UNIVERSITAT DE BARCELONA

La voluntat i el desig
Sobre el problema del consentiment sexual en la teoria feminista contemporània

Clara Serra Sánchez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (**www.tdx.cat**) i a través del Dipòsit Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (**www.tdx.cat**) y a través del Repositorio Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (**www.tdx.cat**) service and by the UB Digital Repository (**diposit.ub.edu**) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

TESI DOCTORAL

La voluntat i el desig
Sobre el problema del consentiment sexual en la teoria feminista contemporània

Autora: Clara Serra Sánchez

Directores: Dres. Joana Masó Illamola i Nuria Sánchez Madrid

Programa de Doctorat: Estudis Lingüístics, Literaris i Culturals

Facultat de Filologia i Comunicació

Setembre de 2025

LA VOLUNTAD Y EL DESEO

Sobre el problema del consentimiento sexual

en la teoría feminista contemporánea

RESUMEN

Esta tesis examina críticamente el concepto de *consentimiento* y su significado tanto en el derecho penal sexual contemporáneo como en la teoría feminista. Para enfrentar una cultura patriarcal que ha regulado y amparado la violencia sexual restringiendo la conceptualización jurídica del delito sexual a la violación violenta, en esta tesis defiendo el valor de la noción de consentimiento siempre y cuando dicho concepto quede definido en una determinada dirección (dentro de una de sus acepciones posibles) y marcado por una serie de límites. Como ha denunciado la teoría feminista, existe el riesgo de que la noción de "consentimiento" no sirva para delimitar correctamente la violencia sexual si éste no se ata a sus *condiciones de posibilidad*. Argumento en esta investigación que ello pasa por ligar estrictamente la validez del consentimiento a la posibilidad de la *negación* y, por lo tanto, defiendo una *conceptualización negativa del consentimiento*, es decir, una conceptualización jurídica del consentimiento vinculada a la figura del permiso y no a la figura del contrato. A través de un diálogo con la teoría feminista se muestra cómo, concebido así, el consentimiento presenta limitaciones para comprender la complejidad del querer humano, atravesado por el deseo y la opacidad que lo acompaña. Precisamente por ello, se alerta sobre los riesgos que plantea tratar de remediar o superar dichas limitaciones *desde el interior del derecho* a través de una expansión del concepto de consentimiento. Me opongo así a las narrativas actuales que identifican la emancipación sexual de las mujeres con la implantación de un *modelo afirmativo*, una nueva concepción del consentimiento que, trasladada a las leyes, produce un desplazamiento semántico del concepto de consentimiento desde la voluntad hacia el deseo. Argumento que la distinción filosófica entre la voluntad y el deseo resguarda la distinción entre la esfera del derecho y la esfera de la ética y afirmo que la borradura de esa distinción tiene como efecto la rehabilitación de un derecho penal sexual moral autorizado a ampliar significativamente las competencias del Estado en la

prescripción positiva de un sexo ético. Mi argumento central contra este solapamiento de la voluntad y el deseo es que pretender acceder al deseo desde la gramática jurídica conduce, inevitablemente, a la búsqueda de un deseo voluntarioso y supone la rehabilitación del *contrato sexual*, institución contra la que el feminismo ha alertado con sólidos argumentos. La tesis argumenta la necesidad de conservar, por tanto, la separación entre la voluntad y el deseo como requisito para impedir las versiones más inverosímiles y contractualistas del consentimiento. Ello implica una concepción del consentimiento como *ficción* que, precisamente por mostrar los límites del discurso legal, hace necesario abrir el espacio de una ética sexual. La tesis busca contribuir a un doble movimiento. Por un lado, se defiende la entrada definitiva del derecho penal sexual en el paradigma de la libertad y el consecuente reconocimiento de las mujeres como sujeto de voluntad. Por otro lado, supone una crítica de los límites del derecho mismo como herramienta de transformación social y apuesta por ubicar en el terreno ético muchas de las propuestas emancipadoras que está haciendo el feminismo. Desde ese horizonte, desde el que la libertad sexual no puede ser solo una *libertad negativa*, el consentimiento es tanto una ficción necesaria como una ficción insuficiente que debemos aspirar a trascender y desbordar.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento, voluntad, deseo, derecho penal sexual, violencia sexual, sujeto, fuerza, poder, contrato, ética sexual.

LA VOLUNTAT I EL DESIG

Sobre el problema del consentiment sexual
en la teoria feminista contemporània

RESUM

Aquesta tesi examina críticament el concepte de consentiment i el seu significat tant en el dret penal sexual contemporani com en la teoria feminista. Per a enfrontar una cultura patriarcal que ha regulat i emparat la violència sexual restringint la conceptualització jurídica del delicte sexual a la violació violenta, en aquesta tesi defenso el valor de la noció de consentiment sempre que aquest concepte quedi definit en una determinada direcció (dins d'una de les seves accepcions possibles) i marcat per una sèrie de límits. Com ha denunciat la teoria feminista, existeix el risc que la noció de "consentiment" no serveixi per delimitar correctament la violència sexual si aquest no es lliga a les seves condicions de possibilitat. Argumento en aquesta recerca que això passa per vincular estrictament la validesa del consentiment a la possibilitat de la negació i, per tant, defenso una *conceptualització negativa* del consentiment, és a dir, una conceptualització jurídica del consentiment vinculada a la figura del permís i no a la figura del contracte. A través d'un diàleg amb la teoria feminista es mostra com, no obstant això, el consentiment concebut en termes merament jurídics, planteja limitacions per a comprendre la complexitat del voler humà, travessat pel desig i l'opacitat que l'acompanya, i no pot donar compte d'unes relacions socials marcades per la vulnerabilitat i la interdependència. Precisament per això, s'alerta sobre els riscos que planteja tractar de solucionar o superar aquestes limitacions des de l'interior del dret a través d'una expansió del concepte de consentiment. M'oposo així a les narratives actuals que identifiquen l'emancipació sexual de les dones amb la implantació d'un *model afirmatiu*, una nova concepció del consentiment que, traslladada a les lleis, produeix un desplaçament semàntic del concepte de consentiment des de la voluntat cap al desig. Argumento que la distinció filosòfica entre la voluntat i el desig resguarda la distinció entre l'esfera del dret i l'esfera de l'ètica i afirmo que la cancelació d'aquesta distinció no té només com a efecte la rehabilitació d'un dret penal sexual moral autoritzat a ampliar significativament les competències de l'Estat en la prescripció positiva d'un sexe ètic. El meu argument central contra aquest

solapament de la voluntat i el desig és que pretendre accedir al desig des de la gramàtica jurídica condueix, inevitablement, a la cerca d'un desig voluntariós i suposa la rehabilitació del contracte sexual, institució contra la qual el feminisme ha alertat amb sòlids arguments. La tesi argumenta la necessitat de conservar, per tant, la separació entre la voluntat i el desig com a requisit per a impedir les versions més inversemblants i contractualistes del consentiment. Això implica una concepció del consentiment com a ficció que, precisament per mostrar els límits del discurs legal, fa necessari obrir l'espai d'una ètica sexual. La tesi busca contribuir a un doble moviment. D'una banda, defensa l'entrada definitiva del dret penal sexual al paradigma de la llibertat sexual modern i el consegüent reconoixement de les dones com a subjecte de voluntat. D'altra banda, suposa una crítica dels límits del dret mateix com a eina de transformació social i aposta per situar en el terreny ètic les propostes emancipadores que està fent el feminisme. Des d'aquest horitzó, des del qual la llibertat sexual no pot ser només una llibertat negativa, el consentiment és tant una ficció necessària com una ficció insuficient que hem d'usar però també aspirar a transcendir i desbordar.

Paraules clau: consentiment, voluntat, desig, dret penal sexual, violència sexual, subjecte, força, poder, contracte, ètica sexual.

LA VOLONTÀ E IL DESIDERIO

Sul problema del consenso sessuale
nella teoria femminista contemporanea

SINTESI

Questa tesi esamina criticamente il concetto di *consenso* e il suo significato sia nel diritto penale sessuale contemporaneo che nella teoria femminista. Opponendosi a una cultura patriarcale che ha occultato e legittimato la violenza sessuale restringendone la concettualizzazione giuridica al solo stupro violento, la mia tesi difende il valore della nozione di consenso a patto che tale concetto, tra le sue possibili accezioni, venga definito in un certo modo e circoscritto da una serie di limiti. Come ha denunciato la teoria femminista, esiste il rischio che la nozione di consenso non ci aiuti a individuare adeguatamente la violenza sessuale. Per farlo, dobbiamo ricondurre il consenso (cioè l'espressione della volontà) alle sue *condizioni di possibilità*. In questa ricerca sostengo che ciò implica legare strettamente la validità del consenso alla possibilità di *dire no*, e pertanto difendo una concettualizzazione negativa del consenso, cioè una concettualizzazione giuridica del consenso vincolata alla figura del *permesso* e non a quella del contratto. Attraverso un dialogo con la teoria femminista, intendo mostrare come un consenso concepito in termini meramente giuridici limiti la comprensione della complessità del volere umano, attraversato dal desiderio e dall'opacità che lo accompagna, e non sia in grado di dar conto di relazioni sociali segnate dalla vulnerabilità e dall'interdipendenza. Allo stesso tempo segnalo i rischi che comporta tentare di rimediare o superare tali limiti *dall'interno del diritto*, mediante un'espansione del concetto di consenso. Mi oppongo così alle narrazioni attuali che identificano l'emancipazione sessuale delle donne con l'adozione di un *modello di consenso affermativo* – una nuova concezione del consenso che, trasposta nelle leggi, produce uno spostamento semantico del consenso dalla volontà al desiderio. Sostengo che la distinzione filosofica tra volontà e desiderio salvaguardi la separazione tra la sfera del diritto e quella dell'etica, e affermo che la cancellazione di tale distinzione non ha come unico effetto la riabilitazione di un diritto penale sessuale moralistico, autorizzato ad

