artículo 36 del Convenio de Estambul obliga a los Estados parte a adoptar «las medidas legislativas u otras necesarias para tipificar como delito penal, cuando se cometan intencionalmente, la penetración vaginal, anal u oral no consentida, de carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto». Esta disposición busca asegurar que toda penetración no consentida esté claramente sancionada por la ley, fortaleciendo así la protección de los derechos individuales y la seguridad personal. Además, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia del 27 de mayo de 2021, caso «[J.L. c. Italie](#)» (núm. 5671/16, §117), como el Tribunal Federal suizo ([sentencia 6B 894/2021 del 28 marzo 2022](#), c. 3.7.2 y ref. cit.), interpretan que los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos imponen a los Estados la obligación positiva de tipificar y sancionar eficazmente cualquier acto sexual no consentido, «incluso cuando la víctima no haya opuesto resistencia física». Esta interpretación está fundamentada en el respeto a la dignidad humana y a la integridad física y psicológica, y subraya que la calificación de violación o agresión sexual no debe depender de que la víctima muestre resistencia física. Estas exigencias internacionales (véase el [Informe Explicativo del Convenio de Estambul](#), §191 a 193) reflejan una evolución hacia una concepción más moderna y protectora del consentimiento. Establecen que el consentimiento debe ser afirmativo y que su ausencia basta para constituir un delito, independientemente de las acciones que adopte la víctima frente al agresor. Al firmar y ratificar el Convenio de Estambul, Suiza confirma su compromiso de adaptar su legislación para proteger plenamente los derechos de las víctimas de violencia sexual y cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

³⁰ La violencia consiste en el uso intencional de la fuerza física sobre la víctima con el propósito de someterla ([ATF 122 IV 97](#), c. 2b). No se trata de cualquier uso de la fuerza, sino de una aplicación más intensa que la que sería necesaria en circunstancias normales de la vida cotidiana. Según el grado de resistencia de la víctima o debido a la sorpresa o al miedo que experimente, incluso un esfuerzo físico ligeramente inusual por parte del agresor puede ser suficiente para forzar su sometimiento en contra de su voluntad ([ATF 87 IV 66](#), c. 1). Dependiendo de las circunstancias, incluso una aplicación relativamente leve de fuerza podría ser suficiente; por

agravar el delito (apartados 2 y 3). A partir de ahora, toda persona, con independencia de su identidad de género, puede ser declarada culpable de violación o puede ser víctima de ella³¹.

3. **Se reconoce el estado de conmoción o de parálisis emocional (o “freezing”)**, un estado neurofisiológico en el que la víctima se ve incapacitada para reaccionar o rechazar, como una forma de no consentimiento (art. 189, apdo. 1, y art. 190, apdo. 2). El hecho de aprovecharse de este estado es punible³².
4. El artículo 193a CP es una nueva disposición que castiga los supuestos en los que se induce a error a una persona acerca de la naturaleza de un acto de carácter sexual. Por ejemplo, cuando un profesional de la salud abusa de su posición para obtener favores sexuales bajo la apariencia de tratamientos médicos legítimos. **El texto destaca que el consentimiento de la víctima está viciado cuando se basa en un engaño sobre la auténtica naturaleza del acto sexual**³³.
5. Los apartados 8 y 8^{bis} del artículo 197 CP amplían la ausencia de punibilidad en materia de pornografía a quienes producen, poseen o consumen fotografías o películas pornográficas de menores, o que se las ponen a su disposición. Siempre que dichos actos se realicen con el consentimiento de los referidos menores, que la persona que produce las imágenes o películas no entregue ni prometa remuneración alguna y que la diferencia de edad entre las personas involucradas no supere los tres años. La ausencia de punibilidad subsiste así mismo, con determinadas condiciones, respecto de los menores que produzcan, posean o consuman fotografías o películas pornográficas de sí mismos o que las pongan a disposición de otra persona con su consentimiento. La ley establece con claridad que **cualquier difusión de contenido de índole sexual requiere el consentimiento de las personas implicadas, el cual debe ser continuado y expreso**. El nuevo texto **refuerza el valor del consentimiento otorgado por el menor, adaptándose al auge de las nuevas tecnologías que favorecen el acceso de los menores a la pornografía**.
6. La transmisión indebida de un contenido sexual no público, queda prohibida en el artículo 197a CP. La nueva legislación prevé sanciones contra la difusión no consensuada de contenidos de carácter sexual no públicos, tanto si se efectúa con retraso como en tiempo real, con fines de venganza u otros. El texto pretende proteger la dignidad y la vida privada de las víctimas, reafirmando que **el consentimiento inicial a la grabación o creación de un contenido de índole sexual no se extiende a su difusión, para la cual se requiere un nuevo consentimiento expreso**³⁴.

ejemplo, inmovilizar a la víctima con el peso del cuerpo, arrojarla al suelo, arrancarle la ropa o torcerle un brazo detrás de la espalda ([ATF 148 IV 234](#), c. 3.3).

³¹ La antigua definición reconocía únicamente a las víctimas de sexo femenino y consideraba únicamente la penetración vaginal, excluyendo otros tipos de violencia sexual e ignorando la diversidad de las víctimas ([ATF 148 IV 234 del 28 marzo 2022 c. 3.3. y ref. cit.](#), [sentencia 6B 367/2021 del 14 diciembre 2021 c. 2.2.1](#)). Esta definición obsoleta no contemplaba los actos lésbicos u homosexuales. No obstante, en casos de participación activa en una violación, la jurisprudencia admitía que una mujer pudiera ser coautora (Tribunal Federal, [ATF 125 IV 134 del 30 julio 1999, c. 3](#)).

³² [FF 2022 687](#), pág. 33, para una digresión sobre el estado de parálisis (o estado de conmoción) de la víctima.

³³ *Idem*, pág. 44.

³⁴ *Idem*, pág. 54 señala que el derecho suizo no contempla expresamente el derecho a la eliminación de contenidos sexuales difundidos en línea de forma consensuada, aunque estos podrían ser confiscados si se encuentran almacenados en dispositivos susceptibles de incautación.

7. Por último, se ha suprimido el trato privilegiado otorgado a los autores de infracciones sexuales contra menores (art. 187, núm. 3), personas dependientes (art. 188, núm. 2) o en estado de necesidad (art. 193, apdo. 2) en los casos en que la víctima contraía una relación de unión con ellos. La ley excluye que la agresión sexual quede subsanada por un consentimiento sobrevenido, con objeto de prevenir los matrimonios forzados y las uniones forzadas³⁵.

Aún cuando esta reforma supone un avance innegable, sería prematuro considerarla como la solución definitiva al complejo problema de los delitos sexuales. Como analizaremos más adelante, la protección de la libertad sexual plantea importantes desafíos en lo que atañe al reconocimiento del consentimiento y a la interpretación de la negativa (o “ausencia de consentimiento»). Particularmente porque muchos aspectos de la intimidad siguen siendo relegados a la esfera privada o sujetos a la apreciación (en ocasiones demasiado amplia y subjetiva) de los jueces. De hecho, no puede obviarse que numerosas situaciones ambiguas desde el punto de vista jurídico surgen del hecho de que las relaciones íntimas se desarrollan en un ámbito profundamente privado y subjetivo, marcado por factores personales difíciles de objetivar. La dinámica puede evolucionar entre los propios implicados y no resulta siempre fácil de identificar. Las percepciones físicas y psicológicas de cada persona, sus expectativas, sus temores y la forma en que interpretan el consentimiento verbal y no verbal varían considerablemente de un caso a otro. Estos aspectos, a menudo inmateriales y difíciles de demostrar de manera tangible, complican la labor del juez a la hora de establecer la culpabilidad del acusado — y su intencionalidad criminal³⁶ — más allá de toda duda razonable.

II. El consentimiento *libre* en materia sexual

Actualmente en Europa, predominan dos enfoques en las reflexiones jurídicas sobre el consentimiento, como elemento para determinar cuándo un acto sexual se considera legítimo o penalmente relevante: por un lado, el principio «no es no» (aquel adoptado por el legislador suizo), y por otro, el de «solo sí es sí». Mientras el régimen centrado en el «no» enfatiza principalmente la manifestación del rechazo, el modelo del «sí» busca identificar todas las formas admisibles de consentimiento para definir el marco de la represión³⁷.

Estos dos modelos, aunque con implicaciones distintas en cuanto al contenido de las normas de incriminación y a las exigencias probatorias, coinciden en un aspecto fundamental: **el consentimiento libre, ya sea verbal o no verbal, hace lícito el acto íntimo o sexual; por ende, la prueba de su ausencia constituye un criterio objetivo en el análisis de la tipicidad de una infracción sexual.**

³⁵ *Idem*, págs. 13, 20, 22, 44.

³⁶ *Idem*, págs. 30 y 37 ss. aborda las agresiones sexuales en las cuales el autor ignora deliberadamente la voluntad contraria expresada verbal o no verbalmente por la víctima, cometiendo contra ella un acto de carácter sexual (abuso sexual) o un acto sexual o análogo con penetración corporal (violación).

³⁷ Por ejemplo, los artículos 178 y siguientes del Código Penal español ([Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre de 1995](#)) enumeran las situaciones en las que procede aplicar la infracción básica (agresión sexual) o agravada. Otras legislaciones, como el Código Penal suizo, se limitan a establecer criterios generales para distinguir entre abuso sexual y agresión sexual.

En Suiza, el legislador optó por una versión matizada del rechazo (ausencia de consentimiento), pudiendo este establecerse de forma implícita.

A. La expectativa de preservar la autodeterminación sexual

Para delimitar claramente los contornos del consentimiento y de la ausencia del mismo, es esencial entender previamente los objetivos de protección que persigue la legislación adoptada. Tanto el derecho internacional como las legislaciones nacionales se centran en la autodeterminación sexual³⁸, es decir, la libertad individual de decidir libremente el momento, el tipo, la forma y la pareja con quien se realiza una actividad sexual, sin sufrir presión, coacción³⁹, engaño⁴⁰ ni otras circunstancias externas que restrinjan o anulen dicha libertad. Aunque el derecho anterior ya protegía esta libertad⁴¹, la reforma ha intensificado dicha protección.

Por consiguiente, **la integridad sexual**, tanto física como psíquica⁴² – concepto que ha dejado de aludir al honor o deshonor sexual –, se vulnera cuando no se respeta la voluntad de una persona durante un acto sexual. De este modo, para garantizar su protección física y psíquica, el titular del bien jurídico debe poder decidir libremente no solo sobre la realización de un acto sexual, sino también sobre las condiciones en las que lo consiente o no.

³⁸ En su mensaje ([FF 2022 687](#) [pág. 29]), el Consejo Federal suizo precisa que la autodeterminación e integridad sexual constituyen un aspecto del derecho a la personalidad, haciendo referencia al concepto dinámico de consentimiento desarrollado en el derecho alemán. Veanse Oberlandgericht Hamm, [Urteil \(5 RVs 124/121\)](#) del 1 de marzo de 2022 (trad. «El derecho a la autodeterminación protegido por el § 177 Abs. 1 StGB incluye decidir bajo qué condiciones la persona acepta realizar un acto sexual (siguiendo la doctrina del KG Berlín, resolución del 27 de julio de 2020 – (4) 161 Ss 48/20 (58/20), juris). El consentimiento para mantener relaciones sexuales puede condicionarse a que estas finalicen antes de la eyaculación. Si la pareja sexual ignora conscientemente este límite establecido por la víctima, dicha conducta constituye una desviación significativa del acto consentido, excluyendo así la existencia de consentimiento y siendo habitualmente punible según el § 177 Abs. 1 StGB”

³⁹ PERRIER DEPEURSINGE / PITTET, págs. 801 ss y 807. Bajo el antiguo régimen legal suizo, un acto cometido contra la voluntad de la víctima no bastaba para cumplir con los elementos constitutivos de la coacción sexual o la violación (antiguos artículos 189 y 190 CP). Además, según la jurisprudencia del Tribunal Federal ([ATF 131 IV 167](#) c. 2.2 y 3.1), no cualquier presión o comportamiento que llevara a un acto sexual o de naturaleza sexual era suficiente, incluso si generaba una carga psicológica para la víctima. La presión debía alcanzar cierta intensidad para considerarse coacción sexual o violación. En general, simples amenazas del marido hacia su esposa o la explotación de relaciones de dependencia o amistad no constituían por sí mismas presiones psicológicas en sentido penal según los antiguos artículos 189 o 190 CP.

