

ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y EPISTEMOLÓGICOS DE LA DEFINICIÓN
DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LA LLAMADA LEY DE «SOLO SÍ ES SÍ»^{*}
*SOME CONCEPTUAL AND EPISTEMOLOGICAL PROBLEMS WITH THE DEFINITION
OF SEXUAL CONSENT IN THE SO-CALLED «ONLY YES MEANS YES» LAW*

José Antonio Ramos Vázquez

*Profesor titular de Derecho penal
Universidade da Coruña*

RESUMEN

Tras muchos debates, académicos y mediáticos, el año pasado se aprobó la llamada «Ley de solo sí es sí» y, por primera vez en la historia del Derecho penal español, se define en ella el consentimiento sexual. Este trabajo analiza algunos problemas conceptuales de dicha definición (qué es el consentimiento, qué clase de modelo plasma la Ley y cuáles son sus dificultades) y, también, problemas de tipo epistemológico (cómo tener certeza del consentimiento de una persona, cómo valorar los eventuales criterios al respecto, etc.). La conclusión es que un cambio de paradigma como este puede suponer que el error de tipo adquiera una relevancia que antes no tenía, siendo una vía de salida para el previsible choque entre nuestra actual cultura sexual y la pedagogía social que la Ley pretende.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, consentimiento, epistemología, criterios, error de tipo.

ABSTRACT

After much debate, both academic and in the media, last year the so-called «Law of only yes is yes» was passed and, for the first time in the history of Spanish criminal law, sexual consent is defined in it. This paper analyzes some conceptual problems of this definition (what is consent, what kind of model does the Law imply and what are its problems) and epistemological problems (how to be certain of a person's consent, how to assess the eventual criteria in this regard, etc.). The conclusion is that such a change of paradigm can mean that the type error acquires a relevance that it did not have before, being a way out of the foreseeable clash between our current sexual culture and the social pedagogy that the Law intends.

KEY WORDS

Rape, sexual consent, epistemology, criteria, defence of mistake.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.073>

^{*} Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Impacto de la "tuitización" de la opinión pública sobre el Derecho penal y consecuencias para el debate en torno a su democratización» (referencia: PID2021-125730OB-I00), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER. Una manera de hacer Europa». IP: Fernando Miró Llinares.

ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y EPISTEMOLÓGICOS DE LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LA LLAMADA LEY DE «SOLO SÍ ES SÍ»

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor titular de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. La Ley Orgánica 10/2022 y su pretensión de «poner el consentimiento en el centro». 2. El consentimiento como noción dúctil y como arcano de la mente. 3. «Todo proceso interno necesita criterios externos»: de lo interno a lo performativo. 4. Actos sumados a contexto: el modelo comunicativo. 5. El problema epistemológico: criterios, visiones del consentir y error. 6. Conclusiones: el consentimiento como concepto de transición y la pedagogía social a través del derecho penal. Bibliografía.

1. LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y SU PRETENSIÓN DE «PONER EL CONSENTIMIENTO EN EL CENTRO»

Resulta casi ocioso afirmar que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, es una de las normas más controvertidas que hayan sido promulgadas en la última década en nuestro país. Desde el origen de la Ley —el mediático caso de «La Manada»— hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica

4/2023, de 27 de abril, reforma motivada por la polémica retroactividad de la norma original, que ha comportado la revisión a la baja de cientos de condenas por delitos sexuales, todo lo que ha rodeado a la llamada «Ley de solo sí es sí» ha estado caracterizado por la polémica.

No es objeto de este trabajo ninguna de las polémicas que han jalonado el recorrido legislativo, dado que, por una parte, creo que ya se han agotado los argumentos a favor y en contra de la pertinencia de la ley y los debates sobre si esta supone un avance o un retroceso en la protección de la libertad sexual, y, por otra, la (aún escasa) experiencia aplicativa de la norma impide realizar un juicio ponderado sobre el impacto que pueda tener tanto desde el punto de vista de la prevención de la violencia sexual como del respeto a principios fundamentales del sistema penal, señaladamente el de presunción de inocencia, principio que, de acuerdo con el sector crítico con la norma, estaría en alto riesgo de ser vulnerado por esta.

El hecho cierto es que la Ley Orgánica 10/2022 ha reconfigurado la manera en que la legislación penal española venía abordando los delitos sexuales y es, por ello, necesario analizar los muchos aspectos de la reforma que previsiblemente van a suponer un quebradero de cabeza para intérpretes y aplicadores de la norma. *In primis*, la propia definición de consentimiento que ofrece la nueva redacción del artículo 178 del Código Penal y que reza así: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Como he señalado, la Ley Orgánica 10/2022 fue denominada desde el inicio «Ley de solo sí es sí», y el propósito confesado del Ministerio que la impulsó fue «poner el consentimiento en el centro» de la regulación de los delitos sexuales. Naturalmente, el consentimiento ya era el punto neurálgico de la anterior regulación, de modo que esa puesta en el centro habría de consistir, sobre todo, en definir el consentimiento, y hacerlo con unos contornos legales que cumpliesen con las expectativas generadas en el movimiento feminista —o, mejor dicho, en gran parte de este: como indicaré más adelante, hay sectores del feminismo que creen que el consentimiento es, cuando menos, una noción problemática para aplicarlo a las relaciones (hetero)sexuales—, esto es, definirlo en unos términos que garantizaran la existencia de una toma de decisión activa por parte de las mujeres (en su preámbulo, la LO 10/2022 incide reiteradamente en que está pensando, sobre todo, en las mujeres como víctimas de la violencia sexual —y el legislador tiene, sin duda, buenas razones para ello—) para poder ser considerado un consentimiento válido a efectos legales. En suma, intentando atajar el problema de fiarlo todo a si se expresó o no claramente una negativa o si hubo o no resistencia al avance sexual, el objetivo era construir una definición legal que exigiese la existencia de un consentimiento claro y positivo por parte de la mujer.

El objeto de este trabajo es, precisamente, la definición final a la que se llegó, la que encontramos en el art. 178 del Código Penal. Y mi objetivo será mostrar que «consentimiento» es un concepto complejo que provoca más de un problema a la hora de asentarlos

conceptualmente, y que, además, puede conducir a un problema de tipo epistemológico con indudables consecuencias penales, como señalaré más adelante.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO NOCIÓN DÚCTIL Y COMO ARCANO DE LA MENTE

Dice Heidi Hurd que la noción de consentimiento es mucho más que un concepto al uso: es un elemento mágico que transforma una acción moralmente reprochable en una actuación perfectamente legítima, o incluso deseable desde el punto de vista personal o ético, al convertir «[...] un secuestro en una excursión de domingo, una agresión en un placaje de fútbol, un hurto en un regalo, un allanamiento de morada en una cena festiva», un concepto, en suma, que «[convierte] violar en hacer el amor» (Hurd, 2005: 504). Por su parte, Wittgenstein señaló que «[...] la solución de los problemas filosóficos es comparable a los regalos de los cuentos, que parecen maravillosos en el castillo encantado y, al ser mirados fuera, a la luz del día, no son más que un trozo de hierro común» (Wittgenstein, 1996c: 58). Por ello, antes incluso de preguntarnos por sus eventuales poderes, hay que desencantar (por así decirlo) el concepto de consentimiento, aceptando sus numerosos problemas y lo conflictivo de su caracterización.

Ya he indicado antes que la noción de consentimiento es contestada desde ciertas corrientes del feminismo porque presuponer la existencia de una posibilidad real de sustraerse a la situación de disparidad de poder (no solo en la esfera social, sino también personal) en que se encuentran hombres y mujeres. Se trataría, en palabras de Catharine MacKinnon, de un concepto «[...] inherentemente desigualitario, al presuponer tácitamente que las partes [de una relación sexual] son iguales, lo sean o no» (MacKinnon, 2006: 440) y, por consiguiente, un «[...] estándar patético [para el] sexo igualitario entre personas libres» (MacKinnon, 2006: 465). Por tanto, la autora propone una definición de la violación centrada no en el consentimiento, sino en las distintas formas en que se manifiesta la desigualdad. Es decir, sería violación «[...] toda invasión física de naturaleza sexual bajo circunstancias de amenaza o uso de la fuerza, engaño, coacción, raptó, o abuso de poder, confianza o de una posición de dependencia o vulnerabilidad» (MacKinnon, 2016: 474), definición bien parecida, por cierto, a la del actual art. 178 de nuestro Código Penal.

Además, como bien pone de manifiesto Martha Chamallas, la noción de consentimiento es «endiabladamente maleable», pues recoge una multitud de situaciones que poco o nada tienen que ver entre sí: desde aceptar con más o menos desinterés el deseo ajeno hasta buscarlo y estimularlo activamente (Chamallas, 1998: 795).

Todas estas críticas, a mi juicio dignas de atención, nos colocan en una óptica que es la que me interesa desarrollar aquí: «poner el consentimiento en el centro» puede ser un modo fructífero de llamar la atención sobre las diversas formas de violencia sexual que afectan a las mujeres (y me gustaría insistir en que, sin duda alguna, se trata de una cuestión totalmente relevante), pero, como idea de política criminal, tomado de un modo

maximalista, nos conduce a enfrentarnos con las complejidades de un concepto menos domesticable de lo que parece a simple vista. De entre esas complejidades, en este trabajo voy a centrarme solo en una, quizás la más crucial de todas ellas: en el trabajo antes mencionado de Chamallas (1998: 795), esta autora señala que en toda definición de consentimiento aparecen elementos que son ajenos a los meros deseos subjetivos de los partícipes en la conducta que se analiza. Y esto nos da una señal de que la auténtica matriz de muchos de los problemas al manejar la noción de consentimiento es su propia naturaleza: ¿es el consentimiento un acto íntimo, puramente interno? ¿o es un «algo más»? (en ese caso, ¿qué más?) o, incluso, ¿puede que el consentimiento no sea en absoluto un acto interno?