ampliare significativamente le competenze dello Stato nella prescrizione positiva di un *sesso etico*. La mia principale argomentazione contro questa sovrapposizione di volontà e desiderio è che il tentativo di accedere al desiderio mediante la grammatica giuridica conduce, inevitabilmente, alla ricerca di un *desiderio volontaristico* e comporta la riabilitazione del *contratto sessuale*, istituzione contro cui il femminismo ci ha messo in guardia con validi argomenti. La mia tesi sostiene dunque la necessità di conservare la separazione tra volontà e desiderio come condizione per impedire le versioni più inverosimili e contrattualiste del consenso. Ciò implica concepire il consenso come una *finzione* che, proprio perché mette in luce i limiti del discorso giuridico, rende necessario aprire lo spazio di un'etica sessuale. La tesi intende contribuire a un duplice movimento: da un lato, vuole essere una difesa del moderno diritto penale sessuale e dell'ingresso definitivo delle donne come soggetto di volontà; dall'altro, rappresenta una critica ai limiti del diritto come strumento di trasformazione sociale e suggerisce di collocare sul terreno dell'etica le proposte emancipatrici avanzate dal femminismo. Da questo punto di vista, per il quale la libertà sessuale non può essere solo negativa, il consenso risulta al tempo stesso una finzione necessaria e una finzione insufficiente, che dobbiamo aspirare a trascendere e superare.

PAROLE CHIAVE

Consenso, volontà, desiderio, diritto penale sessuale, violenza sessuale, soggetto, forza, potere, contratto, etica sessuale.

WILL AND DESIRE

On the Problem of Sexual Consent in Contemporary Feminist Theory

ABSTRACT

This dissertation critically examines the concept of consent and its meaning in both contemporary sexual criminal law and feminist theory. Against the backdrop of a patriarchal legal culture that has historically restricted the definition of sexual crime to violent rape, the thesis defends the value of consent as a legal category --provided it is defined in a specific direction and within clear limits. As feminist theory has warned, the notion of "consent" risks perpetuating inadequate delineations of sexual violence unless it is firmly tied to its conditions of possibility. I argue that the legal validity of consent must be linked to the possibility of refusal. Accordingly, I advance a negative conceptualization of consent, anchored in the figure of permission rather than contract.

Through a sustained dialogue with feminist theory, this dissertation highlights the limitations of a purely juridical understanding of consent. Law cannot fully account for the opacity of human volition, shaped as it is by desire, vulnerability, and interdependence. Yet efforts to overcome these limits by expanding the concept of consent within the legal domain carry risks of its own. I therefore oppose current narratives that equate women's emancipation with the adoption of an affirmative consent model. Once translated into law, such a model shifts the semantic core of consent from will to desire. I argue that maintaining the philosophical distinction between will and desire safeguards the necessary boundary between law and ethics. Erasing this distinction legitimates a moralized criminal law, empowering the state to prescribe ethical sex. Moreover, legal attempts to regulate desire inevitably produce the fiction of a voluntarist desire and risk rehabilitating the "sexual contract," a construct long criticized by feminist theorists.

The dissertation thus contends that preserving the separation of will and desire is crucial to resisting contractualist distortions of consent. This requires conceiving of consent as a legal fiction—necessary to protect women as subjects of will, yet insufficient as a foundation for emancipatory sexual politics. Ultimately, the work advances a double

movement: defending modern sexual criminal law and women's legal subjectivity, while also exposing the limits of law and advocating for an ethical horizon in which feminist visions of sexual freedom can be articulated beyond the legal grammar of consent.

Keywords: consent; will; desire; sexual criminal law; sexual violence; subject; force; power; contract; sexual ethics

Índice

I. Introducción

Contexto de la investigación ……..……...…. p. 12
Estado de la cuestión ……..…… p. 14
Marcos teóricos y aclaraciones terminológicas ……..……. p. 19
Problema de la investigación ……..…….. p. 23
Pregunta de la investigación ……..……... p. 41
Objetivos ……..……..…… p. 42
Metodología ……..……..... p. 46
Resultados de la investigación ……..…….…... p. 48

II. Discusión

Capítulo I. La ley penal sexual como enemiga de las mujeres ……. p. 58

1. El significado de la violación en las sociedades patriarcales …….. p. 59
2. La violación violenta en el derecho romano: el *stuprum cum vi* y la enseñanza de Lucrecia. …….. p. 65
3. Características de la violencia sexual en el paradigma de la violación violenta …… p. 72
4. La exigencia de castidad femenina en las leyes medievales …… p. 78
5. La convivencia del sistema de estatus y el sistema de contrato en la modernidad ……. p. 82
6. La ambivalencia del derecho penal sexual contemporáneo y el ambiguo rol del concepto de consentimiento …… p. 89
7. Los terrenos grises de la voluntad …… p. 95
8. La voluntad de Lucrecia ……..……. p.101

Capítulo II. Luces y sombras del consentimiento …….. p. 107

1. La modernización del sexo: el paradigma de la libertad sexual ……. p. 108
2. Carole Pateman: las sombras del consentimiento o el contrato sexual ..… p. 117
3. La invalidación del consentimiento de Catharine MacKinnon ……..... p. 127
4. El consentimiento como problema para el feminismo …….. p. 146
5. ¿Un derecho feminista más allá del paradigma del derecho penal sexual moderno? …… p. 155

Capítulo III. La negatividad del consentimiento ……..…. p. 159

1. El sentido jurídico y político del "no es no" ……..…. p. 161
2. La distinción entre consentimiento y contrato …… p. 166
3. La crítica de Butler a MacKinnon y la pregunta por las condiciones del consentimiento ……..…... p. 177
4. Poder y consentimiento ……. p. 183
5. Consentimiento y libertad negativa ……... p. 189
6. Lo que queda fuera del consentimiento ……..... p. 196

Capítulo IV. La ley en busca del deseo femenino ……..... p. 205

1. Orígenes de la doctrina del consentimiento afirmativo: las "date rapes" y la propuesta de Pineau ……..… p. 208
2. Desarrollo y argumentos principales de la doctrina positiva del consentimiento ……p. 213
3. La oscuridad del paradigma del consentimiento positivo ……... p. 236
4. La crítica de MacKinnon al paradigma del consentimiento positivo ……. p. 244
5. La inesperada vuelta del contrato ……... p. 250
6. El consentimiento como ficción ……. p. 259

III. Conclusioni …… p. 271
Conclusiones ……..……. p. 283

Agradecimientos …… p. 295

Referencias bibliográficas ……. p. 298
Documentos normativos y jurisprudenciales …….……. p. 313

INTRODUCCIÓN

I. Contexto de la investigación y relevancia social de la misma

El consentimiento sexual se ha convertido en una de las cuestiones más debatidas de nuestro tiempo, involucrando tanto a la teoría feminista como a la teoría jurídica y teniendo consecuencias directas en la jurisprudencia, en la sociedad y en la vida de las mujeres. No se trata únicamente de un concepto técnico-jurídico, sino de una categoría que organiza nuestra manera de pensar y experimentar las relaciones sexuales, de delimitar lo que es violencia y lo que no lo es, lo que es un delito y lo que es un encuentro legítimo, lo que es un sexo justo o injusto o, incluso, en algunas de sus acepciones, lo que es un sexo bueno y deseado y lo que es un mal encuentro sexual. En las últimas décadas las sociedades occidentales han visto emerger un intenso debate sobre cómo debe definirse el consentimiento en las leyes penales y, especialmente en los últimos años, el debate se ha centrado en qué modelo de consentimiento debe adoptarse, si un modelo negativo del consentimiento -centrado en la posibilidad de la negación- o un modelo positivo de consentimiento -centrado en la afirmación positiva-. Las reformas legislativas recientes en distintos países europeos —como España, Suecia, Grecia, Reino Unido, Finlandia o Francia—, así como las discusiones en Estados Unidos y América Latina, muestran hasta qué punto el consentimiento se ha vuelto un eje de reorganización de la política sexual pero también hasta qué punto este concepto puede ser un campo minado de conflictos. Las reformas de las leyes de violación, que buscan responder a las demandas feministas contra la violencia sexual, dependen de un concepto en modo alguno claro, un concepto que, de hecho, está siendo fuente de desacuerdos que atraviesan no solo el debate jurídico académico sino el trabajo de jueces, fiscales y abogados de los que dependen procesos y sentencias. Esta investigación pretende aportar claridad en un debate muy confuso que afecta a una práctica judicial especialmente relevante para las mujeres.