⁴⁰ El consentimiento obtenido mediante información engañosa no es válido y equivale a la falta de consentimiento, al igual que sucede en casos de sorpresa ([FF 2022 687](#) [pág. 31]).

⁴¹ Por ejemplo, [ATF 131 IV 167](#) c. 3 o [ATF 122 IV 97](#) c. 2b.

⁴² [FF 2022 687](#) [pág. 21].

B. Los factores del consentimiento

El consentimiento⁴³ constituye una noción central en la mayoría de las legislaciones europeas⁴⁴, que reconocen su ausencia cuando está condicionado a presiones físicas o psicológicas, o cuando se otorga en circunstancias que limitan o anulan la libertad decisoria.

Sin embargo, otros factores complementarios e interdependientes (véase el diagrama en la página siguiente) influyen o determinan la existencia y la validez jurídica del consentimiento, el cual debe ser: auténtico, voluntario, afirmativo, y abordado como un proceso dinámico y condicional, evolutivo y revocable⁴⁵.



Estos criterios garantizan que el consentimiento sea válido, es decir, libre de cualquier presión o duda sobre la voluntad real de la persona, perceptible y sin ambigüedades, permitiendo calificar

⁴³ El artículo 36 del Convenio de Estambul se refiere a la penetración sexual «no consentida» del cuerpo de otra persona, así como a «otros actos sexuales no consentidos» (párrafo 1, letras a y b). El [informe explicativo](#) aclara que esta disposición abarca todas las formas de actos sexuales «impuestos sin libre consentimiento» (apartado 189). Los redactores otorgaron a los Estados la libertad para formular sus leyes y definir los criterios de lo que constituye un «consentimiento libre» (apartado 193).

⁴⁴ Ejemplos : GREVIO, [Belgique](#), par. 155; GREVIO, [Grèce](#), par. 214; GREVIO, [Suède](#), par. 181 s; GREVIO, [Monténégro](#), par. 179.

⁴⁵ [Principios de La Haya sobre la violencia sexual](#) (2019), págs. 20 y ss.

objetivamente un acto conforme como atípico. Por ende, no basta con constatar la ausencia de rechazo o interpretar una conducta o inacción como un consentimiento implícito para descartar la aplicación del derecho penal. El consentimiento de la víctima debe analizarse de manera estricta y completa, interpretando cualquier desviación como un rechazo explícito o implícito. El hecho de que la persona autora no haya percibido o interpretado correctamente una situación ambigua no debería afectar al reconocimiento del no consentimiento de la víctima, pues tales consideraciones son internas al agresor y solo afectan su propia conciencia y voluntad⁴⁶.

Desde la perspectiva de la prevención general, es fundamental reconocer estos criterios. Frente a situaciones donde los gestos indiquen duda o vacilación, debe aplicarse también **el principio de precaución** en las relaciones íntimas: el acto no debe continuar mientras el consentimiento no sea expresado clara y positivamente. Estos criterios constituyen además la base para aplicar una legislación fundamentada en el rechazo explícito o implícito («no es no»), que no admite consentimientos implícitos en situaciones ambiguas. En otras palabras, el rechazo o ausencia de consentimiento debe presumirse hasta que se confirme positivamente un consentimiento explícito. Por tanto, corresponde a la persona autora del acto verificar la aprobación de la otra parte mediante preguntas directas tales como: «¿Estás de acuerdo?» o «¿Quieres continuar?». Así, el silencio, la vacilación o la ausencia de gestos positivos nunca son suficientes para considerar un acto sexual como consentido. Si el consentimiento no es explícito e inequívocamente afirmativo, la persona autora debe abstenerse de continuar.

1. Consentimiento libre e informado

Si bien el legislador nacional es competente para determinar los elementos relativos al consentimiento, el informe explicativo del Convenio de Estambul, señala que, como mínimo, "*el consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, evaluada en el contexto de las circunstancias pertinentes*"⁴⁷.

1.1. Incapacidad para consentir

Incluso antes de considerar si el consentimiento se ha expresado realmente, es esencial considerar si puede reconocerse legalmente como una manifestación de voluntad cierta. Para que se considere válido, el consentimiento debe ser libre e informado. Esto significa que debe estar exento de cualquier forma de coacción o presión y, basarse en información completa y veraz. Si no se cumplen estos requisitos, se carece de la capacidad de comprender plenamente el alcance y las implicaciones del acto sexual.

Con respecto a estos últimos factores, ya hemos señalado que **el consentimiento de la víctima está viciado si se basa en una información engañosa sobre la naturaleza sexual del acto**. Esta

⁴⁶ En este sentido, los artículos 189 apartado 1 y 190 apartado 1 del Código Penal reconocen objetivamente la existencia de un rechazo implícito por parte de la víctima cuando se encuentra en estado de parálisis (conmoción) limitando no obstante la punibilidad del autor únicamente a las situaciones en las cuales este se ha aprovechado conscientemente de dicho estado.

⁴⁷ [Informe Explicativo - CETS 2010 - Violencia contra las mujeres y violencia doméstica](#), §193.

situación, que se asemeja a una forma pasiva de coacción, se regula en el nuevo artículo 193 bis del Código Penal.

La cuestión se vuelve más compleja cuando se trata de: menores de edad; de personas con discapacidades mentales o psicológicas; personas que dependen de su agresor o se encuentran en situación de desamparo. Estas personas, a menudo consideradas especialmente vulnerables, pueden ver limitada su capacidad de consentimiento por su edad, grado de madurez o comprensión de las implicaciones y consecuencias de un acto sexual.

El consentimiento **a un acto sexual por parte de un menor** está regulado legalmente para evitar cualquier abuso de poder o manipulación, ya que es difícil para un joven, cuya capacidad de discernimiento no está plenamente formada, defenderse de la influencia o la presión ejercida por adultos o compañeros. El marco jurídico suele imponer un límite de edad por debajo del cual se presume que el consentimiento no es válido: en Suiza, este límite está fijado en 16 años en el artículo 187, apartado 1, del Código Penal ("*comete un acto sexual con un menor de 16 años*"). Sin embargo, el derecho penal distingue entre las relaciones sexuales entre un adulto y un menor, y las relaciones entre menores en las que la diferencia de edad - o de madurez - es escasa⁴⁸. En este último caso, la protección es menos estricta, porque los actos potencialmente reprobables son cometidos por una persona en desarrollo sobre otra persona en situación similar⁴⁹. Por el contrario, el hecho de que la víctima sea menor de 12 años constituye una circunstancia agravante (apartado 1, ^{letra a}).

Para las personas con deficiencias, ya sean **discapacidades mentales, trastornos psicológicos o cualquier otra forma limitación que afecte su capacidad de tomar decisiones con conocimiento de causa**, la capacidad de consentimiento se considera igualmente limitada. La ley trata de encontrar un equilibrio entre el reconocimiento de su capacidad para vivir una vida afectiva e íntima y la necesidad de protegerles de los abusos. El consentimiento sólo se considera válido si se da con pleno conocimiento de causa, lo que implica una comprensión mínima de las implicaciones emocionales y físicas del acto sexual. Por lo tanto, cuando una persona sufre una discapacidad que merma su juicio o su capacidad de comprensión, el riesgo de abuso aumenta, y el consentimiento es difícil de establecer con certeza. En estos casos, el artículo 191 del Código Penal (**Actos sexuales cometidos sobre una persona incapaz de discernimiento o resistencia**) ya castigaba a las personas que se aprovechaban de la disminución de la capacidad de consentimiento o de la relación de dependencia de su víctima para obligarla a cometer o someterse a un acto sexual.

También se toma en consideración, cuando una persona aprovecha la situación de dependencia o de angustia en la que se encuentra la víctima para obtener su consentimiento con fines sexuales. En tales casos, la ley establece que el consentimiento no se ha dado libremente, incluso en ausencia de violencia o presión psicológica explícita, y castiga tales comportamientos mediante disposiciones

⁴⁸ Según el artículo 187, apartado 2, del Código Penal, "el acto no es punible si la diferencia de edad entre las partes no es superior a tres años"; el apartado 3 especifica que "si, en el momento del acto o del primer acto cometido, el autor era menor de 20 años y si concurren circunstancias especiales, la autoridad competente puede renunciar a la persecución, remitir al autor a los tribunales o imponer una pena".

⁴⁹ En este sentido, la nueva ley limita la represión de la distribución de pornografía a menores (artículo 187, números 8 y 8^{bis} del Código Penal).

específicas. A partir de ahora, estas situaciones estarán cubiertas por el artículo 193 (**Abuso de angustia o dependencia**) cuando la víctima sea mayor de edad y por el artículo 188 del Código Penal suizo (**Actos sexuales con personas dependientes**) cuando la víctima tenga al menos 16 años. Para las víctimas que aún no han alcanzado la mayoría de edad sexual, estos factores están cubiertos por el artículo 187 del Código Penal suizo, que presume la incapacidad para consentir validamente.

1.2. Ausencia de cualquier forma de coacción o presión

Con arreglo a la antigua ley, el consentimiento de la víctima **se determinaba o infería** sobre la base de la observación y evaluación de "signos externos evidentes y descifrables de oposición, como llanto, petición de que la dejen en paz, forcejeo, rechazo de los intentos de coacción o intento de huida"⁵⁰. En otras palabras, una negativa verbal aislada no era suficiente, a menos que fuera acompañada de resistencia física, para caracterizar la ausencia de consentimiento. **Así pues, una situación de negativa podía calificarse jurídicamente consentida.**

Así, la calificación de violación o coacción sexual se basaba no sólo en el no consentimiento, sino sobre todo en la demostración de una coacción explícita - física o psicológica - de tal intensidad que la víctima tuviera que resistirse al máximo de sus posibilidades para demostrar que su libertad había sido quebrantada por la fuerza o la violencia⁵¹. No siendo necesario que la víctima no estuviera en condiciones de resistirse o fuera maltratada⁵², esta definición restrictiva, que exigía la presencia de una violencia decisiva, excluía en consecuencia muchos casos de relaciones sexuales no consentidas de la calificación de violación con arreglo a la antigua versión del Código Penal suizo. En 2021, el Tribunal Federal⁵³ ya había flexibilizado sus criterios al reconocer que, incluso en ausencia de resistencia física, la oposición verbal de la víctima constituía un indicio claro de falta de consentimiento. En este caso, sin embargo, absolvió al acusado por posible ambigüedad en cuanto al consentimiento de la víctima.

Este requisito legal explícito suponía una pesada carga para la víctima, que a menudo se veía obligada a justificar que había hecho todo lo que estaba en sus manos para resistirse -con las posibles contradicciones que podían surgir del miedo a que no se condenara a su agresor-, aún en estado de shock, en el que cualquier reacción activa resulta imposible. Esto significaba que la parálisis psicológica, observada a menudo en las víctimas de violencia sexual, no siempre se reconocía como signo suficiente de falta de consentimiento. Sin embargo, el Tribunal Federal sí aceptó la existencia de una negativa implícita en ausencia de una reacción inmediata de la víctima, por ejemplo, si ésta lo

⁵⁰ [Tribunal Federal 7B_506/2023 de 28 de marzo de 2024](#), c. 3.1.3 y ref. cit.; [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3.

⁵¹ [Tribunal Federal 7B_506/2023 de 28 de marzo de 2024](#), c. 3.1.3 y ref. cit.; [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3; [ATF 122 IV 97](#), c. 2b. También se aceptó una situación de violencia cuando la víctima renunció a resistirse en un momento dado debido al estancamiento o al temor a una nueva escalada de la situación ([ATF 147 IV 409](#), co.o 5.5.3).

⁵² El Tribunal Federal ([ATF ATF 87 IV 66148 IV 234](#), c. 3.3; c. 1) aceptó que, dependiendo del grado de resistencia de la víctima o de la sorpresa o el miedo que sintiera, "*un esfuerzo meramente inusual por parte del autor*" podía obligarla a someterse contra su voluntad. Dependiendo de las circunstancias, "*una cantidad relativamente pequeña de fuerza*" podría ser suficiente. Por ejemplo, "*sujetar a la víctima con la fuerza de su cuerpo, tirarla al suelo, arrancarle la ropa o retorcerle el brazo a la espalda*" podría ser suficiente.

⁵³ [Sentencia TF 6B_367/2021 de 14 de diciembre de 2021](#).

había expresado previamente o si el efecto de la sorpresa no le había dejado tiempo para expresar su desacuerdo⁵⁴. En consecuencia, muchos casos fueron juzgados sin equidad, porque la ley no tuvo en cuenta el impacto de los mecanismos derivados del shock o del miedo extremo en la capacidad de la víctima para mostrar resistencia.