Podemos tomar como punto de partida, por ejemplo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, documento en el que puede leerse que «[...] el consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16). Desde esta perspectiva, por tanto, el consentimiento es un arcano de la mente que surge en el interior de la persona y que es susceptible de permanecer allí *dentro* sin ser exteriorizado nunca. Congruentemente con esta visión, la Circular señala que «[...] son concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16).

El consentir sería, desde este punto de vista, un estado mental, una determinada disposición interna de una persona respecto de las acciones o pretensiones de otra. Quien consiente *sabe* que ha consentido, mientras que los demás conocemos ese asentimiento interno a la situación o bien a través de la propia manifestación de quien consiente (si nos informa sobre lo sucedido a nivel interno), o bien a través de una inferencia, a la luz de las eventuales manifestaciones externas de dicho consentimiento. Esta visión es la que Vera Bergelson llama «actitudinal» (Bergelson, 2014: 172) y que yo, sencillamente, llamaría «cartesiana».

En efecto, una visión del consentimiento como la antedicha se basa en una antropología cartesiana en la que cuerpo y mente están escindidos: los seres humanos tenemos una mente inaccesible a los demás, en la que habitan, por así decirlo, nuestras sensaciones, nuestros sentimientos, nuestras intenciones, etc. Este mundo es privado y solo nosotros podemos conocerlo: solo quien, *v. gr.*, tiene un dolor puede *saber* que lo tiene. Los demás solo podemos, en cambio, *suponer* que alguien está experimentando dolor. Exactamente lo mismo sucedería con el consentimiento.

En su magnífico trabajo sobre el consentimiento, Tanya Palmer señala algunas de las muchas consecuencias perniciosas de la comprensión del consentimiento de un modo cartesiano. En primer lugar, dice la autora, la visión del cuerpo como una mera propiedad material en la que habita el yo y la autonomía entendida como un proceso cognitivo de reflexión y elección racional oscurecen papel central que juegan en las decisiones humanas las sensaciones y las emociones, lo que es más grave aún en un ámbito marcado por ellas, como es el de la sexualidad (Palmer, 2017: 13). Es más, como añadiría Eva Illouz, «[...]»

la ética del consentimiento enfatiza —e, incluso, demanda— una atención a la voluntad propia, pero pasa por alto las maneras en que, bajo ciertas condiciones, la voluntad puede ser (o puede volverse) volátil, confusa, sujeta a presiones o internamente contradictoria» (Illouz, 2020: 221).

En segundo lugar, prosigue Palmer, al escindir cuerpo y mente al modo cartesiano, quienes optan por un concepto puramente interno del consentimiento conciben la violación como un atentado contra la voluntad y no se fijan lo suficiente en el aspecto puramente físico, cuando la violencia sexual «[...] es una experiencia en la que el contacto corporal y la sensación física, en combinación con los significados culturales y personales de dicho contacto crean una profunda y única sensación de violación» (Palmer, 2017: 13). En tercer lugar, el consentimiento así entendido, aparte de fomentar una cultura de desconfianza hacia potenciales parejas sexuales, concibe la autonomía sexual anudada a nociones de aislamiento y exclusión, impulsando el establecimiento de límites al contacto corporal, con la consecuencia de que las personas estén más involucradas en guardar y hacer guardar sus propios límites que en interesarse en los deseos de los demás (Palmer, 2017: 13). Por último, señala Palmer, el énfasis en el sujeto que consiente como un ser racional que toma sus propias decisiones y establece sus propios límites frente a las amenazas externas retroalimenta la exclusión de aquellos colectivos que, por diversos motivos, no encajan bien en la categoría de sujeto racional o son tenidas como incapaces para marcar límites estables (como, por ejemplo, los menores o las personas con discapacidad). En este sentido, concluye Palmer, un concepto supuestamente neutro como el de consentimiento estaría enmascarando su funcionamiento desigualitario en la práctica (Palmer, 2017: 14).

En mi opinión, todas las críticas de Palmer (y las de MacKinnon antes apuntadas) pueden ser compartidas, pero quisiera añadir que el problema que suscita la comprensión del consentimiento como un arcano de la mente no es solo que no funcione o que no sea apropiado en determinados contextos, sino, simplemente, que parte de presupuestos teóricos erróneos. Dado que desarrollar con el pormenor necesario la crítica a la concepción cartesiana de la mente excedería con mucho el objeto (y las dimensiones) de este trabajo, lo haré de manera indirecta, exponiendo en el próximo apartado la visión que Wittgenstein tiene del «mundo de lo interno», visión que comparto y que, como diré, creo que tiene mucho que ver con la definición de consentimiento que nos ofrece el vigente art. 178 del Código Penal.

3. «TODO PROCESO INTERNO NECESITA CRITERIOS EXTERNOS»: DE LO INTERNO A LO PERFORMATIVO

Desde un enfoque crítico con la supuesta «magia» del consentimiento, Wertheimer señala que «[...] el consentimiento no tiene ninguna magia moral que haya que explicar. El consentimiento de B es moralmente transformador porque cambia las razones de A para actuar. Si nos preguntamos qué podría cambiar las razones de A para actuar, la respuesta

debe ser que B realice alguna señal de consentimiento. Es difícil ver cómo el estado mental de B —por sí solo— puede hacer ese trabajo» (Wertheimer, 2003: 146).

Este tipo de posturas, que Bergelson llama «performativas», «expresivas» o «comunicativas» (Bergelson, 2014: 173), son las que, como indicaba antes, sitúan el debate del consentimiento en unos términos anticartesianos que bien podrían sustentarse en posiciones wittgensteinianas.

Señala en este sentido el filósofo austríaco: «Uno mira a un rostro y dice: “¿qué ocurre detrás de ese rostro?”. —Pero no hay que decir esto. El exterior no tiene que considerarse como una fachada tras la cual las fuerzas mentales trabajan» (Wittgenstein, 1996a: §978). El enfoque de Wittgenstein trata, por tanto, de desviar nuestra atención del *interior* de la persona y dirigirla al *exterior* de nuestras prácticas cuando hablamos de conceptos psicológicos. Por ejemplo, nos pregunta: «¿Qué le replicaríamos a alguien que nos comunica que **en él** la comprensión es un proceso interno? —¿Qué le replicaríamos si dijera que en él el saber jugar al ajedrez es un proceso interno? —Que a nosotros no nos interesa nada de lo que ocurre dentro de él cuando queremos saber si sabe jugar al ajedrez. —Y si él respondiera a esto que justamente sí nos interesa: —a saber, que él sepa o no jugar al ajedrez—, tendríamos que hacerle notar los criterios que nos demostrarían su capacidad, y, por otro lado, los criterios para los “estados internos”» (Wittgenstein, 1988: 423, negritas en el original).

Antes de entrar a analizar en qué habrían de consistir esos «criterios», conviene destacar que Wittgenstein entrecomilla «estados internos» y no lo hace por casualidad, sino, precisamente, porque pretende poner en tela de juicio tal interioridad de nuestros procesos psicológicos. En un párrafo anterior de las *Investigaciones Filosóficas* expone esta idea con toda claridad: «¿Hasta qué punto son mis sensaciones *privadas*? —Bueno, solo yo puedo saber si realmente tengo un dolor; el otro solo puede presumirlo —Esto es en cierto modo falso y en otro un sinsentido. Si usamos la palabra “saber” como se usa normalmente (y cómo si no debemos usarla!), entonces los demás saben muy frecuentemente cuándo tengo dolor —Sí, ¡pero no, sin embargo, con la seguridad con que yo mismo lo sé! —De mí no puede decirse en absoluto (excepto quizá en broma) que *sé* que tengo un dolor. ¿Pues qué querrá decir esto, excepto quizá que *tengo* dolor? No puede decirse que los demás saben de mi sensación *solo* por mi conducta —pues de mí no puede decirse que sepa de ella. Yo *la tengo*» (Wittgenstein, 1988: 221, cursivas en el original).

Por tanto, el punto de partida es que la idea de acuerdo con la cual alguien revela sus contenidos mentales identificándolos en su interior y describiéndolos mediante enunciados es, simplemente, un malentendido. En este sentido, «[...] el enunciado “tengo dolor de muelas” no tiene su fundamento en una especie de examen de mis objetos internos, del mismo modo que el enunciado “hay un limonero en mi jardín” se basa en el examen de los objetos que pueblan el mundo en torno nuestro. “Tengo dolor de muelas” es una declaración sin valor cognitivo alguno» (Valdés Villanueva, 1996: xiv).

Se impone aquí, por tanto, la idea de que no existe algo oculto y de que la clave no está en el interior de los seres humanos, sino en la realidad de nuestro lenguaje y de nuestras

actividades sociales. Los seres humanos no conocemos por introspección nuestros estados mentales. De hecho, ni siquiera podemos hablar aquí de conocimiento (pues tampoco podríamos hablar de ignorancia). Por su parte, el observador externo no infiere los estados mentales de una persona a partir de sus *meras* acciones: el comportamiento humano no representa una evidencia inductiva de los procesos internos, sino uno de sus criterios.

Esta última noción, la de criterio, es, a mi juicio, clave para entender la arquitectura del pensamiento wittgensteiniano. Y esos criterios son, ni más ni menos, aspectos del significado de las expresiones referidas a procesos tenidos por internos que ofrecen una base para la afirmación de dichas proposiciones, suministrando una justificación a tales asertos. Por tanto, los criterios se encuentran en conexión con las nociones de prueba, verificación, conocimiento y otras análogas, lo que no excluye, lógicamente, y esto es relevante, que, en determinadas ocasiones, los criterios sean refutables.