Pero la relevancia del consentimiento trasciende hoy las fronteras del derecho. El consentimiento se ha convertido en un término de uso cotidiano más allá del terreno jurídico y los textos legislativos, en campañas públicas, en políticas universitarias, en protocolos de prevención, en discursos mediáticos. Se habla de “educar en el consentimiento”, de promover una “cultura del consentimiento”, de la necesidad de

generar prácticas sociales que lo afiancen. En los últimos años un poderoso discurso -que habla también desde gobiernos, instituciones internacionales, organizaciones, políticas educativas, etc- insiste en la *claridad* del consentimiento, concepto al que le asistiría una distinción cartesiana. Sin embargo, tras ese discurso, parece latir más bien el intento de aclarar un concepto que precisamente el feminismo ha mostrado como intrincado y confuso hasta parecer a veces un misterio insondable. Y es que, como afirma Tamar Pitch, "adoptar el consentimiento como criterio de identificación de la violencia sexual no simplifica para nada la cuestión, ya que es el mismo concepto de consentimiento el que debe examinarse, y su examen inevitablemente nos lleva a la ambiguedad, la ambivalencia, la complejidad y la falta de transparencia"[1]. En realidad, muchas de las reformas jurídicas, educativas, políticas hechas en nombre del consentimiento se topan con la dificultad y la oscuridad de un concepto mucho menos evidente y mucho más polisémico de lo que parece a primera vista. La cuestión, por tanto, no es ni meramente pedagógica ni exclusivamente jurídica y nos lleva, necesariamente al terreno de la filosofía. Es poniendo en duda las verdades que se muestran evidentes como podemos sacar a la luz "sus naturalizaciones, sus lagunas y sus contradicciones. Esto es, arrojar luz exponiendo sus sombras"[2]. Linda Martin Alcoff argumenta que las "complejidades de la experiencia humana sugieren que los teóricos y los filósofos tienen, en efecto, un papel que desempeñar en la comprensión de la violencia sexual, y en la expansión (y en el perfeccionamiento) de los conceptos que utilizamos para describirla"[3]. Precisamente porque el consentimiento es un concepto maleable y polisémico, debe ser definido y delimitado. Es decir, es imprescindible partir de su falta de claridad y ello, justamente, en la medida en la que de su definición (en un sentido o en otros) dependen una serie de consecuencias directas en la jurisprudencia, en la sociedad y en la vida de las mujeres. Pensar el consentimiento desde la filosofía resulta, por tanto, indispensable: ¿qué significa consentir? ¿Qué relación existe entre consentimiento, deseo y libertad? ¿Hasta qué punto puede el derecho capturar la complejidad de estas experiencias sin reducirlas? La filosofía nos permite interrogar los presupuestos sobre el sujeto, la autonomía y la voluntad que

[1] T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. p. 210

[2] I. ALTUZARRA ALONSO. "El consentimiento sexual en el Código penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual". Oñati socio-legal series, Vol. 13, Nº. Extra 6, 1. 318-346, p. 1

[3] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia. Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 29

subyacen a los modelos jurídicos; permite advertir los límites de la juridificación de la sexualidad y los riesgos de un derecho que se exceda en sus competencias. Un abordaje filosófico del consentimiento sexual obliga a expandir la mirada hacia un territorio no necesariamente cubierto por las leyes pero donde hay que seguir indagando cómo se articula el consentimiento con categorías como el poder, la desigualdad o la vulnerabilidad.

Este trabajo entiende la filosofía como un compromiso por pensar las cuestiones sociales más concretas y urgentes de nuestra época. La reflexión filosófica sobre el consentimiento puede producir (y debe aspirar a ello) consecuencias directas en la teoría y práctica jurídicas y en la vida social, porque de cómo definamos el consentimiento pueden depender tanto las sentencias judiciales como los modos en que las personas entienden y negocian su intimidad. La presente investigación se sitúa en este contexto: en un momento histórico en el que el consentimiento se ha vuelto palabra clave del debate feminista y del derecho penal contemporáneo, y en el que urge abrir un espacio crítico y filosófico capaz de acompañar, problematizar y enriquecer las transformaciones sociales y jurídicas en curso.

I. Estado de la cuestión

El consentimiento constituye hoy una de las categorías más controvertidas y, a la vez, más centrales del debate académico jurídico y filosófico en torno a la sexualidad. Una aproximación a la discusión académica sobre el consentimiento sexual nos sitúa ante un panorama teórico muy complejo. En primer lugar, debido a la ingente cantidad de literatura que se ha producido sobre la cuestión, en segundo lugar, por la diversidad de perspectivas que se han desplegado en torno a este concepto. El consentimiento, que suscita grandes y profundos desacuerdos, parece ser un concepto donde se libra una verdadera batalla conceptual con consecuencias jurídicas, políticas y sociales de amplio alcance.

El debate académico sobre el consentimiento sexual ha conocido su desarrollo más extenso en el ámbito anglosajón, y en particular en Estados Unidos, desde los años

ochenta del pasado siglo. El punto de partida coincide con la incorporación -lenta, irregular e inacabada- del paradigma de la libertad sexual en las sociedades occidentales contemporáneas. Dentro del nuevo paradigma -que en esta investigación denominaré *paradigma moderno*- el consentimiento viene a ser el concepto central para dejar atrás una conceptualización de la violación ligada a la presencia de la fuerza física (o de la amenaza grave) y de la resistencia de la víctima. Una gran parte de la doctrina jurídica ha argumentado sobre cómo habría que cambiar las leyes de violación dentro de este marco conceptual de la libertad sexual. Dentro de esta perspectiva, que se suele considerar que es abierta por Susan Brownmiller, se ubican hoy autores como Alan Wertheimer o la jurista Kimberly Ferzan y podemos entenderla como una aproximación negativa al consentimiento que hace central la voluntad de las mujeres. Dicha tendencia doctrinal es confrontada desde los años ochenta por el feminismo de la dominación (también denominado *radical)*. Encabezada por Catharine MacKinnon, esta perspectiva aboga por entender la violación no como una agresión a la libertad individual, sino como expresión de la subordinación estructural de las mujeres en una sociedad patriarcal. MacKinnon impugna la reordenación del delito sexual en torno a la voluntad y rechaza el carácter individual del derecho moderno acusando al consentimiento de ser un instrumento ideológico del "liberalismo"[4]. A partir de la década de los noventa y, sobre todo, durante los años dos mil el debate norteamericano se complejizó con la emergencia de lo que se ha llamado la doctrina *positiva* o *afirmativa* del consentimiento (affirmative consent). El objetivo de esta propuesta es responder a las limitaciones del concepto tradicional de consentimiento a partir de algunas de las críticas formuladas por el feminismo de la dominación, resignificando su alcance. Así, en lugar de entenderlo como simple ausencia de oposición, se propone concebir el consentimiento como un sí afirmativo, un acuerdo comunicativo y una negociación continua. Esta línea presenta distintas versiones, desde las más blandas hasta las más exigentes, y tiene como representantes a autoras como Lois Pineau, Michelle Anderson o Martha Chamallas. En este tipo de propuestas existe la voluntad de hacer un uso pedagógico de la ley penal y se defiende una resignificación de

[4] Término que será empleado en esta investigación como suma precaución y ello, precisamente por suponer, en los términos empleados por sus principales proponentes como un concepto que identifica y confunde plenamente lo moderno con lo liberal. Aclaramos el uso del concepto en el apartado de *Aclaraciones terminológicas.*

la noción de consentimiento que convertiría a este concepto en una herramienta para la justicia y la ética sexual.

Desde el contexto norteamericano han participado en el debate una serie de autores y autoras con posiciones radicalmente críticas con este concepto de consentimiento que se abre paso en los discursos actuales. Son intervenciones hechas desde la teoría queer, con figuras como Janet Halley o Joseph Fischel, o desde la perspectiva antipunitiva de Aya Gruber, que pone en relación las actuales reformas del consentimiento con en auge de una política carcelaria propia del neoliberalismo tardío y, especialmente, de la política puesta en marcha en las últimas décadas en EEUU. Tanto Gruber como Halley denuncian una deriva securitaria y conservadora en el intento de combatir desigualdades estructurales de poder con leyes penales.

Dentro de la teoría feminista y los estudios de género, especialmente desde el campo filosófico, se han desarrollado aportaciones de enorme interés en la medida en la que ponen de manifiesto la necesidad de pensar la violación y el consentimiento trascendiendo los límites de lo jurídico. Es el caso de Ann Cahill, que, desde una orientación fenomenológica, propone entender la violación como una "experiencia encarnada". También Linda Martín Alcoff, desde una línea foucaultiana crítica, ha hecho una intervención significativa, elaborando un concepto de "subjetividad sexual" que permita entender las complejidades de la violación. Por otra parte, existe una corriente filosófica en la que se insertarían autoras como Judith Butler, Katherine Angel, Lois du Toit o Clotilde Leguil, que aportan una interesante perspectiva ética sobre el consentimiento desde un diálogo con el psicoanálisis. En general, las autoras que se acercan al problema del consentimiento sexual desde la filosofía suelen subrayar los límites y las insuficiencias de este concepto. Para Cahill el consentimiento es una herramienta insuficiente para comprender un daño específicamente sexual que implica "la integridad personal, subjetiva y corporal de la víctima"[5]. También Fischel subraya los límites de la noción de consentimiento para ampliar la justicia sexual. Por su parte, autoras como Leguil, Angel o Butler enfatizan la oscuridad del deseo y el carácter irreductible de la incertidumbre que rodea a la relación sexual, apuntando a una discusión ética sobre la sexualidad que no encuentra traducción al campo de la ley.

