

La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual

Sexuality and the Concept of Sexual Consent

Silvina Alvarez Medina

Autor:

Silvina Alvarez Medina
Universidad Autónoma de Madrid, España
silvina.alvarez@uam.es
<https://orcid.org/0000-0003-0210-1051>

Recibido: 6/7/2022

Aceptado: 29/11/2022

Citar como:

Alvarez Medina, Silvina (2023). La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 349-380. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.13>

Financiación:

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto *Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos*. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Referencia del proyecto/AEI/10.13039/501100011033.

Agradecimientos:

Agradezco a Ángeles Ródenas por su lectura atenta, así como por sus comentarios en torno a la noción de conceptos interpretativos, que me sirvieron para indagar en el consentimiento a la luz de los mismos; agradezco también a Carolina de Miguel por su lectura y comentarios.

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Silvina Alvarez Medina

Resumen

Este trabajo se propone mostrar que una adecuada comprensión de los delitos sexuales requiere un conocimiento certero del entorno social y cultural que nutre los roles –y los estereotipos– de varones y mujeres en sus interacciones sexuales. Con este propósito se aborda, en primer lugar, la sexualidad de los varones y las mujeres en las relaciones heterosexuales, como partes de una práctica compartida que, sin embargo, se desarrolla desde posiciones y aproximaciones diferentes. El artículo se detiene en la noción de consentimiento, cuya invocación se ha convertido en la llave maestra para la resolución de los conflictos sexuales. Se perfilará la diversa configuración del consentimiento en la sexualidad heterosexual, según se asuma la posición de los varones o de las mujeres. En la segunda parte del trabajo se indagará en los conceptos jurídicos interpretativos, para ofrecer una explicación de la diversidad interpretativa que adquiere el consentimiento sexual, reflejo del estándar dual, femenino y masculino, de libertad sexual. Se pondrá de manifiesto, así, el alcance interpretativo del concepto, que se traducirá en dos concepciones del consentimiento sexual.

Palabras clave: sexualidad; libertad sexual; consentimiento sexual; conceptos jurídicos interpretativos.

Abstract

The article shows a proper comprehension of sexual crimes requires an accurate knowledge of social and cultural roles and stereotypes regarding sexual intercourse. Accordingly, heterosexual sexuality is analysed first, pointing out sexuality as a shared practice, nonetheless differently developed by men and women. Consent is the main issue of analysis in the article, which reveals a different configuration depending on positional roles and sexual status.

The second part of the article focuses on interpretive legal concepts and offers an explanation of various interpretations of sexual consent, which reflect the sexual double standard. An interpretive concept arises from the analysis, which allows two conceptions of sexual consent.

Keywords: sexuality; sexual liberty; sexual consent; legal interpretive concepts.

A word is dead
When it is said,
Some say.
I say it just
Begins to live
That day.

Emily Dickinson (poema 1212)

La sexualidad de las mujeres pasa a un primer plano en el ámbito jurídico cuando su libertad es atropellada en lo que conocemos como agresiones sexuales o violación, hoy delitos contra la libertad sexual. La valoración de los elementos que componen y caracterizan este tipo de atropellos lleva algunos años siendo objeto de estudio y de cambios en la literatura jurídica, así como en la jurisprudencia y la legislación. Estos cambios en la valoración han ido en paralelo, aunque con distancia, a la evolución social y política en relación con el reconocimiento de la capacidad de autonomía de las mujeres para decidir sobre su vida sexual y, en consecuencia, para ser reconocidas como sujetos de derecho también a este respecto. De tal modo, para proteger contra la lesión de ese bien que es la libertad sexual es necesario conocer aquello que se quiere proteger, es decir, conocer qué es y cómo se expresa la sexualidad libre. Sin embargo, la protección de la libertad sexual no ha logrado aún expresarse de una manera satisfactoria. Muestra de esta insatisfacción son las manifestaciones sociales que en España han llamado la atención sobre la falta de sintonía de amplios sectores de la sociedad con algunas decisiones jurídicas en la materia¹, así como el debate entre juristas y políticos, que ha llevado a la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)².

1. Ver al respecto las numerosas aportaciones realizadas en torno al caso de La Manada, entre ellas, Faraldo Cabana y Acale Sánchez (2018).

2. Dicha ley fue precedida del *Proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, ver en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-1.PDF, que a su vez fue precedido del *Anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, ver en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>

Para un análisis del concepto de consentimiento en el citado Anteproyecto, ver Peramato Martín, 2020; ver también Marcilla Córdoba (2021); para un análisis del concepto de consentimiento en el citado Proyecto, ver Cancio, 2022.

A lo largo del tiempo, el derecho ha abordado la sexualidad de manera muchas veces torpe, sesgada, a menudo a través de una lectura complaciente con estereotipos, mitos patriarcales y, en general, presupuestos social y culturalmente alimentados, pero no contrastados con la experiencia original de las mujeres. El primer error jurídico tal vez estribe en haber configurado penalmente los delitos sexuales, primero como delitos contra el honor, ahora como delitos contra la libertad sexual, sin abordar conjuntamente el estudio y configuración de la libertad sexual como bien jurídico protegido, como libertad constitucional y derecho humano³. Este torpe punto de partida hace que el ámbito de la libertad sexual, sus espacios de reconocimiento y garantía, su dimensión objetiva así como los diversos ámbitos de su expresión individual, permanezcan en un terreno de gran indeterminación y desconocimiento por parte de los operadores jurídicos. Para comprender mejor esta carencia, puede pensarse en la protección de otras libertades fundamentales como puede ser la libertad de expresión. Repertorios extensos de jurisprudencia y literatura académica se han encargado a lo largo de los siglos y en diversos contextos jurídicos, de construir una caracterización precisa y cuidada de los ámbitos de protección de dicha libertad –la expresión de creencias religiosas, ideología o ideas políticas, la expresión artística, científica, cultural, libertad de cátedra, entre otras. Vastas bibliotecas de análisis y resolución de conflictos han ido configurando también los perfiles particulares de la libertad de expresión, que se ponen especialmente de manifiesto en los casos de conflictos con otros derechos; piénsese en la extensa jurisprudencia y bibliografía sobre el conflicto entre libertad de expresión y derecho a la intimidad, o entre libertad de expresión y derecho al honor, o en la configuración de delitos de odio cuando la expresión puede incitar reacciones violentas o soliviantar a amplios sectores de la sociedad, especialmente cuando se trata de cuestiones sensibles para grupos discriminados o vulnerables. El desarrollo amplio y pormenorizado que en los sistemas jurídicos occidentales han alcanzado numerosos derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión, dista mucho del desarrollo del derecho de libertad sexual.

Propongo en este artículo repasar algunos presupuestos que alimentan el debate jurídico sobre la libertad y el consentimiento sexuales, así como algunos tropiezos y equivocaciones que han acompañado su desarrollo normativo y jurisprudencial. Es difícil que el derecho pueda diseñar herramientas jurídicas certeras o adecuadas para la resolución de los conflictos que se presentan en este terreno, si previamente la comunidad jurídica no realiza una reflexión más extensa sobre la sexualidad y sus significados para las personas, sobre cómo la abordan sus protagonistas, y sobre el entorno social y cultural que nutre los roles –y los estereotipos– de varones y mujeres en sus interacciones sexuales. Empezaré refiriéndome a la sexualidad de los varones y las mujeres en las relaciones heterosexuales, como partes de una práctica compartida que, sin embargo,

3. Sobre la protección constitucional del derecho de libertad sexual, ver Alvarez Medina, 2021, cap. 7.

se desarrolla desde posiciones y aproximaciones diferentes. A continuación, señalaré algunos hitos en el reciente recorrido realizado en materia de construcción de conceptos jurídicos vinculados a la caracterización –tipificación en el ámbito penal– de las conductas sexuales. Me detendré principalmente en el consentimiento, cuya invocación se ha convertido en la llave maestra para la resolución de los conflictos sexuales. Este desarrollo abundará en la idea antes mencionada sobre los sesgos y, en buena medida, el desconocimiento en el que se ha asentado gran parte de la construcción jurídica en torno a la sexualidad. Se perfilará entonces la diversa configuración del consentimiento en la sexualidad heterosexual, según se asuma la posición de los varones o de las mujeres. En la segunda parte del trabajo se indagará en los conceptos jurídicos interpretativos, para ofrecer una explicación a las diversas manifestaciones que se atribuyen al consentimiento sexual. Sostendré la necesidad de reformular el consentimiento sexual heterosexual atendiendo al estándar dual, femenino y masculino, de libertad sexual. Se pondrá de manifiesto, así, el alcance interpretativo del concepto, que se traducirá en dos concepciones del consentimiento sexual.

1. LA SEXUALIDAD

1.1. Desarrollo y configuración del deseo y la interacción sexuales

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la sexualidad expresa diversos aspectos de la vida de las personas, incluidos aspectos «somáticos, emocionales, intelectuales y sociales» que confluyen de manera positiva en el desarrollo de la personalidad de los individuos, así como de la construcción de la comunidad⁴. Para ahondar en esta definición, resulta pertinente indagar en los conocimientos que aportan disciplinas no jurídicas en torno a la sexualidad de varones y mujeres. Desde la psicología se ha señalado lo que se conoce como el «doble estándar» o la diferente valoración que se hace de un mismo acto o comportamiento sexual, según que se trate de un chico o una chica, un varón o una mujer⁵. Nicole M. Else-Quest y Janet Shibley Hyde ofrecen una detallada exposición de los estudios más importantes realizados sobre la sexualidad femenina y señalan las diferencias que dichos estudios han registrado en la forma en que mujeres y varones conciben y practican su sexualidad, al focalizar en cuestiones como el orgasmo, la masturbación, el sexo ocasional, la excitación, los materiales sexuales y el desarrollo

4. Ver el documento de la Organización Mundial de la Salud, *Defining Sexual Health: Report of a Technical Consultation on Sexual Health*, 28-31 de enero de 2002, Ginebra; citado en Todd, 2021, p. XV.

5. Ver la extensa bibliografía al respecto, citada en Else-Quest y Hyde, 2022, p. 293; ver también Denmark, Carulli Rabinowitz y J. Sechzer, 2016, pp. 244-251; estas últimas ofrecen un desarrollo histórico de la configuración del doble estándar sexual, así como algunos indicadores del mismo, a través de lo que denominan «la dicotomía Madonna-puta» y «la exhaltación de la virginidad y la fidelidad femeninas».

sexual, entre otros. Diversos estudios demuestran la muy diferente iniciación sexual de los y las adolescentes, seguida de la también diferente disposición sexual por parte de varones y mujeres. Basándose en diversos estudios, Else-Quest y Hyde afirman que los aspectos de su sexualidad sobre los que las adolescentes hablan con mayor frecuencia son los relacionados con la posibilidad de quedar embarazadas y las violaciones que suceden tras una cita *–date rape–*, y agregan:

«Está ausente de sus conversaciones cualquier reconocimiento de que las adolescentes puedan en verdad experimentar deseo sexual. La psicóloga Michele Fine (1988) ha llamado a esto «el ausente discurso del deseo.» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 294)⁶

Al ser confrontados unos y otras con sus experiencias de deseo y placer sexual, las encuestas realizadas revelan que «las chicas tienden a experimentar menos placer que los chicos en su primera relación sexual» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 295). Al indagar en los aspectos sociales y culturales que rodean estas diferencias, las autoras afirman que «el deseo sexual de los chicos ha recibido más atención que el deseo sexual de las chicas, mientras que los riesgos sexuales y sus consecuencias negativas han sido representados más frecuentemente para las chicas que para los chicos» (2022, p. 295)⁷. Las autoras apuntan también otros estudios sobre «la dinámica de poder» presente en los encuentros entre chicos y chicas; afirman que en ocasión de concertar una cita, las chicas más que los chicos se sienten a menudo incómodas o susceptibles de ser criticadas y agregan:

«Sentirse juzgadas fue relacionado con una sensación de falta de poder en la interacción. La falta de poder significa que una mujer podría llevar a cabo un acto sexual solo para complacer al varón o ceder a la presión para tener relaciones sexuales» (Else-Quest y Hyde, 2022, p. 296)⁸

Estas diferencias en relación con la vivencia adolescente de la sexualidad son constatadas también por el trabajo de Rosario Ortega *et al.*, que incide en que, aunque tanto ellas como ellos manifiestan haber sido víctimas de algún tipo de violencia sexual, chicas y chicos interpretan la violencia, su alcance y manifestación, de manera diferente:

«Mientras que ellas parecen vivir este tipo de victimización de forma emocionalmente intensa, como un ataque a su dignidad personal, ellos tienden a subestimar el hecho e incluso a no considerarlos como verdaderas agresiones, sobre todo si provienen de chicas,

6. Otro estudio de referencia en la materia también señalado por las autoras es el de D. L. Tolman y S. I. McClelland, «Normative sexuality development in adolescence: A decade in review, 2000-2009». *Journal of Research on Adolescence*, 21, 2011, pp. 243-255; ver también Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 248.