Afortunadamente, **el nuevo marco jurídico introduce una profunda transformación en el enfoque del consentimiento, convirtiéndolo en el pilar central de la protección de la integridad sexual.** Al adoptar el principio de "no significa no", el legislador resalta el valor de la autodeterminación individual, reconociendo que la ausencia de consentimiento es suficiente para que el acto sexual sea punible. A partir de ahora, un "no", ya sea expresado verbalmente, mediante gestos o de forma presunta, es suficiente para significar la ausencia de consentimiento, y debe respetarse de forma inequívoca.

2. Las dimensiones *afirmativas e inequívocas* del consentimiento

Como señalan JAQUIER y MONTAVON⁵⁵, el derecho penal suizo experimenta dificultades para incorporar una definición explícita del consentimiento, habitualmente restringida a la valoración de la resistencia física, lo que ocasiona ambigüedades en la calificación de las relaciones sexuales no consentidas. El nuevo marco jurídico apenas ha proporcionado mayores aclaraciones.

No obstante, si tenemos en cuenta la expectativa de la ley de proteger la integridad sexual y la autodeterminación, el consentimiento debe concebirse como un acuerdo **afirmativo**⁵⁶, inequívoco —exento de ambigüedad— y, por ende, claramente **perceptible para los demás**⁵⁷.

En este sentido, el consentimiento exigiría siempre **una manifestación positiva del deseo de continuar en cada etapa del acto, ya sea mediante declaraciones verbales explícitas, gestos entusiastas u otros signos que revelen un compromiso voluntario.** Cuando la expresión o los gestos de la persona no permiten discernir claramente un acuerdo, o si sus palabras parecen contradecir su comportamiento, debemos reconocer que no se cumplen los criterios objetivos de un consentimiento válido. En principio, el silencio o la ausencia de resistencia no bastan para legitimar

⁵⁴ [Sentencia TF 6S. 448/2004 de 3 de octubre de 2005](#), c. 1.2.4, 2.3.2 y 2.4.

⁵⁵ Jaquier / Montavon, p. 199.

⁵⁶ Las exigencias internacionales (véase [Rapport explicatif – STCE 2010 – Violence à l’égard des femmes et violence domestique](#), §191 à 193), establecidas especialmente en el Convenio de Estambul, disponen que el consentimiento debe ser afirmativo y que la sola ausencia de consentimiento basta para constituir un delito, con independencia de la reacción de la víctima frente al agresor.

⁵⁷ Nos adherimos a la postura adoptada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Federal (cf. en particular STRATENWERTH / BOMMER, par. 10 n° 24; SCHEIDEGGER, n° 65; así como JAQUIER / MONTAVON, p. 180, y PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 20), que considera que, en derecho penal, el consentimiento debe ser perceptible externamente (*Erklärungstheorie*) y no puede limitarse a un fenómeno meramente interno (*Willensrichtungstheorie*), tal como sostiene, entre otros, JAKOBS (p. 245). La primera teoría concuerda plenamente con la idea de que toda ambigüedad debe interpretarse como una negativa implícita (y no como un consentimiento implícito).

un acto sexual⁵⁸, pero la jurisprudencia del Tribunal Federal frente a las antiguas disposiciones de derecho⁵⁹ y ciertas legislaciones extranjeras⁶⁰ reconoce que el consentimiento libre puede deducirse de forma implícita según el contexto.

Como expondremos posteriormente, el consentimiento implícito solo debería admitirse con carácter estrictamente excepcional. En efecto, la ausencia de una afirmación inequívoca y perceptible de consentimiento equivale objetivamente a una situación de no consentimiento. Así, cuando una persona responde activamente a las caricias de su pareja — por ejemplo, devolviendo las caricias, iniciando gestos o expresando verbalmente su deseo —, el consentimiento apreciable es claramente afirmativo y carece de ambigüedad. Por el contrario, si una persona no demuestra reacción alguna cuando se le empieza a besar o no participa activamente en los gestos de afecto, su silencio y falta de reacción física no pueden interpretarse como una actitud conforme al consentimiento válido. A excepción de la disipación de la ambigüedad o que la persona interesada explique el motivo de su actitud pasiva, la pareja debe considerar esa falta de compromiso como la expresión de una negativa implícita y no como una tolerancia o un acuerdo tácito..

En esta perspectiva, **no basta constatar la ausencia de un rechazo expreso ni interpretar un comportamiento o inacción como manifestación de un consentimiento implícito para descartar la aplicación del derecho penal**. El consentimiento puede ser inválido, con independencia de la percepción del autor. El hecho de que el consentimiento o su ausencia sea perceptible solo reviste interés jurídico para determinar la intención delictiva, es decir, para analizar la conciencia de la relación consensual o no consensual y la voluntad de respetar o eludir la decisión de la pareja.

A partir del primero de julio de 2024, los artículos 189 y 190 del CP (en sus primeros párrafos) reconocen la existencia de situaciones no consensuales en las que la víctima no está en condiciones de negarse explícitamente. Estas nuevas disposiciones asimilan **el estado de estupor a una forma**

⁵⁸ Por ejemplo, el modelo canadiense de «*consentimiento afirmativo*», instaurado ya en 1993, exige que cada una de las partes comunique de forma clara, mediante comportamiento verbal o no verbal, su permiso para llevar a cabo una actividad sexual específica. Según la Corte Suprema de Canadá, el consentimiento no puede ser implícito y, en ningún caso, un rechazo debe interpretarse como una invitación a adoptar un enfoque más insistente o agresivo. Asimismo, la norma penal canadiense dispone que el acusado adopte, según las circunstancias, todas las medidas razonables necesarias para asegurarse del consentimiento expreso de la otra persona, excluyendo cualquier defensa basada en un error sobre el consentimiento, en particular en casos de pasividad, silencio o ambigüedad de la víctima (cf. K. Barranco, «Canadian Sexual Assault Laws: A Model for Affirmative Consent on College Campuses?», *Mich St Int'l L Rev* 2016, pp. 801 ss; M. Randall, *The Treatment of Consent in Canadian Sexual Assault Law, The Quality Effect*, Toronto 2011).

⁵⁹ Sentencia del [TF 6B 894/2021](#), c. 2.4.3 y ss., sobre el consentimiento implícito de la víctima apreciado *in dubio pro reo*.

⁶⁰ Véase A ISDC, [sexuelle Übergriffe](#), p. 14 y s.. Según el derecho penal alemán, el consentimiento puede ser implícito en la mayoría de los casos, salvo si existe un indicio objetivo de no consentimiento, de conformidad con el principio «*nein heisst nein*». En cambio, el derecho penal sueco exige que la voluntad de participar en un acto sexual se exprese antes de que pueda considerarse un consentimiento válido. No obstante, dicha voluntad puede manifestarse de manera implícita, lo que limita la aplicación estricta del principio «*ja heisst ja*». El derecho sueco reconoce así la importancia del consentimiento tácito en su concepción jurídica. Por su parte, el derecho penal austríaco trata el silencio de otro modo. Conforme a su normativa, el no consentimiento debe manifestarse de manera explícita: el principio «*nein heisst nein*» no impone al autor deducir un rechazo que no se haya expresado de forma clara —verbal o físicamente—.

de expresión implícita de la falta de consentimiento: cuando una víctima se ve paralizada por el miedo e incapaz de expresar su negativa o defenderse, el autor del acto puede ser considerado responsable de violación o de agresión sexual si se aprovecha de ese estado de conmoción⁶¹. El reconocimiento legal⁶² de los efectos del estado de estupor en la capacidad de una víctima para manifestar su rechazo constituye un avance significativo en la protección de los derechos de las víctimas de agresiones sexuales, al hacer más explícita la consideración de las reacciones de parálisis e inmovilidad en la evaluación de los hechos.

3. Las dimensiones *evolutivas y reversibles* del consentimiento

El consentimiento a un acto de índole sexual debe **ser continuo y no estático en el tiempo**, por lo que resulta necesario tener en cuenta **sus dimensiones evolutiva y reversible**: el consentimiento nunca se da de una vez por todas y puede modificarse de manera positiva o negativa según el momento y las circunstancias (por ejemplo, si ya no se cumplen las condiciones pactadas). Cada persona conserva en todo momento el derecho de retirarlo, incluso si el acto sexual ya ha comenzado. Una vez revocado el consentimiento, la otra parte debe detener inmediatamente toda actividad. La continuación del acto tras la retirada del consentimiento constituye, por tanto, una vulneración de los derechos fundamentales de la víctima y pasa a ser ilegal.

Un ejemplo ilustrativo se da cuando dos personas están inmersas en un acto íntimo inicialmente consensuado y una de ellas expresa verbalmente su deseo de detenerse: «*Ya no me siento a gusto, quiero parar*». Aunque hasta ese momento el consentimiento estuviera vigente, esa afirmación explícita revoca el consentimiento, y cualquier continuación del acto deviene una infracción. El autor está obligado en tal caso a acatar de inmediato ese retiro del consentimiento.

La interpretación de las nuevas disposiciones penales pone de manifiesto la importancia del carácter evolutivo y condicionado del consentimiento: **que un acto haya sido aceptado al inicio no implica que ese consentimiento siga siendo válido a lo largo de toda la interacción. Cualquier vacilación, muestra de malestar o rechazo expreso debe respetarse de inmediato, obligando a la otra parte a detener sin demora toda acción.** El consentimiento es una afirmación que requiere una valoración y validación constantes, y es precisamente ese carácter dinámico el que garantiza y protege de manera efectiva la autodeterminación de cada persona involucrada.

4. Las dimensiones *dinámicas y condicionadas* del consentimiento

La expresión del consentimiento se encuadra en **una dinámica de comunicación a menudo propia de las partes involucradas**. En efecto, la forma en que se expresa — bien mediante la palabra o mediante gestos — depende de las circunstancias y de las interacciones específicas entre quienes participan. Por lo tanto, las precauciones que deben tomarse para prevenir un posible rechazo y la modalidad del consentimiento varían en función del contexto: parejas jóvenes e inexpertas, personas

⁶¹ [FF 2022 687](#) [pp. 33]; PERRIER DEPEURSINGE / ARNAL, p. 34 s.

⁶² En la sentencia del [TF 6B 59/2021 de 12 de noviembre de 2021](#), c. 2.3. y ss., el Tribunal Federal ya había admitido la existencia de un estado de estupor en la víctima — sorprendida por un allegado — frente a actos de carácter sexual (en el caso, masturbación).

que participan en relaciones de intercambio («swingers»)⁶³ o que practican el sadomasoquismo⁶⁴, por ejemplo, puede que no apliquen los mismos criterios.

Del mismo modo, factores externos, como creencias religiosas, contactos previos, el consumo de sustancias que inhiben la vergüenza o la evolución del entorno en el que se produce el acto, pueden incidir en la dinámica entre las partes. Asimismo, el consentimiento no puede considerarse como un acuerdo global o implícito para todas las prácticas sexuales; siempre es condicional y se limita a actos puntuales, de modo que toda ampliación más allá de ese acuerdo exige un consentimiento explícitamente renovado.

Por ejemplo, el retiro no consentido del preservativo (o «stealthing»)⁶⁵, o la omisión deliberada de usarlo durante relaciones sexuales consentidas, cuando «a la víctima le importa esa condición y el autor aparenta estar de acuerdo», constituye «un comportamiento contrario al acuerdo establecido y directamente relacionado con las modalidades del acto sexual»⁶⁶. Dependiendo de si se produce o no penetración del cuerpo tras dicho retiro u omisión (relación sexual o actos análogos, eyacuación sobre una parte del cuerpo, etc.), estas acciones pueden tipificarse como una agresión sexual o violación.

Además, la aceptación de una relación sexual (vaginal) entre dos personas no puede interpretarse como el consentimiento a toda práctica de índole sexual (sexo oral, sodomía, uso de juguetes sexuales, etc.) con esa pareja o con otras personas. Cada práctica o modalidad requiere un consentimiento válido y renovado, y cualquier condición o limitación manifestada por la persona involucrada debe ser respetada escrupulosamente. El legislador lo recuerda con el nuevo artículo 197a del Código Penal suizo⁶⁷, relativo a la creación y difusión de contenidos íntimos más allá del círculo de personas amparadas por el consentimiento inicial.