[5]A. J. CAHILL. *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 194.

El panorama español presenta especificidades propias. El feminismo de la igualdad, fuertemente influenciado por la teoría de la dominación norteamericana desde los años ochenta (especialmente por las figuras de MacKinnon y Pateman), ha incorporado un fuerte recelo -si no, directamente, un rechazo- a la figura del consentimiento, posición representada por autoras como Rosa Cobo, Ana de Miguel o Alicia Puleo. Esta perspectiva ha sido cuestionada desde una parte del feminismo jurídico español, que ha señalado críticamente la deriva de esta tradición feminista hacia políticas paternalistas tendentes a negar la agencia femenina o a distribuir jerárquica y desigualmente la capacidad de consentir de las mujeres[6]. Sobresale, eso sí, la intervención de Malón Marco, que a lo largo de varias de sus obras[7] se ha aproximado al problema del consentimiento sexual desde un abordaje interdisciplinar extraordinariamente rico y complejo muy presente en esta investigación.

Considero que en el actual debate feminista y jurídico sobre el consentimiento sexual existen ciertos puntos ciegos que tienen que ver con un insuficiente diálogo entre disciplinas o perspectivas -fundamentalmente la filosofía y el derecho pero, obviamente, también la teoría feminista- que deben estar igualmente convocadas para comprender lo que está en juego en el actual debate del consentimiento. La teoría feminista ha identificado un problema en el concepto de consentimiento al encontrar una doblez -una doble cara del concepto- por la cual éste puede significar tanto una *libertad* como un *sometimiento* del sujeto. Por su parte, dentro de la teoría jurídica, la figura del consentimiento tiene también una doble faz, pudiendo adquirir dos conceptualizaciones diferentes, o bien bajo la figura del *permiso* (en una conceptualización negativa del consentimiento) o bien bajo la figura del *contrato* (en una conceptualización positiva del consentimiento). La tesis analiza ambas ambivalencias defendiendo la necesidad de ponerlas en relación. Abordado desde ciertas posiciones feministas, el consentimiento parece tener una única significación legal o jurídica, lo que deja desatendidas algunas cuestiones máximamente relevantes que ocupan a los juristas. Dejar de prestar atención a las distintas conceptualizaciones que la figura del consentimiento tiene dentro del propio

[6] Ver M.L. MAQUEDA ABREU. "Las "caras oscuras" del consentimiento sexual de las mujeres". *Igualdades*. Año nº 6, Nº 10, 2024, pp. 289-317.
[7] A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020, A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016.

campo del derecho produce una serie de oscuridades, contradicciones y paradojas que esta tesis pretende iluminar.

Por otra parte, la falta de diálogo con la filosofía puede conducir a ciertas posiciones jurídicas a infravalorar el alcance de una discusión que no puede implicar solo a los juristas. Si se propone hacer descansar en la legislación penal un proyecto educativo o una transformación profunda de nuestra cultura relacional, la discusión sobre la figura del consentimiento está convocando grandes asuntos políticos y filosóficos acerca de qué modelo de sociedad queremos, cómo entendemos la relación social, dónde están las fronteras entre la ética y el derecho y cuáles son y deben ser, en definitiva, los límites de la ley en el terreno de la sexualidad. Considero que esta tesis aporta claridad sobre el tipo de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta para poder abordar un importante debate jurídico, ético y político de forma honesta. Así también, considero que la falta de diálogo de ciertas tradiciones feministas con el psicoanálisis, como es el caso del feminismo español de la igualdad, limitan la posibilidad de intervenir en la discusión contemporánea sobre el consentimiento, lo cual no deja de ser un déficit notable para una escuela de pensamiento que se ha caracterizado por defender la Ilustración y la idea de sujeto moderno.

Mi investigación pretende, por tanto, intervenir en este panorama proponiendo un enfoque interdisciplinar del problema del consentimiento cuya importancia es, por una parte, filosófica, pues, como afirma Alcoff, "las violaciones tienen mucho que enseñarles a los filósofos sobre la índole relacional y corporeizada del yo psicológico"[8]. Desde un permanente diálogo con la tradición filosófica moderna y la teoría del derecho, quiero recuperar la necesaria crítica feminista del sujeto y continuar, a partir de la cuestión del consentimiento sexual, esa larga conversación que la teoría feminista ha tenido sobre la modernidad y sobre sus conceptos y categorías fundamentales. Esta aproximación a la teoría jurídica y a sus razonamientos me lleva a intervenir en los debates feministas sobre la sexualidad recordando la importancia de algunas distinciones que son fundamentales y que muy a menudo aparecen difuminadas. Asumiendo un marco teórico moderno, subrayo la relevancia de la distinción entre la ética y el derecho, una diferencia a menudo desdibujada o infravalorada desde ciertas posiciones actuales, especialmente en el

[8] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia. Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 29.

contexto norteamericano y anglosajón. En este sentido creo que la posición de Ann Cahill, siendo enormemente valiosa por subrayar el aspecto ético que involucra la violación como "experiencia encarnada" desatiende las consecuencias que implica tratar de llevar al terreno jurídico lo que denomina "violaciones éticas" o, como mínimo, deja sin delimitar las cuestiones que pueden y no pueden abordarse desde las distintas esferas de intervención. Subrayando la distinción entre la ética y el derecho y diferenciando, dentro del derecho, dos formas posibles de entender el consentimiento, propongo una concepción negativa del consentimiento que invalida el contrato sexual en el terreno del sexo, lo que tiene importantes consecuencias sobre el debate de la prostitución, la gestación subrogada o el sadomasoquismo que apuntaré en las conclusiones. Así mismo, recuperando un diálogo entre la teoría feminista y las perspectivas psicoanalíticas, pretendo hacerle espacio al deseo, cosa que considero que solo es posible habilitando un marco de comprensión de la relación sexual que trascienda el ámbito del derecho. Considero que el valor de esta investigación es ordenar el debate sobre el consentimiento a partir de una distinción filosófica -la voluntad y el deseo- que permite aclarar los límites de los conceptos nucleares del debate y dibujar las fronteras de las distintas esferas implicadas. La investigación aporta una propuesta acerca de qué asuntos le corresponden al derecho penal y cuáles han de ser abordados por otras vías. La transformación de una cultura sexual patriarcal requiere no solo de leyes, sino también de la apertura de un espacio ético -radicalmente político pero no jurídico- mucho más prometedor para la emancipación sexual de las mujeres que la libertad negativa que puede ofrecer el derecho penal moderno.

II. Marcos teóricos y aclaraciones terminológicas

Sobre el concepto de *voluntad*

El término *voluntad*, central en esta investigación, se inscribe en un marco conceptual de larga tradición filosófica. Su genealogía remite a la filosofía griega, en

particular a Platón y Aristóteles, y atraviesa el pensamiento occidental a través de figuras como Agustín, Tomás de Aquino, Descartes o Kant. A partir de este recorrido, la *voluntad* designa un modo específico de querer que presupone el control del sujeto sobre sus propias acciones y que, en consecuencia, lo constituye como responsable de ellas. Por ello, el concepto de *voluntad* se convierte en una categoría indispensable para el derecho y para la teoría de la imputación, que encuentra en la filosofía aristotélica uno de sus antecedentes más remotos. Así entendida, la *voluntad* permite articular la relación entre racionalidad, acción y responsabilidad, cuestión que resulta decisiva para la comprensión jurídica del consentimiento[9].

Sobre el concepto de *deseo*

El deseo constituye otro de los conceptos fundamentales de esta tesis y remite a una forma de querer distinta de aquella que, en la tradición filosófica occidental, ha sido atribuida a la voluntad. Mientras la voluntad ha sido concebida como un querer racional, consciente y deliberativo, ligado a la decisión y a la autonomía del sujeto, el deseo aparece tempranamente en la filosofía antigua, en particular en Platón, como una forma de querer vinculada al cuerpo y a lo sensible. La tradición hegeliana acentúa el carácter relacional del deseo, asociado a una dinámica que saca al sujeto fuera de sí mismo. En contraste con la voluntad, definida en términos de independencia y autodeterminación, el deseo pone de manifiesto la dependencia constitutiva del sujeto y su apertura hacia la alteridad. El psicoanálisis introduce una dimensión decisiva al pensar el deseo en su relación con el inconsciente. De este modo, el deseo se revela inseparable del no saber, de la opacidad y del enigma que atraviesa la vida psíquica. El sujeto puede desconocer su propio deseo, lo que lo diferencia radicalmente de la voluntad como forma consciente de querer, aquella en la que el sujeto sabe lo que quiere y sabe lo que hace.