De esta suerte, no es ya que «lo externo» sea el criterio de «lo interno», sino que tal dicotomía no existe. En la medida en que observamos el comportamiento de los demás dentro de la complejísima multiplicidad de nuestra vida en sociedad (y, consecuentemente, de nuestros juegos de lenguaje relacionados con conceptos psicológicos), reconocemos en él las mismas características que identificamos en nuestro propio comportamiento y podemos tener criterios para la adscripción de estados mentales. El ejemplo wittgensteiniano paradigmático es el del dolor: este está caracterizado por la función que desempeña en nuestra vida, de modo que solo llamamos «dolor» a lo que se manifiesta así en ella, a lo que tiene tales conexiones —que reconocemos como criterios de aquel—. Más aún, «[...] solo en el contexto de ciertas exteriorizaciones vitales normales, se da una exteriorización del dolor. Solo en el contexto de determinadas exteriorizaciones vitales todavía mucho más amplias, se da la expresión de la pena, o del afecto, etc.» (Wittgenstein, 1997: §534).

Como ha señalado con toda claridad Marrades Millet, es más que posible afirmar que, de acuerdo con su comportamiento, A está triste, «[...] pero esa conducta de A constituye para mí un criterio de su sentimiento de tristeza, no por las propiedades externas que presenta aisladamente considerada, sino en la medida en que se produce en una situación apropiada (p. ej., tras algún suceso luctuoso), se realiza de un modo característico, aunque difícilmente especificable, y va asociada a otras reacciones y manifestaciones (p. ej., gestos de aflicción, expresiones de consuelo, etc.). Por consiguiente, es el lugar que ocupa tal pauta de conducta en el contexto vital de A lo que la convierte, en ciertas circunstancias, en un criterio de su pena o de su dolor» (Marrades Millet, 1993:108). En definitiva, resume Tomasini Bassols, «[...] la conducta externa y el contexto constituyen los criterios: es en virtud de ellos que se puede introducir el lenguaje de las sensaciones (que se puede jugar dicho juego) y que se determina si el uso de las expresiones de dicho lenguaje es adecuado o no» (Tomasini Bassols, 1988: 71). En virtud de ellos, en suma, la gramática y los juegos de lenguaje de nuestros procesos *internos* cobran el particular sentido que tienen en nuestro mundo.

Ahora bien, podría mantenerse que es bien poco lo que los criterios pueden aportar a una cuestión tan compleja como la de los llamados procesos internos (que es como se suele caracterizar el consentimiento), en la medida en que son refutables, es decir, en la medida

en que no pueden aportar ninguna *certeza* sobre lo que esté sucediendo en el *interior* de una persona. Efectivamente: aunque haya criterios para afirmar que alguien tiene un dolor o que ha consentido una relación sexual, si aquellos son refutables, si no puedo tener la certeza de que así ha sido, ¿de qué nos sirven?

La cuestión radica en que la certeza no es una y absoluta, por así decirlo, sino que «[...] el género de certeza es el género del juego de lenguaje» (Wittgenstein, 1988: 513), de suerte que «[...] puedo estar tan *seguro* de lo que siente el otro como de cualquier hecho. No obstante, no por ello resultan ser las proposiciones “está muy deprimido”, “ $25 \times 25 = 625$ ” y “tengo 60 años de edad” instrumentos semejantes. Es natural la explicación: la seguridad es en cada caso de distinto *género*. —Esta parece señalar una diferencia psicológica. Pero la diferencia es lógica» (Wittgenstein, 1988: 511-513, cursiva en el original). Asimismo, olvidamos que el juego de lenguaje de la duda es también ciertamente peculiar: en particular, que la duda necesita fundamentos (Wittgenstein, ²1991: §458), que la duda presupone el dominio de un determinado juego de lenguaje (Wittgenstein, ²1991: §310-315) y que, si se plantea fuera de un juego de lenguaje o si viene referida a un juego de lenguaje en su conjunto, carece de sentido (Wittgenstein, ²1991: §450). Olvidamos demasiado a menudo, en suma, que la duda presupone certeza (Wittgenstein, ²1991: §115).

Podríamos preguntar: «¿Por qué operamos con conceptos así de extraños y flexibles? «por qué no jugar un juego más simple, basado en pruebas claras y criterios rígidos?» (Johnston, 1998: 205). La respuesta breve es que la flexibilidad de nuestros conceptos concuerda con la diversidad que rige nuestro comportamiento. Unos conceptos rígidamente delimitados —señala Wittgenstein— demandarían uniformidad en el comportamiento (Wittgenstein, 1996b: §682), cuando, por el contrario, «[...] la vida humana es como es: diversa, mudable, impredecible. Como no podemos someterla a disciplina militar, le echamos la culpa a eso tan elusivo que es lo interno» (Valdés Villanueva, 1996: xxviii).

«Un “proceso interno” necesita criterios externos» (Wittgenstein, 1988: 363): con esta frase (en la que, de nuevo, el filósofo austriaco entrecomilla «proceso interno» para hacer ver su sedicente carácter interno) se quiere poner de manifiesto que existen criterios que nos proporcionan una justificación para nuestras atribuciones de estados mentales y esta justificación es, en las circunstancias adecuadas, condición suficiente para sustentar una alioadscripción de estados mentales. Es posible, por tanto, *saber*, teniendo en cuenta la existencia de determinados criterios, cuándo alguien tiene un estado mental, siempre que se tenga claro qué tipo de certeza cabe en este ámbito: una certeza no irrefutable, una certeza cuya aparente fragilidad —lejos de la actitud de rechazo que suscita en quien desee una certeza científica o una seguridad inatacable— esconde algo tan profundo como nuestra propia vida en sociedad y nuestro modo de concebirnos a nosotros mismos y a los otros seres humanos.

Es aquí donde retomo la cuestión del consentimiento: de acuerdo con mi visión del asunto se trata de uno de esos «procesos internos» que Wittgenstein entrecomillaba; es decir, no es en absoluto de un arcano de la mente, sino que existen criterios de adscripción totalmente externos, si bien, como todos los criterios (máxime en un mundo tan profundamente simbólico como el de la sexualidad), no son ni 100 % claros ni irrefutables. Y

me parece, en ese sentido, que la definición que ofrece el artículo 178 del Código Penal se inscribe en esa misma lógica (o, al menos, admite ser pensada en esa línea).

4. ACTOS SUMADOS A CONTEXTO: EL MODELO COMUNICATIVO

En el trabajo arriba citado, Tanya Palmer señala lo siguiente: «Distinguir el sexo de la violación sobre la base del consentimiento contempla un modelo de pregunta y respuesta, en el que una persona establece los términos de la interacción y la otra solo puede aceptarlos o rechazarlos [...] lo restrictivo de esta forma de pensar queda ilustrado por el conocido eslogan feminista “no significa no”, y la variante más reciente, “sí significa sí”. Ambas frases hacen hincapié en el derecho de la mujer a que se respeten sus opciones sexuales y cuestionan una serie de mitos persistentes sobre la sexualidad femenina de una forma rápida y fácil de recordar. Sin embargo, al centrarse en el derecho a dar o negar el consentimiento, estos eslóganes siguen situando a la mujer como la que responde a una pregunta; no consideran que sea la mujer la que pregunta. Tampoco dan cabida a la posibilidad más radical de reciprocidad o coproducción de la experiencia sexual. Como tales, demuestran los límites de la estructura binaria de la participación sexual que presupone el modelo de consentimiento. En realidad, los encuentros sexuales suelen desarrollarse de forma orgánica y mutua» (Palmer, 2017: 14). A renglón seguido, la autora reprocha a la idea de consentimiento su carácter descontextualizador en los siguientes términos: «Centrarse en el consentimiento puede ocultar las circunstancias relevantes en las que tiene lugar la actividad sexual y las razones por las que una persona ha consentido [...] Al mismo tiempo, los estudios feministas y otros estudios críticos que ponen de relieve hasta qué punto las decisiones supuestamente consensuadas están condicionadas por fuerzas sociales y estructurales omnipresentes suelen presentarse de forma reduccionista como una afirmación de que el consentimiento de las mujeres carece de sentido en el patriarcado. Por ello, el contexto relevante para evaluar la validez del consentimiento va más allá de las condiciones circundantes inmediatas en el momento en que se toma una decisión. También incluye la dinámica interpersonal específica de las partes y el telón de fondo de las diversas estructuras sociales, principalmente de género, en las que operan» (Palmer, 2017: 15-16).