⁶³ En las relaciones de “intercambio de parejas”, además de lo antes señalado, el consentimiento puede abarcar intercambios sexuales con terceros, normalmente en un marco definido por reglas claras (por ejemplo, ninguna relación al margen de la presencia o del acuerdo de la pareja).

⁶⁴ Las prácticas BDSM suelen basarse en «contratos» o acuerdos explícitos que definen los límites, los roles y las prácticas permitidas. Cualquier transgresión de esos límites constituye una violación del consentimiento. Asimismo, pese a la naturaleza de las interacciones BDSM, las prácticas autorizadas no pueden traspasar el marco legal: no se considera válido el consentimiento a causar lesiones corporales graves o a llevar a cabo prácticas que conlleven un peligro inminente de muerte (por ejemplo, estrangulamiento hasta la pérdida del conocimiento). Este planteamiento protege la integridad y la autonomía de los participantes en sus relaciones íntimas. Véase TEDH, sentencia del 19 febrero 1997, [affaire Laskey Jaggard et Brown c. Royaume-Uni](#), nº 21627/93 et 21974/93, y del 17 febrero 2005., nº 42758/98 et 45558/99, par. 85; [ATF 114 IV 100](#) c. 4; [Sentencia de la Cour d’appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois 501 2023 86 de 25 marzo 2023](#).

⁶⁵ [FF 2022 687](#), [pp. 32] sobre el *stealthing*; Véase ProCoRe, [Rapport communautaire sur les expériences de violences vécues par des travailleurs du sexe en Suisse](#), 2024, p. 5 : 70% de los trabajadores sexuales han sido víctimas de *stealthing*.

⁶⁶ [ATF 148 IV 329](#) c. 5.

⁶⁷ El acuerdo para crear y compartir imágenes o vídeos íntimos está estrictamente condicionado a un uso privado, existiendo una prohibición tácita de publicarlos o transmitirlos a terceros. Dicha prohibición puede levantarse si la persona interesada renueva su consentimiento para ese nuevo acto, y si el destinatario está de acuerdo de recibir el contenido de índole sexual.

5. La exclusión de la dimensión *cultural* del consentimiento

Cuando se trate de evaluar objetivamente el consentimiento o la negativa de una víctima, **la percepción subjetiva del autor, moldeada por factores culturales o sociales, no debe tenerse en cuenta en el análisis objetivo** (aprehensión externa del acto) **de la existencia misma del consentimiento**. Dichos elementos solo deben considerarse al apreciar la conciencia de los hechos (aprehensión interna del acto) y, en su caso, para graduar la pena de acuerdo con la culpabilidad, al igual que otros factores culturales en el derecho penal.

Existen estudios que demuestran que los estereotipos persistentes — a menudo amplificadas por la pornografía o el uso de nuevas tecnologías — distorsionan la percepción o comprensión del consentimiento. Por ejemplo, una encuesta realizada en Suiza en 2022 por gfs.Bern⁶⁸ revela que, en lo relativo a la verificación del consentimiento en las relaciones sexuales, el 47 % de los hombres y el 53 % de las mujeres siempre se aseguran de que su pareja esté de acuerdo, mientras que un porcentaje significativo considera que pedir el consentimiento no es romántico o experimenta dificultades para interpretar adecuadamente las señales de la otra persona. Asimismo, la cuestión de si el silencio puede interpretarse como consentimiento provoca opiniones dispares según el género. Dicha divergencia da cuenta del impacto negativo de los estereotipos en la comunicación sexual: muchas mujeres afirman decir «sí» por presión o por temor al rechazo, cuando en realidad querrían negarse.

Por razones de seguridad jurídica, los criterios que determinan un consentimiento válido, así como la ausencia del mismo («no consentimiento» según los términos de la ley penal), deben establecerse de manera objetiva, y los tribunales no deben apartarse de dichos criterios.

C. Vicio del consentimiento y reparación

1. El derecho contractual como fundamento del análisis

En el derecho contractual, un consentimiento se considera viciado cuando concurre alguno de los siguientes supuestos: existe un error esencial (artículos 23 a 27 del Código de Obligaciones; citado : CO), cuando una parte se obliga basándose en una representación errónea de un elemento fundamental del contrato⁶⁹; dolo (artículo 28 CO), cuando una parte es deliberadamente engañada por la otra⁷⁰; o temor fundado (artículos 29 y 30 CO), cuando una parte consiente bajo coacción o presión⁷¹.

En tales casos, el contrato puede anularse si la parte perjudicada actúa en los plazos previstos (generalmente, un año tras descubrir el vicio). Esta perspectiva debe inspirar el derecho penal sexual, invitando a considerar que **la falta de un consentimiento acorde con los requisitos legales equivale a un vicio del consentimiento y, por tanto, constituye una forma de no consentimiento**.

⁶⁸ GFS Berne, *Bevölkerung*.

⁶⁹ CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI, art. 23/24 CO n° 1 ss.

⁷⁰ CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI art. 28 CO n° 1 ss.

⁷¹ CR CO I-SCHMIDLIN / CAMPI, art. 29/30 CO n°s 1 ss.

Sin embargo, a diferencia del derecho penal, el derecho contractual suizo establece mecanismos para «reparar» estos vicios. En este sentido, el artículo 31 CO autoriza la validación retroactiva de acuerdos inicialmente afectados por un vicio, siempre que las partes corrijan dichos vicios –por ejemplo, aclarando los malentendidos o suprimiendo la presión–, de modo que el contrato pueda mantenerse, garantizando así la preservación de las relaciones contractuales y el equilibrio de las voluntades.

2. La exclusión de la reparación del consentimiento en el derecho penal sexual

El derecho penal no admite la reparación del consentimiento una vez consumado el acto de carácter sexual, debido a la naturaleza particular de los intereses jurídicos protegidos: mientras que el derecho contractual persigue la seguridad jurídica y la preservación de las relaciones económicas, en las infracciones sexuales se protege la autodeterminación sexual, así como la integridad física y psicológica de la persona, bienes cuyo menoscabo **no puede «repararse» tras consumarse un acto sin consentimiento.**

Por consiguiente, cualquier aclaración o comunicación encaminada a corregir un vicio del consentimiento debe producirse antes del acto. Subsiste una zona de incertidumbre cuando la ausencia inicial de consentimiento se origina en una incapacidad temporal y, posteriormente, la persona afectada expresa un acuerdo con carácter retrospectivo. No obstante, incluso si la intención de la pareja no era ignorar el rechazo, el acto sigue siendo problemático si el consentimiento estaba viciado o ausente en el momento de los hechos, y debería analizarse entonces bajo la perspectiva del error de hecho.

En el derecho penal sexual, resulta esencial mantener un criterio estricto para evitar cualquier normalización de actos sexuales no consentidos, reconociendo, no obstante, que es posible «reparar» el vicio antes de la consumación, por ejemplo, en el ámbito de la tentativa. A diferencia del derecho contractual, cuyo objetivo es mantener el acuerdo entre las partes, el derecho penal sexual impone límites estrictos que garanticen la autonomía y la dignidad de las personas en materia sexual.

III. La aplicación del principio «¡no es no!»

En cuanto al plano subjetivo, las agresiones a la integridad sexual se tipifican como infracciones intencionales, que requieren, por ejemplo, que el autor sea consciente de que la víctima no consiente o no acepta esa posibilidad⁷².

Según la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo⁷³, **la existencia de una voluntad de ignorar el consentimiento de la víctima exige valorar conjuntamente elementos objetivos y subjetivos:** la intención – o, en sentido contrario, su ausencia – «*se deduce de un análisis de las circunstancias que permiten, sobre la base de los elementos externos, inferir la disposición interna del autor*». Por ejemplo, en el contexto de la coacción en materia sexual, puede deducirse la intención del hecho de

⁷² ATF 148 IV 234, c. 3.4 y ref. cit..

⁷³ Sentencia del [TF 7B_506/2023 de 28 de marzo de 2024](#), c. 3.1.4 y ref. cit.; [ATF 148 IV 234](#) c. 3.3; [ATF 142 IV 137](#), c. 12; [ATF 141 IV 369](#) c. 6.3.

que la víctima muestre de forma evidente y legible su oposición –llantos, peticiones explícitas de que la dejen en paz, intentos de huida o gestos de resistencia–, que deben interpretarse como la falta de un consentimiento efectivo.

No obstante, el hecho de que el autor no fuera consciente de transgredir la voluntad de la víctima, porque el rechazo no era perceptible⁷⁴, no implica que, jurídicamente, deba admitirse el carácter consensuado del acto. Aunque los tribunales tienden a confundir estos dos aspectos del análisis de la tipicidad de una infracción (el comportamiento de la víctima puede ser decisivo para establecer la intención delictiva), la falta de intención delictiva no equivale a la inexistencia de un rechazo. El nuevo marco legal lo recalca, sobre todo con la introducción del estado de conmoción (o de estupor o parálisis emocional) como elemento implícito y con frecuencia poco perceptible de la ausencia de consentimiento.

A. El régimen matizado del derecho penal suizo

Como se ha mencionado, el debate sobre la mejor manera de definir el consentimiento ocupó un lugar central en esta reforma. El legislador suizo⁷⁵ optó por **un modelo matizado del principio de «¡no es no!»**, que se basa en la falta de un consentimiento claro para calificar la infracción⁷⁶. Uno de los retos de esta reforma consiste, por tanto, en la interpretación que los tribunales hagan del rechazo.

El régimen ordinario del «no» se basa en la idea de que toda manifestación explícita de rechazo convierte un acto de carácter sexual en ilegal y, conforme a la intensidad exigida por la ley, la ausencia de un «no» claro y perceptible puede interpretarse como un consentimiento implícito. Este modelo se diferencia así del principio «¡sí es sí!», adoptado, entre otros, por ciertos países europeos⁷⁷, donde se exige un consentimiento afirmativo en cada etapa del acto sexual, lo cual suscita debates jurisprudenciales centrados en la interpretación del consentimiento implícito en la intimidad de la pareja. Estas dos aproximaciones, aunque comparten el objetivo común de proteger la integridad y la autodeterminación sexual, difieren en su aplicación práctica y en la carga que imponen, respectivamente, a la víctima y al autor para establecer o debatir la licitud del acto.

En Suiza, **los artículos 189 y 190 CP cristalizan una forma graduada del régimen del «no», que tiene en cuenta las situaciones en las que la víctima no puede expresar un rechazo explícito**⁷⁸.

No cabe duda de que, en lo que respecta a la prevención general, el mensaje que transmite el «¡sí es sí!» resulta más contundente, pero el régimen instaurado en Suiza reviste un interés particular, pues recuerda a todas las personas que la falta de consentimiento no siempre se manifiesta con llantos o forcejeos, y se caracteriza por la ausencia de al menos uno de los elementos requeridos para un consentimiento válido.

⁷⁴ ATF 148 IV 234 c. 3.6 : « Es posible que la causa de dicha pasividad residiera en un estado de terror que invadió a la joven, acompañado de un mecanismo de disociación. Sin embargo, el acusado no tenía motivos para ser consciente de ello » (trad.).

⁷⁵ FF 2022 687, [p. 2]

⁷⁶ Esta opción difiere del principio de «Sí es sí», que requiere un consentimiento afirmativo explícito.

⁷⁷ Sobre el ejemplo de España : : GODEL / RODRÍGUEZ SÁCHEZ.

⁷⁸ La consideración del estado de conmoción fue defendida tanto por los partidarios del «sí» como del «no». Véanse OFJ, *Rapport*, p. 13.

La zona gris entre el Sí y el No explícitos



B. Primera hipótesis : El rechazo explícito o el estado de conmoción

La aplicación estricta del principio «¡no es no!» (en referencia al régimen ordinario) se basa en **una interpretación restringida de la ausencia de consentimiento, limitada al rechazo explícito y a las situaciones en las que la víctima sufre un estado que imposibilita cualquier manifestación clara.**

Este enfoque, defendido por el Consejo Federal⁷⁹, convierte la expresión clara de rechazo en un requisito esencial, dejando escaso margen para tener en cuenta ambigüedades o conductas implícitas. En otras palabras, si la víctima no manifestó verbal o físicamente su oposición, cabe considerar que el acto fue consentido (puesto que no existió un acto «contra la voluntad de la persona»), salvo que existan pruebas suficientes de un estado de parálisis psicológica (o de conmoción).