Desde este marco teórico y conceptual para pensar el deseo, se criticará una concepción del deseo erótico presente en la cultura contemporánea y en ciertos discursos del consentimiento que anula, precisamente, la vulnerabilidad, la relacionalidad y la

[9] Sobre esta genealogía clásica del concepto de voluntad puede consultarse, entre otras, la definición de *Free Will* de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, así como la definición de voluntad recogida en el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora.

opacidad que el deseo introduce[10], acercando el deseo a un tipo de querer voluntarioso que implica la sutura de la distancia entre el deseo y la voluntad y que tiene consecuencias jurídicas importantes.

Sobre el concepto de *fuerza*

El término *fuerza* requiere algunas precisiones conceptuales. En el debate jurídico sobre la violación, a menudo el término fuerza remite a la fuerza física y, en consecuencia, con la violencia ejercida sobre el cuerpo de la víctima. Sin embargo, en el marco de esta investigación el concepto de fuerza remite a una acepción más amplia y abarca todo aquello que lleva a un sujeto a realizar lo que no quiere hacer, es decir, aquello que se impone desde fuera y que excluye la posibilidad de la voluntad. Fuerza" designa toda forma de coacción externa e incluye tanto la fuerza física (*vis absoluta*) como la fuerza moral o intimidación (*vis compulsiva*): cuando, sin llegar a la violencia física la voluntad queda anulada y viciada. La fuerza remite a la coacción que niega la voluntad, mientras que la violencia física constituye solo una de sus posibles modalidades.

Sobre el concepto de *violencia*

A diferencia del concepto de fuerza, que remite a todo aquello que obliga a un sujeto a actuar en contra de su voluntad, el término *violencia* hace referencia, de manera estricta, a la *fuerza física* ejercida sobre las personas. Se trata, por tanto, de la dimensión mecánica de la coacción, vinculada al ejercicio material de la fuerza sobre el cuerpo. Esta acepción restringida debe diferenciarse de lo que "violencia" implica dentro del concepto de *violencia sexual*, donde el término violencia adquiere una connotación más amplia. Bajo esta denominación se incluyen actos que atentan contra la voluntad de la persona, incluso cuando no medie una agresión física directa. En ese sentido, la violencia sexual

[10] En esta cuestión me remito a la genealogía trazada por Judith Butler en su obra *Sujetos del deseo*. Ver J. BUTLER. *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del siglo XX*. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

remite a cualquier modo de imposición que anule la voluntad de la víctima, lo cual extiende el significado del término más allá de lo estrictamente físico.

Sobre el concepto de *liberalismo*

Uno de los términos problemáticos que atraviesa de manera constante el debate sobre el consentimiento es el concepto de *liberalismo*. Dicho término, en el contexto norteamericano se halla cargado de un significado particular (es, digamos, un concepto *de parte*, es decir, un concepto usado por una de las parte del debate para definir a la otra parte) e importarlo de modo directo supone importar también una serie de compromisos teóricos. En los debates estadounidenses sobre sexualidad, *liberal* se opone a *radical* y, en particular, al feminismo de la dominación representado por Catharine MacKinnon. Como se argumenta en esta tesis, la posición de MacKinnon cuestiona como "liberal" no tanto una determinada deriva jurídica sino elementos tan nucleares y fundamentales del derecho moderno como el carácter individual del sujeto jurídico y de su voluntad. De ahí mi elección de no denominar *liberal* a la concepción del consentimiento que defiendo (y que se opone a las posiciones de MacKinnon), sino *moderna* en línea con la distinción conceptual que hace José Luis Días Ripollés[11]. Mi intención es trazar una diferenciación que se diluye en ciertos usos heredados del término *liberalismo* tomados del contexto norteamericano. Esta investigación sostiene la necesidad de preservar el paradigma moderno del derecho penal, pues es desde dicho marco conceptual desde donde adquiere sentido la noción misma de consentimiento y la validez jurídica de la voluntad de las mujeres.

Denominaré "liberal" o "inverosímil" a la deriva contractualista del derecho penal sexual, es decir, a la tendencia a convertir el consentimiento en un *contrato* mostrando que la importación del concepto de liberalismo empleado por el feminismo de la dominación acaba dificultando la comprensión de ciertos problemas fundamentales señalados también por autoras norteamericanas. Carole Pateman ha mostrado que el contrato sexual constituye precisamente la trampa del consentimiento: una estructura

[11] En la línea de la propuesta conceptual que hace José Luis Días Ripollés. Ver J.D. RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual.* Buenos Aires: Euros Editores, 2025.

legal que convierte a las mujeres en responsables de su asentimiento en acuerdos que no pueden ser considerados válidos, en la medida en que carecen de la condición indispensable de poder ser negados o rotos. La clave, por tanto, consiste en distinguir entre una versión afirmativa y una versión negativa del consentimiento, o, dicho de otro modo, entre contrato y permiso. Si se omite esta distinción, el término *liberalismo* resulta inadecuado, pues confunde dos planos que deben mantenerse diferenciados. En consecuencia, denominaré derecho penal moderno al paradigma del consentimiento y distinguiré en su interior dos figuras: el contrato y el permiso. A mi juicio, la deriva liberal —o neoliberal— del consentimiento es aquella que desvincula el consentimiento de la posibilidad de decir que no. Y es precisamente esta posibilidad de negación la que conecta con una tradición política que, desde Carole Pateman hasta ciertas corrientes socialistas, ha impugnado sistemáticamente los contratos y los acuerdos como trampas que validan aceptaciones dadas en condiciones donde, en rigor, resulta imposible rechazar. En este sentido, mi investigación está ligada al marco teórico de la tradición republicana[12], esto es, la perspectiva de que dentro de la modernidad es necesario distinguir entre una libertad con condiciones para ser ejercida y una libertad vacía sin condiciones. En esa línea, precisamente, defenderé que la validez del consentimiento requiere siempre atender a las condiciones de posibilidad.

III. Problema de la investigación: la voluntad, el deseo y el sujeto del consentimiento

Este trabajo se propone pensar el concepto de consentimiento sexual desde tres perspectivas que la investigación pone a dialogar: el análisis filosófico, la conceptualización jurídica y la teoría crítica feminista. Esta mirada interdisciplinar pone sobre la mesa la importancia de dos términos que emergen permanentemente en relación

[12] Ver A. DOMÈNECH, *El eclipse de la fraternidad*, Madrid, Akal, 2019; F. LOVETT,"Republicanism" en Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.) The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2022 Edition, disponible en línea); P. PETTIT, *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

con el consentimiento. Si el derecho, en principio, identifica el consentimiento con la noción de *voluntad*, los actuales discursos del consentimiento invocan insistentemente conceptos que remiten a un tipo de querer desiderativo. A menudo la conversación que nuestra sociedad actual está teniendo sobre el consentimiento parece ser, en realidad, una conversación sobre el *deseo*. ¿Cómo debemos leer esta búsqueda del placer, el entusiasmo, la satisfacción sexual y el erotismo *a través* del concepto jurídico de consentimiento? Esta pregunta convoca necesariamente tanto al derecho, como a la filosofía pero no puede ser correctamente abordada sin entender un problema que ha ocupado a los feminismos contemporáneos.

En el plano del debate filosófico, la teoría feminista contemporánea ha elaborado una poderosa crítica al sujeto clásico de la filosofía y del proyecto político moderno, mostrando las limitaciones que acompañan a un sujeto racional plenamente volitivo cuya hipertrofia megalómana pasa por un olvido y denostación del cuerpo y del deseo. Objeto bastardo de una filosofía occidental que ha relegado el cuerpo al reino de la imperfección y de la mentira, el deseo ha sido históricamente expulsado a través de un gesto filosófico que también ha subalternizado a las mujeres. Si el deseo no forma parte del léxico jurídico es porque parece referirse a una volición demasiado opaca y escurridiza para encajar con ese tipo de querer con el que se maneja el derecho. Pero ¿qué consecuencias tiene para las mujeres que la ley regule los asuntos humanos desde la suposición de que somos sujetos racionales y volitivos, es decir, que somos solo sujetos de la voluntad? ¿ha de referirse el consentimiento a la voluntad o debe tratar de apresar el deseo? ¿Qué relación entre la voluntad y el deseo implica el concepto jurídico de consentimiento? Para poder plantear las preguntas de esta investigación hay que partir de dos cuestiones introductorias: por una parte a) la concepción filosófico- jurídica del concepto de consentimiento, lo que traerá, inevitablemente, el concepto de voluntad, por otra parte b) la crítica feminista del sujeto, lo que convocará la cuestión del cuerpo y, con ella, la del deseo.

A) La concepción filosófico- jurídica del concepto de consentimiento: el sujeto del consentimiento como sujeto de la voluntad

La noción de *consentimiento*, como muchas veces se ha señalado por parte de autoras feministas[13], pertenece especialmente al mundo jurídico, donde es entendido como prácticamente sinónimo o equivalente a la noción de *voluntad,* o bien como una "manifestación de la *voluntad*"[14]. Esta proximidad o, incluso, identificación entre los conceptos de consentimiento y voluntad está bien asentada en la teoría del derecho y es asumida tanto por la jurisprudencia española[15] como por los ordenamientos jurídicos de los países europeos y por las instituciones de la Unión Europea[16]. Desde que las leyes contra la violación se reconfiguran dentro del *paradigma de la libertad sexual* a finales del pasado siglo, en las legislaciones contemporáneas, ambos conceptos, usados casi indistintamente, comenzaron a poblar los textos legales de los sistemas democráticos y de derecho.