Creo que la autora acierta cuando afirma que hay que prestar atención a muchos más elementos que el mero acto de consentir afirmativamente y de modo verbal: ciertamente, como he argumentado antes, consentir no es un acto de asentimiento interior, algo que sucede en una *res cogitans* racional, tras un proceso deliberativo, como tampoco es solo un acto concreto —la expresión verbal «sí»— que suceda en el vacío. El consentimiento tiene criterios y estos criterios no son solo meros actos, sino actos en un contexto. En este sentido, «solo sí es sí», como apunta Palmer, es reduccionista. Ni solo la palabra «sí», como si fuese un voto matrimonial o un hechizo, convierte una agresión sexual en una relación sexual consentida (no hay ese «poder mágico» del que hablaba Hurd), ni el hecho de que se llegue a pronunciar, por sí solo, implica necesariamente un consentimiento ni el hecho de que no se llegue a pronunciar implica la comisión de un delito sexual. Por ello, los

modelos que se proponen desde este sector del feminismo no son consensuales, sino «comunicativos»: no se basan en el consentimiento, sino en el hecho de que haya existido una comunicación positiva entre los intervinientes en la relación sexual. Por ejemplo, Michelle Anderson, una de las proponentes de este modelo, señala que «[...] el consentimiento sugiere que una mujer permite o autoriza las acciones sexuales de un hombre sobre ella. En esencia, consentimiento significa: “ella se lo permitió”. En el modelo del “no”, por ejemplo, “le dejó” hacer cualquier cosa a la que ella no se opusiera verbal o físicamente. Según el modelo del “sí”, “ella le permitió” hacer cualquier cosa que él creyera que ella le había autorizado verbal o no verbalmente a hacer. En ambos modelos, la pregunta legal es: “¿Qué le dejó hacer?”. En lugar de preguntar: “¿Qué le dejó hacer?”, el modelo de negociación pregunta: “¿La persona que inició la penetración sexual negoció con su pareja y llegó así a un acuerdo para que se produjera la penetración sexual?”. Como modelo, trata de maximizar la oportunidad de que las parejas sexuales compartan intenciones, deseos y límites. La negociación se manifiesta como una mutua consulta y expresión de preferencias» (Anderson, 2005: 1422-1423).

Más explícita —y atenta a la dimensión penal del tema— se muestra Patricia Faraldo cuando señala: «El modelo comunicativo recoge mejor que el puramente consensual la forma en que, en la práctica, se expresa la aceptación de una relación sexual: a través de la participación activa, con los intervinientes dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un único acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada [...] Tiene la ventaja añadida de que centra la atención en el autor: en lugar de preguntar a la víctima si consintió o no, hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja llegando a un acuerdo sobre lo que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía. Como en el caso del consentimiento afirmativo, cuando no ha habido comunicación alguna, sino solo silencio, hay que presumir que el sexo no es consentido [...] Es responsabilidad de cada una de las partes asegurarse de que la otra ha manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto sexual» (Faraldo Cabana, 2021: 276-277).

En esa línea se sitúa la definición actual de consentimiento, a los efectos del delito de agresión sexual, contenida en primer inciso del art. 178 del Código Penal que, recuerdo, es la siguiente: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Como se observa, la idea es que el consentimiento (que, de partida, parece considerarse un acto interno) se manifieste, y que esta manifestación se lleve a cabo mediante actos, entendidos en el contexto de las concretas circunstancias dadas. Es decir, se plasma en la definición la misma idea de la que parte la noción wittgensteiniana de criterios a la que dediqué el apartado anterior: sea o no un proceso interno, la atribución de un consentimiento a otra persona se hace con base en criterios. Y estos, por supuesto, han de verse al trasluz de los contextos concretos en que se dan. Y, por supuesto también, nuestra atribución puede ser falible.

Por ello, no considero problemática la definición en sí misma considerada, y me parece perfectamente compatible. Las críticas que se han dirigido contra ella, al menos las más recurrentes, no me convencen: de un lado, el vocablo «actos» al que hace referencia el precepto no necesariamente conduce a considerar que las miradas o los gestos no estén incluidos en la definición (como alerta Álvarez García, 2022: 6-7). Me parece, sinceramente, muy poco discutible que una comunicación no verbal también puede ser expresiva del consentimiento (o de su ausencia, lógicamente). Como señala Patricia Faraldo en el trabajo antes mencionado, «[...] no es necesaria una comunicación verbal, porque la no verbal también es indicativa de la voluntad de las partes, como guiar la mano de la pareja a la zona donde uno quiere que le toquen, sonreír, llorar en silencio o intentar apartar las manos del otro» (Faraldo Cabana, 2021: 277). De hecho, lo usual en las interrelaciones sexuales es la comunicación no verbal: casi tres veces más que el consentimiento verbal explícito (Moyano Muñoz y Granados de Haro, 2021: 425 y bibliografía allí citada).

De otro lado, no alcanzo a ver que la cláusula, en sí misma, constituye una inversión de la carga de la prueba: en este sentido, concuerdo con la Circular 1/2023 de Fiscalía General del Estado cuando señala que «[...] en ningún caso puede entenderse que esta cláusula introduzca una inversión de la carga de la prueba, pues la ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal. La cláusula analizada se limita a incorporar en el Código Penal una inferencia lógica: si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió. Deducción que, lógicamente, puede ser desvirtuada» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16-17). Tampoco alcanzo a ver por qué considerar que la previsión de que todo silencio o pasividad ante un avance sexual es indicio de que no se está consintiendo habría de ser inconstitucional por vulnerar la presunción de inocencia, como afirma Lascuráin Sánchez (2023: 57). Si consta la existencia de una relación sexual y esta es reputada no consentida por la víctima, habrá de realizarse prueba en ambos sentidos siguiendo las reglas procesales comunes. Lo que veta el precepto es considerar como prueba del consentimiento algo que no sea un acto que, en el contexto de los hechos, exprese claramente la voluntad de la persona (y, en particular, considerar el silencio o la falta de oposición como elemento probatorio del consentimiento).

Podrá aceptarse o no la opción político-criminal de tender hacia un modelo comunicativo de consentimiento en el Código Penal y, por ejemplo, señalar que es un modelo maximalista que puede resultar desproporcionado, o incluso que, en realidad, es una suerte de avanzadilla de una versión más dura del consentimiento en la que solo las relaciones sexuales deseadas (y no meramente aceptadas) tengan refrendo legal (así, Malón Marco, 2020: 212 ss.), pero la definición es coherente con el punto de vista adoptado y no creo que se oponga a ninguno de los principios que presiden (al menos en teoría) nuestro Derecho penal. La propuesta legislativa es clara: como indica la Circular 1/2023, «[...] la opción del legislador español, consecuente con el art. 36.2 del Convenio de Estambul, exige apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo siempre que el sujeto activo obre sin haber recabado previamente el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción típica,

aun cuando esta no hubiera manifestado su oposición en momento alguno, limitándose a mantener una actitud pasiva» (Fiscalía General del Estado, 2023: 22). En suma, excluye como *criterio* de consentimiento la simple no oposición.

Dicho lo anterior, es decir, que la definición de consentimiento del artículo 178 del Código Penal es, naturalmente, susceptible de críticas, pero no, en mi opinión, por razones técnicas o de inconstitucionalidad, sino, sobre todo, por divergencias sobre si es deudora de un modelo de regulación excesivamente duro o exigente, a continuación, expondré cuál es, en mi opinión, el auténtico punto ciego (por así decirlo) de la definición.

5. EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO: CRITERIOS, VISIONES DEL CONSENTIR Y ERROR

Voy a reconstruir brevemente el *iter* argumental que he recorrido hasta aquí: la Ley Orgánica 10/2022 dio un vuelco a la regulación de los delitos sexuales en nuestro país, incorporando, entre otras previsiones, una definición de consentimiento a estos efectos. Tras analizar las múltiples problemáticas que plantea dicha noción desde diversos puntos de vista, he sostenido que, si una perspectiva del consentimiento entendido como acto puramente interno, puntual y personalísimo del que solo la persona que lo otorga puede dar cuenta (una perspectiva *cartesiana*) debe ser rechazada, puede, en cambio, acogerse de un modo menos problemático una perspectiva —no me atrevo a denominarla, sin más, *wittgensteiniana*, pero sí la estimo emplazada, así sea tendencialmente, en el enfoque del filósofo austriaco— en la que esa sedicente interioridad y privacidad del consentimiento sexual se transmute en criterios externos e intersubjetivos de este. Como sobre cualquier otro proceso de los usualmente tenidos como internos, podemos tener certeza de la existencia o no de un consentimiento tomando como base los criterios de sus actos, en tanto en cuanto reconocemos en los demás (como en un espejo) actitudes, contextos y expresiones que nosotros mismos hemos aprendido en nuestra vida en comunidad como significantes de dicho consentimiento. Eso sí, lógicamente, la adscripción que realizamos a través de criterios es falible, porque el comportamiento humano no es reducible a leyes generales ni se deja atrapar fácilmente por conceptos claros y precisos. Si nos preguntamos por la posibilidad de tener criterios más exactos, habría que responder, con Hacker, «no. No sin un cambio fundamental en nuestra naturaleza» (Hacker, 1990: 284). Por último, esas consideraciones están en línea con la definición que el legislador ha dado al consentimiento sexual en el Código Penal, que supone no ya una incorporación del modelo afirmativo («solo sí es sí») a nuestra legislación, sino, en mi opinión, un paso hacia la introducción de un modelo comunicativo, que es más exigente aún.

Como he señalado antes, la regulación actual ni es absurda ni, en mi opinión, supone vulneración alguna de los principios esenciales del Derecho penal. Cuestión distinta es, como diré más adelante, que pueda ser considerada excesivamente exigente desde la perspectiva punitiva (es decir, que sea un buen punto de partida ético, pero un estándar demasiado duro cuando está en juego una condena penal) o —y aquí quería conducir mi

análisis— que pueda plantear un problema de tipo epistemológico. Esto es: que la definición esté muy bien en la teoría, pero que esa pretensión de claridad y de estabilidad en la comprensión del consentimiento sea derrotada por una práctica demasiado fragmentaria, difusa y equívoca.