7. Estas conclusiones se extraen del trabajo realizado por S. P. Joshi et al., «Scripts of sexual desire and danger in US and Dutch teen girl magazines: A cross-national content analysis. *Sex Roles*, 64, 2011, pp. 463-474, un estudio comparado de las revistas para adolescentes en los Estados Unidos y los Países Bajos.

8. El estudio de referencia fue realizado por H. H. Kettrey en campus universitarios de los Estados Unidos; ver Kettrey, H. H. «What's gender got to do with it? Sexual double standards and power in heterosexual college hookups». *Journal of Sex Research*, 53, 2016, pp. 754-765.

en cuyo caso, como se ha dicho, podrían ser recibidos como expresión del interés sexual de éstas hacia ellos (Hand y Sánchez, 2000). Esta diferente perspectiva influiría en la afirmación y reconocimiento por parte de unos y otras de ser víctimas de agresión sexual; mientras para ellas sería más duro expresarlo, ellos lo harían de forma desinhibida (Jackson, 1999; Menesini y Nocentini, 2008; Ortega et al., 2008; Timmerman, 2002).» (Ortega et al., 2011, p. 105)⁹

El doble estándar sexual se consolida y transmite a través de la socialización y los mensajes que reciben las y los jóvenes sobre la sexualidad. F. Denmark, V. Carulli Rabinowitz y J. A. Sechzer se refieren a estos mandatos sociales con la denominación de «el guion sexual»¹⁰, para señalar el tipo de mensaje que moldea la identidad heterosexual. Para ahondar en esta línea ofrecen diversos estudios que señalan que las chicas son instruidas en la vinculación entre el sexo y el amor más que los chicos, que ellos con mayor frecuencia toman la iniciativa para el contacto sexual mientras ellas se preparan para responder a tales iniciativas, y que «los varones más que las mujeres suelen buscar el atractivo físico en sus parejas, mientras las mujeres más que los varones ofrecen atractivo físico a sus parejas (Deaux & Hanna, 1984; Harrison & Saeed, 1977)» (Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 250).

A estas diferentes sensibilidades en materia sexual, que acompañan el desarrollo adolescente y la juventud, sigue una experiencia de la sexualidad adulta que se configura diversamente en varones y mujeres, a través de acciones y comportamientos a los que unos y otras llegan por vías muy diferentes. Esta dualidad respecto de la iniciación, desarrollo y sensibilidad sexuales, sin embargo, no siempre se representa con claridad cuando se aborda la sexualidad en diversos contextos sociales, incluido el jurídico. Katherine Franke afirma que el terreno de la sexualidad ha sido históricamente «colonizado» por los varones, en la medida en que han sido ellos quienes han protagonizado mayormente la sexualidad activa o propositiva, quienes han moldeado las pautas de relación sexual a partir de sus propios patrones de deseo. Al hablar de sexualidad se utilizan usualmente los referentes y significados masculinos sobre el deseo y el placer. Franke se interroga sobre la posición de la sexualidad femenina en este escenario y afirma:

«Casi completamente, los varones han colonizado el terreno de la sexualidad que excede a la reproducción como un lugar de ellos y sobre ellos. Las películas, las publicidades, la moda, son en gran medida proyecciones de las fantasías masculinas ¿Qué implicaría, para las mujeres, apropiarnos un poco de este exceso cultural? Así como hemos aceptado que la orientación sexual no es meramente un fenómeno natural, ¿estamos dispuestas a explorar hasta qué grado nuestras pasiones, fantasías, deseos secretos y no tan secretos son el producto del mundo en el que vivimos? Judith Walkowitz ha observado que «las mujeres (...)

9. Para ilustrar estos aspectos de las relaciones sexuales entre adolescentes, resulta de interés el detallado análisis de los hechos y los relatos de la víctima y el acusado en un caso de violación entre adolescentes, expuesto en Oberman, 2013, sobre el que se volverá más adelante.

10. El término *sexual scripts* fue acuñado en los '70 por Laws y Schwartz; ver Denmark, Carulli Rabinowitz y Sechzer, 2016, p. 249.

no experimentan simplemente una pasión sexual y ‘naturalmente’ encuentran las palabras para expresar esos sentimientos». En lugar de eso, las cosas que experimentamos como nuestros propios deseos son en gran medida el producto de una compleja combinación de un sistema de fuerzas sociales externas y convenciones personalizadas internas que residen en nuestro subconsciente.» (Franke, 2001, p. 311 y ss.)

De acuerdo con Franke, y en contraste con la sexualidad masculina hegemónica, los estándares tradicionales y más extendidos de sexualidad femenina vinculan el deseo de las mujeres a aspiraciones románticas o de maternidad:

«Vale la pena notar que un retrato suave de la sexualidad femenina que se opone a la dureza de la sexualidad masculina, al igual que la inclinación a reducir las preguntas de la sexualidad a cuestiones de parentesco o maternidad, se corresponde con la descripción dominante de las sexualidades femeninas y masculinas que proveen los sexólogos tradicionales y que ha sido rigurosamente criticada por las feministas e investigadoras *queer*. De acuerdo con Rebecca Young, la mirada que predominaba hasta hace poco menos de veinte años atrás caracterizaba la sexualidad femenina como ‘romántica, no genital, pasiva, monógama y no abierta a una expresión autónoma. En este estereotipo, la mujer normal era tan casta que su excitación podía nombrarse apenas tímidamente como sexual; era más bien una respuesta puramente emocional: deseo romántico.’ El material que Young examina revela que ‘el deseo sexual femenino y su expresión no es tanto un fin en sí mismo, como es un medio para satisfacer otras necesidades y deseos: amor y maternidad’.» (Franke, 2001, p. 311 y ss.)

La caracterización que resulta así de la sexualidad femenina y masculina se refiere, como se afirma en los párrafos transcritos, a tendencias dominantes o mayoritarias, que de ningún modo niegan la diversidad individual y el universo de casos diferentes que la realidad y los contextos plurales proporcionan. Por el contrario, se trata de comprender el horizonte de significados con los que se forja esa diversidad individual, inevitablemente condicionada por la historia, la cultura y las pautas, estándares y modelos de relaciones heterosexuales heredados o transmitidos¹¹. Si echamos un rápido vistazo hacia atrás, observamos un momento de la historia reciente que marcó un giro importante en la percepción social de la sexualidad; tal fue la llamada revolución sexual de los años 60 y 70 del siglo pasado, momento en el que se produjeron importantes confluencias políticas y sociales, que desembocaron en la llamada «revolución sexual». Aunque a menudo se presenta ese momento como el giro de tuerca que permitió la liberación de las mujeres respecto de la represión y la censura sexual precedente, estudios más recientes coinciden en subrayar que no se indagó entonces tanto en el deseo y el placer

11. La visión dominante de la sexualidad permea tanto en las mujeres como en los propios varones. Las condiciones del patriarcado ejercen su influencia sobre unos y otras, también en lo que respecta a los patrones de sexualidad y el predominio de la posición masculina; sobre la presión que sobrellevan los varones jóvenes para demostrar su heterosexualidad y actuar conforme a los patrones de sexualidad masculina, ver Todd, 2021:176. En tal sentido, se hace muy necesario el estudio de las masculinidades. Agradezco la puntualización sobre este particular que me hiciera uno de los evaluadores o evaluadoras anónimas.

femeninos, cuanto se reforzaron los estándares de deseo y placer masculinos, abriendo las puertas para que las mujeres participaran del mismo¹².

Desde la indagación filosófica, Raja Halwani analiza la cosificación de la otra persona a través del deseo sexual presente en las interacciones íntimas, y las diferencias que a este respecto revelan varones y mujeres. Este análisis se sustenta en la filosofía moral kantiana, con independencia de la objetivación en el marco de la estructura patriarcal –tal como la presentan algunas autoras feministas que entienden que la sexualidad, con su componente de cosificación, es la expresión del sometimiento de las mujeres. En ese primer sentido, kantiano, la cosificación tiene lugar toda vez que una persona es deseada exclusiva o principalmente para la satisfacción del placer sexual (Halwani, 2020, 2.2.2.). Halwani considera también la repercusión de la sexualidad masculina y femenina en relación con la cosificación de la otra persona:

«Los varones experimentan el deseo sexual con mayor frecuencia e insistencia que las mujeres, aunque ambos se parecen en lo que se refiere al disfrute de la actividad sexual (Ogas y Gaddam 2001; caps. 3 y 4; Symons 1979:179; Wertheimer 2003:38-46). Así, los varones podrían estar envueltos en más episodios de cosificación sexual que las mujeres dado que los varones piensan más sobre sexo, miran más a otras personas con deseo sexual y se excitan más fácilmente también solo visualmente. Aunque durante la actividad sexual ambos cosificarían en cierta medida sexualmente a la otra persona de manera muy similar, en general los varones cosificarían sexualmente más a las mujeres de lo que ellas lo harían con los varones. Los varones también consumen mucha más pornografía (hetero y gay) que las mujeres, y así se involucrarían en mucha más cosificación sexual que las mujeres (al mirar personas en la pantalla, al mirar personas que se presentan como meros objetos sexuales, etc.). Tal vez sea en este sentido que la pornografía permite que las mujeres (y los varones, como objetos del deseo de otros varones) sean cosificadas, no tanto en el sentido feminista [...]» (Halwani, 2020, 2.2.2.)

No pretendo detenerme aquí en el análisis del deseo sexual como emoción que entraña necesariamente, o no, la instrumentalización de la otra persona para la satisfacción exclusiva del autointerés sexual y la consumación del propio placer, es decir, la cosificación del otro. Me interesa, en cambio, y en la línea apuntada desde el inicio de este trabajo, resaltar las diferencias a este respecto entre la formación del deseo que experimentan, a grandes rasgos y mayoritariamente como aproximación sociológica, varones y mujeres. Estas diferencias tienen su génesis, como se apuntó más arriba, en una diferente evolución sexual durante la adolescencia y juventud, que se gesta en el marco de las más amplias diferencias históricas, sociales y culturales entre varones y mujeres. Tras ese inicio sexual dual –guiado por estándares distintos en lo que respecta a la búsqueda de placer corporal y genital, formación del deseo y consumación o satisfacción del propio deseo–, se fragua un doble estándar sexual, femenino y masculino respectivamente, también en lo que respecta a la sexualidad heterosexual adulta. Mientras las mujeres

12. Ver Todd, 2021, p. 115; Cobo, 2015, pp. 9-17; Alvarez Medina, 2021, pp. 115-117.

guían más frecuentemente su deseo llevadas por ideas románticas y sentimentales, los varones objetivizan o cosifican más frecuentemente a las mujeres como medio para su satisfacción sexual.