---

[13] Ver, por ejemplo, G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011; M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022.

[14] La RAE, en su tercera entrada del término referida al ámbito jurídico: Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Así lo recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su tercera entrada, la cual hace referencia a la esfera del derecho. En la definición se añade que dicha manifestación de la voluntad puede ser "expresa o tácita" y que por ella "un sujeto se vincula jurídicamente". En el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico se puede encontrar una definición más extensa de la noción de consentimiento que recorre pormenorizada y consecutivamente los sentidos específicos que adquiere este concepto en el derecho general, en el derecho civil, en el derecho internacional público y en el derecho penal. En todas estas definiciones se hace uso del término *voluntad*. En el terreno del derecho la ligadura semántica entre el consentimiento y la voluntad ata ambos conceptos de un modo tan necesario, que el consentimiento no parece ser un objeto definible sin recurrir a la noción de voluntad.

[15] Así lo reconoce, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, cuando afirma que hasta la reforma del artículo 178 que introduce la Ley Orgánica 10/2022, "el Código penal no contiene una definición general de consentimiento y en los distintos tipos se hace referencia a este sin mayor precisión o se emplea el término *voluntad*". El mismo informe remite a la noción de consentimiento del Diccionario de la Real Academia Española ya citada ("*manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente*") señalando que dicha definición "resulta suficientemente significativa". Ver Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021.

[16] El Parlamento Europeo da muestras de la equivalencia semántica entre ambos conceptos cuando, por ejemplo, celebra "la introducción de una definición de violación basada en el consentimiento" en el código penal finlandés cuando éste define la violación como "relaciones sexuales con una persona que no participa en ello *voluntariamente*". También cuando se interpreta que Alemania ha legislado en base al consentimiento al tipificar el delito sexual de "realizar o hacer realizar actos sexuales [...] contra la *voluntad* aparente de otra persona" . La sinonimia está también muy clara cuando se desaprueba el actual estado de la legislación de países como Francia, Italia, Holanda, Polonia o Rumanía por "no incluir mención alguna al consentimiento o a la *voluntad* de la víctima"[#]. Ver *Definitions of rape in the legislation of EU Member States,* Informe del Parlamento Europeo. EPRS. Lead author Ionel Zamfir. Members' Research Service. PE 757.618- January 2024, anexo 3, pp 24-28. 25; Código penal de Finlandia, Sección 1 del Capítulo 20; Código penal de Alemania, sección 177.

El protagonismo de la noción de voluntad dentro del campo jurídico excede, por supuesto, no solo el ámbito de los delitos sexuales sino de la legislación penal y se extiende a toda la ciencia del derecho, inextricablemente ligada a la existencia de sujetos a los que se les presupone o atribuye una voluntad. El derecho está lleno de "voluntades expresas", "voluntades anticipadas", "declaraciones de voluntad", "concierto de voluntades" o "últimas voluntades" que deben ser respetadas y legitimadas. La "voluntad" es el modo a través del cual el lenguaje jurídico hace referencia al *querer de un sujeto* que debe ser válido y vinculante para la ley, es decir, que el Estado debe reconocer y hacer valer frente a otros sujetos.

La voluntad es, por otra parte, un concepto con una larga historia en la filosofía occidental. Se trata de una noción que, dentro de una tradición filosófica clásica, hace referencia a un querer racional y consciente que hace al sujeto autónomo o independiente y del que cabe hacerle moralmente responsable. La voluntad, por tanto, no se identifica con toda forma de volición o de deseo, sino con una forma específicamente racional de querer que involucra y compromete especialmente al sujeto o, dicho en los términos de determinadas tradiciones filosóficas, al yo o al alma. Es precisamente la naturaleza *racional* y *consciente* de la voluntad que una gran parte de la tradición filosófica le ha atribuido[17] la que la convierte en un término imprescindible para el derecho pues éste, en su objetivo de atribuir responsabilidades, debe poder volver determinadas acciones o actos *imputables* a quien o quienes los llevan a cabo. El derecho, con el objetivo de regular la vida en común, no se preocupa por tanto por todos daños, dolores o malestares (que pueden existir sin que haya un sujeto agente o culpable) sino por los daños de los que alguien es responsable (lo que requiere un sujeto al que dicho daño pueda ser imputado). Sin embargo, no todo sujeto es jurídicamente responsable ante la ley. El pensamiento jurídico, apoyado en la reflexión filosófica moral, en la epistemología o teoría del conocimiento y en la filosofía del derecho, considera como sujeto jurídico a *un determinado sujeto*, un sujeto que ha de poder ser considerado tanto libre para actuar como responsable de sus acciones, un sujeto que actúa *queriendo aquello que hace*. Dicho sujeto es, en terminología jurídica, un sujeto con voluntad, lo cual va inseparablemente

[17] Para Kant la voluntad es *razón práctica*. Ver KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente; cuidado editorial de Juan Miguel Palacios. Madrid: Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País (Cátedra «García Morente»), 1992; reimpresión de 1994. p. 45.

ligado a su capacidad de dar (o no dar) su consentimiento. La concurrencia del consentimiento o de la voluntad es el presupuesto principal sobre el que se basa cualquier acto o negocio jurídico y la condición de posibilidad de los conceptos de *culpabilidad* o *imputabilidad*, inseparablemente ligados a su capacidad de obrar. Solamente un sujeto con voluntad puede ser responsabilizado por sus acciones y, por ello, solo un sujeto con voluntad puede hacer pactos y contratos. Como dice Martín Fernández "dado el fundamento consensualista de nuestra tradición jurídica, heredado del derecho romano y reforzado por el derecho canónico, todo el edificio de la responsabilidad contractual se construye sobre la base de la voluntad o consentimiento; sobre la base del dogma de la autonomía de la voluntad"[18].

Como ocurre con tantos otros conceptos nucleares del derecho, la noción de voluntad es un presupuesto imprescindible para la ciencia jurídica. Funciona como una suerte de axioma del que se parte, siendo un principio cuyo análisis teórico compete más bien al campo de la filosofía. Es, por lo tanto, en el ámbito filosófico donde se encuentran los razonamientos y argumentaciones acerca del tipo específico de querer que representa la voluntad y sus diferencias con otros conceptos ligados al ámbito de lo volitivo. Geneviève Fraisse considera que para comprender el significado que el consentimiento tiene en la tradición filosófica y la atadura que dicho concepto mantiene con la noción de voluntad hay que remontarse a Aristóteles, pues es a partir de él que, "en adelante, consentimiento y voluntad se aproximan, si es que no se identifican el uno con el otro"[19]. Con ella concuerda una gran parte de la doctrina jurídica que reconoce, en efecto, que la exploración aristotélica del concepto de lo *voluntario*[20] sentará las bases de una concepción de la responsabilidad que será fundamental para el desarrollo posterior del derecho. La teoría aristotélica es un antecedente filosófico de la moderna teoría de la imputación y de muchos de sus principales conceptos[21], un marco teórico que, aunque remoto, está presente en la genealogía del concepto de consentimiento.

---

[18] A. MARTÍN FERNÁNDEZ. "Estudio jurisprudencial en la toma de decisiones: validez del consentimiento", en *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual*. Psiquiatría y ley. A. MEDINA, M. J. MORENO, R. LILLO Y J. ANTONIO GUIJA (editores). Documentos Córdoba. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental. 2013, p. 49.

[19] G. FRAISSE. Op. cit, p. 40.

[20] Ver ARISTÓTELES. *Etica Eudemia*. Madrid: Alianza Editorial, 2002; Id. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[21] Sobre la influencia de Aristóteles en conceptos jurídicos fundamentales como el dolo o la intención ver Y. ECHEVERRY ENCISO, "Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal." *Revista Científica Guillermo de Ockham* 7, n.º 1 (enero–junio 2009): 123–151.

Aristóteles, defenderá que sólo las acciones voluntarias pueden ser objeto de elogio y entenderá que lo forzado es involuntario, eliminando la responsabilidad del sujeto cuando éste está sometido a la fuerza, es decir, cuando la acción se deba a "aquello cuyo principio viene de fuera y (que) es de tal índole que en él no tiene parte alguna el agente o el paciente"[22]. En efecto, como también afirma Fraisse, "la voluntad, desde Aristóteles caracteriza un acto cuyo principio está al interior del ser mismo, cuya causa y razón están en el sujeto mismo"[23]. El estagirita expresa el valor que este tipo de indagación tiene para el ámbito de las leyes y se propondrá "definir lo voluntario y lo involuntario" porque nos permite establecer una responsabilidad que "es útil para los legisladores, con vistas a las recompensas y castigos"[24].