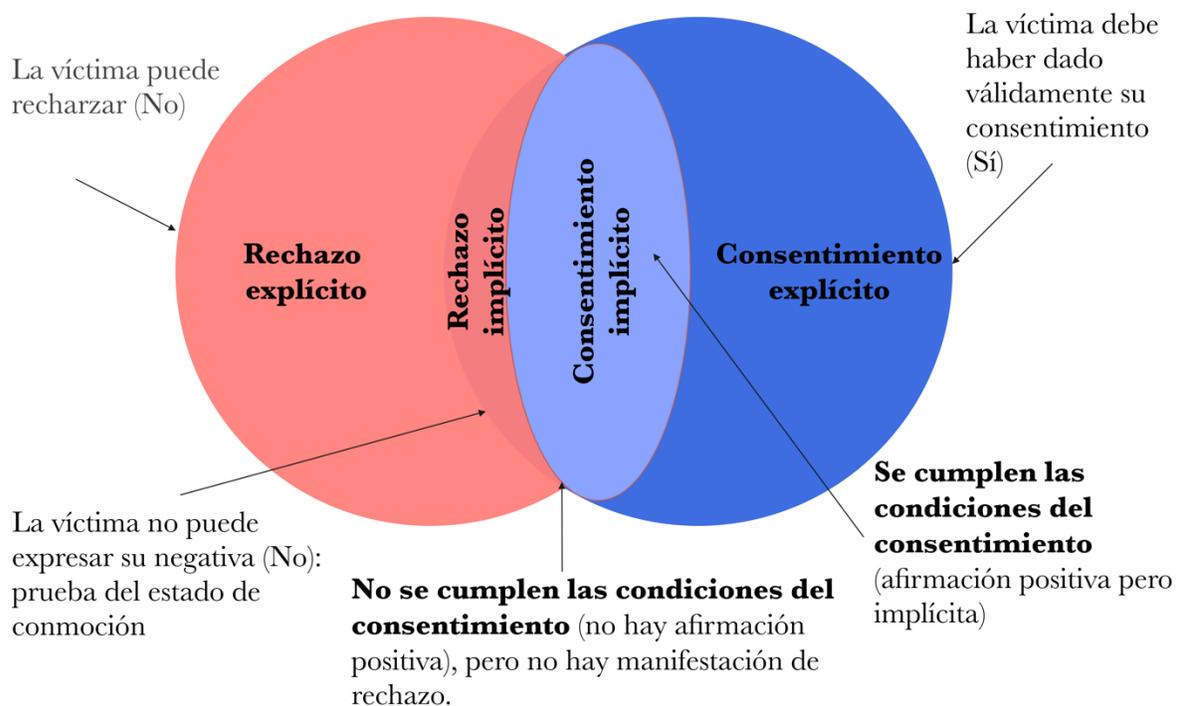
Este razonamiento empuja a los tribunales a pronunciarse sobre zonas grises, especialmente aquellas en las que el consentimiento se presume implícito, no se interpreta bien o se discute. Por ejemplo, en una situación en la que la víctima no haya manifestado activamente un «no», pero haya mostrado signos de malestar o reticencia, dicha aproximación podría llevar a negar el rechazo, aunque fuera

⁷⁹ [FF 2022 1011](#), [p. 3]

perceptible. Esto implica, asimismo, que las víctimas deban (una vez más) aportar pruebas claras de su oposición, algo a menudo complejo y contrario, precisamente cuando la reforma pretendía aligerar la carga de las víctimas en los procedimientos judiciales.

Además, el énfasis en el estado de conmoción como única excepción a la exigencia de un rechazo explícito coloca a las víctimas en una situación delicada. No solo deben demostrar que no estaban en condiciones de manifestar su rechazo, sino que arriesgan a que se ponga en duda su credibilidad si su comportamiento no corresponde con la idea preconcebida de «parálisis». Esta focalización en el estado de conmoción alimenta el riesgo de que los testimonios se adapten y los hechos se exageren para convencer a los tribunales.

Presunción de consentimiento en ausencia de rechazo manifiesto o estado de conmoción



Esta aplicación estricta del principio «¡no es no!» se diferencia claramente del modelo «¡sí es sí!», pues no exige al autor que verifique de forma activa el consentimiento afirmativo de la otra persona. Se basa en la idea de que, mientras no haya una manifestación de rechazo explícita, puede presumirse un consentimiento tácito. En consecuencia, el autor queda fuera del ámbito penal en ausencia de signos claros de negativa, o si no se puede demostrar que se aprovechó del estado de conmoción de la víctima. Esta posición no soluciona las múltiples situaciones ambiguas, en las que los tribunales no podrán reconocer – al menos desde la tipicidad objetiva – la existencia de un rechazo.

Tal enfoque, que no contradice el tenor literal de la ley (la cual menciona «*en contra de la voluntad de una persona*» sin precisar si la víctima debe haberse expresado), presenta carencias importantes en cuanto a la protección de las víctimas. Al centrar casi exclusivamente en la víctima la carga de expresar el rechazo, deja un amplio margen a la interpretación subjetiva, aumentando el riesgo de que actos no consentidos queden impunes, incluso si el autor decide ignorar el rechazo. Dicha

interpretación también incrementa la presión sobre la víctima durante el proceso judicial, al verse obligada a justificar la falta de rechazo explícito en circunstancias a menudo traumáticas. Sin embargo, la denuncia y las declaraciones de la víctima constituyen en sí mismas una prueba –cuyo valor probatorio debe, por supuesto, evaluarse– de un acto contrario a la ley. Solo deberían ponerse en entredicho sobre la base de constataciones o declaraciones suficientemente convincentes que desvirtúen este hecho. Esto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que la ley reconoce que la voluntad contraria (o la ausencia de consentimiento en un acto de índole sexual) podría no haberse expresado. Cabe preguntarse cómo el autor o el tribunal podrían admitir la voluntad interna de la víctima si dicha voluntad no ha sido manifestada externamente.

C. Segunda hipótesis : El rechazo como ausencia de un consentimiento válido

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Federal⁸⁰, las declaraciones de la víctima constituyen un medio probatorio que no puede descartarse en la evaluación global del caso, salvo en situaciones excepcionales donde sea imprescindible un peritaje de credibilidad⁸¹. En este sentido, las declaraciones de la víctima representan el principal elemento de cargo y, cuando se enfrentan a la versión contradictoria del acusado, no obligan al tribunal a pronunciar sistemáticamente una absolución *in dubio pro reo*.

A nuestro juicio, la admisión de un «no silencioso» favorece una aplicación más acorde con el principio «¡no es no!». Basándose en el núcleo intangible de protección de las nuevas normas en materia sexual (interpretación teleológica), toda palabra o gesto que no cumpla estrictamente los requisitos del consentimiento válido (véanse II.) debe interpretarse como una forma de rechazo. Esto significa que no se requiere que la víctima resista físicamente o se exprese verbalmente para que su negativa pueda constatarse objetivamente, sin imponer, no obstante, al autor la obligación de indagar explícitamente el consentimiento de la misma –tal como habría exigido el principio «¡sí es sí!».

Una lectura literal de la ley distinta a la planteada anteriormente confirma que las normas no fundamentan la punición de los actos en la inexistencia de un consentimiento claro e inequívoco (la persona no debía haber actuado «en contra de la voluntad expresada o manifestada» de la víctima). Este criterio, más idóneo para reforzar la protección de las víctimas, también concuerda con la intención del legislador, evidenciada por la incorporación del estado de conmoción (interpretación subjetiva o histórica), la inclusión de nuevas infracciones que exigen garantizar la continuidad del consentimiento (art. 197a CP) o que recuerdan su carácter limitado o condicional (art. 193a CP).

De este modo, la punición de una agresión sexual no se basa exclusivamente en el reconocimiento estricto de un rechazo explícito o en la prueba de un estado de conmoción⁸², sino en la ausencia de

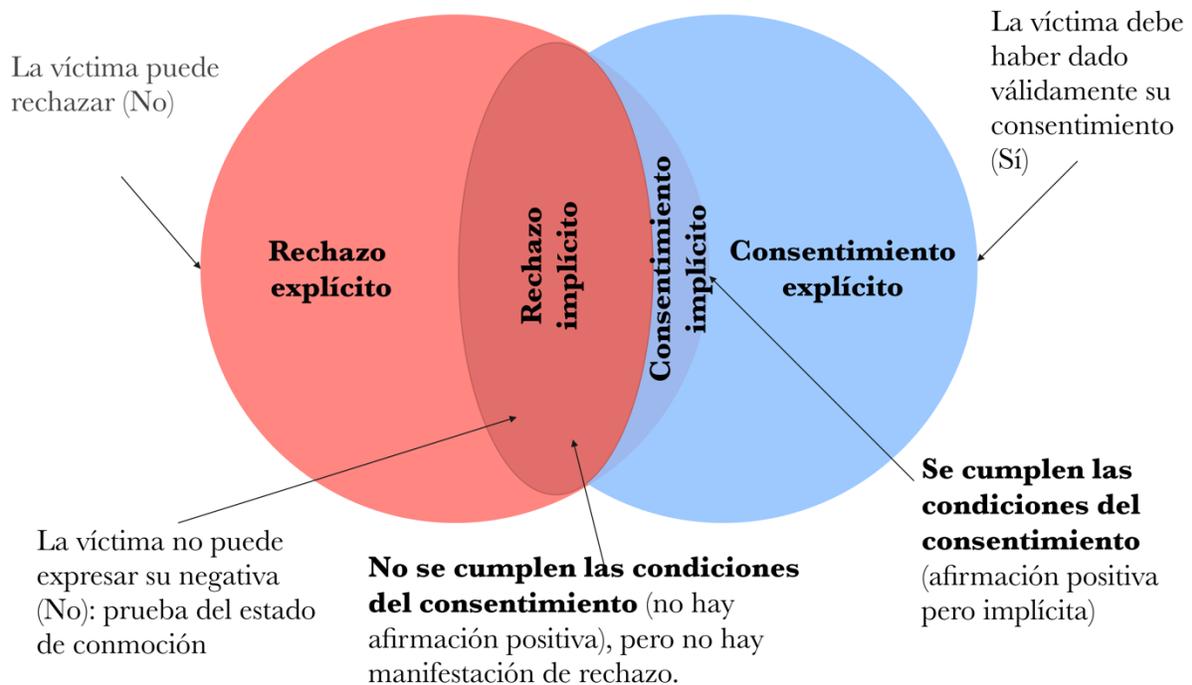
⁸⁰ Sentencia del [TF 6B 894/2021 de 28 de marzo de 2022](#), c. 2.3 y ref. cit.; [ATF 137 IV 122](#) c. 3.3; sentencias del [TF 6B 1189/2021 de 16 de febrero de 2022](#), c. 3.3; sentencia del [TF 6B 802/2021 de 10 de febrero de 2022](#), c. 1.1; sentencia del [TF 6B 880/2021](#), c. 1.1; sentencia del [TF 6B 1189/2021 de 16 de febrero de 2022](#), c. 3.3.

⁸¹ [ATF 129 IV 179](#), c. 2.4

⁸² En el proceso penal, la existencia del estado de conmoción se determina valorando diversos medios de prueba, como los testimonios de la víctima o las declaraciones del autor, los peritajes psicológicos o psiquiátricos y la conducta observada antes, durante y después de los hechos. Las audiencias son esenciales para describir el

un consentimiento válido de forma amplia de la víctima⁸³. Dicho de otro modo, todo acto «en contra de la voluntad de una persona» debería objetivamente asimilarse a un rechazo, con independencia de que este sea explícito o implícito. Así, algunos podrían pensar que el consentimiento implícito se da siempre cuando dos personas se muestran afecto en un ámbito privado y una de ellas inicia una actividad sexual. Sin embargo, aun en una pareja donde haya gestos de ternura, es imprescindible verificar que no existe negativa por parte de la otra persona, tanto antes como durante el acto. Ignorar la presencia de un rechazo implícito y preferir sostener la existencia de un consentimiento implícito deja demasiado margen a la interpretación subjetiva. Resultando en el consiguiente aumento del riesgo de malentendidos o interpretaciones erróneas de las señales de la otra persona, lo que incrementa la posibilidad de conductas potencialmente ilícitas.

El no consentimiento como ausencia de consentimiento válido



Defendemos, por tanto, la interpretación propuesta en esta segunda hipótesis, la cual se aviene a la noción de consentimiento que legitima un acto típico (causa de justificación supralegal): si el

estado de estupor o de bloqueo mental, mientras que la pericia médica puede corroborar tal estado explicando los mecanismos psicológicos de choque ante una situación percibida como traumática. Los indicios contextuales, como la ausencia de reacción frente a la agresión, la imposibilidad de oponer resistencia o la falta de huida, también pueden interpretarse como signos probatorios de un estado de parálisis.