Halwani señala cómo esta idea de la cosificación sexual de las mujeres a través de la mirada sexual masculina ha sido más recientemente caracterizada por algunas autoras como *derivativization*, un neologismo con el que se quiere poner el acento precisamente en la «representación de la sexualidad femenina como reflejo de los deseos sexuales de los varones» (2020, 2.2.2. *in fine*), que según la autora pondría también de manifiesto la dimensión intrincadamente relacional de la sexualidad. En otras palabras, la *derivativización* o *derivación*, apuntaría al hecho de incorporar a las mujeres en la representación de la sexualidad, pero hacerlo homologando sus deseos y placer a los estándares de satisfacción masculina. El protagonismo masculino en las relaciones sexuales ha sido la constante en una cultura de la sexualidad conformada históricamente en torno a la satisfacción del deseo masculino. La posición de la mujer como suministradora de placer sexual masculino determinó la construcción de modelos, estereotipos, aspiraciones, fantasías y horizontes de satisfacción sexual masculina que han tenido a las mujeres como objeto. En este proceso, la sexualidad femenina ha quedado supeditada a la búsqueda y satisfacción del placer sexual masculino, lo que ha determinado la construcción de la primera como derivado del segundo. En otras palabras, la sexualidad como práctica íntima que se enmarca en prácticas sociales más extensas, así como sus significados culturales asentados a través de procesos históricos de construcción del deseo y el placer sexuales, se habría configurado con el protagonismo masculino y la participación necesaria pero controlada y dirigida de las mujeres.

1.2. La recepción jurídica de la sexualidad: consentimiento y contrato

El protagonismo masculino en la configuración de los criterios de satisfacción sexual ha relegado el conocimiento de la sexualidad femenina –sus referentes de deseo y placer, así como sus formas de exteriorización y realización–, que se ha construido principalmente a través de la mirada masculina y centralmente como subproducto de la misma¹³. También el derecho se ha hecho eco de esta cultura masculina de la sexualidad. Esto ha llevado a varias autoras a afirmar la necesidad de emprender una reflexión jurídica que incorpore la perspectiva de las mujeres al momento de interpretar los comportamientos sexuales violentos¹⁴. Volver a pensar la sexualidad desde la posición de las mujeres es una tarea pendiente.

13. Algunas autoras prolongan la construcción masculina de la sexualidad hasta incluir la violación como parte de la misma, es decir, inscriben la violación en la cultura masculina de satisfacción sexual; ver Whisnant sobre A. Dworkin, 2017, 3.2.

14. Ver Franke, 2001; Whisnant, 2017.

En este sentido, Franke propone plantear la sexualidad de las mujeres más allá de los parámetros tradicionales y desde la experiencia íntima femenina. La autora señala el debate que desató el movimiento *queer* como ejemplo del tipo de reflexión y debate que debería inaugurarse en torno a la sexualidad femenina, capaz de descubrir lo que ha estado velado o vedado: proponer prácticas y significados desde la experiencia femenina, la exploración del deseo, el placer, el erotismo y la sexualidad de las mujeres a partir de la experiencia de las propias mujeres—esta experiencia podrá ser o no heterosexual, aunque aquí nos centraremos en la sexualidad heterosexual. La autora traslada esta reflexión al ámbito del derecho, y propone un análisis de la sexualidad que no se agote en las estrategias de definición de la sexualidad no consentida, la que no debe ser, la que es rechazada por las mujeres por violenta, invasiva, forzada. Franke aboga por realizar un ejercicio en positivo, en la medida en que el conocimiento del tipo de prácticas que las mujeres buscan o propician en sus interacciones sexuales —«las complejas formas en que la negación, la vergüenza, el control, la prohibición, la cosificación y el poder pueden posibilitar o capacitar el deseo y el placer»— redundará en mejores diseños jurídicos en relación con las prácticas no consentidas (Franke, 2001, p. 311 y ss.).

Así, construcciones sociales sesgadas o parciales sobre el deseo y el placer, han propiciado que se forjasen algunos lugares comunes sobre la forma en que varones y mujeres se comunican sexualmente. Lois Pineau identifica en su trabajo estos lugares comunes, a los que denomina «mitos» o creencias arraigadas en la sociedad. La autora describe el escenario de los encuentros sexuales como un espacio en el que se tejen ambigüedades e inseguridades que, a veces, pueden concitar errores más o menos velados. Pineau recoge las interpretaciones que se hacen de los gestos rodeados de silencio, de las palabras no pronunciadas que se suponen insinuaciones. Estos significados construidos a partir de la incomunicación y el silencio han ido configurando, según Pineau, una estética del deseo y del placer que refuerza los roles de varones y mujeres en torno a la dominación y la sumisión, respectivamente (2013, p. 465)¹⁵.

Pineau desgrana y explica los mitos que con frecuencia salen a la luz en los casos de violación que se presentan ante los tribunales, principalmente en torno a la defensa de los acusados; podemos sintetizar y enunciar dichos mitos de la siguiente manera:

- 1) «Ella me lo pidió», frecuentemente asociado a una actitud «provocativa» de la mujer (1996, pp. 10-11).
- 2) Los varones tienen una naturaleza especialmente agresiva e insistente en relación con la sexualidad (1996, p. 11).

15. Ver también Todd, 2021, p. 223; sobre el sustrato patriarcal de la violencia contra las mujeres, las actitudes sexistas, los estereotipos y los mitos en torno a la violencia sexual, ver Lameiras, Carrera y Rodríguez, 2011, pp. 23-26.

- 3) La sexualidad masculina desarrolla una progresión que, a partir de un momento, revela una necesidad sexual incontrolable; las mujeres, en cambio, contienen el deseo más naturalmente (1996, p. 11).
- 4) Las mujeres han estado históricamente educadas para una sexualidad orientada al matrimonio y la maternidad; aunque la sexualidad femenina es ahora más libre, sigue existiendo un condicionamiento cultural que lleva a menudo a que «las mujeres quieran ser permisivas sexualmente, al tiempo que se inclinan por sacrificar este deseo en pos de fines más elevados», todo lo cual hace que persista «el mito de que ellas quieren que las violen» (1996, p. 12).
- 5) Como parte de una concepción sobre la «dinámica del placer sexual» basado en buena medida en la «insistencia masculina», se construye el mito según el cual el perpetrador de la violación «conoce cómo causar ese placer independientemente de cualquier información que ella pueda transmitir al respecto» (1996, pp. 12-13).
- 6) Como consecuencia de «esta creencia en la destreza masculina no comunicativa» se desarrolla «una concepción del placer sexual que surge de intercambios sin palabras y del éxito sexual que ocurre en un espacio de silencio significativo»; un espacio propicio para los errores (1996, p. 13).

Los mitos que describe Pineau inciden en la caracterización de la sexualidad femenina a través del deseo y la búsqueda de placer masculinos. Tal caracterización se plasma en las evocaciones de la mujer provocadora, la mujer que reprime el propio deseo o el varón llamado a insistir para provocar el placer femenino. Obsérvese que estas configuraciones o construcciones sobre qué es el deseo, que apunta Pineau, se corresponden con lo señalado más arriba en relación con la colonización de la sexualidad femenina por las aspiraciones sexuales masculinas. Los mitos que identifica Pineau ofrecen una explicación de la disposición sexual femenina conforme con las expectativas masculinas. Se trataría precisamente de lo que antes se presentó como la derivatización o representación del deseo de las mujeres aplicando las categorías que definen el deseo de los varones. En otras palabras, una interpretación de la sexualidad femenina como derivado o complemento de la sexualidad masculina.

El corolario de mitos y creencias sobre la interacción sexual heterosexual lleva a Pineau a formular algunas premisas normativas sobre las que se asienta el relato que a menudo se construye en torno a la defensa en casos de violación, fundamentalmente que «las personas deberían mantener los acuerdos que hacen» y que «la conducta sexualmente provocativa, llevada más allá de un cierto punto, genera acuerdos» (1996, p. 13). Vemos la aparición de un elemento normativo vinculado al deber de cumplimiento de las expectativas generadas con el propio comportamiento. Aparecen así el acuerdo y el consentimiento, en tanto generadores de obligaciones, como sucede en los casos de contrato. En primer lugar, y para valorar la pertinencia de la equiparación entre los acuerdos que se van trabando en una relación íntima y los acuerdos de otro tipo,

conviene que nos detengamos en la noción de contrato, ya que podría confundirse el concepto de consentimiento contractual con el de consentimiento sexual o en las relaciones íntimas. El contrato vincula el consentimiento a la idea de que se ha expresado una voluntad de acuerdo que exige un cumplimiento o un curso de acción no susceptible de ser evitado o reformulado. Conforme al derecho civil, el «acuerdo de dos o más voluntades»¹⁶ para formar un consentimiento único aglutina ambas voluntades en la expresión de un común acuerdo. La declaración de dicha voluntad vincula a las partes en el contrato. A pesar de que existen semejanzas entre una y otra manifestación de voluntad, el objeto de la relación sexual consentida no puede, por sus propias características, depender de una única manifestación de voluntad, ya que esta puede variar a lo largo del desarrollo de las relaciones pre-sexuales o sexuales en cuestión. La propia configuración de la relación, como algo dinámico, sujeto a cambio, comunicación y confirmación, hace que la voluntad deba actualizarse a lo largo de la relación según se avance hacia un encuentro sexual íntimo.

A pesar de estas diferencias, sobre la base de los mencionados mitos y confusiones se ha construido una idea arraigada de relación sexual que aplica el modelo de la «obligación contractual», según el cual la seducción de un encuentro desembocaría en un acuerdo de sexualidad de obligado cumplimiento (Pineau 2013, pp. 470-471). Este modelo encierra errores evidentes. En primer lugar, una relación sexual constituye una forma compleja de interactuar, que se compone de numerosas acciones, comportamientos, comunicaciones verbales y no verbales. Aferrar consecuencias necesarias o, en los términos de Pineau, «obligaciones contractuales» o asimilables, a un primer acto de seducción o insinuación sensual o erótica, es un *non sequitur*. En general, resulta poco intuitivo, y difícil de justificar desde la perspectiva moral y jurídica, que se pueda exigir el cumplimiento de expectativas que se basan en la continuidad o permanencia de la reciprocidad emocional, cuando no se cumple dicho requisito emocional. Pineau sostiene que el comportamiento sexual tiene lugar sobre la base de «construir el umbral necesario de deseo», poniendo en acción los necesarios pasos «preliminares», todo lo cual requiere grados importantes de control sobre los propios actos, capacidad de expresión y comunicación, para mantener a lo largo de todo el tiempo que dure la interacción pre-sexual y sexual, un testeo recíproco de la disposición de la otra persona (2013, pp. 471-472).

En segundo lugar, este proceso de interacción está mediado por los aspectos vinculados al género, a la estructura histórico-social-cultural, así como por los estereotipos sexuales que alimentan los señalados mitos sobre la sexualidad de varones y mujeres. De tal modo, el proceso resultante se realiza en un contexto de fuertes asimetrías que hace laboriosa la manifestación de consentimiento y, más aún, la construcción de un consenso. Lejos de poder aplicarse los más previsibles presupuestos de una relación

16. Sobre el consentimiento contractual y su regulación en el código civil español (art. 1262.I CC y ss.), ver M. J. Marín López, 2020, p. 668 y ss.

contractual, las relaciones íntimas avanzan en un terreno predominantemente incierto y con gran carga emocional, que se confronta y debate con el corset de significados que proporciona el entorno. Este escenario aleja la sexualidad de las obligaciones contractuales, desterrando la posibilidad de exigir el cumplimiento de expectativa alguna que no sea revalidada en cada momento de la relación. Sumado a esto, hay que añadir el doble estándar sexual de varones y mujeres –reseñado en el apartado anterior–, que refuerza y vuelve a dibujar importantes asimetrías en el desarrollo de la práctica sexual.