Para la mayoría de los autores clásicos de la tradición racionalista, el concepto de voluntad reúne en sí mismo un aspecto volitivo y un aspecto intelectivo o racional. El carácter racional de la voluntad, su proximidad la reflexión o la deliberación, ocupa a la filosofía desde sus comienzos griegos. A partir de Platón, que sitúa la voluntad entre el apetito y la razón, y de Aristóteles, que entendió la voluntad como un motor que mueve "conforme a lo racional", se inaugura una tradición que tratará de distinguir la voluntad de otras formas de querer que la filosofía relacionará con el universo de los impulsos, apetitos, inclinaciones y deseos y que, por lo general, al menos en la tradición dualista occidental, son merecedores de una escasa consideración si no están directamente acusados de conducir al error y atar al ser humano a sus pasiones y a su cuerpo. Esta vinculación de la voluntad con lo que una tradición filosófica racionalista entendió como alma racional ha dejado su impronta no solo en la ciencia jurídica[25], es una perspectiva generalmente arraigada en el mundo científico occidental y se reproduce también en los enfoques con los que otras ramas científicas como la psiquiatría forense, evalúa la responsabilidad de los sujetos[26]. Como afirma Geneviève Fraisse en *Del consentimiento*

---

[22] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 1110a. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 32.
[23] G. FRAISSE. Op. cit, p. 40.
[24] ARISTÓTELES. Op. cit., 1110a, p. 32.
[25] En una sentencia del 27 de noviembre de 1995 el Tribunal Supremo se refiere a "las potencias anímicas del raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección" Tribunal Supremo, sentencia 27/noviembre/1995.
[26] En *Psicología y patología de la voluntad* Alfonso Blanco Picabia aporta criterios para la psiquiatría forense a la hora de comprender las alteraciones de la voluntad, estableciendo como uno de los fundamentos de la voluntad "el control emocional" y categorizando cinco impedimentos de la voluntad, entre los que incluye las "pasiones desordenadas". Éstas "constituyen un obstáculo en cuanto a que disminuyen la función rectora de la razón. Con sus emociones, sentimientos y estados de ánimo, se reduce la capacidad

"todo sujeto de la era democrática, tanto sujeto de la sexualidad como sujeto de la política, [...] es visto como un espíritu que domina un cuerpo. Es por esto que el consentimiento moderno se quiere acto de razón"[27]. En el sujeto del consentimiento que generalmente presupone el derecho y la ley se mantiene como marco teórico implícito esta radical confrontación entre la parte racional y la parte desiderativa, pulsional o pasional del sujeto y sobrevive la exigencia de un autogobierno psíquico. Para entender que existe voluntad o capacidad de consentir, "el sujeto debe entender lo que está haciendo pues, en otro caso, añadían los autores clásicos, si le falta el uso de la razón, no puede decirse propiamente que quiera nada, no habrá llegado a prestar un verdadero consentimiento y, sin él, no hay contrato ni obligación válida"[28].

Aunque la capacidad de la voluntad es, según nuestra jurisprudencia, y tal y como aparece en diversas sentencias del Tribunal Supremo, "un atributo normal del ser humano"[29] dicho atributo, al ir ligado a la *razón*, puede a veces considerarse ausente: "no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la *razón natural*"[30]. En base a la condición de que el sujeto del consentimiento sea un *sujeto de la razón,* en los sistemas jurídicos modernos no se considera a los sujetos responsables jurídicamente hasta una determinada edad y, del mismo modo, dicha responsabilidad puede suspenderse en determinados momentos de la vida bajo ciertas condiciones tanto pasajeras como permanentes. Ni las personas menores de edad ni las personas con determinadas "enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma"[31] son considerados sujetos del consentimiento.

Ahora bien, para saber lo que se hace y actuar, por lo tanto, voluntariamente, el sujeto no sólo ha de tener la capacidad abstracta de razonar que se relaciona con la madurez. Aristóteles puntualiza que lo que queda fuera de la voluntariedad no es solo

---

para la actividad voluntaria, al ser la capacidad de contención voluntaria desbordada por la intensidad del impulso". Ver A. BLANCO PICABIA, "Psicología y patología de la voluntad, en Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual". En *Psiquiatría y ley.* MEDINA, A, MORENO, M. J., LILLO, R. Y GUIJA, J. A. (editores). Documentos Córdoba, Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, 2013. p.26.

[27] G. FRAISSE. Op. cit., p. 103.

[28] A. BLANCO PICABIA. Op. cit., 49.

[29] TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 25 de abril de 1959; TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 13 de octubre de 1990; TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 4 de mayo de 1998.

[30] TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). Sentencia, 29 de noviembre de 2004.

[31] Código Civil español, art. 200. Real Decreto de 24 de julio de 1889.

aquello cuyo principio está fuera del sujeto sino también aquello que se hace *por* o *con ignorancia*[32]. Al oponer lo voluntario a la ignorancia, Aristóteles establece que la voluntad requiere no solo de una facultad racional, sino también de un saber positivo sobre "las circunstancias y el objeto de la acción"[33]. Como dice Aristóteles, y sostendrán después de él otros muchos autores de la tradición filosófica[34], el sujeto que actúa voluntariamente ha de actuar "a sabiendas"[35], pues su responsabilidad descansa en que sabe lo que quiere hacer y, por tanto, actúa desde esa plena consciencia. Esta relación entre el conocimiento y la voluntariedad sigue siendo fundamental para pensar la imputabilidad en el derecho penal moderno y para la regulación actual del consentimiento en determinados ámbitos por los que esta figura jurídica se ha ido abriendo paso en épocas recientes. La relación del consentimiento con el saber se hace especialmente patente en la regulación jurídica del *consentimiento informado*[36] dentro del ámbito de las decisiones médicas. Cuando al sujeto que ha de consentir no se le puede presuponer un conocimiento técnico o experto que es relevante para la toma de decisiones, se exige que éste sea previamente informado. Como afirma Blanco Picabia, la ignorancia, "destruye o debilita la libertad del acto externo al impedir el conocimiento necesario para que se pueda dar la voluntariedad del acto [...] No se puede querer algo si antes no se conoce. Y tampoco

[32] Aristóteles distingue las acciones que se hacen por ignorancia, a las que denomina *no voluntarias*, de las que se hacen con ignorancia, que llama *involuntarias*. En cualquier caso, para lo que nos interesa subrayar aquí la voluntariedad de una acción está reñida con el desconocimiento y, por tanto, la voluntad se vincula a cierto saber.

[33] ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, 1111a. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 34.

[34] La misma perspectiva es defendida por la escuela tomista mediante la máxima "Nihil volitum quin praecognitum" (nada es querido si no ha sido conocido previamente).

[35] ARISTOTELES. Op. cit., 1110b25, p. 33.

[36] La doctrina del consentimiento informado toma forma en los Estados Unidos a comienzos del siglo XX, especialmente a partir del caso Schloendorff contra la Society of New York Hospital de 1914. El término ingresa en la legislación española con la aprobación de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y hoy día se encuentra ampliamente desarrollada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ese marco legislativo supone el abandono definitivo de una perspectiva médica paternalista y la entrada en un paradigma donde la autonomía de la voluntad se convierte en el eje de la ley. La LAP define el consentimiento informado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[#]. En base a esa legislación la jurisprudencia española ha emitido sentencias como la que señala que "la privación de información equivale a una privación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral"[#]. Ver J. A. GUIJA VILLA, "La capacidad en la toma de decisiones. Aspectos psiquiátrico-forenses." En *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual. Psiquiatría y ley*, editado por A. Medina, M.ª J. Moreno, R. Lillo y J. A. Guija Villa, IX Jornadas Jurídico-Psiquiátricas, Córdoba, 4-5 de octubre de 2013. Madrid: Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental. p. 33.

podemos querer algo si no somos conscientes de que lo conocemos"[37]. Geneviève Fraisse ha llamado la atención sobre la gran presencia de este modelo de consentimiento en la sociedad contemporánea: "el consentimiento *ilustrado* de las decisiones jurídicas, médicas fue tomando su lugar en el buen desarrollo de actos sociales diversos"[38]. La autora, además, señala que dicha concepción del consentimiento responde a un ideal de sujeto para nuestra sociedad: "la libertad más el saber, voluntad individual actuando con pleno conocimiento, ¿no es acaso el ideal del paciente, del consumidor, y finalmente, del ciudadano?"[39].