Decía Vives Antón que no hay «[...] nada tan tranquilizador como un concepto: parece dar realidad a los “objetos ideales”, como la experiencia la confiere a los materiales» (Vives Antón, 2001: 293). Para resultar totalmente tranquilizador, el Anteproyecto de Ley Orgánica exigía, en el concepto de consentimiento, actos «inequívocos». Pero esa pretensión de borrar toda ambigüedad de los actos, rebajada en la definición que finalmente vio la luz a actos que manifiesten «de manera clara» la voluntad de la persona —que es, por supuesto, la mayor preocupación de la reforma— está condenada de antemano a sufrir muchos sinsabores, a toparse, en suma, con una práctica poco tranquilizadora por dos razones básicas: la que deriva de las propias características de los criterios a las que antes aludí, y la que deriva de la previsible falta de comunicación (y, consecuentemente, de comprensión) en este ámbito.

El primer problema trae causa de que no existen actos que indubitadamente muestren la voluntad de una persona de involucrarse en una conducta sexual. Unos conceptos estables implican unas prácticas estables. Cuando estas se dan, la interpretación de los comportamientos parece obvia. Pero las prácticas (lingüísticas y sociales) «[...] varían y se entremezclan, luchan, desaparecen, son absorbidas o absorben [...] no buscan instancia metafísica alguna a la cual puedan adecuarse, sino que solo en su *praxis* crean sentidos contingentes que pronto son mudados» (Quintana Paz, 2004: 150). Como señala Wittgenstein, «[...] nuestras reglas dejan alternativas abiertas, y la práctica debe hablar por sí misma» (Wittgenstein, ²1991: §139), pero la práctica de la alioadscripción de estados mentales es, de suyo, compleja, máxime cuando se habla de un ámbito tan sensible y pleno de incertezas como el de la sexualidad.

Por supuesto, hay un espacio común básico de entendimiento y, en circunstancias normales, somos capaces de realizar juicios compartidos de la existencia o no de consentimiento. Hay criterios muy poderosos tanto a favor como en contra de la existencia de aquel; pero esas situaciones no son las problemáticas. Las que generan problemas son aquellas en las que entran en juego las comunicaciones más confusas, ambiguas o cambiantes, o aquellas en las que nuestra evidencia de un consentimiento (o de su ausencia) es, por utilizar la denominación del propio Wittgenstein, «imponderable». Así, el filósofo austríaco afirma: «Puedo reconocer la mirada auténtica del amor, distinguirla de la falsa (y naturalmente puede haber aquí también una confirmación “ponderable” de mi juicio). Pero puedo ser completamente incapaz de describir la diferencia» (Wittgenstein, 1988: 521). En efecto, en la práctica ordinaria del juego de lenguaje de la alioadscripción, esas sutilezas de la mirada, del gesto, del tono de la voz, nos sirven para llegar a un convencimiento de los estados mentales de otros aun cuando no podamos explicitar esa evidencia de otro modo más certero. En este sentido, indica Wittgenstein, «[...] digo a alguien que tengo fundamentos o pruebas para esta afirmación, pero que son “imponderables”. Ahora bien, por ejemplo, he visto la mirada que uno ha echado a otro. Y digo: “si tú lo hubieses visto, habrías dicho

lo mismo”» (Wittgenstein, 1996a: §923). Como señala Marrades Millet en el fragmento citado arriba, hay expresiones que se dan de un modo característico, pero difícilmente especificable.

Sin duda, esas sutilezas casan mal con una definición que pretende ser exigente y, mucho peor, en un proceso penal, donde la comunicación es complicada. Como indica —a mi juicio acertadamente— Susan Ehrlich en su monografía sobre narrativas y expresiones lingüísticas en procesos por violación, la coerción institucional en la que ambos (acusado y víctima) se encuentran declarando, hace que su testimonio difiera en su narrativa al que prestarían en otro contexto. Es decir, «[...] fuera de esa configuración institucional, si no estuviesen afectados por las limitaciones ideológicas y discursivas que permean esos contextos (por ejemplo, si estuviesen realizando otro tipo de actividad o práctica social), el hombre que se defiende y la mujer que acusa podrían contar sus narrativas de un modo bastante diferente» (Ehrlich, 2001: 10). Un juicio penal no es, por consiguiente, un contexto de expresión normal y lo que, en un ámbito cotidiano, podríamos afirmar como criterio de consentimiento (o de su ausencia), es posible que sea considerado irrelevante o que, directamente, la persona que ha presenciado ciertos hechos omita por sí misma algunos detalles o los relate de un modo más ajustado a la situación en la que se encuentra.

En suma, es evidente que hay criterios para entender que una relación sexual ha sido consentida o no, pero no funcionan siempre, el contexto no es siempre claro y no tienen por qué ser «ponderables», por usar la terminología wittgensteiniana. Si sumamos a estas dificultades la coerción institucional de la que habla Ehrlich, que provoca que los relatos de las partes y de los testigos en el proceso tiendan a ser encorsetados y virados hacia la consecución de un objetivo (la condena, la absolucón, la mayor precisión posible para no incurrir en falso testimonio, evitar las preguntas sobre aspectos íntimos que no se quieren revelar, etc.), el resultado un panorama comunicativo tendencialmente confuso.

En este sentido, la definición del artículo 178 del Código Penal pretende poner orden en un fenómeno que, de suyo, es sumamente informe, más aún cuando, además, luego deriva en una sucesión de relatos en sede institucional. Por ello, es altamente probable que, en segundo lugar, plantee un problema epistemológico, un problema de comprensión y de mutua inteligibilidad entre quienes interactúan sexualmente.

En efecto, como señala Malón Marco, «[...] cada uno de esos tres planos en los que descomponer el proceso del consentimiento —el estado interno de la mujer, su expresión interna, la interpretación que de ella hace el hombre— y ese cuarto relativo a la interpretación que harían unos hipotéticos observadores externos o jueces *a posteriori*, presenta sus propios problemas que nos pueden llevar a complejas disquisiciones sobre la existencia de la falsa conciencia, las dificultades y errores de la comunicación y el lenguaje, el concepto de culpa y responsabilidad o la influencia de los prejuicios y creencias sociales con las que interpretamos la realidad [...] Toda negociación sexual está sometida, además, a numerosos elementos contextuales, desde los más lejanos de la cultura, hasta los más cercanos de las personas implicadas, que pueden impedir o dificultar una comunicación clara [...] Y si la comunicación puede ser confusa, entonces puede dar lugar a confusiones en el que la tiene que interpretar. El hombre, por su parte, está también influenciado por creencias,

prejuicios y convenciones sociales que no solo le llevan a interpretar de una determinada manera, quizás interesada, el lenguaje de la mujer, sino a gestionar también de un modo imperfecto su propio lenguaje verbal y no verbal, así como las posibles estrategias metalingüísticas que podrían ayudar a ambos a aclarar lo que quieren decir» (Malón Marco, 2020: 72).

Señalaba antes que unos criterios claros implican una práctica que «habla por sí misma», pero que, dada la especial posición que la sexualidad ocupa en nuestra forma de vida, el juego de lenguaje del comportamiento sexual es un terreno minado para obtener líneas maestras que nos ofrezcan la claridad pretendida. Si a ello le añadimos que los roles de género tienen una importancia capital en la percepción de los mensajes cruzados durante el acercamiento sexual, nos encontramos con que hombres y mujeres, heterosexuales y homosexuales, jóvenes y adultos, tenemos distintas visiones del consentimiento, del modo en que este se expresa y, consecuentemente, de los actos de la otra persona que implican el consentimiento. Al respecto, Witmer-Rich sostiene: «Cuando las personas mantienen relaciones sexuales, se comunican entre sí de múltiples maneras. Utilizan un complejo sistema de palabras y conductas. El significado de esas palabras y de esa conducta es muy sensible al contexto social de la comunicación, a la cultura o subcultura en la que se comunican los participantes y a muchos otros factores. Este sistema no es exclusivo del sexo: es la comunicación humana. En muchos encuentros sexuales voluntarios y deseados, las señales de acuerdo son parcial o totalmente no verbales. En algunos casos, esas señales son ambiguas. En otros casos, las señales pueden ser perfectamente claras para las partes en el contexto concreto de su encuentro, aunque en otros contextos esas señales similares no indicarían necesariamente un acuerdo sexual» (Witmer-Rich, 2016: 85-86).

A esto me refería cuando he hecho referencia a la existencia de un problema epistemológico: podemos tener certeza de los estados mentales de una persona a través de los criterios. Cuando estos son claros y compartidos, la duda no surge. Cuando son evidencias imponderables —por usar la terminología de Wittgenstein— o la práctica se aleja de los estándares habituales, la cuestión es más compleja. Cuando, además, estamos en el ámbito de la sexualidad, tan lábil, simbólico, íntimo y confuso, la esperanza de que la comunicación siempre sea nítida se desvanece. Si añadimos, por último, que los roles de género establecen una serie de expectativas, actitudes y preconcepciones sobre el comportamiento sexual distintos para hombres y mujeres, el riesgo de colapso comunicativo es importante. Y este riesgo, además, se produce en perjuicio de las mujeres y, muy probablemente, sin que podamos asumir, sin más, que son dificultades que los hombres no pueden salvar.