Estos argumentos abundan en la distancia entre el consentimiento contractual y el consentimiento sexual. Aquello que se quiere expresar con la noción de consentimiento sexual dista mucho de aquello que el concepto de consentimiento expresa en otros ámbitos jurídicos. Dadas las dificultades que la noción de consentimiento acarrea cuando se traslada de otros ámbitos del derecho al ámbito de la intimidad sexual, Pineau propone cambiar los presupuestos sobre los que se interpretan los encuentros sexuales entre varones y mujeres, para sustituirlos por una «sexualidad comunicativa», que entraña cambiar los falibles códigos de silente seducción cargada de ambigüedad, por un «sistema de señales» atento a la reciprocidad o falta de ella; la autora llega así a afirmar que tal comunicación debe ser la antesala del consentimiento¹⁷, configurándose lo que Pineau denomina el consentimiento como «cooperación en curso», es decir, a través de una actitud activa y de una indagación certera, un consentimiento que deberá ser buscado y constatado antes que sobreentendido o supuesto. De tal modo, cuanto más riesgo de provocar daños conlleven las prácticas sexuales adoptadas (por ejemplo, porque se realicen prácticas sadomasoquistas, existan relevantes diferencias de edad o se trate de sexo entre más de dos personas), mayor debería ser la comunicación y la confirmación de señales, en definitiva, mayores deberían ser los testeos de aceptación o confirmación mutua. Nótese que este enfoque supera la concepción del consentimiento como autorización o permiso que se espera de la mujer, considerándola así como la parte pasiva de la relación, tal como lo ha descrito John Gardner (2018, p. 55)¹⁸. Así, la noción de consentimiento unilateral es reemplazada en la propuesta de Pineau por una acción conjunta encaminada a la realización también conjunta del acto o comportamiento sexual, en la medida en que la comunicación prospere en tal sentido.

Recapitulando, hemos expuesto la práctica de la sexualidad heterosexual como una práctica compleja y dual, que hunde sus significados en patrones culturales heredados,

17. La autora se detiene en lo que denomina «el modelo comunicativo de sexualidad», centrado en la necesidad –moral– de respetar el deseo de la otra persona, indagando en el ritmo o tiempo del mismo, así como en su modalidad (Pineau, 2013, p. 478).

18. Para un análisis más extenso de la propuesta de Gardner, ver Alvarez Medina (2020:294-296; 2021: cap. 4); en la misma línea de comunicación genuina e interesada en las expectativas, deseos e intenciones de la otra persona, que se inscribe lo que he denominado en otro lugar como consentimiento kantiano, es decir, el que surge de tomar en consideración a la otra persona, lo cual, en el terreno de la sexualidad, implica indagar en las intenciones del otro en relación con el contacto corporal íntimo, ver Alvarez Medina, 2020, pp. 287-296; 2021, pp. 121-123.

algunos de los cuales han cristalizado en estereotipos y mitos fuertemente anclados en el deseo masculino. La centralidad de la experiencia sexual masculina ha postergado el conocimiento y la construcción jurídica de estándares que tomen en consideración la experiencia femenina de la sexualidad. Varones y mujeres viven sus interacciones y experiencias sexuales heterosexuales de manera diferente, como evidencia su también diferente desarrollo adolescente y su sexualidad adulta. Para superar la incertidumbre y ambigüedad que genera la presencia de mitos asentados en un modelo patriarcal de la sexualidad, he analizado y propuesto estándares comunicativos para la interpretación y valoración de la interacción sexual. Esta propuesta, sin embargo, podría no resolver completamente los desajustes que genera el «doble estándar» sexual de varones y mujeres, que amenaza con frustrar o malograr la comunicación. Conviene entonces avanzar hacia una caracterización más precisa del consentimiento sexual expresado en el curso de una relación íntima y explorar sus diversos significados.

2. EL CONSENTIMIENTO SEXUAL: INTERPRETACIÓN Y CONCEPCIONES

Para poder trazar el concepto de consentimiento debemos rastrear los criterios que lo definen en el contexto de la práctica sexual de la que forma parte. El consentimiento sexual es una forma particular de consentimiento que, como hemos visto, aunque pueda guardar algunas similitudes con el consentimiento tal como aparece en el derecho de contratos –o en otros ámbitos jurídicos, como el biosanitario–, reviste unas características específicas. Ante todo, el consentimiento sexual no puede ser ajeno a la dimensión relacional de la sexualidad; qué se consiente y respecto de quién son aspectos de la relación sexual que se definen contextual y relacionalmente. En las relaciones heterosexuales, la posición que varones y mujeres ocupan en la estructura social será un factor importante ya que, como hemos visto en los apartados anteriores, unos y otras realizan itinerarios diferentes hacia la sexualidad. A su vez, estas dimensiones contextual y relacional hacen del consentimiento un concepto de contornos no definidos de manera taxativa en cuanto a las formas de manifestación. El consentimiento será así interpretado en cada supuesto atendiendo a aquellos aspectos que están en el núcleo del concepto pero que no cierran las diversas formas de expresión o manifestación. El doble estándar sexual tendrá su reflejo en el consentimiento sexual, a través de distintas concepciones e interpretaciones diversas que habrá que tamizar a la luz del contexto histórico, social y cultural, de las circunstancias concretas de cada caso, y de las protecciones y garantías que revistan, en su caso, la indagación judicial.

Antes de profundizar en el concepto de consentimiento, su interpretación y concepciones, hay que destacar algunos aspectos de las relaciones sexuales heterosexuales que resultan relevantes para el derecho y que por tanto la regulación jurídica deberá tomar en cuenta para desplegar protecciones eficaces. Aproximarse al consentimiento sexual requiere conocer las interacciones heterosexuales y sus significados. En primer

lugar, resulta imprescindible distinguir dos momentos en el desarrollo de las relaciones sexuales, que conviene explicitar. Estos dos momentos o instancias se refieren, por un lado, a las *relaciones pre-sexuales*, es decir, al conjunto de intercambios, gestos, actitudes, palabras u otras formas de manifestación del interés o deseo por la otra persona, y, por otro lado, a las *relaciones propiamente sexuales*, es decir, al contacto corporal explícito, incluido el contacto genital y el coito. Los conflictos que llegan a los tribunales se producen con mayor frecuencia al pasar de lo que podríamos denominar juegos, intercambios o insinuaciones pre-sexuales, a conclusiones sobre las intenciones propiamente sexuales, es decir, aquellas que comprometen de manera directa la interacción corporal, el contacto íntimo y la cópula sexual. Aunque los primeros podrían ser el preámbulo de las segundas, esto no tiene que ser siempre así y de hecho no lo es; el pasaje de los intercambios pre-sexuales a las intenciones propiamente sexuales puede no producirse y, por tanto, no basta constatar los primeros para esperar o confirmar la presencia de las segundas. Así, los hechos que nutren los conflictos judiciales surgen con frecuencia de la falta de comunicación no ya en el terreno pre-sexual, sino en el terreno propiamente sexual, en el que se requiere renovar la comunicación y realizar nuevas constataciones. Hay que tener en cuenta que los desencuentros se hacen aún más significativos en las relaciones entre adolescentes y personas jóvenes, que a menudo se enfrentan con experiencias sexuales que son nuevas para ellas.

En ocasión del análisis de un mediático caso judicial norteamericano, el caso *In re John Z.*¹⁹, Michelle Oberman resalta las dificultades que experimentan los y las adolescentes para calibrar el alcance de los actos pre-sexuales: ¿qué significa un beso? ¿A qué compromete? Algunos estudios muestran que a menudo las mujeres jóvenes tienen dificultades para resistir verbal y corporalmente las propuestas de los varones, a lo que se suma el deseo de evitar una discusión, un enfado o una reacción que las aleje de la actitud compasiva, de complacer o agradar al otro (Oberman, 2013, p. 392). Esto

19. Los hechos de este caso, objeto de análisis en el mencionado artículo de M. Oberman, tuvieron lugar en 2003, e involucraron a adolescentes de 17 años, una chica y dos chicos, uno de los cuales resultó condenado por violación. El caso tiene interés especial ya que consideró probado el conocimiento por parte del condenado del no consentimiento de la víctima, no obstante haberse dado la circunstancia de que ella se encontrara en una habitación de su casa, tras haber entrado voluntariamente y permanecido en la misma —ella mantenía una relación sentimental con el amigo del condenado, también presente en la vivienda. El contexto en el que el condenado entró desnudo a la habitación en la que se encontraba la víctima, se aproximó a ella, le propuso mantener relaciones sexuales y avanzó sobre el cuerpo de la víctima, no obstante la negativa de ella, configuraron un escenario en el que el condenado tuvo oportunidad de conocer la resistencia de Laura, a pesar de lo cual persistió en la consumación del acto sexual. El caso se centra en la ausencia de «consenso afirmativo» por parte de Laura, ya que, a pesar de no haber opuesto resistencia física, y no obstante su permanencia en la habitación donde se consumaron los hechos, manifestó en diversas oportunidades que no quería mantener la intimidad sexual que proponía el condenado. Aunque algunos entendieron que se trató de un caso de retirada del consentimiento otorgado en un primer momento, según Oberman se trató más bien de un caso de sexo entre adolescentes, en el que el condenado sacó provecho de la inexperiencia y vulnerabilidad de la joven; ver Oberman, 2013, pp. 370; 375; 384 y ss.)

nos habla de un espacio de comunicación a menudo incompleta, nutrida de intensas emociones que pueden conducir a acciones no siempre auténticas o en sintonía con dichas emociones, toda vez que confluyen también factores contextuales y culturales. De tal modo, a veces se llega a situaciones en las que se aceptan propuestas de contenido sexual y se avanza hacia intercambios sexuales no queridos, aunque tácita o explícitamente consentidos, es decir, escenarios en los que el consentimiento expresado no está avalado por el deseo o la intención genuina, opacada esta por el contexto de desigualdad –asimetrías de poder, posición social, capacidad de decisión y expresión. En estos casos, las expectativas sociales, los mandatos culturales, la persuasión ambiental o personal, sumados a la vulnerabilidad o dependencia de una de las partes respecto de la otra, sirven para desplazar la comunicación y el acuerdo. En el reciente trabajo sobre aproximaciones criminológicas a la sexualidad, Fanghanel, Milne, Zampini, Banwell y Fiddler (2021) indagan en los significados del consentimiento sexual y las insuficiencias del concepto para dar cuenta del contenido positivo de la sexualidad. En este trabajo se refieren a recientes investigaciones sobre comportamiento sexual femenino, que ponen de manifiesto conductas sexuales «problemáticas», en tanto revelan patrones de conducta sexual femenina guiada por estándares de deseo y placer sexual masculino, es decir, que descuidan o postergan el deseo y el placer propios (2021, p. 76). En consonancia con lo apuntado en el apartado anterior, el consentimiento aparece desligado del deseo o la intención sexual, lo que llevaría a situaciones de pseudoconsentimiento, es decir, un consentimiento en nombre del deseo del otro, tal vez un consentimiento vicario. En otras palabras, estos comportamientos y actitudes vuelven a poner en primer plano el doble estándar presente en las interacciones y prácticas sexuales heterosexuales, sobre el que, sin embargo, el derecho, su regulación jurídica e interpretación judicial, no ha dedicado suficiente atención.