⁸³ Según el derecho internacional (Cf. [Rapport explicatif – STCE 2010 – Violence à l’égard des femmes et violence domestique](#), §191 à 193) el consentimiento debe ser afirmativo, de modo que constatar su ausencia basta para constituir un delito, independientemente de la conducta de la víctima frente al agresor.

consentimiento no es libre, expreso y esclarecido, no puede presumirse, salvo que sea en beneficio de la persona interesada⁸⁴.

Este planteamiento permitiría contemplar mejor las múltiples situaciones en las que la víctima, por miedo, coacción psicológica (por ejemplo, dominación psicológica), desequilibrio de poder o inseguridad, se ve claramente incapacitada para expresar con claridad su desacuerdo. En estos contextos, el silencio prolongado, la falta de reacción o una actitud pasiva no pueden interpretarse como signos de un consentimiento tácito, sino más bien como indicios de un rechazo efectivo⁸⁵.

Al reconocer que la ausencia de un consentimiento válido constituye una situación de rechazo (implícito o explícito) comprendida por la ley («*en contra de la voluntad de la persona*»), los tribunales reducirían el riesgo de malentendidos o abusos derivados de una lectura errónea de las señales no verbales o tendenciosa de la ley.. Incluso en los casos de absolución debida a la presunta falta de conciencia del acusado, las sentencias transmitirían el mensaje de que, en situación de un posible rechazo, corresponde a la otra persona asegurarse de la verdadera voluntad del supuesto autor, mediante preguntas abiertas o verificaciones explícitas, so pena de verse objetivamente acusada de agresión o abuso sexual. Por ejemplo, una persona que pronuncia un «sí» pero muestra, a través de su lenguaje corporal – rigidez, evitación de la mirada, malestar visible –, un claro desasosiego, no puede considerarse que haya prestado un consentimiento afirmativo. Asimismo, en caso de pasividad, es razonable exigir que cualquiera de las partes se preocupe de comprobar activamente el consentimiento de su pareja.

IV. Algunas problemáticas procesales

A. La carga de la prueba de las partes

En el ámbito penal, la fiscalía asume la carga de demostrar, más allá de toda duda razonable, la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Sin embargo, en las infracciones sexuales que ocurren en un entorno privado, el procedimiento suele limitarse a un careo entre la víctima y el presunto autor, donde las pruebas materiales no siempre están disponibles.

En este contexto complejo y cargado de emotividad, la carga de la prueba recae inevitablemente en ambas partes: la víctima debe aportar elementos que acrediten la ausencia de consentimiento, sea este explícito o implícito, mientras que el acusado se ve obligado a justificar su interpretación de la situación o a demostrar su convicción acerca de la existencia de un consentimiento.

⁸⁴ HURTADO POZO / GODEL, p. 380 ss.

⁸⁵ Véase Avis du Comité des Ministres relevé par la CourEDH dans l'arrêt [M.C. c. Bulgarie](#) (39272/98), párr. 162: «*Los Estados miembros del Consejo de Europa han reconocido, a través del Comité de Ministros, la necesidad de sancionar los actos sexuales no consentidos, incluidos "los casos en que la víctima no muestre signos de resistencia"*».

1. La prueba del consentimiento válido y de su ausencia

La aplicación del principio «¡no es no!» plantea grandes retos en cuanto a la carga de la prueba. Aunque teóricamente este principio refuerza la protección de las víctimas al admitir diversas formas de rechazo, no resuelve las dificultades prácticas a la hora de demostrar la falta de consentimiento.

En efecto, las dinámicas íntimas, a menudo basadas en apreciaciones subjetivas, hacen extremadamente compleja la tarea de probar la presencia o ausencia de consentimiento. Cuando el consentimiento se basa en hábitos relacionales o se expresa a través de señales no verbales, suele corresponder a la víctima demostrar que manifestó suficientemente su oposición. Pero, al mismo tiempo, incumbe al acusado explicar de qué manera se cercioró de la voluntad de la otra persona.

Para aliviar el impacto de la carga de la prueba sobre las víctimas – uno de los objetivos de la reforma de 2024 –, la interpretación del principio «¡no es no!» debe fundarse en criterios claros y comprensibles. En este sentido, considerar que toda situación ambigua, en la que no se demuestre un consentimiento válido, implica que la persona actuó «en contra de la voluntad» de la víctima, podría aligerar esta carga para la parte denunciante. El proceso se centraría entonces en los aspectos subjetivos de la infracción, es decir, en la conciencia y la voluntad del acusado.

2. La evaluación del estado de conmoción

El estado de conmoción o de parálisis emocional (“freezing”⁸⁶, catalepsia o inmovilidad tónica) es una reacción psicofisiológica observada en situaciones de amenaza intensa, entre ellas la agresión sexual o el temor extremo en un contexto íntimo. Se traduce en una incapacidad temporal de moverse o reaccionar ante un peligro, generando desconcierto tanto en la víctima como en quienes la rodean.

Los grados⁸⁷ varían en intensidad (baja, moderado o grave) y se explican por mecanismos tanto fisiológicos como psicológicos:

1. **El estado de conmoción leve** consiste en la incapacidad parcial de moverse o reaccionar, aún cuando la persona mantiene conciencia de la situación. Suele aparecer cuando el peligro se percibe como inminente pero la víctima conserva cierto control cognitivo. La respuesta está asociada a la activación del sistema nervioso simpático, que prepara el cuerpo para posibles reacciones de huida o lucha, pero queda bloqueado por el terror o la incertidumbre.
2. **El estado de conmoción moderado** implica una reducción marcada de la capacidad para moverse o expresarse. Aunque la persona es consciente de lo que ocurre, se siente físicamente paralizada. Según la doctrina especializada, este grado de choque puede predecir el desarrollo posterior de un trastorno de estrés postraumático o de una depresión grave. Suele relacionarse con una hiperactivación de la amígdala, encargada de gestionar emociones como el miedo, combinada con una alteración de la función prefrontal que impide la toma de decisiones racionales.
3. **El estado de conmoción grave o inmovilidad tónica total** es la fase más intensa, en la que la víctima no puede moverse ni reaccionar de ningún modo, pese a ser consciente de la situación.

⁸⁶ Cf. PERRIER DEPEURSINGE / BOYER, p. 8 s.; KALAF, p. 71 ss; MÖLLER / SÖNDERGAARD / HALSTRÖM, p. 901 ss, y pp. 930 ss.

⁸⁷ Sobre el estado de conmoción (ou « freeze response ») y sus diferentes grados (intensidad baja, moderada o grave), véase en particular : BRACHA, p. 448 ss; ROELOFS, p. 1 ss; MÖLLER; VAN DER KOLK; SALMONA.

Es frecuente en víctimas de agresión sexual, quienes experimentan un estado de parálisis absoluta, a veces acompañado de disociación, lo que agrava la sensación de pérdida de control y de angustia. La parálisis severa se asocia a una desconexión funcional entre la corteza prefrontal y el resto del cerebro, anulando las respuestas defensivas de huida o lucha.

El estado de conmoción actúa, por tanto, como un **mecanismo de adaptación cuya intensidad varía de una persona a otra según la percepción de la amenaza y la capacidad de afrontarla**. Se manifiesta en un continuo que va desde una intensidad leve hasta la inmovilidad total, cada grado con rasgos particulares y posibles consecuencias psicológicas específicas. No cabe recurrir a la analogía, pues, en circunstancias similares, algunas personas pueden quedarse paralizadas y otras no. La existencia y el grado de intensidad deben acreditarse de forma individualizada con un peritaje, caso por caso.

El reconocimiento de este estado contribuye a establecer la tipicidad objetiva del acto, basada principalmente en la falta de consentimiento (o en el rechazo). Aún si, desde la perspectiva de la tipicidad subjetiva, es necesario demostrar que el autor conocía ese estado y quiso aprovecharse de él para que el acto sea típico.

Las peritaciones médicas o psicológicas desempeñan un papel fundamental en la identificación del estado de conmoción⁸⁸. Sin embargo, no existe una prueba médica o psicológica estandarizada que permita confirmar de forma absoluta que una persona estuviera en ese estado en un momento concreto. Los peritos deben basarse en los relatos retrospectivos de la víctima, en el comportamiento posterior a los hechos o en ciertas indicaciones fisiológicas, pero todos estos elementos son indirectos y están sujetos a interpretación⁸⁹. Cuando la víctima afirma haber experimentado una parálisis emocional, la pericia suele sustentarse en testimonios y valoraciones psicológicas para evaluar la coherencia de los relatos y los síntomas postraumáticos. Sin embargo, la defensa puede poner en entredicho **la credibilidad del testimonio**, y la ausencia de indicios objetivos (como lesiones o huellas físicas) complica la labor de los tribunales. Incluso cuando los expertos concluyen que el estado de conmoción es probable, **sus conclusiones no son categóricas**; habitualmente se formulan expresiones prudentes, del tipo «es posible» o «coherente con un estado de conmoción», lo que puede debilitar su fuerza probatoria. Esta incertidumbre puede favorecer al acusado, principalmente a través del principio «in dubio pro reo» (la duda beneficia al acusado).

Otro desafío radica en el riesgo de invocar una parálisis emocional de modo inexacto. **Una víctima que presentó una actitud pasiva durante los hechos puede tender, consciente o inconscientemente, a atribuir esa pasividad a un estado de conmoción, por temor a que su vivencia no se reconozca**. Además, la construcción de la parálisis emocional puede verse influida por los argumentos de abogados, la fiscalía o incluso los jueces. Así pues, aunque las pericias pueden ofrecer información valiosa sobre el estado psicológico de la víctima, no siempre permiten demostrar de manera definitiva que la parálisis emocional se produjo en el momento de los hechos. Su utilidad, más que en aportar una prueba directa, radica en contextualizar la conducta y las reacciones de la víctima.

⁸⁸ Sentencia del [TF 6B_800/2022 de 16 de agosto de 2023](#).

⁸⁹ Cf. Perrier Depeursinge / Arnal, p. 38.

Los artículos 18 a 20 del Convenio de Estambul exigen un trato «exento de todo riesgo de revictimización», lo que destaca **la importancia de la primera audiencia a la víctima, que en nuestra opinión debería producirse de la manera más libre e ininterrumpida posible**⁹⁰. Esto posibilita recabar un testimonio genuino y espontáneo, de gran trascendencia para la valoración posterior de los hechos. Además, la percepción que la víctima tenga de su interlocutor puede condicionar la naturaleza de su relato. Frente a una autoridad que se percibe como neutral y empática, la víctima tiende a proporcionar un testimonio más completo y sincero. Si, en cambio, se ve obligada a justificarse o teme ser juzgada, puede modificar – de forma consciente o no – su relato para que se adecúe a lo que cree que se espera de ella. Estos factores ponen de relieve la importancia de que los profesionales de la justicia asuman una actitud comprensiva y poco invasiva en las primeras diligencias, con el fin de disminuir los sesgos derivados de la interacción y garantizar que los hechos reflejen fielmente la experiencia de la víctima.

B. La prueba de la intención criminal

1. La conciencia y la voluntad de atentar contra la libertad sexual

La configuración de la intención criminal es un requisito *sine qua non* de toda infracción de índole sexual. La conciencia exige que el autor tuviera conocimiento de la naturaleza sexual del acto y de la ausencia de consentimiento válido por parte de la víctima. Este último aspecto demanda una evaluación rigurosa de las manifestaciones de rechazo, sean explícitas o implícitas, como la parálisis emocional o el miedo paralizante. La voluntad, por su parte, alude a la determinación del autor de proceder pese a ese rechazo (particularmente aprovechándose del estado de conmoción⁹¹), tanto si el rechazo se expresó de manera explícita como si no lo hizo. El juez debe apreciar en qué medida y hasta qué punto uno de los miembros de la pareja estuvo dispuesto a ignorar la falta de consentimiento del otro. Así, no cabría hablar de coacción o violación si, pese a cierta insistencia a través de gestos

⁹⁰ Véanse, por ejemplo, Comité des Ministres, *Recommandation victimes* («los Estados deben velar por que la acogida y el acompañamiento de las víctimas, en particular en los primeros trámites, se realicen en condiciones que garanticen su seguridad y dignidad»); OMS, *Sexual violence* («una primera entrevista llevada a cabo en un entorno seguro y sin interrupciones resulta fundamental para disminuir la angustia de la víctima y recabar un testimonio fiable»); FALLER, p. 34 – 65 («la primera audiencia es un hito decisivo, tanto para la calidad de la prueba obtenida como para evitar el sufrimiento adicional de la víctima»).