Me explico: me parece indiscutible que, como señalaba Malón Marco en el fragmento antes citado, los hombres realizan interpretaciones interesadas del comportamiento de las mujeres a la hora de interactuar con miras a mantener una relación sexual, pero no pretendo señalar que esas diferencias de interpretación sean inevitables o que provengan, de algún modo, de una suerte de «naturaleza de las cosas». Al contrario, me parece muy convincente la posición de Penelope Eckert y Sally McConell-Ginet cuando indican que «[...] lo que a muchos les ha parecido la consecuencia más interesante del modelo de cultura dual —a saber, que los problemas comunicativos entre sexos se derivan de un conocimiento insu-

ficiente de las normas de interacción de la “otra” cultura— parece suponer que las personas ignoran todas las posibilidades de interacción, salvo las predominantes en sus propias subculturas específicas de género, y no realizan elecciones de interacción reales, sino que actúan simplemente como esponjas pasivas que absorben identidades de género. No negamos que la separación de sexos en la infancia pueda dar lugar a la diferenciación de algunos intereses, estrategias y valores sociales en la edad adulta y que dicha diferenciación de sexos pueda pasar desapercibida o que su desconocimiento pueda causar malentendidos. Pero el énfasis en la separación, y la ignorancia resultante, pasan por alto la participación activa de las personas en la reproducción o la resistencia a los roles de género [...] Cuando un hombre interpreta el “no” de una mujer como un “sí”, explota activamente su “comprensión” del estilo femenino como diferente del suyo, como indirecto en lugar de directo. Su lectura es posible no porque su subcultura le haya enseñado a alentar y dar la bienvenida a las insinuaciones sexuales fingiendo su rechazo, sino porque se dice a sí mismo que esa timidez forma parte de la “feminidad”, un modo de ser que considera significativamente diferente del suyo» (Eckert y McConell-Ginet, 1992: 466).

En suma, no se trata de justificar el comportamiento de los hombres que, conducidos por su rol de género, consideran que hay consentimiento donde, en realidad, no lo hay. Su permeabilidad a ciertas ideas sobre el significado de consentir, en perjuicio de la autonomía sexual de las mujeres, no es inevitable ni algo a lo que jurídicamente deba, en mi opinión, dársele relevancia. Con todo, sin embargo, hay que traer a primer plano la cuestión del error, en la medida en que, de hecho, se da con más frecuencia de la que parece. Incluso un autor como Schulhofer, a quien Anderson apoda nada menos que «el arquitecto del modelo de solo sí es sí» (Anderson, 2005: 1405) ha podido señalar que «[...] la comunicación sexual es habitualmente tan indirecta y contradictoria que es un milagro que no se produzcan errores más a menudo. Lo que parece seguro es que la falta de comunicación sobre los deseos sexuales es totalmente habitual. Si tenemos en cuenta el comportamiento real de la gente que nos rodea, los errores sobre el consentimiento, incluidos los errores sobre el significado del “no”, son sin duda frecuentes» (Schulhofer, 1998: 65).

Los problemas comunicativos a los que he aludido antes, por tanto, pueden —de hecho, así lo hacen— conducirnos al callejón del error, a situaciones en las que el hombre cree que hay actos de la mujer que significan un sí y actúa honestamente convencido de ello. Me gustaría ser lo más claro posible en este punto: en absoluto me refiero a que interprete un «no» como algo distinto a lo que, incontrovertidamente, significa un «no», una negativa. Creo que hay que superar el debate que parte de premisa de acuerdo con la cual «los hombres pueden interpretar un “no” como un “sí”». No, no pueden. Ni el significado de nuestras prácticas sociales ni el sentido normal de las palabras avala algo semejante. Tampoco me refiero a las situaciones que muchos autores plantean (lo recurrente del ejemplo me resulta, personalmente, perturbador) de penetrar a tu propia pareja mientras duerme sobre la base de una presunción de consentimiento. No sé qué posible criterio de haber obtenido un sí a una interacción sexual puede incluir a una persona dormida, sea pareja o sea quien sea (y ello con independencia de que vaya a denunciar o no los hechos, y demás disquisiciones al respecto). Tampoco me refiero a las típicas situaciones que suelen usarse

para caricaturizar los roles de género y nuestra mutua comprensión (llevar determinadas prendas de ropa, bailar con una persona, aceptar una invitación para ir a una casa...). Insisto, por más que pueda decirse que estas ideas están extendidas entre los hombres, ninguna de esas hipótesis constituye criterio alguno de consentimiento ni a efectos legales ni a efectos de una posible alegación de error. Sencillamente, el ordenamiento jurídico no debe proteger visiones del consentir (masculinas) que, sin más, justifican la violencia sexual contra las mujeres.

Por el contrario, cuando hablo de un problema de defectuosa comunicación en una determinada interacción en el ámbito sexual —de un problema de comprensión al respecto—, me refiero a aquella zona de penumbra en la que las ambigüedades son muchas o en las situaciones en las que los criterios parecen claros, pero la persona que, podría decirse, está consintiendo de acuerdo con ellos afirma que, de hecho, no ha consentido. Recuértese que la definición del artículo 178 dice que esos «actos», entendidos con el telón de fondo de «las circunstancias del caso», deben expresar de manera clara *la voluntad* de la persona y que, en todo caso, el consentimiento debe haber sido «*manifestado libremente*». Es decir, por dos veces el Código Penal apela a la existencia de un consentimiento interno de la persona: no se trata, por tanto, de una definición puramente objetiva, por así decirlo, según la cual la mera existencia de los actos supondría *iuris et de iure* la existencia del consentimiento. En este caso, como bien observan Díez y García Conlledo y María Trapero, ya no habría una hipótesis de error: «La conducta del sujeto es atípica por deber suponerse existente el consentimiento, aunque real o internamente no exista» (Díez y García Conlledo y Trapero Barreales, 2021: 568). Por tanto, me refiero a esas situaciones en que existen criterios (existen actos, entendidos en las circunstancias del caso, que apuntan a un consentimiento), criterios que, insisto, no son el producto de concepciones unilaterales construidas desde el universo masculino sobre el significado del consentimiento, sino que puedan ser intersubjetivamente compartidos también por las mujeres, y, sin embargo, la víctima afirma (y nada hay que nos lleve a pensar que falsamente) que dicho consentimiento no existía. De un lado, hay base para una alioadscripción del consentimiento y, por otra, una manifestación de la víctima en sentido contrario. Ahí, en ese intersticio, es donde entra en juego el error, pues, por definición, toda buena base para afirmar el consentimiento es una buena base para sustentar una alegación de error si entendemos que aquel, efectivamente, no ha existido.

Voy a valerme de una sentencia reciente, aunque anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, dictada por la Audiencia Provincial de Castelló para ejemplificar cómo los tribunales se dan de bruces con una de dichas situaciones. Se trata de la Sentencia de 6 de abril de 2022 (TOL 9.183.189), cuyos hechos probados transcribo prácticamente en toda su extensión para ofrecer todo el contexto posible (me limito a eliminar alguna referencia que no aporta nada, y a corregir las erratas y faltas ortográficas del texto original):

«En la madrugada del día 4 de agosto de 2019, sobre las 1:30 horas, aproximadamente, cuando el acusado Juan Pablo se encontraba, acompañado de unos amigos, en el interior del recinto donde, en la localidad de Burriana, se celebraba el festival conocido como *Arenal Sound*, coincidieron con otro grupo de personas entre las que se encontraba

Bibiana, entablado conversación con ellos y, particularmente, entre el acusado y Bibiana, que simpatizaron hasta el punto de que, antes de separarse y siguiendo lo acordado, se intercambiaron los teléfonos, haciéndole el acusado una llamada perdida para que le quedara grabado.

En el curso de dicha madrugada, ambos grupos coincidieron en al menos dos ocasiones más, durante las cuales se hizo más evidente la buena sintonía que entre ambos había, a modo de atracción mutua, hasta el punto de que uno de los del grupo que iban con el acusado, les dijo que “ya que hablaban los dos solos, por qué no se iban a la playa”, como dando a entender que allí tendrían más intimidad para lo que quisieran.

Con posterioridad a dichos encuentros y entre las 4:20 horas y las 6:16 horas, entre ambos se hicieron hasta 16 llamadas telefónicas. A consecuencia de esas últimas llamadas, quedaron ambos en verse a continuación en las proximidades de las cabinas de aseos que, debidamente separados los de hombres y los de mujeres, y cerca de las puertas de acceso y salida, estaban instalados en el interior del indicado recinto. Una vez allí, el acusado la invitó a entrar con él en una de las previstas para los hombres, lo que Bibiana, a sabiendas de las intenciones de índole sexual que Juan Pablo le había dejado entrever a lo largo de aquella noche, aceptó, de modo que, una vez dentro, el acusado, pensando que por la atracción mutua que se habían demostrado, por las insinuaciones de tipo sexual transmitidas, y por el hecho de haber aceptado entrar con él donde estaban, que, en este tipo de festivales multitudinarios, suele ser un sitio utilizado por los asistentes para mantener relaciones sexuales, tras quitarse la camisa, fruto de la excitación sexual que tenía, comenzó a manosearla por todo el cuerpo, llegando a meter la mano por la falda pantalón que vestía hasta llegar a su sexo e introducirle los dedos, bajándose luego los pantalones intentando que le hiciera una felación, de lo que desistió al no consentirlo ella, hasta que, en un determinado momento, una vigilante de seguridad que, dado lo avanzado de la hora, estaba controlando que dichas cabinas estuvieran vacías, abrió la puerta, encontrándose al acusado, que es una persona de alta estatura, de espaldas y desnudo, sin llegar a ver a Bibiana y escuchando lo que le pareció un gemido, por lo que pensando que estaban manteniendo relaciones sexuales, cerró la puerta y tocando la misma les pidió que salieran.

Al ser sorprendidos por dicha vigilante, el acusado le puso la mano en la boca diciéndole a Bibiana que no dijese nada, y como no saliesen de inmediato, la vigilante, que estaba esperando a que lo hicieran, volvió a tocar la puerta insistiendo en que lo hicieran, lo que verificaron apenas transcurridos 30 segundos, primero el acusado y luego Bibiana, a quien, para ayudarla a hacerlo, tendió la mano el acusado que fue rechazada por esta, quien se dirigió hacia la vigilante que allí estaba esperando diciéndole “me ha violado”, tras lo que se puso a llorar, lo que provocó que dicha vigilante llamara a sus compañeros, que retuvieron al acusado hasta la llegada de la Guardia Civil».