En segundo lugar, cabe recordar que el derecho ha avanzado en el terreno de las agresiones sexuales sin un conocimiento adecuado de la sexualidad femenina y de las relaciones sexuales heterosexuales desde la perspectiva de las mujeres. Tal vez esta sea la razón de la lenta adecuación de la legislación y la jurisprudencia a caracterizaciones más certeras de las agresiones sexuales. Como ha señalado Susan Estrich en su trabajo pionero sobre violación, las legislaciones y la jurisprudencia sobre agresiones sexuales han insistido durante mucho tiempo en la presencia de fuerza o amenazas como elemento necesario para poder acreditar la conducta delictiva (2010, pp. 67-71). A su vez, dicha fuerza debía ser resistida por la víctima con señas físicas visibles para poder completar el cuadro probatorio (Estrich 2010:72-73). Solo muy recientemente en la evolución del tratamiento de los delitos contra la libertad sexual aparece el consentimiento como elemento nuclear para dirimir la responsabilidad penal, persistiendo, sin embargo, una gran confusión, mitos y errores, en torno a sobre qué se debe consentir, cómo se espera que se exprese dicho consentimiento y qué tratamiento se debe dar a los aspectos que revisten dicho consentimiento, como la comunicación, la participación activa

en la consecución del consenso, etc.²⁰. Este recorrido en la construcción de conceptos debe seguir perfeccionándose. También debe perfeccionarse la caracterización de los delitos contra la libertad sexual. De manera persistente las estadísticas registran cifras de agresiones sexuales que señalan como víctimas a las mujeres y como perpetradores a los varones en casi el 99% de los casos²¹. Estas cifras deberían ser tenidas en cuenta en el diseño de instrumentos jurídicos adecuados para afrontar la situación social que tales cifras revelan. Resulta artificioso configurar una herramienta jurídica, cuyo objetivo es reflejar y perseguir unos actos que producen un daño significativo a un bien jurídico protegido, sin tener en cuenta una característica tan relevante como es la que se refiere a los sujetos activo y pasivo de los actos en cuestión. De manera creciente, en las últimas décadas, nuestros ordenamientos jurídicos se han mostrado cada vez más receptivos a una perspectiva de género capaz de contribuir a una mejor configuración de los conceptos y categorías jurídicas, es decir, una configuración más acorde con los hechos sobre los que actúa el derecho²².

2.1. El alcance interpretativo del concepto de consentimiento sexual

La dimensión contextual y relacional del consentimiento que se ha desarrollado en los apartados anteriores establece un margen para que, en cada situación específicamente configurada, el intérprete jurídico deba establecer su alcance y significado. Para desgranar el concepto de consentimiento en estos términos aparentemente más laxos o menos ceñidos a criterios precisos o cerrados, puede resultar útil recurrir a la idea de «concepto interpretativo» que propone Ronald Dworkin para entender conceptos –algunos de

20. Sobre la evolución de la configuración de los delitos de agresión sexual en el derecho penal español, ver Cancio (2022). Sobre la centralidad del consentimiento en el tratamiento de las agresiones sexuales, se ha señalado que esta excesiva atención ha pasado por alto la importancia de atender a otros elementos que suelen estar presentes, como la autonomía reducida, la fuerza o intimidación o la instrumentalización; sobre esta perspectiva, ver Lacey, 1998, p. 54; Alvarez Medina, 2021, pp. 125-133.

21. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) de España para 2020, de un total de 447 condenas por delitos sexuales, 442 recayeron sobre varones y solo 5 sobre mujeres, lo que indica que cerca del 99 % de los delitos sexuales han sido perpetrados por varones. Para una clasificación más detallada de las condenas según tipología delictiva, ver <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=28750#!tabs-tabla>. Estas cifras señalan la pertinencia de indagar en la posible configuración género específica del delito de violación, como existe en algunos ordenamientos jurídicos –como el británico o el irlandés–, y como se hace en el ordenamiento jurídico español en relación con los delitos de violencia en la pareja –configurados por la ley 1/2004.

22. Este enfoque se aprecia en los denominados delitos género específicos, como los incorporados al código penal español con la ley 1/2004 de violencia de género; sobre delitos sexo específicos, ver Añón y Mestre (2005); sobre la configuración de género de los delitos sexuales, ver Lacey, 1998, p. 57; Alvarez Medina, 2021, pp. 133-146. La perspectiva de género permite trazar los contornos de la libertad sexual como bien jurídico protegido, despojándolo de antiguos criterios de la moral positiva como el honor de los varones, la reputación familiar o las costumbres patriarcales, ver Rosario de Vicente Martínez, 2018, p. 210; Cancio, 2022, A.1).

ellos con connotaciones morales— que forman parte de nuestra teoría política y jurídica (2006, p. 12). Dworkin se ha referido en varios de sus trabajos a la distinción entre 1) conceptos «criteriales» o basados en criterios, 2) conceptos de tipo natural y 3) conceptos interpretativos²³. De manera resumida, los primeros aluden a aquellos conceptos respecto de los cuales se consigue un consenso porque están estructurados en base a unas pautas que los definen con suficiente precisión, lo que permite una utilización relativamente segura de los mismos: ejemplos de este tipo de concepto podrían ser las definiciones, generalmente muy precisas, a decir de Dworkin, de la geometría —como en el caso del triángulo equilátero—, u otras definiciones, menos precisas, como las de las ciencias sociales, que son objeto de cambios y reformulaciones contextuales y temporales —como en el caso del matrimonio—. Los conceptos naturales, tal vez los más sencillos de identificar, tienen una referencia o estructura fáctica en el mundo físico, la naturaleza o la biología: encontramos ejemplos en la zoología, la botánica, la geología, las ciencias naturales. Por último, los conceptos interpretativos, se mueven en un terreno de mayor vaguedad, que requiere actualizar con cada práctica nuestra reflexión sobre su alcance y los ejemplos más claros aparecen con las nociones que entrañan un componente evaluativo, como sucede en el terreno de la moral —justicia, bondad—, o elementos normativos en torno a los cuales existe un espacio amplio para el desacuerdo, como en la política y el derecho (Dworkin, 2006, pp. 9-12; 2011, pp. 158-160).

Al igual que los conceptos de tipo natural y de los que refieren a criterios, también los conceptos interpretativos sirven para dar cuenta del mundo en el que interactuamos. Todos los conceptos se refieren de manera más o menos directa, más o menos mediata, a una práctica compartida que permite identificarlos, sea a través de la referencia a aquellas características que surgen de la observación —como en el caso de los conceptos naturales—, de la cristalización de pautas que se reflejan en la interacción sostenida y consolidada —como en el caso de los conceptos criteriosales—, o de la construcción de nociones complejas, respecto de las cuales podemos identificar algunos rasgos nucleares, pero cuyo desarrollo admite diversas elaboraciones —como en el caso de los conceptos interpretativos—. Así, vemos que la práctica adquiere protagonismo en la configuración de conceptos interpretativos y criteriosales, y en los primeros más que en los segundos, en la medida en que la proyección de la propia posición dentro de la práctica revela matices diversos de la misma. La distinción entre conceptos criteriosales e interpretativos puede plantearse, al menos en algún sentido, como un continuo en el que, de un lado, los criterios aparecen más nítidamente identificados y dejan por tanto menos espacio a la interpretación de la práctica compartida, mientras que, del otro lado, los criterios son menos o menos precisos, son a veces ellos mismos objeto de desacuerdo e interpretación.

23. Otras clasificaciones de los conceptos los agrupan diversamente; por ejemplo, siguiendo la propuesta de filósofos de la ciencia, José Juan Moreso distingue entre conceptos clasificatorios o cualitativos, conceptos comparativos y conceptos métricos, y señala que en las ciencias jurídicas se utilizan de manera predominante los conceptos clasificatorios (Moreso, 1995, pp. 364;370).

Cuando estamos en presencia de un concepto interpretativo, y a diferencia de lo que sucede con los conceptos criteriosales y más claramente con los naturales, no basta con que se consigne la estructura o los criterios usados para identificarlos en los casos concretos (2006:11-12). Incluso cuando compartimos referentes y usos que son comunes dentro de una misma comunidad de usuarios o partícipes de una práctica, pueden persistir desacuerdos. En palabras de Dworkin,

«No estamos de acuerdo porque interpretamos las prácticas que compartimos de manera diferente [...]» (2011, p. 6)

En el ámbito jurídico, estos desacuerdos se manifiestan de manera más aguda respecto de aquellos conceptos que entrañan una fuerte carga valorativa o moral —claramente las nociones de justicia o democracia, así como los conceptos constitucionales llamados «esencialmente controvertidos»²⁴—, aunque en distinto grado casi todos los conceptos jurídicos pueden verse sometidos bajo algunas circunstancias o dados determinados conflictos, a disputas interpretativas²⁵. Estas mismas circunstancias del desacuerdo obligan a que la interpretación se pronuncie sobre la práctica en cuestión, ofreciendo no solo una versión del concepto, sino también una versión de la práctica; al decir de Dworkin:

«Una teoría útil sobre un concepto interpretativo debe ser ella misma una interpretación, que es muy probable que sea controvertida, de la práctica en la que figura el concepto» (2006, p. 12)

De modo que compartir una práctica no garantiza que exista una unidad interpretativa respecto al modo en que se concretan instancias particulares de la práctica. Siguiendo el análisis de W. B. Gallie sobre conceptos esencialmente controvertidos, Marisa Iglesias afirma que los aspectos interpretativos de los conceptos jurídicos que encierran controversia se ponen de manifiesto a través de sus dimensiones valorativa, de complejidad, argumentativa y funcional a una práctica social (2000, pp. 80-91). Estas características descritas por Gallie se encuentran presentes con frecuencia en los conceptos jurídicos, como en el caso del consentimiento sexual, que están inmersos en una práctica, de la que forman parte y que los redefine en la medida del propio carácter dinámico de la práctica: se pueden presentar, además, bajo diferentes caracterizaciones o revestidos de diversos ropajes lingüísticos o actitudinales; contienen múltiples facetas, son complejos; y forman parte de nuestro lenguaje no solo descriptivo sino también y fundamentalmente normativo, concitan valor y apuntan hacia formas de corrección²⁶.

24. Ver Gallie, 1956; Iglesias, 2000.

25. Ver Plunkett y Sundell, 2013, pp. 252-253.

26. Ver Gallie, 1956, pp. 171-171. Aunque Gallie se refiere con estas características a los que denomina «conceptos esencialmente controvertidos», considero que tales características resultan aplicables también a los conceptos interpretativos de Dworkin. La diferencia entre unos y otros puede radicar en lo que Gallie denomina las condiciones de justificación de los primeros, a saber, la existencia de un referente ejemplar cuya autoridad se reconoce, y la competencia entre las diversas interpretaciones o usos del concepto que abonan la pervivencia del referente (1956:180-181). Conceptos como la justicia,

El concepto de consentimiento sexual se fragua y adquiere significado como parte de la práctica sexual. Compartimos una idea, un concepto, sobre la sexualidad y cómo el deseo, la seducción, el erotismo o el placer se ponen en acto en instancias específicas, a través del acuerdo, el consenso o el consentimiento respecto de su realización. La sexualidad como forma de interacción se configura socialmente a través de formas culturales que se proyectan sobre ella. Si nos centramos específicamente en la sexualidad heterosexual, nos encontramos con una práctica sexual cuya configuración, como hemos visto, se haya fuertemente condicionada por la posición que varones y mujeres ocupan en la estructura social, en cuyo marco se gestan las prácticas sexuales. En esta configuración dual de la sexualidad heterosexual, varones y mujeres participan de posiciones diferentes que les abocan a la construcción de nociones que, aún compartiendo un núcleo de significados –en torno al deseo, la seducción, el placer, etc.–, proyectan concepciones específicas sobre la sexualidad y el consentimiento sexual.

En el caso de las relaciones heterosexuales debemos indagar en las particularidades de la sexualidad femenina y masculina respectivamente y evaluar cómo se configura el deseo, la seducción, el erotismo o el placer en unas y otros. Algunas pautas sobre esta construcción dual de la sexualidad las podemos encontrar en el modelo tradicional de roles y estereotipos, la adscripción de modelos de sexualidad más o menos vinculados a la estimulación emocional –a través por ejemplo de nociones sobre el romanticismo, el matrimonio, la fidelidad, la maternidad, etc.–, presente con mayor frecuencia en el caso de las mujeres, o a la estimulación corporal –a través de imágenes eróticas, exposición genital, consumo de pornografía, prostitución, etc.–, presente con mayor frecuencia en el caso de los varones.