⁹¹ En la sentencia [6B 894/2021 de 28 de marzo de 2022](#), el TF confirmó la existencia de un estado de terror de la víctima, que objetivamente no había sido provocado por el acusado y del que no podía ser consciente (falta de tipicidad subjetiva). Asimismo, concluyó que no existió coacción durante la felación y el acto sexual (falta de tipicidad objetiva). En ese asunto, la víctima acudió al domicilio del acusado, donde consintió inicialmente una relación sexual protegida. Después de que la víctima intentara colocarle un preservativo — sin éxito —, el acusado se colocó a horcajadas sobre su torso y le presentó sus genitales para que le practicara una felación. Debido al peso del hombre, apenas podía resistirse. Accedió brevemente, hasta que el hombre se puso otro preservativo que la víctima logró posicionar en su pene. Entonces la penetró vaginalmente. Durante el acto, la víctima permaneció pasiva hasta que el acusado eyaculó. Este no prestó atención alguna a la pasividad de la víctima, centrándose en su propio placer, llegando incluso a morderla durante el acto — lesiones constatadas por la medicina forense —. Según la pericia, la víctima padecía un síndrome de estrés postraumático y síntomas compatibles con una agresión sexual.

inapropiados, la persona no estaba dispuesta a transgredir el límite de los comportamientos que constituyen abuso sexual (por ejemplo, caricias sin penetración ni frotamientos).

El dolo eventual basta para configurar la intención criminal. Esto significa que el autor actúa intencionalmente cuando asume deliberadamente el riesgo de cometer un acto sin cerciorarse previamente de la existencia de un consentimiento válido. Quien, a sabiendas, decide ignorar o minimizar la posibilidad de un rechazo actúa intencionalmente, incluso sin una voluntad inequívoca de causar daño. Este criterio permite sancionar no solo los actos que implican un rechazo manifiesto, sino también aquellos que se dan en contextos donde la falta de consentimiento deriva de una situación de vulnerabilidad o ambigüedad.

En consecuencia, el análisis jurídico de las infracciones sexuales debe centrarse especialmente en estos elementos subjetivos. El juez está obligado a comprobar que el autor tenía conocimiento de la falta de consentimiento y optó por transgredirlo. No obstante, la ausencia en el Código Penal suizo de disposiciones que castiguen los actos cometidos por imprudencia constituye una laguna evidente. La introducción de un apartado que penara las conductas negligentes, en las que el autor no adoptara precauciones mínimas para cerciorarse del consentimiento, paliaría esta debilidad, proporcionando a los jueces una herramienta adicional para sancionar actos que pudieran obedecer a imprudencia, sin dejar de respetar el principio de proporcionalidad de las penas.

2. La impunidad en caso de error sobre la existencia del rechazo

En determinadas circunstancias, el autor puede consumir todos los elementos de la infracción a partir de una apreciación errónea de los hechos, lo que constituye un «error sobre los hechos» en el sentido del artículo 13 CP. Este error surge de una percepción equivocada de la realidad, lo que impide la formación de la intención. Si se admite este error, el autor es juzgado conforme a su representación de los hechos siempre que le resulte favorable y podría verse responsabilizado por negligencia si así lo prevé la ley. En materia de infracciones sexuales, puede admitirse un error sobre la falta de consentimiento si el autor creía, razonablemente, que la otra persona consentía, esto es, si no estaba en condiciones de reconocer los signos de rechazo.

Algunas legislaciones europeas, aunque poco frecuentes, castigan estas situaciones por negligencia, reconociendo que aunque el autor no tenía una intención clara de cometer una infracción sexual, sí hubiera podido comprobar la ausencia de consentimiento⁹². Tal enfoque ofrece un justo equilibrio entre el reconocimiento del rechazo de la víctima y la falta de cautela reprochable a una de las partes.

Resulta lamentable que, ante los límites patentes de un derecho penal sexual centrado en la intención del autor, el legislador suizo no haya seguido a sus homólogos islandeses o suecos, aunque solo fuera para admitir que puede suceder que una persona no perciba las reticencias de su pareja, cuando en realidad debería y podría haber prestado atención a tales señales. En escenarios suficientemente documentados, como el estado de conmoción, la imprevisión punible hubiera proporcionado a los tribunales una vía adicional cuando no pueda probarse la intención delictiva más allá de toda duda razonable. Así, hubiera sido posible subsanar ciertas carencias del sistema, responsabilizando a

⁹² Suecia e Islandia han incorporado a su legislación una infracción que sanciona por negligencia las agresiones sexuales cuando la persona no se ha asegurado de que no estaba sobrepasando la voluntad de su pareja. World Economic Forum, [Sweden Outlaws sex without consent](#), 2018

quienes, por falta de diligencia debida, no adopten las medidas oportunas para asegurarse de la voluntad de su pareja, aún cuando no tuvieran la intención deliberada de perjudicar.

A falta de una figura que sancione la infracción sexual por negligencia, el error de hecho no es punible cuando podía haberse evitado.

C. La protección de la víctimas y la lucha contra la impunidad

Ninguna reforma legal, por muy progresista que sea, garantiza por sí sola el fin de la impunidad en los delitos sexuales, y las estadísticas revelan que muchas agresiones nunca se denuncian⁹³.

Con las reformas emprendidas, un objetivo prioritario debería ser romper el silencio de las víctimas, de modo que los obstáculos psicológicos, culturales o sociales no impidan el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad. Incumbe en particular a las autoridades judiciales, pero también a la representación legal, tener en cuenta estas realidades antes y durante el proceso penal, así como en las resoluciones finales⁹⁴.

1. **La estigmatización social y la culpabilización de la víctima** («*victim-blaming*») emergen como las principales causas de la falta de denuncia. Las víctimas temen ser juzgadas o culpabilizadas por lo que les ha ocurrido. Este fenómeno, lamentablemente muy extendido, conduce a culpar a la víctima en lugar de al agresor, examinando su conducta, su forma de vestir, sus tendencias sexuales o su historia previa. Esta presión social desanima a la víctima de hablar, por temor a no ser tomada en serio, o a que su testimonio se vuelva en su contra.

Esta dinámica se plasma en la distinción social entre las «buenas» y las «malas» víctimas. Se considera «buena víctima» la que se percibe como vulnerable, inocente y sin ambigüedades; mientras que la «mala víctima»⁹⁵ es aquella cuyo comportamiento o decisiones se

⁹³ LIEBER / GRESET / PEREZ-RODRIGO, p. 9 et 22; GFS Berne, [Sexuelle Belästigung](#) :. Según un estudio encargado por Amnistía Internacional y realizado en 2019 por el instituto gfs.bern, el 22 % de las mujeres que viven en Suiza han sido víctimas de actos sexuales no consentidos, mientras que el 12 % ha sufrido una relación sexual en contra de su voluntad. Este estudio confirma los resultados de investigaciones internacionales, como la de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2014, que muestra la prevalencia de la violencia sexual en Europa. Cf. también ProCoRe., [Rapport communautaire sur les expériences de violences vécues par des travailleurs du sexe en Suisse](#), 2024, sobre las agresiones sexuales sufridas por trabajador@s sexuales.

⁹⁴ Sentencia del [TF 6B 257/2020 de 24 de junio de 2021](#): en este caso, el Tribunal Federal consideró arbitrario el fallo del tribunal de apelación, al descartar la credibilidad general de las declaraciones de la víctima debido a la denuncia tardía de los hechos y a su aparente estado al día siguiente de la agresión. Además, el TF reconoció que a menudo las víctimas de agresión sexual se abstienen de denunciar y que el estado de conmoción y estupor que experimentan tras el trauma puede generar un mecanismo de negación. Apuntó que la investigación científica evidencia que las vivencias traumáticas se procesan de manera diferente en el cerebro, lo que puede ocasionar lagunas de memoria o incoherencias en el relato, y que los tribunales deben tenerlo en cuenta al valorar las declaraciones de la víctima (c. 5.4.1); [TEDH, 5671/16, 27.5.2021, J.L c. Italie](#), párr. 46; BARTON, p. 1374 s.; LIEBER / GRESET / PEREZ-RODRIGO, p. 22 ss; Réseau Convention Istanbul, p. 320.

⁹⁵ [TEDH, 5671/16, 27.5.2021, J.L c. Italie](#) de 27 de mayo de 2021: en julio de 2008, J.L., una joven de 19 años, denunció una violación en grupo perpetrada por siete hombres, afirmando que la habían obligado a mantener relaciones sexuales cuando se hallaba bajo los efectos del alcohol. Seis de ellos fueron condenados por «inducir a una persona en estado de inferioridad física o psíquica a realizar o padecer actos de carácter sexual», pero

instrumentalizan para minimizar la gravedad de la agresión o insinuar su corresponsabilidad. Esta dicotomía injusta y errónea ejerce una enorme presión sobre las víctimas, quienes temen no ser creídas y ver su experiencia desvalorizada si no encajan en el arquetipo de «buena víctima». Estos estereotipos constituyen un obstáculo de gran magnitud para la denuncia de agresiones.

En este contexto, resulta imprescindible que los tribunales tengan en cuenta los factores que subyacen al silencio de las víctimas. Las alusiones a la supuesta ambigüedad de su comportamiento no deberían nunca justificar una confusión sobre el consentimiento ni la ausencia de un rechazo explícito. El uso del lenguaje en las resoluciones judiciales es fundamental para no trasladar a la víctima la responsabilidad de la agresión. La aplicación del principio según el cual «¡no es no!», así como la asimilación de toda ambigüedad a un rechazo implícito (o a la falta de un consentimiento claro) ofrecen una salida positiva, al establecer que no puede presumirse consentimiento en ausencia de manifestaciones expresas.

2. **La vergüenza y la culpabilidad** son también obstáculos de gran relevancia. Son muchas las víctimas que, equivocadamente, se culpan de lo que les ha sucedido. La vergüenza se convierte en un muro infranqueable, que disuade a la víctima de denunciar al agresor, por miedo al juicio público y a la estigmatización.
3. **El temor a represalias**, especialmente elevado cuando el agresor es una persona cercana, un familiar o alguien de confianza, representa otro factor disuasorio. Esa cercanía genera una dinámica de control o sometimiento que desalienta a la víctima de denunciar por temor a sufrir represalias directas o presiones del entorno para guardar silencio.
4. **La gravedad del trauma** experimentado por la víctima puede desencadenar en un estado de conmoción que impida reaccionar, defenderse o incluso formular la denuncia. Este mecanismo de supervivencia, que paraliza a algunas víctimas, dificulta todavía más la presentación de la denuncia, incluso pasado un tiempo.
5. Por último, **la falta de conocimiento de los derechos y de los recursos disponibles** no debe ignorarse. Muchas víctimas desconocen a quién acudir, qué pasos dar o qué apoyos tienen a su disposición. Esta desinformación se ve a menudo reforzada por tabúes culturales o falsos estereotipos sobre la sexualidad. El sistema judicial, por su parte, se percibe como poco empático, engorroso y difícil de manejar. La demora de los procesos, la relativamente baja tasa de condenas y la impresión de que no se va a prestar atención a la palabra de la víctima, intensifican la reticencia a emprender acciones legales. La desconfianza en la eficacia del sistema y el miedo a no ser creídas se convierten, pues, en frenos significantes.

Todas estas trabas ponen de relieve que la mera reforma del derecho penal sustantivo, si bien indispensable, no basta para acabar con el problema. Más allá de la letra de la ley, es crucial crear un entorno en el que la víctima se sienta protegida, escuchada y acompañada para dar el paso hacia la justicia. Se requiere un cambio de paradigma, tanto en la sociedad como en las instituciones, para

todos fueron absueltos del cargo de violación con violencia, al estimar el tribunal incoherencias en torno al consentimiento de la denunciante. En apelación, la Corte de Florencia declaró su absolución total, al considerar que el comportamiento y las experiencias anteriores y posteriores de la interesada evidenciaban una «*actitud ambivalente*» hacia la sexualidad. J.L. recurrió ante el TEDH, denunciando una violación del artículo 8 del CEDH por vulnerar su derecho al respeto de la vida privada y a su integridad personal. Aunque el TEDH consideró que la investigación y las audiencias se ajustaron al Convenio, observó prejuicios y estereotipos sobre los roles de género y la sexualidad en las decisiones judiciales italianas, vulnerando los derechos de la demandante.

eliminar las barreras a la denuncia y asegurar a cada víctima un acceso equitativo a la justicia. Si bien deben respetarse los principios fundamentales, las autoridades judiciales no pueden desatender estos aspectos al abordar cuestiones jurídicas esenciales.