Lo que acaba de describirse son los hechos declarados probados. La versión del acusado fue idéntica, pero omitió el hecho de que hubiese introducido los dedos en la vagina de la mujer, algo que sí había dicho en instrucción (seguramente, su asistencia letrada quería evitarle una ulterior agravante por introducción de miembros corporales). Declaró que creía que el hecho de que, tras haber estado hablando y viéndose una y otra vez, mediando

insinuaciones sexuales, a lo largo de la noche, ella aceptase entrar en un baño individual con él, máxime cuando había otros baños libres (extremo confirmado por la vigilante de seguridad), era indicio de que consentía y que, de hecho, la mano que le llevó a la boca a ella era porque estaba gimiendo de la excitación y temía que la vigilante los oyese. De acuerdo con la versión de la mujer, ella había quedado con él por error, dado ella estaba convencida de que en todas las llamadas que intercambiaron estaba hablando con otro chico de la misma pandilla. Afirmó que era cierto que entró voluntariamente en la cabina, pero que lo hizo porque pensó que era para que ambos orinaran. Cuando él la empezó a manosear, dijo, «al principio no se lo había tomado muy en serio», pero se asustó cuando le puso la mano en la boca porque ella quería salir.

Pues bien, ahí tenemos, en mi opinión una situación en la que la decisión pasa por los siguientes estadios: el hecho de que ella se hubiese introducido en un baño con él, cuando había otros baños libres, en el contexto de esa noche, ¿es criterio de su consentimiento? ¿Miente, acaso, cuando declara que no pretendía mantener ningún tipo de relación sexual con el acusado? ¿O su composición de lugar de que, en realidad, el acusado quería orinar con ella es razonable? ¿O, con independencia de lo que ella crea o no (pues no la juzgamos a ella), no hay nada —ningún acto— de ella que nos indique consentimiento, dado que entrar en un baño con un hombre en esas circunstancias no es criterio alguno de consentir? Y si la respuesta a este último interrogante es positiva, ¿tiene a su vez él buenas razones para creer lo contrario?

En su decisión, la Audiencia Provincial de Castelló asume esta última línea argumental. En este sentido, el tribunal sostiene lo siguiente: «Esta cuestión es altamente delicada y obliga a estar a las circunstancias concurrentes en el caso, que pasan por repetir lo con anterioridad expuesto, en el sentido de que Bibiana en el curso de aquella noche y desde el primer encuentro, había estado tonteando (digámoslo así) con el acusado, con el que empatizó de forma claramente perceptible, incluso para los amigos de este, quienes les propusieron ir a la cercana playa, como lugar más íntimo para ellos. Igualmente, el número de llamadas cruzadas aquella noche y el hecho de que aceptase a última hora reunirse con él, y, sobre todo, el que a sabiendas de las intenciones sexuales del acusado para con ella, aceptase introducirse con él en una cabina de aseo prevista para caballeros, [...] [cuando] no había necesidad de entrar a orinar juntos, como Bibiana ha mantenido, llevó al acusado al convencimiento de que esta aceptaba introducirse con él para llevar aquellas, de modo que, apenas entraron, el acusado procedió a iniciarlas, llevando a cabo las que se describen en los hechos que se declaran como probados, sin que, hasta que se produjo la interrupción de la referida vigilante de seguridad, que es cuando, como manifestó Bibiana, se asusta de verdad al ver que el acusado le tapaba la boca, podamos tener por acreditado que aquélla le hizo saber de forma suficiente, bien de palabra, bien por gestos inequívocos, su negativa a mantener tales relaciones [...] ausencia de exteriorización bastante de su negativa que sacara al acusado de su error, que también deducimos de su manifestación acerca de que, hasta el momento en que le tapó la boca, no se había tomado muy en serio la actitud del acusado, lo que no parece compatible con una clara e inequívoca negativa. Ciertamente es que la manifestación de la misma a la vigilante de segu-

ridad acerca de que había sido violada, cuando terminaba de conocer al acusado aquella noche y no se ha puesto de manifiesto motivo espurio alguno para referirse de esa manera a lo ocurrido, puede llevar a pensar que lo sucedido no fue deseado por ella. Mas, por todas las circunstancias que rodearon los hechos, a las que hemos hecho mención, desde el punto de vista de un observador imparcial, puede considerarse razonable entender que el acusado, en ese trance, pensara lo contrario y actuara en consecuencia, lo que nos lleva a absolverlo del delito del que se le acusa» (FJ 2).

Como puede apreciarse, la decisión pasa por considerar acreditado el no consentimiento (en la medida en que nada hay en la víctima que lleve al tribunal a sospechar que tiene alguna razón para mentir), pero también que el error del autor es razonable y que un observador imparcial también habría pensado lo contrario. No indica el tribunal si el error es vencible o invencible, pero, al no existir una modalidad imprudente de agresión sexual, el resultado es idéntico: la absolución del acusado.

He elegido este caso porque considero que está en esa zona de penumbra de la que antes hablaba. Creo muy difícil sostener que ella realmente consintió esa relación sexual (de ser así, habría que entender que mintió cuando rompió en llanto y afirmó haber sido violada). Creo también que el comportamiento de ella no fue, inequívocamente, de consentimiento: meterse en una cabina de baño con un hombre con el que se ha *tonteado* —por usar la expresión del tribunal— no es un permiso abierto para que aquel inicie una relación sexual (podría, sin más, haber preguntado si a ella le apetecía —y qué le apetecía—). Por último, y sentado lo anterior, creo que difícilmente puede negarse que, en todo caso, el acusado sí tenía razones para creer que ella consentía. Y esas razones no son las que suelen ponerse como ejemplo de conductas y señales que los hombres interpretan a su modo y que una mujer interpretaría de una manera distinta. Ni el hombre razonable ni la mujer razonable (por usar tanto el estándar usual en el *Common Law* como el propuesto por un sector feminista) podrían sorprenderse de que ella, una vez dentro de la cabina, hubiese mantenido con toda tranquilidad una relación sexual.

Con la regulación actual, tanto del consentimiento como del error de tipo, mi impresión es que situaciones como esta se van a multiplicar: las fricciones entre la claridad pretendida por la definición y el acopio de razones que una persona puede tener para pensar (erróneamente) que la otra consiente van a suponer más de una absolución. Podría decirse que esa posibilidad ya existía con la anterior regulación, pero el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. En mi opinión, esta elevación del rigor en la definición (en realidad, la propia existencia de una definición) va a suponer que el error pueda cubrir un espacio de impunidad que quizás los impulsores de la norma no esperaban, convirtiendo alegaciones que antes eran residuales en la defensa por excelencia.

Si se hubiese introducido un tipo imprudente en la regulación de las agresiones sexuales, al menos cabría el recurso a una condena por error vencible, pero, al no haber aquel, lo máximo a lo que la víctima puede aspirar en estos casos es a ver resarcida la responsabilidad civil (artículo 118.2 CP). Así, Lascuraín Sánchez señala que «[...] el legislador debería haber procedido a la cobertura de una importante laguna de nuestro Código Penal: la sanción

de ciertos atentados sexuales imprudentes, los que se derivan de un error vencible del autor [...] No hacerlo nos está llevando a dos consecuencias perniciosas: o bien a la impunidad de conductas altamente reprobables, o bien, aún peor, al intento judicial de evitar lo anterior catalogando como dolo lo que en realidad son imprudencias, con quiebra del principio de culpabilidad» (Lascuráin Sánchez, 2023: 59-60). Este último autor señala, sin embargo, que el error será ahora menos frecuente. Mi hipótesis es la contraria: ahora que hay una definición legal de consentimiento, en los exigentes términos del artículo 178 el campo de aplicación del error va a ser más amplio.

Ciertamente, será la *praxis* la que dirá si estoy en lo cierto y si el error va a ser, al menos durante una temporada, la alegación más exitosa en casos de agresión sexual. También dirá si el ímpetu reformista en esta materia alcanzará a la propia regulación del error, estableciendo requisitos *ad hoc* para su apreciación en delitos sexuales. Así lo hace, por ejemplo, Canadá, en cuyo Código Penal hay una regulación específica de la defensa de error en las agresiones sexuales. Su artículo 153.5 dispone:

«No constituye eximente de una acusación en virtud de este artículo el hecho de que el acusado creyera que la persona denunciante consintió la actividad que constituye el objeto de la acusación si

- (a) la creencia del acusado surgió de
 - (i) la intoxicación autoprovocada por el acusado,
 - (ii) la imprudencia temeraria o la ceguera deliberada del acusado, o
 - (iii) cualquier circunstancia mencionada en la subsección (3) o (4) o 265 (3) en la que no se obtiene el consentimiento [abuso de poder, víctima privada de sentido, expresión de una negativa, etc.];
- (b) el acusado no adoptó medidas razonables, en las circunstancias que conocía en ese momento, para cerciorarse de que el denunciante estaba dando su consentimiento; o
- (c) no hay pruebas de que el consentimiento voluntario del denunciante a la actividad se expresara afirmativamente mediante palabras o se manifestara activamente mediante una conducta».

Esta regulación del error, que exige al acusado dar pasos razonables para cerciorarse del consentimiento de la otra persona, es, sin duda, más exigente que la de nuestro Código Penal, que alude, simplemente, a la existencia de dicho error, a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Por otra parte, como puede apreciarse, el consentimiento afirmativo se recoge en materia de error, lo que demuestra, a mi juicio, la estrecha relación entre la definición de consentimiento y la institución del error, pues, en realidad, el consentimiento y sus criterios distan mucho de ser elementos que puedan ser apreciados, definidos y comprendidos de un modo claro e inequívoco.