Esta compleja construcción dual de la sexualidad y de sus correspondientes pautas y estándares para la comprensión de las interacciones sexuales, responde a una práctica también compleja. Es en el marco de esta práctica que debemos ubicar el consentimiento sexual y dilucidar su significado. Esto hace que, no solo nos encontremos con diversas interpretaciones en torno al concepto de consentimiento, sino que algunas nociones auxiliares para la argumentación judicial deban también ser utilizadas teniendo en cuenta dichas divergencias. Tal es el caso, por ejemplo, con la noción de razonabilidad, a veces invocada en casos de violación y utilizada como criterio para discernir si el curso de acción seguido por el agresor y el seguido por la víctima están o no en el abanico de acciones que pueden esperarse de la persona razonable. La noción de razonabilidad suele tomarse como un criterio único u objetivo. Como apunta R. Whisnant en alusión a las observaciones de C. MacKinnon, tampoco está exento de

la democracia, el derecho, por ejemplo, reflejan estas condiciones de justificación a lo largo de una trayectoria, una historia del concepto que da cuenta de ellas. Los conceptos interpretativos en el sentido dworkiniano que aquí estamos utilizando, no requerirían esta dimensión de referente, ejemplaridad o competitividad. En una acepción tal vez más dependiente de la práctica social o política, se trata de conceptos fuertemente inmersos en una práctica que provoca las diversas versiones o entendimientos del concepto que se nutre de ella.

problemas este recurso a la noción de razonabilidad, o a un estándar razonable sobre qué actos o comportamientos son entendidos como manifestación de consentimiento, ya que también en este caso es probable que dicho estándar se revista de consideraciones distintas según que se asuma el punto de vista de los varones o el punto de vista de las mujeres en la práctica de la sexualidad; el análisis de razonabilidad y lo que es esperable exigir al «varón razonable» está presente en la valoración judicial del *mens rea*, el conocimiento del acusado respecto del no consentimiento de la víctima²⁷. Frente a un estándar de razonabilidad único –a veces pretendidamente objetivo aunque construido desde la posición social dominante en el discurso jurídico–, se alzaría un «estándar de razonabilidad femenino» que permitiría una interpretación distinta de los mismos comportamientos:

«por ejemplo, una conducta que los varones ven solo como flirteo, las mujeres podrían experimentarla como ofensiva o amenazadora, y mientras las mujeres podrían ver algunos avances o acercamientos como físicamente intimidatorios, los varones podrían verlos como agresivamente lujuriosos o apasionados.» (Whisnant 2017, 2.2).

En contraste con la propuesta de adoptar estándares diversos de razonabilidad, Hubin y Haely reconocen los matices de género, pero no se muestran partidarios de incorporar dos estándares diferentes de razonabilidad masculina y femenina. Los autores afirman que mientras introducir el punto de vista de la mujer razonable podría facilitar la explicación y justificación del comportamiento de las mujeres en los casos de agresiones sexuales, la necesaria incorporación del punto de vista del varón razonable facilitaría la prueba de la convicción del varón sobre el consentimiento de la mujer, es decir, la argumentación sobre *mens rea* (1999, pp. 130-131; 134). Así, estos autores se decantan por mantener un estándar objetivo de persona razonable, respecto del cual se puedan introducir matices interpretativos, así como los ajustes contextuales y de género que resulten pertinentes en cada caso (1999, pp. 133; 137). Esta aproximación vuelve, como vemos, sobre un concepto que no termina de asentar sus criterios de referencia, y que requiere renovarse y reinterpretarse. La interpretación contextualizada posibilitaría en estos casos tomar en consideración aspectos espaciales, temporales y relacionales, así como también aspectos más específicamente de género o relativos a las diferencias ya analizadas en relación con la sexualidad femenina y masculina.

Contra esta propuesta sobre el espectro interpretativo del concepto de consentimiento sexual, se podrían alzar diversas objeciones. Una primera observación o descontento podría apuntar que la matriz patriarcal de la sexualidad ha evolucionado en las últimas décadas, fundamentalmente en occidente, modificando el rol de las mujeres, su espacio para la toma de decisiones, y ha propiciado su progresivo empoderamiento, también en el ámbito de las relaciones sexuales heterosexuales. Tendríamos entonces dos frentes de divergencia en la interpretación, el relativo a la dimensión varón-mujer o

27. Ver Estrich, 2010, pp. 62-63; Whisnant, 2017, pp. 2.2.

variable de género, y el relativo a la evolución o cambio en los roles o variable temporal, que nos colocarían en una encrucijada interpretativa con variables múltiples. Para salir de ella, tal vez sea conveniente volver a la práctica de la sexualidad y a su interpretación en el marco de la práctica jurídica.

Marisa Iglesias señala que las controversias sobre el significado y el alcance de los conceptos que son objeto de importante controversia deben resolverse al interior de la práctica en la que se producen los desacuerdos. Entre las diversas respuestas que explora para resolver las divergencias, la autora se decanta por una resolución que admita el desacuerdo orientado por un concepto nuclear capaz de guiar hacia las respuestas más adecuadas –o correctas (2010, p. 101)– en el contexto de la práctica en cuestión; Iglesias se refiere a un «ejercicio holista» (2010, p. 100), que nos permita acercarnos progresivamente hacia la resolución del conflicto. La autora sintetiza la propuesta interpretativa dworkiniana en los siguientes términos:

«Desde esta perspectiva, la pregunta por el significado es siempre interna a una práctica de uso. Dentro de esta práctica, cuál sea el uso correcto del término 'x' no puede independizarse de qué es para algo ser x. Y esta pregunta no es equivalente a la cuestión de qué es lo que comúnmente se acepta cómo x. A pesar de ello, el significado del término 'x' no trasciende nuestras creencias y capacidades epistémicas. En la línea interpretativa de Dworkin, cuando asignamos significado estamos desarrollando una concepción del concepto interpretativo. Este concepto es una idea general, abstracta e inarticulada acerca del propósito o valor de nuestro ejercicio colectivo.» (Iglesias, 2010, p. 98)

En esta línea argumental, el alcance del concepto de consentimiento en las relaciones sexuales heterosexuales debe dirimirse atendiendo a una práctica en la que participan, como se ha señalado ya, varones y mujeres con perspectivas que, aunque coincidan en algunos significados comunes, divergen en otros, para revestir los actos pre-sexuales y sexuales de diverso alcance y connotaciones. Volviendo a los términos de la caracterización dworkiniana²⁸, aunque en general estemos de acuerdo en que el consentimiento es valioso y debe formar parte de las relaciones sexuales, y en que el respeto de la libertad sexual requiere contar con la participación libremente manifestada de quienes intervienen en actos de carácter sexual, no estamos de acuerdo en cómo caracterizar, identificar o concretar dicho consentimiento en casos específicos. Más concretamente, a menudo se ponen de manifiesto discrepancias en torno a si determinadas actitudes –menos expresivas, más introvertidas, silentes– o circunstancias contextuales –el lugar del encuentro, la atmósfera intimidatoria, la presencia de más de dos personas, de más de dos varones– pueden matizar el sentido de las manifestaciones, es decir, pueden sumar o restar al consentimiento. El desacuerdo, por tanto, no está en el valor del consentimiento ni en su relevancia para la práctica de la sexualidad libre; tampoco está en los hechos o circunstancias que pueden haber tenido lugar en un caso concreto; el desacuerdo está, en cambio, en el contenido mismo que se atribuye a los hechos

28. Ver Dworkin, 2011, pp. 160-161.

–acompañados de las valoraciones que ser vierten sobre ellos– como reveladores de la satisfacción o no del consentimiento.

Las discrepancias en torno a los conceptos de esta índole, sin embargo, no pueden ser un obstáculo para dirimir los conflictos que se presentan en el seno de las prácticas que los albergan. Los conflictos interpretativos de este tipo, además de ser ellos mismos conflictos en torno a la dimensión valorativa que encierran, no se puede sustraer a los valores que guían el sistema jurídico y constitucional, expresados en principios que funcionan también como guías para la interpretación de la libertad sexual en las relaciones entre varones y mujeres. Estos principios y los valores que ellos expresan son fundamentalmente la igualdad, la capacidad individual de toma de decisiones y el respeto. En el ámbito de los derechos fundamentales, los avances en los derechos de las mujeres han señalado cada vez con mayor fuerza el peso de la igualdad como principio rector del sistema constitucional para dirimir los conflictos que se presentan a la justicia y que provienen de muy diversos ámbitos –laboral, político, reproductivo, familiar, de pareja, etc.–, incluido el de las relaciones sexuales. En este sentido, la práctica está guiada por valores que pueden servir de fiel de la balanza al momento de resolver conflictos entre soluciones rivales o divergentes, cuya génesis puede provenir de la diversidad interpretativa que se ha señalado²⁹.

El paulatino avance hacia relaciones de igualdad, respeto mutuo, capacidad de autonomía y elección para las mujeres en relación con su vida sexual, marca también un cambio en la práctica que progresivamente se quiere ajustar conforme a esos mismos valores de igualdad, respeto o capacidad de elección personal. Incluso asumiendo que estos conceptos morales son conceptos interpretativos, podemos identificar un núcleo compartido en dicha interpretación, en el sentido que propician prácticas no regidas por la dominación, el sometimiento o el daño. Puede resultar fructífero profundizar en cómo esos valores imponen un rumbo en la interpretación del consentimiento sexual. Más adelante volveremos sobre los valores y la orientación que la interpretación guiada por valores –o principios constitucionales– puede ofrecer, para dirimir interpretaciones conceptuales en conflicto.

Una segunda observación o descontento podría apuntar que la idea de conceptos interpretativos despierta perplejidad, especialmente en ámbitos como el derecho penal, en los que se espera que las normas proporcionen pautas inequívocas sobre el tenor de las conductas que el legislador ha considerado objeto de reproche y sanción. Sin embargo, mientras la aspiración por dotar de certeza a la ciudadanía en relación con la regulación es un objetivo legítimo e ineludible, no debería confundirse con la deliberación interna que llevan a cabo quienes se confrontan con la casuística judicial y deben

29. El entramado de valores que reviste la interpretación de la práctica sexual –a la luz de los cuales deben dirimirse las controversias– pone de manifiesto que no se trata solo de un concepto controvertido o que admite diversas concepciones, sino de un concepto interpretativo en el sentido de un concepto con una importante carga valorativa. Agradezco la señalización que sobre este particular y sobre los argumentos basados en la discrepancia me hiciera un evaluador o evaluadora anónima.

subsumir los casos en la generalidad de la norma. Esta tarea, que se realiza de manera circunstanciada y que entraña habilidades más técnicas, no resta a la norma certeza frente a la ciudadanía. Así lo expresa Jeremy Waldron, quien afirma que la mayor parte de las personas no necesitan extremar sus instrumentos interpretativos para comprender el alcance de las normas jurídicas:

«Las ciudadanas y ciudadanos necesitan conocer qué demanda de ellos el derecho, pero esto no es necesariamente lo mismo que necesitar conocer exactamente hasta dónde se puede llegar sin que la propia conducta se convierta en una infracción. ‘¿Cuán cerca de la coerción puedo llegar con una mujer sin que cuente como una violación?’ ‘¿Cómo de activa debe ser mi participación en la muerte de una persona para que se considere homicidio?’ ‘¿Cuánto puedo engañar a un socio sin que llegue a ser fraude?’ Una profesión jurídica que se plantee estas cuestiones u otras similares como si se tratase de asuntos cruciales para la comprensión que la ciudadanía en general debe tener del derecho, se encuentra ya embarcada en dificultades éticas.» (Waldron, 1994, p. 535)

Y agrega:

«Lo mismo se podría decir de los argumentos sobre la pendiente resbaladiza y las líneas rojas, que se esgrimen en contra de la revisión de diversos delitos como el acoso sexual. Alguien para quien la pregunta importante sea ‘¿Cuánto podría flirtear con mi estudiante sin que se entendiese como acoso?’, se encuentra ya en muy mala posición en relación con las preocupaciones que subyacen a la regulación del acoso.» (Waldron, 1994, pp. 535-536, n. 66)

Las afirmaciones de Waldron ofrecen un marco propicio para la reflexión jurídica en torno a cuestiones que tienen un significado moral importante para la convivencia social. Si la regulación jurídica sobre la violencia sexual se propone dirimir conflictos que alteran la convivencia respetuosa en el marco de las libertades individuales, entonces, para diseñar las normas jurídicas, debemos preguntarnos cómo hacer para captar el alcance de la violencia y la medida de la transgresión de la libertad que ella entraña, y diseñar normas que sirvan para restablecer un entendimiento social sobre estas cuestiones. Un buen diseño jurídico deberá ser capaz de transmitir este mensaje de reparación, al tiempo que ofrezca a las y los operadores jurídicos las herramientas para ejecutar mejor esos objetivos en cada caso, a través de las técnicas propias de la profesión.