V. Conclusiones

Pese a que la reforma del derecho penal supone un avance, no es suficiente para erradicar el riesgo de impunidad de actos perpetrados sin consentimiento expreso. Una de las deficiencias principales reside en la interpretación que los tribunales den al consentimiento (o no consentimiento), es decir, si se admite o no la presunción implícita de este. En caso de presumir la existencia de consentimiento, subsistirá un riesgo significativo de impunidad para actos no consentidos, siempre que la víctima no haya exteriorizado un rechazo de manera explícita.

Una aproximación más protectora consistiría en asumir que toda ausencia de consentimiento válido se equipara a un rechazo, ya sea expreso o implícito. De hecho, la facultad de una persona para expresar su desacuerdo puede verse seriamente mermada por el estado de estupefacción, el miedo o las relaciones de dominación, lo que hace insuficiente una visión que descansa exclusivamente en el rechazo expreso. Dicha estrategia encaja con el espíritu del legislador, cuya introducción de nuevas disposiciones penales contra las agresiones y atentados sexuales, así como de los delitos relacionados con la retirada no consentida del preservativo, el engaño sobre la naturaleza de un acto sexual o la difusión no consentida de contenidos íntimos, revela la voluntad de abordar mejor la complejidad del consentimiento. Así mismo, la carga no debería recaer únicamente en la víctima para demostrar la ausencia de consentimiento, sino también en el autor del acto, a quien debe corresponder la obligación de asegurarse de la verdadera voluntad de la otra parte.

En un contexto en el que la sociedad tiende a tomar conciencia de la relevancia del consentimiento expreso, resulta imperativo que los tribunales adopten una lectura más sensible de las señales no verbales y no se limiten a buscar un rechazo abierto y directo. La formación en materia de consentimiento y la responsabilidad de las personas en la verificación activa de la voluntad ajena, son cruciales para prevenir abusos y reducir las zonas grises que dejan un margen de impunidad. Por consiguiente, más allá de la normativa, es imperativo un cambio profundo tanto en la sociedad como en las instituciones judiciales, con el fin de garantizar un acceso efectivo a la justicia. Es esencial desterrar estereotipos que culpabilizan a las víctimas y adoptar un enfoque que no haga recaer la carga del rechazo sobre ellas, sino que exija al autor asegurarse del consentimiento efectivo de su pareja.

Bibliografia

Doctrina

BARRANCO Kyla, *Canadian Sexual Assault Laws : A model for Affirmative Consent on College Campuses ?*, Michigan State International Law Review (Vol. 24.3) 2016, p. 801 ss.

BARTON Justine, *L'appréciation de la crédibilité d'une victime présumée de violences sexuelles – Une analyse à l'aune des mythes sur le viol*, PJA 11/2021, p. 1370 ss.

BRACHA Stefan et al., *Does « fight of flight » need updating ?*, Psychosomatics (Vol. 45/5) 2004, p. 448 ss.

FALLER Kathleen Coulborn, *Forty years of forensic interviewing of children suspected of sexual abuse, 1974–2014: Historical benchmarks*, Social Sciences (Vol. 4(1)) 2025, p. 34 ss.

FUSÉ Tiffany et al., *Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors : An exploratory and Confirmatory Factor Analysis*, Journal of Anxiety Disorders (Vol. 2/3) 2007, p. 265 ss.

GFS Berne, *Bevölkerung empfindet Zustimmungslösung als besten Schutz gegen sexualisierte Gewalt*, in : gfs.bern (<https://www.gfsbern.ch/fr/>), Berne 2022, p. « https://www.gfsbern.ch/wp-content/uploads/2022/04/220407_wahrnehmung_sexueller_beziehungen-und-gewalt_bericht_de_final.pdf » (03.03.2025) (citado : GFS Berne, *Bevölkerung*).

GFS Berne, *Sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt an Frauen sind in der Schweiz verbreitet – Hohe Dunkelziffer im Vergleich zu strafrechtlich verfolgten Vergewaltigungen*, in : gfs.bern (<https://www.gfsbern.ch/fr/>), Berne 2019, p. « <https://cockpit.gfsbern.ch/fr/cockpit/violence-sexuelles-en-suisse/> » (03.03.2025) (citado : GFS Berne, *Sexuelle Belästigung*).

GODEL Thierry / DELEZE Morgane, *Petit commentaire de la révision du droit pénal sexuel en Suisse*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2024, in : Droit pénal et politique criminelle (DPPC) (<https://www.dppc.online/fr/>), 2024, p. « <https://www.dppc.online/fr/articles/petit-commentaire-de-la-revision-du-droit-penal-sexuel-en-suisse-entree-en-vigueur-le-1er> » (01.02.2025).

HURTADO POZO José / GODEL Thierry, *Droit pénal général*, 4^e éd., Zurich 2023.

Institut suisse de droit comparé (ISDC), *Gutachten über die rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich, Schweden*, in : Office fédéral de la justice (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home.html>), Lausanne 2020, p. « <https://www.e-doc.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2020-05-31.html> » (25.03.2025) (citado : ISDC, *sexuelle Übergriffe*).

JAKOBS Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^e éd., Berlin / New York 1991.

JAQUIER Véronique / MONTAVON Camille, *Rapport sexuels non consentis en droit pénal suisse : pourquoi une telle résistance ?*, RPS 141/2023, p. 178 ss.

KALAF Juliana et al., *Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma – A population based study*, Journal of Affective Disorders (Vol. 215) 2017, p. 71 ss.

MAIER Philipp, *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht – Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, thèse, Zurich 1994.

LIEBER Marylène / GRESET Cécile / PEREZ-RODRIGO Stéphanie, *Le traitement pénal des violences sexuelles à Genève, Une étude exploratoire*, IRS Working Paper n° 14, Genève 2019.

MÖLLER Anna / SÖNDERGAARD Hans Peter / HELSTRÖM Lotti, *Tonic Immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, Acte Obstetricia et Gynecologica Scandinavica (Vol. 96/8) 2017, p. 901 ss.

Organización Mundial de la Salud (OMS), *Responding to intimate partner violence and sexual violence against women – WHO clinical and policy guidelines*, 2013 (citado : OMS, *Sexual violence*).

PERRIER DEPEURSINGE Camille / ARNAL Justine, *Révision du viol en droit suisse*, RPS 142/2024, p. 21 ss.

PERRIER DEPEURSINGE Camille / BOYER Mathilde, *Stealthings : Quelle protection pénale ? – de la nécessité de réviser les infractions contre la libre détermination en matière sexuelle*, in : Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, p. 1 ss. (https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_85560072D6D4.P001/REF.pdf)

PERRIER DEPEURSINGE Camille / PITTET Marie, *Le consentement du lésé en droit pénal suisse : Conditions et validité dans le domaine médical*, PJA 6/2021, p. 801 ss. (https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_C6739E9678A6.P003/REF.pdf)

Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et châtiments – mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022.

Réseau Convention Istanbul, *Mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse, Rapport alternatif de la société civile*, in : Istanbul Konvention (<https://istanbulkonvention.ch/index.html>), 2021, p. https://istanbulkonvention.ch/assets/images/elements/Rapport_alternatif_Reseau_Convention_Istanbul.pdf (05.03.2025).

ROELOFS Karin, *Freeze for action : neurobiological mechanisms in animal and human freezing*, Philosophical Transactions of the Royal Society B (Vol 372) 2017, p. 1 ss.

SALMONA Muriel, *Le Livre noir des violences sexuelles*, Malakoff 2018.

SCHEIDEGGER Nora / LAVOYER Agota / STALDER Tamara, *Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht – «Egoistisch, rücksichtslos, kaltherrzig» - aber strafrechtlich nicht relevant ?*, sui generis 2020, p. 57 ss.

SCHEIDEGGER Nora, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz : Grundlagen und Reformbedarf*, Berne 2018.

SCHMIDLIN Bruno / CAMPI Arnaud, art. 23/24, 28, 29/30 CO, in : Thévenoz Luc / Werro Franz (édit.), CR CO I, 3e éd., Bâle 2021.

STRATENWERTH Günter / BOMMER Felix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 8^e éd., Berne 2022.

Thévenoz Luc / Werro Franz (édit.), CR CO I, 3e éd., Bâle 2021.

VAN DER KOLK Bessel, *The Body Keeps the Score*, New-York 2017.

Documentos oficiales

Autoridades suizas

Avis du Conseil fédéral au sujet du rapport du 17 février 2022 concernant l'harmonisation des peines et l'adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, FF 2022 p. 1011 ss (*trad. Dictamen del Consejo Federal sobre el informe de 17 de febrero de 2022 relativo a la armonización de las penas y la adaptación del derecho penal accesorio a la nueva ley de penas, Proyecto 3: Ley federal de revisión del derecho penal en materia sexual*; citado : FF 2022 1011).

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 17 février 2022 concernant l'harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions, Projet 3 : loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle, FF 2022 p. 687 ss (*trad. Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Consejo de los Estados de 17 de febrero de 2022 sobre la armonización de las penas y la adaptación del derecho penal accesorio a la nueva ley de penas, Proyecto 3: Ley federal de revisión del derecho penal en materia sexual*; citado : FF 2022 687).

Conseil fédéral, *Commentaires de la Suisse sur le rapport d'évaluation du GREVIO*, in : BFEG (<https://www.ebg.admin.ch/fr>), Berne 2022, p. « <https://backend.ebg.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-ebgch-files/files/2023/08/28/5532a29d-c945-451c-9446-85e1e1d4d847.pdf> » (04.02.2025)

(trad. Consejo Federal, *Comentarios de Suiza sobre el Informe GREVIO*; citado : Conseil fédéral, *Commentaires GREVIO*).

Office fédéral de la Justice, *Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle – Rapport sur les résultats de la consultation*, in : Fedlex (https://www.fedlex.admin.ch/fr/home?news_period=last_day&news_pageNb=1&news_order=desc&news_itemsPerPage=10), Berne 2021, p. « https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf » (10.02.2025) (trad. Oficina Federal de la Justicia, *Ley sobre la revisión del derecho penal sexual*; citado : OFJ, *Rapport*).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié, FF 2018 p. 2889 ss (trad. *Informe del Consejo Federal sobre la Ley federal de armonización de las penas y la Ley federal de adaptación del derecho penal accesorio a la Ley penal, modificadas*; citado : FF 2018 2889).

Consejo de Europa

Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, STCE 2010, Istanbul 2011 (trad. Consejo de Europa, *Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*; citado : Conseil de l'Europe, *Rapport violence*).

Comité de Ministros del Consejo de Europa

Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'assistance aux victimes d'infractions, Rec(2006)8, 14 juin 2006 (trad. *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas de delitos*; citado : Comité des Ministres, *Recommandation victimes*).

GREVIO

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Grèce*, GREVIO(Inf(2023)23, Strasbourg 2023 (trad. *Informe de evaluación de referencia sobre las medidas legislativas y de otro tipo que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul - Grecia*; citado : GREVIO, *Grèce*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Suisse*, GREVIO(Inf(2022)27, Strasbourg 2022 (trad. *Informe de evaluación de referencia sobre las medidas legislativas y de otro tipo que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul – Suiza*; citado : GREVIO, *Suisse*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Belgique*, GREVIO(Inf(2020)14, Strasbourg 2020 (trad. *Informe de evaluación de referencia sobre las medidas legislativas y de otro tipo que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul - Belgica*; citado : GREVIO, *Belgique*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Suède*, GREVIO(Inf(2018)15, Strasbourg 2019 (trad. *Informe de evaluación de referencia sobre las medidas legislativas y de otro tipo que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul - Suecia*; citado : GREVIO, *Suède*).

GREVIO, *Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres mesures donnant effet aux dispositions de la Convention d'Istanbul – Monténégro*, GREVIO(Inf(2018)5, Strasbourg 2018 (trad. *Informe de evaluación de referencia sobre las medidas legislativas y de otro tipo que dan efecto a las disposiciones del Convenio de Estambul – Montenegro*; citado : GREVIO, *Monténégro*).