Parca victoria parece para una ley, en todo caso, que el fenómeno que pretende combatir se acabe dirimiendo en materia de error (o, en su día, limitando las posibilidades de alegación de este).

6. CONCLUSIONES: EL CONSENTIMIENTO COMO CONCEPTO DE TRANSICIÓN Y LA PEDAGOGÍA SOCIAL A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

En el trabajo antes mencionado de Witmer-Rich, el autor señala: «Una dificultad fundamental y permanente, especialmente en los casos de violación por parte de un conocido, es dirimir las disputas sobre el significado de los diversos signos o señales en un contexto social determinado. El consentimiento afirmativo ni soluciona ese problema ni lo mejora. El consentimiento afirmativo requiere que haya una señal, en lugar de basarse únicamente en la ausencia de cualquier señal. Pero, en la mayoría de los casos, el problema más importante no es determinar si existe “una señal”, sino determinar qué significan —si es que significan algo— las distintas señales en un contexto social determinado» (Witmer-Rich, 2016:86).

A lo largo de este trabajo he sostenido que este problema —determinar el significado de los actos que una persona ha llevado a cabo en un contexto sexual y, sobre todo, el problema derivado de llegar a considerarlos como claramente expresivos de la voluntad de la persona— se produce porque hay criterios para realizar esa labor, pero no todos son claros, y porque todo proceso comunicativo que tiene por objeto el ámbito de la sexualidad presenta importantes condicionantes derivados de los roles de género. Si a ello le sumamos los problemas que la propia noción de consentimiento plantea y el hecho de que todo ello lo vamos a dirimir en los angostos términos de un proceso penal, nos encontramos con un panorama en el que la pretensión de los impulsores de la ley de «poner el consentimiento en el centro» se convierte en un terreno minado.

Pero, quizás, como sostiene Veatch, el consentimiento sea, en realidad, un concepto «[...] de transición hacia un modelo conceptual totalmente revisado» (Veatch, 1995: 5) y la aspiración no sea solo mejorar la situación de la violencia sexual en el actual contexto social, sino también mirar hacia el futuro y hacer una labor pedagógica. Quizás, en suma, se está fiando a la ley «[...] cambiar toda una cultura sexual, con sus valores, creencias, símbolos, relatos, estereotipos, actitudes, emociones, costumbres, identidades, etc.» (Malón Marco, 2020: 225). Así, Patricia Faraldo sostiene que «[...] el modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social» (Faraldo Cabana, 2021: 275).

El hecho de que se incida en la pedagogía evidencia que, de hecho, hay un problema de base en (al menos una parte de) las interacciones sexuales de nuestra sociedad. Es decir, si se ha creído necesario modelar una definición de consentimiento sexual revestida de las exigencias ya vistas es porque se parte de la premisa de que la cultura actual de los contactos sexuales —o, al menos, de los que conciernen a las mujeres— está llena de situaciones en las que aquellas sufren, de un modo u otro, atentados contra su libertad sexual. Esto, en mi opinión, es así, como también es cierto, y así lo señala el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, que «[...] las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada

con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada».

Pero, precisamente por ello, cuando se eleva el estándar de consentimiento, entra en juego la posibilidad de error. Es decir, precisamente por ese arraigo de ciertas ideas, cabe la posibilidad de que haya situaciones de error subsumibles en el artículo 14 del Código Penal, lo que puede suponer un modo de hacer decaer la responsabilidad penal —máxime cuando, incluso el error vencible (a falta de una modalidad imprudente de agresiones sexuales), conduce a la absolución—. Por ello, quizás el futuro nos depare alguna reforma de la propia aplicabilidad del error a las agresiones sexuales. O, sencillamente, el proceso penal (acabe en absolución o no, con pago de responsabilidad civil o no) ya sea suficiente para desplegar esa finalidad de pedagogía social antes aludida.

Sin embargo, el intento de solucionar a través del Derecho penal un problema tan profundo me parece que corre el riesgo de cosechar un doble fracaso: el jurídico, en la medida en que una regulación como la actual pueda ser una puerta para la regulación de modelos aún más exigentes que puedan (ahí sí) entrar en contradicción con principios penales básicos, y el estrictamente pedagógico-sexológico, por cuanto, como dice Malón Marco «[...] no se puede combatir un fenómeno social amplio y complejo con un cambio minúsculo y seguramente inviable en la forma en que las personas deben expresar, comunicar e interpretar su voluntad» (Malón Marco, 2020:225). Lo que no es óbice, añadiría yo, para que un cambio legal, sobre todo cuando se le da el altavoz mediático que se le ha dado, pueda, aunque sea mínimamente, contribuir a ello.

Estamos, en conclusión, en un momento de tránsito, de mutación de un paradigma que, seguramente, no sea el más exigente que vayamos a conocer. Jurídicamente, ese espacio entre la situación esperada y la situación actual va a ser, en mi opinión, cubierto en muchos casos por el manto del error. Y sería injusto con la Ley Orgánica 10/2022 decir que solo plantea como solución el recurso a la sanción penal. La norma es mucho más que eso, y las medidas de prevención, sensibilización y formación que prevé van, en mi opinión, en la dirección correcta. Es más, creo (incluso espero) que quien lea los trabajos que se han escrito en los últimos tiempos sobre este tema se sorprenderá de algunos de los debates que hemos tenido, como a veces nos sorprendemos de algunas previsiones del Derecho penal histórico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2022): «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, 10.007.
 ANDERSON, Michelle (2005): «Negotiating Sex», *Southern California Law Review*, 78, 1401-1438.
 BERGELSON, Vera (2014): «The meaning of consent», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 12, 171-180.
 CHAMALLAS, Martha (1988): «Consent, equality and the legal control of sexual conduct», *Southern California Law Review*, 61 (4), 777-862.
 DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y María TRAPERÓ BARREALES (2021): «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en D.M. Santana Vega, S. Fernández Bautista, S. Cardenal Mon-

- traveta, D.I. Carpio Briz y C. Castellví Montserrat (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona: Atelier, 545-570.
- ECKERT, Penelope y Sally MCCONELL-GINET (1992): «Think practically and look locally: language and gender as community-based practice», *Annual Review of Anthropology*, 21, 461-490.
- EHRlich, Susan (2001), *Representing rape: language and sexual consent*, Londres-Nueva York: Routledge.
- FARALDO CABANA, Patricia (2021): «Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en M. Acale Sánchez, A. Miranda Rodríguez y A. Nieto Martín (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: a jangada de pedra?*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 265-281.
- HACKER, Peter Michael Stephan (1990), *Wittgenstein: meaning and mind. (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations)*, Oxford / Cambridge: Basil Blackwell.
- HURD, Heidi M. (1996), «The moral magic of consent», *Legal Theory*, 2(2), 121-146.
- (2005), «Blaming the victim: a response to the proposal that Criminal Law recognize a general defense of contributory responsibility», *Buffalo Criminal Law Review*, 8, 503-522.
- ILLOUZ, Eva (2020), *El fin del amor: una sociología de las relaciones negativas*, Buenos Aires-Madrid: Katz.
- JOHNSTON, Paul (1998), *Il mondo interno: introduzione a la filosofia della psicologia di Wittgenstein*, Firenze: La Nuova Italia.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2023), «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en J. R. Agustina Sanllehi, *Comentarios a la ley de “solo sí es sí”*, Barcelona: Atelier, 51-62.
- MacKINNON, CATHARINE (1989): *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press.
- (2016), «Rape redefined», *Harvard Law and Policy Review*, 10, 431-477.
- MALÓN MARCO, Agustín (2020), *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- MARRADES MILLET, Julián (1993), «Gramática y naturaleza humana», en V. Sanfélix Vidarte (ed.), *Acerca de Wittgenstein*, Valencia: Pre-Textos, 97-112.
- MOYANO MUÑOZ, Nieves y Reina GRANADOS DE HARO (2021): «Consentimiento sexual, concepto y evaluación: marco introductorio», en N. Martínez Pérez, E. Hernández Martínez, J.C. Suárez Villegas y P. Panarese (eds.), *Cartografía de los micromachismos: dinámicas y violencia simbólica*, Madrid: Dykinson, 423-433.
- PALMER, Tanya (2017): «Distinguishing sex from sexual violation: consent, negotiation and freedom to negotiate», en A. Reed y M. Bohlander, *Consent: domestic and comparative perspectives*, Abingdon: Routledge, 2017, 9-24.
- QUINTANA PAZ, Miguel Ángel (2004): «De las reglas hacia la X: racionalidad, postmetafísica y retórica entre Wittgenstein y Vattimo», *Thémata*, 32, 2004, 135-157.
- SCHULHOFER, Stephen (1998): *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge: Harvard University Press.
- TOMASINI BASSOLS, Alejandro (1988): *El pensamiento del último Wittgenstein*, México D.F.: Trillas.
- VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel (1996): «Estudio preliminar» a Wittgenstein, Ludwig (1996b), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- Veatch, Robert (1995): «Abandoning informed consent», *Hastings Center Report*, 25, 5-12.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2001): «Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión», en L.M.ª López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 279-294.
- WERTHEIMER, Alan (2003): *Consent to sexual relations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WITMER-RICH, Jonathan (2016): «Unpacking affirmative consent: not as great as you hope, not as bad as you fear», *Texas Tech Law Review*, 49, 57-88.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica.
- (1991), *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa.

- (1996a), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- (1996b), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- (1996c), *Aforismos: cultura y valor*, Madrid: Espasa Calpe.
- (1997), *Zettel*, México D.F.: Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2023.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.