2.2. Dos concepciones del consentimiento

Podemos ahora adentrarnos en las diversas versiones del consentimiento sexual que pugnan en el ámbito jurídico. Con frecuencia observamos argumentos encontrados sobre cómo deben interpretarse en sede judicial los hechos controvertidos, que podrían o no sentar las bases para la configuración del consentimiento³⁰. Para la reconstrucción

30. Como ejemplo, y para un análisis de los controvertidos argumentos vertidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso de La Manada, ver P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez, 2018.

de los hechos controvertidos resulta de especial importancia contar con conceptos capaces de captar el significado de las acciones que han tenido lugar. Sin embargo, el concepto de consentimiento y las nociones asociadas a él pueden presentar un ámbito extenso de desacuerdo. Tal desacuerdo puede rastrearse a través de la diversa comprensión que –como hemos visto en el apartado 1.1.– tienen varones y mujeres de la sexualidad heterosexual como práctica íntima, en la que a menudo confluyen distintas concepciones del deseo, el placer y la transmisión de mensajes erótico-sexuales encaminados a la relación sexual íntima. Cuando la sintonía en la progresión desde los actos presexuales hacia los sexuales se rompe, como sucede en los casos de *date rape* o violaciones que tienen lugar a partir de una cita o primer encuentro pre-sexual consentido, se hace necesario explorar dicha progresión en la relación para determinar si el encuentro sexual fue forzado, es decir, si existió una agresión. Este contexto de las citas entre personas que, tras acordar un encuentro, inician actos preparativos –presexuales– que pueden dar pie a posteriores actos sexuales no consentidos, son las que suscitan mayores controversias. El espacio del desencuentro es amplio y frecuente; se nutre del desacuerdo, el rechazo o simplemente la incomunicación o la indiferencia, que se ponen de manifiesto por actitudes diversas que van desde el silencio o la no disposición, hasta la expresión verbal, gestual o corporal. El espacio del encuentro es más reducido, menos frecuente; en él confluyen la sintonía, el interés o la implicación, es decir, interacciones que concitan habilidades cognitivas y emocionales, encaminadas a descartar ambigüedades e incertezas, al tiempo que comprometen mayores cuotas de intimidad. En otras palabras, el compromiso de la propia voluntad o disposición libre para la relación íntima sexual aboca a sus participantes a un comportamiento que cerciore o compruebe paso a paso la voluntad de la otra persona –eventualmente de las otras personas–.

El consentimiento en las relaciones sexuales heterosexuales ha concitado desacuerdos importantes. El análisis jurisprudencial y académico de los casos de agresión sexual muestra que nos encontramos en una situación en la que compiten en la interpretación diversos estándares para la valoración de los hechos susceptibles de ser calificados. Dicha calificación varía según cuál sea la concepción del consentimiento que se adopte. Por tanto, nos encontramos con desacuerdos sobre qué significa consentir una relación sexual; podemos pensar que existe un entendimiento más o menos unívoco en torno a una idea nuclear: consentir una relación sexual es participar de la misma sin que haya mediado coacción ni amenaza, intimidación o prevalimiento, es decir, cuando ha existido libertad genuina de participación, expresada a través de una manifestación de la intención de llevar a cabo o dejar que se lleven a cabo por parte de otra persona actos de índole sexual. Sin embargo, aparecen desacuerdos al indagar sobre qué acciones o comportamientos deben entenderse como manifestaciones del consentimiento en las relaciones sexuales. Aunque manejemos significados compartidos sobre qué es una relación sexual, a través de qué acciones específicas se realiza, existen discrepancias al precisar qué comportamientos o formas de aproximación entre un varón y una mujer

dan cuenta del acercamiento íntimo mutuo o recíproco, consentido: cómo se integran las manifestaciones y acciones que preceden a los actos propiamente sexuales, las palabras y los silencios, la ambigüedad y la vaguedad de expresiones y acciones que demoran su concreción y a veces encallan en un terreno de meros juegos verbales o actitudinales, insinuaciones o dilaciones. Dilucidar estas cuestiones compromete el concepto mismo de consentimiento, que podrá configurarse en un sentido u otro, según la interpretación que se adopte, como se pondrá de manifiesto en seguida.

La noción de consentimiento ha seguido su propia evolución interpretativa en el marco de los delitos contra la libertad sexual. El recorrido del concepto se ha demostrado rico en matices y aún existe desacuerdo en relación con su alcance. En la literatura sobre consentimiento encontramos una primera distinción entre consentimiento «actitudinal y performativo», según que para identificarlo se fije la atención en el estado o disposición mental del sujeto o en su exteriorización a través de actos o comportamientos³¹. Nótese que, aunque uno y otro podrían coincidir, este puede no ser siempre el caso. La doctrina jurídica parece haber avanzado en el sentido de fijar su atención cada vez más en las manifestaciones externas que, a través de palabras, gestos, acciones o comportamientos, puedan revelar el sentido afirmativo de la participación en una relación sexual. De tal modo, se abandona lo que algunos autores han denominado el aspecto más «subjetivo» del consentimiento, en favor de una configuración que resida principalmente en las manifestaciones externas de dicho consentimiento³². Este es un paso importante, ya que se descarta la posibilidad de acceder a los estados mentales en un sentido absoluto y se fija el terreno probatorio en la exteriorización de los mismos. Dado este paso, sin embargo, es preciso reconocer que las manifestaciones externas por sí solas pueden ser también insuficientes para conocer el sentido que se quiere imprimir a la iniciativa y la acción sexuales³³. Así, mientras una externalización negativa marca un límite claro —«no es no»— y entenderlo así opera como una garantía en el ámbito jurídico, una manifestación afirmativa puede revestir significados diversos que deben

31. Ver Whisnant en referencia a Kazan, 2017, apartado 2.

32. Ver D. C. Hubin y K. Haely, 1999, p. 115.

33. Es difícil fijar cuánto se puede avanzar en el conocimiento de los estados mentales de los agentes a través de los actos y hechos que revelan sus intenciones o preferencias. En general se ha abandonado la indagación en los estados mentales de víctimas y acusados, para proponer reconstrucciones que, incluso en sus aspiraciones de descripción psicológica tengan base en su manifestación externa, acciones y comportamientos. En el ámbito de la sexualidad, es importante desterrar reconstrucciones que pretendan captar el estado mental más allá de los elementos fácticos, tanto performativos como contextuales; expresiones como «ella quería mantener relaciones sexuales aunque guardara silencio», o «el acusado interpretó que ella quería mantener relaciones sexuales a pesar de la actitud pasiva» son ejemplos del tipo de reconstrucciones carentes de fundamento empírico. Descartado esto, la argumentación debe transcurrir sobre las intenciones vertidas conforme a aquello que ponen de manifiesto las acciones en conjunción con el contexto —un rechazo gestual, una palabra, un entorno intimidatorio, etc.—. En otras palabras, hace falta contar con elementos externos —manifestaciones externas— para la reconstrucción de la intención o el estado mental que, en su aspecto estrictamente interno, puede resultar inaprensible; agradezco a Federico Arena sus comentarios e intercambio en torno a esta cuestión.

averiguarse contextualmente³⁴. Existe, por tanto, una dimensión contextual ineludible en la noción de consentimiento, que determinará su alcance, atendiendo a los elementos temporales, espaciales y relacionales configurados en cada caso.

Debemos entonces plantearnos la construcción del concepto de consentimiento sexual teniendo en cuenta su dimensión externa, contextual –espacial, temporal, relacional– y dual –sexualidad femenina y masculina–, en el que varones y mujeres participan diversamente de la práctica sexual. Se entiende generalmente que el consentimiento es una manifestación de voluntad en relación con un hecho, una acción o un comportamiento que otra persona va a emprender o, en una acepción más incluyente, respecto de una acción o un comportamiento que se emprende conjuntamente. Como hemos visto más arriba, la aproximación mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia ha entendido el consentimiento como una manifestación, habilitación o permiso para que otra persona realice una acción o comportamiento que compromete a quien otorga el consentimiento³⁵. Frente a esta caracterización, algunos autores y autoras han planteado otra concepción del consentimiento como consenso, es decir, una caracterización no ya unilateral sino bilateral de la manifestación de la voluntad de llevar adelante acciones pre-sexuales o sexuales. Más arriba se ha expuesto la concepción de Pineau, quien se refiere al consentimiento cooperativo, comunicativo o mutuo. Esta noción se conjuga con la idea de que se progresa en dicho consenso a través de un testeo o mutua contrastación de la recíproca voluntad de avanzar en la intimidad sexual. Estos controles, a los que Pineau denomina *check-ups*, se verían avalados, según la autora, por las afirmaciones de la sexología según las cuales, para alcanzar una situación de disfrute sexual «mutuo», hace falta que se genere «una atmósfera de confort y comunicación, un mínimo de presión, y un testeo continuado respecto del estado en que se encuentra el o la compañera» (1996, p. 15).

A través de estas caracterizaciones se perfilan dos concepciones distintas en torno al consentimiento. Por un lado, la concepción del consentimiento que propone Pineau, lo presenta como un acuerdo que surge de la comunicación, la cooperación y la mutua confrontación con los deseos y preferencias de la otra persona; un consenso para avanzar de las relaciones pre-sexuales a las propiamente sexuales, a través de una búsqueda, una actitud proactiva en la concreción de la intimidad sexual. Se trataría de una concepción

34. Ver Whisnant, 2017, apartado 2; ver también Alvarez Medina, 2021, cap. 4. En otros ámbitos del derecho, como el derecho de contratos –al que nos hemos referido más arriba–, la distinción entre voluntad interna y voluntad declarada da lugar a diversos supuestos en los que se hace necesario calibrar y sopesar la voluntad, expresa o tácita, junto a elementos personales y contextuales, como puede ser la preexistencia de una relación jurídica creada con anterioridad, la buena fe o la confianza; ver Marín López, 2020, pp. 686-688. Sin embargo, como se ha dicho ya, las analogías entre el consentimiento contractual y el consentimiento sexual no son fructíferas.

35. La propuesta de H. Hurd es representativa de esta posición; la autora ha señalado que el consentimiento obraría como un permiso o autorización capaz de transformar la calificación moral o jurídica de un acto, toda vez que, siempre en la concepción de la autora, actuaría sobre el estado mental de las personas (Hurd, 1996, p. 37).

del *consentimiento como disposición bilateral*. Por otro lado, la concepción que se fija en la noción de permiso o habilitación para que otra persona interfiera o actúe sobre el propio cuerpo, lo configura como la aceptación que surge en un contexto a menudo caracterizado por la presencia del riesgo y la incertidumbre; en esta segunda concepción el consentimiento sería la llave concedida por una de las partes a la otra, que habilita o permite la acción de esta última en relación con el cuerpo de la primera. Se trataría de una concepción del *consentimiento como permiso unilateral*.

Estas dos versiones del consentimiento responden a concepciones distintas sobre la experiencia sexual y las relaciones sexuales. La concepción del consentimiento como disposición bilateral o consensual apunta tanto al tránsito entre las relaciones presexuales y las relaciones sexuales, como al testeado activo en la progresión de estas últimas. Esta segunda concepción proporciona mayores garantías de certeza en la manifestación de voluntad de las partes, en la medida en que contempla instancias de testeado o verificación de dicha intención. De tal modo, la concepción del *consentimiento como disposición bilateral* ofrece en el ámbito jurídico un estándar de diligencia debida o razonabilidad para evaluar el comportamiento sexual. En la medida en que la relación se geste a partir de una interacción que recabe el conocimiento de las preferencias de la otra persona, mayores serán las probabilidades de no vulneración de la libertad sexual. Este estándar casa mejor con las diversas percepciones de la sexualidad que se dan cita en las relaciones sexuales heterosexuales –y que se han presentado más arriba como doble estándar sexual–, incluida la percepción que muchas mujeres jóvenes tienen de la sexualidad como una práctica conectada no solo con el deseo en un sentido exclusivamente corporal, erótico o genital, sino también con un relato afectivo-emocional. Por su parte, la concepción del consentimiento como permiso se enfoca en cambio en una interacción que quiere recabar una cesión, una habilitación o autorización de la mujer para la realización del deseo masculino; se trata por tanto de una concepción de la sexualidad centrada en la propuesta masculina y su disposición a mayores cuotas de riesgo y presión con vistas a la realización del deseo.

Junto con los deseos y circunstancias personales, convergen en la práctica sexual significados –históricos, sociales y culturales– que arrastran consigo estereotipos sobre sexualidad femenina y masculina, idealizaciones, aspiraciones, semejanzas y diferencias. Todos estos elementos forman parte de la sexualidad y de la forma en que varones y mujeres se relacionan sexualmente; entendemos entonces que el concepto de consentimiento en las relaciones sexuales se refiere a una práctica compleja, que se nutre no solo de la proyección individual del deseo, sino de múltiples significados que acompañan a la práctica. Compartimos, por tanto, un significado común y, sin embargo, realizamos distintas interpretaciones sobre esa misma práctica. Cada uno elabora la práctica y entiende los elementos de la misma desde su posición en el contexto. El concepto de sexualidad y el concepto de consentimiento se reformulan a través de distintas interpretaciones de la misma práctica. El derecho es receptor también de esas distintas interpretaciones de la práctica y es por esto que no basta con que exista acuerdo en torno

a qué es la sexualidad o qué es el consentimiento; distintas concepciones alimentadas por las distintas y asimétricas posiciones de los participantes, se ciernen sobre dichos conceptos. El doble estándar sexual explicado desde la psicología –y que analizamos en el apartado 1.1.–, tiene su reflejo también en el consentimiento sexual, lo que puede significar que varones y mujeres manejen significados diferentes en torno a las premisas y criterios que configuran el sexo consentido.

Todo esto abona un terreno de indeterminación, con frecuencia de confusión y falta de entendimiento, que propicia que se perpetúen los mitos o creencias sobre los que se construye el relato de la interacción sexual heterosexual –a los que nos hemos referido en el apartado 1.2. Debemos interrogar entonces a las dos concepciones del consentimiento que se han señalado y desentrañar cuál de ellas satisface mejor las garantías de libertad sexual e igualdad que deben guiar la regulación jurídica en esta materia. Cada una de dichas concepciones responde a una aproximación jurídica distinta en relación con la sexualidad. Se ha señalado la necesidad de seguir indagando en las diversas manifestaciones de la sexualidad, especialmente en la sexualidad femenina frente a la sexualidad masculina, los modelos y significados que la rodean. Se han planteado las diversas configuraciones que la idea de consentimiento admite según que se siga una u otra manifestación de la sexualidad, y se ha expuesto la distinta lectura que varones y mujeres pueden hacer de los mismos hechos. He presentado aquí las ventajas del consentimiento como disposición bilateral, en la medida en que integra las distintas voluntades que confluyen en la relación, y que solo pueden salir a la luz y ser expresadas si existe una actitud proactiva en el testeado de las intenciones. En el apartado anterior se han puesto de manifiesto las complejidades del consentimiento como concepto interpretativo capaz de desplegar diversas concepciones. Para dirimir este espacio interpretativo hace falta sumar el entramado de principios constitucionales y construir estándares de razonabilidad y diligencia conformes con la igualdad, la autonomía y el respeto.

El debate en torno a cuál pueda ser la mejor regulación para la violencia sexual no debería ignorar los costes que la judicialización de estos casos entraña, tanto para la víctima, que debe impulsar con su actuación el proceso y que se verá envuelta en un íter judicial caracterizado por una instrucción a menudo invasiva e incisiva³⁶, como para el demandado que verá comprometida su reputación y vida de relación, no solo al verse sometido al estigma de una denuncia de estas características, sino al enfrentarse a las severas sanciones que pueden acompañar la condena. Estos costes deben sopesarse con los que también acarrea, en este caso fundamentalmente para la víctima, la

36. Los recientes estudios sobre revictimización y victimización secundaria ponen de relieve estas cuestiones relativas al trato, con frecuencia innecesariamente violento, que reciben las presuntas víctimas en el transcurso del proceso judicial, en los casos de violencia de género y, dentro de esta noción amplia, en los casos de violencia sexual; progresivamente, los aspectos procesales empiezan a ser objeto de atención también por la jurisprudencia; ver Piqué, 2017, y Marco Francia, 2018; ver el reciente caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *J. L. c. Italia*, 2021 (n.º 5671/16).

no judicialización del caso, el silencio, el trauma, la ansiedad, el temor, etc., todo lo cual apunta a la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta situación, a su vez, adquiere una dimensión mayor cuando se trata de adolescentes o personas muy jóvenes, quienes pueden no sopesar enteramente el impacto de unas acciones cuyo significado y consecuencias a menudo desconocen, más allá del malestar y la inseguridad que provocan. Estos aspectos de la violencia sexual entre adolescentes y jóvenes –la presencia de la incomodidad, la vergüenza, el deseo de agradar, las dificultades para comunicar los propios deseos e intenciones, la impulsividad, la falta de autocontrol, la duda, la confusión, las emociones encontradas, etc.–, se ven atravesados, a su vez, por la distinta perspectiva, comprensión y repercusión social que para chicos y chicas tienen los hechos que protagonizan.

La sexualidad plantea importantes retos para el análisis jurídico. Para afrontarlos, el derecho, y más específicamente la regulación jurídica en cuestiones de sexualidad, no debería ser indiferente a la forma en que se configura la práctica sexual de varones y mujeres. Su diversa aproximación a la sexualidad, la diversa forma en que varones y mujeres inician su experiencia sexual adolescente y desarrollan su sexualidad adulta, repercute en la forma de entender la interacción y el consentimiento sexual, es decir, la forma en que se entiende habilitada la intimidad sexual entre un varón y una mujer. Las concepciones de *permiso unilateral* y *disposición bilateral* ponen de manifiesto las discrepancias interpretativas en torno a la sexualidad, así como la necesidad de avanzar hacia una concepción receptiva y garantista en relación con la distinta forma en que varones y mujeres participan de la práctica sexual heterosexual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ MEDINA, S., 2020: «Las piezas de la sexualidad. Género, consentimiento, intimidad», en P. Benavente (coord.), *Mujeres y derechos*, Madrid, Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1grb9b0.11>
- ALVAREZ MEDINA, S., 2021: *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Madrid, Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4xhd>
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2022). «Sexual assaults under Spanish law: law reform, consent and political identity», en T. Hörnle (ed.), *Sexual Assault in Comparative Perspective*, Oxford University Press (forthcoming). <https://doi.org/10.1093/oso/9780198863397.003.0011>
- COBO, R., 2015: «El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de sexualidad», *Investigaciones Feministas*, vol. 6. https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2018: «La imprescindible formación y la imperiosa necesidad de juzgar con perspectiva de género», en P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DENMARK, F., V. CARULLI RABINOWITZ y J. A. SECHZER, 2016: *Engendering Psychology: Women and Gender Revisited*, London, Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315664293>

- DWORKIN, R., 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.
- ELSE-QUEST, N. M. Y J. S. HYDE, 2022: *The Psychology of Women and Gender. Half the Human Experience +*, California, Sage.
- ESTRICH, S., [1986]2010: «Violación», en J. Di Corleto (comp.), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Librería.
- FANGHANEL, A., E. MILNE, G. ZAMPINI, M. FIDDLER, 2021: *Sex and Crime. Key Approaches to Criminology*, London, Sage. <https://doi.org/10.4135/9781529752304>
- FARALDO CABANA, P y M. Acale Sánchez (directoras), 2018: *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FINEMAN, M., 2004: *The Autonomy Mith*, New York, The New Press.
- FRANKE, K., [2001]2022: «Teorizar el sí: un ensayo sobre feminismo, derecho y deseo», traducción de A. Allori, en A. Ramón Michel y M. Cavallo (comps.), *Autonomía y Feminismos*, Buenos Aires, Didot. <https://doi.org/10.2307/jj.2321926.12>
- GALLIE, W. B., 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. LVI. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>
- GARDNER, J., 2018: «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm. 1, 2018. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqx022>
- HALWANI, R., 2020: «Sex and Sexuality», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/sex-sexuality/>>.
- HUBIN, D. C. y K. HAELY, 1999: «Rape and the Reasonable Man», *Law and Philosophy* 18:113-139, 1999. <https://doi.org/10.2307/3505194>
- IGLESIAS, M., 2000: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa* 23.
- LACEY, N., 1998: «Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 11, n. 1. <https://doi.org/10.1017/S0841820900001685>
- LAMEIRAS, M., M. V. CARRERA y Y. RODRÍGUEZ, 2011: «La violencia sexual contra las mujeres: abordaje psicosocial», en M. Lameiras Fernández e I. Iglesias Canle (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MACKINNON, C., 1997: «Sexuality», en L. Nicholson (ed.), *The Second Wave. A Reader in Feminist Theory*, New York, Routledge.
- MARCILLA CÓRDOBA, G., 2021: «Garantismo penal y delitos sexuales», en Perfecto Andrés Ibáñez, Pedro Grández, Betzabé Marciani, Susanna Pozolo (Eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto*, Lima, Palestra, pp. 517-547.
- MARCO FRANCIA, María Pilar, 2018: «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de «la Manada»», en P. Faraldo Cabana y L. Acale Sánchez (directoras), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., 2020: «El consentimiento contractual», en R. Bercovitz, N. Moralejo y S. Quicios, *Tratado de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch; pp. 668-733.

- MORESO, José Juan, 1995. «La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, pp. 363-385.
- OBBERMAN, M., 2013: «Two Truths and a Lie: *In re John Z.* and Other Stories at the Juncture of Teen Sex and the Law», *Law & Social Inquiry*, Vol. 38, Issue 2, pp. 364-402, Spring 2013. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01310.x>
- ORTEGA, R., V. SÁNCHEZ, J. ORTEGA-RIVERA y C. VIEJO, 2011: «La violencia sexual en las relaciones interpersonales de adolescentes», en M. Lameiras Fernández e I. Iglesias Canle (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PERAMATO MARTÍN, T., 2020: «Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral de la libertad sexual. El consentimiento», *Boletín de la Comisión de Violencia de Género de Juezas y Jueces para la Democracia*, número 11.
- PINEAU, L., 1996. «Date Rape: A Feminist Analysis», en L. Francis (ed.), *Date Rape*, The Pennsylvania State University Press.
- PINEAU, L. 2013: «Date Rape: A Feminist Analysis», en N. Power, R. Halwani y A. Soble (eds.), *The Philosophy of Sex. Contemporary Readings*, Plymouth, UK, Rowman & Littlefield Publishers.
- PIQUÉ, María Luisa, 2017: «Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional», en J. Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires, Didot.
- PLUNKETT, D. y T. SUNDELL, 2013: «Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes», *Legal Theory*, 19, pp. 242-281. <https://doi.org/10.1017/S1352325213000165>
- SPECTOR, E., 2018: «Aspectos filosóficos del matrimonio. Una introducción», en D. M. Papayannis y E. PEREIRA FREDES (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.
- TODD, M., 2021: *Sexualities & Society. An Introduction*, London, Sage.
- WALDRON, J., 1994: «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», *California Law Review*, Vol. 82(3), pp. 509-540. <https://doi.org/10.2307/3480971>
- WHISNANT, R., 2017: «Feminist Perspectives on Rape», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*