Es, en efecto, en el ámbito de la reflexión moderna sobre el ciudadano, donde el consentimiento adquiere su significado más político. Especialmente a partir del siglo XVIII tanto el consentimiento como la voluntad serán conceptos usados por la filosofía política para sustentar una concepción sobre la libertad -entendida en el sentido de *autonomía*- de un sujeto independiente y dueño de sí mismo. Esta relación entre la voluntad y la *independencia* del sujeto individual es especialmente característica de la modernidad y no pertenece a los planteamientos de una filosofía antigua o medieval, para la cual la reflexión sobre la voluntad y la idea de un gobierno del alma se relacionaban más bien con el conocimiento, la justicia y las virtudes éticas o la aproximación a Dios. Sin embargo, tanto en la filosofía antigua como en la filosofía moderna, al menos en la tradición más clásica, la voluntad ha de ser separada o incluso opuesta al deseo, siendo este último un modo de querer ligado al mundo sensible y a las pasiones e inclinaciones del cuerpo. En la modernidad esta radical separación de la voluntad y el deseo subsistirá a través del énfasis puesto en la idea de *autodeterminación.* Independiente de una exterioridad que no la mueve desde fuera, "la voluntad -dice Kant- es pensada como una facultad de determinarse uno a sí mismo"[40]. Es decir, es este carácter independiente y autónomo de la voluntad, esta autosuficiencia que la caracteriza, la que la separa de otras formas de querer que vierten al sujeto hacia el mundo y le hacen dependiente de sus objetos. La voluntad kantiana no quiere cosas, -no se representa, como el deseo, objetos-

[37]A. BLANCO PICABIA, Op. cit., p. 26.
[38] G, FRAISSE. Op. cit., p. 78
[39] Ibid.
[40]I. KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente; cuidado editorial de Juan Miguel Palacios. Madrid: Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País (Cátedra «García Morente»), 1992; reimpresión de 1994. p. 62.
Immanuel Kant, Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Real sociedad económica matritense de amigos del país. Madrid, 1992. p. 62.

quiere más bien una *forma de querer*. Para que el ámbito de la voluntad sea el de la acción racional, la voluntad ha de poder ser determinada por principios objetivos o por leyes, es decir, que la voluntad no quiera nada que se halle fuera de la razón misma y, por lo tanto, quede claramente separada del deseo y su dependencia. "La voluntad es la facultad de no elegir nada más que lo que razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir, bueno"[41]. La voluntad es también un concepto nuclear de la filosofía del derecho hegeliana[42] y aparece también acompañada de esta naturaleza racional que le hace plegarse sobre sí misma o autodeterminarse. Como afirma Flores-Miller, también en Hegel "la relación entre voluntad y razón es esencial para comprender cómo y por qué Hegel piensa la actividad de la estructura de la voluntad, desde su primera determinación hasta la última, como libertad"[43]. "El campo del derecho -afirma Hegel- es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su substancia y su determinación"[44]. En un movimiento característico del sujeto hegeliano, la voluntad se pliega sobre sí misma y acaba teniendo por objeto su propia libertad[45].

El sujeto de la voluntad es, por tanto, en la modernidad, un sujeto radicalmente autónomo y autosuficiente. El sujeto es libre a través de un repliegue o vuelta sobre sí mismo porque de fuera, del exterior, viene todo aquello que obliga y, por lo tanto, constriñe, limita, impide. Así, la oposición entre lo interior y lo exterior deja fuera, en la exterioridad, todo aquello de lo que debe separarse la voluntad. Pueden ser otras voluntades que se imponen como una fuerza sobre el sujeto. Pero también los impulsos y deseos propios, que en un esquema dualista que opone el alma racional al cuerpo, han quedado ya alejados o exteriorizados del alma. De lo que se trata en la lógica racionalista clásica es de que la voluntad se baste a sí misma pues su libertad consiste en que no requiera ningún afuera y no dependa de ninguna alteridad. Este preciso carácter que la voluntad adquiere en la era moderna es inseparable de la primacía del individuo. En *Del*

---

[41] I. KANT. Op. cit. p. 45.
[42] Como afirma Flores Miller "el sujeto que aparece a lo largo de todo el espíritu objetivo hegeliano, y de su obra *Principios de la filosofía del derecho*, es el concepto de la voluntad. Ver G. FLORES-MILLER. *El concepto de la voluntad libre en la Introducción a los Principios de la filosofía del derecho de G.W.F. Hegel*, Pensamiento y Cultura, Vol. 16-1, Mexico, Junio de 2013 , pp. 18-40 , p. 20.
[43] G. FLORES-MILLER, Op. cit., p. 20.
[44] G. W. F. HEGEL. *Filosofía del derecho*, parágrafo 4. ed. en línea, Marxists Internet Archive.
[45] Como afirma Hegel "la voluntad verdadera consiste en que aquello que se quiere, su contenido, sea idéntico a ella, es decir, que la libertad quiera la libertad" G. W. F. HEGEL. Principios de la filosofía del Derecho. 2ª edición. Barcelona: Edhasa, 1999. p. 101.

consentimiento, Geneviève Fraisse afirma que "la ruptura con el Antiguo Régimen, que fue el orden de la jerarquía y de la autoridad, refuerza lógicamente el acto de consentir como una de las formas de esta conquista o posesión de sí mismo."[46] También Lowenkron apunta en esta dirección cuando señala que la voluntad a la que remite la noción de consentimiento es una voluntad que "presupone la idea de autonomía individual, de la cual el autocontrol es un prerrequisito, es decir, un yo libre de coerciones o limitaciones y capaz de gobernarse racionalmente."[47] La descripción del sujeto del consentimiento como un sujeto individual independiente y autónomo con capacidad para determinarse a sí mismo persiste hoy tanto en nuestra lengua[48] como en nuestra legislación, especialmente cuando nuestro Código Civil vincula el consentimiento con la capacidad de la persona de "gobernarse por sí misma"[49].

B) La crítica del sujeto de la voluntad en la teoría feminista contemporánea

La cuestión del sujeto es, sin duda, uno de los grandes temas de la filosofía contemporánea. Tras las grandes críticas que las filosofías de Nietzsche, Marx, Freud o Heidegger realizan a este concepto en la segunda mitad del siglo XIX o comienzos del XX, llegará, a partir de los años cincuenta, otra oleada de pensadores que pondrán bajo sospecha esta noción tan inseparablemente ligada al paradigma filosófico, político y jurídico moderno. Autores como Foucault, Deleuze, Lacan o Derrida cuestionarán radicalmente las características principales de ese sujeto protagonista de la Ilustración y de la modernidad al que, a través de la razón y la voluntad, le asiste una total capacidad para autodeterminarse y ser libre de forma autárquica y autosuficiente. Para una parte importante del pensamiento crítico contemporáneo esa supuesta autonomía de la voluntad, cimiento o punto de apoyo filosófico en la que descansan nuestros sistemas políticos y nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos, es toda una impostura. Esta

[46]G. FRAISSE. *Del consentimiento*, Palinodia, Santiago de Chile, 2007. p. 39-40.
[47] L. LOWENKRON, "Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual". *Cadernos Pagu*, 45, 2015. pp. 225-258, p. 28. (la traducción de los extractos de este texto citados a lo largo de toda la investigación es mía).
[48] En la cuarta entrada del DRAE se define la voluntad como la "elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue", asociando la voluntad a una "independencia o libertad que permita elegir sin influencias externas".
[49] Código Civil español, artículo 200.

reflexión crítica de la modernidad y sus principales categorías, ocupará también a la teoría feminista, produciendo un apasionado debate entre distintas corrientes de pensamiento a lo largo de las últimas tres décadas del pasado siglo. Así, autoras como Wittig, Irigaray, Braidotti, Spivak, Kristeva, Haraway o Butler, entre otras, se involucrarán en una profunda discusión sobre el sujeto de la metafísica occidental y del proyecto político moderno, denunciando sus sesgos masculinistas y su carácter excluyente hacia las mujeres y otros sujetos subalternos[50]. Recorreremos ahora algunos de los principales aspectos de esta crítica en la medida en la que es una crítica al sujeto que presupone el concepto de consentimiento.

Autoras como Geneviève Fraisse, Michèle Le Doeuff, Sandra Harding, Rosi Braidotti, Luce Irigaray, Adriana Cavarero, Hélène Cixous o Judith Butler abordarán la crítica a la modernidad desde el ámbito filosófico, mostrando cómo la historia del pensamiento ha construido ese modelo de sujeto a través de determinadas oposiciones binarias con efectos excluyentes. Así, se ha subrayado que las dicotomías de la historia de la filosofía tienen una matriz sexista, esto es, establecen relaciones de jerarquía (alma-cuerpo, razón-sentidos, voluntad-deseo) a través de las cuales se explica la diferencia sexual. Es decir, la oposición entre el alma y el cuerpo y sus múltiples versiones ha servido también para oponer lo masculino a lo femenino y ordenarlos jerárquicamente. Como ha sostenido Rosi Braidotti "de acuerdo con el feminismo, los hombres se han apropiado *de iure* de la facultad de la racionalidad, y han confinado de facto a las mujeres a la irracionalidad compulsiva, a la insensatez, a la inmanencia y a la pasividad"[51]. Criticar el carácter androcéntrico y misógino del pensamiento filosófico pasa, por lo tanto, por sacar a la luz el correlato de género de ciertos binarismos que han servido para ubicar a las mujeres en el lugar de la inferioridad y la imperfección o, por decirlo con palabras de Fraisse, en el "lugar de la apariencia, lugar donde no se acostumbra a buscar la verdad"[52]. Dentro de una tradición filosófica donde el alma o la razón deben imponerse ante un cuerpo siempre sospechoso de error o vicio, allí donde lo material y lo sensible suponen siempre corrupción y falsedad, vincular a las mujeres con el cuerpo y la carne implica ubicarlas en esa esfera de la que el hombre, el filósofo, debe separarse, aspirando a devenir

[50] Ver G. C. SPIVAK. *¿Pueden hablar los subalternos?* Traducción y edición crítica de Manuel Asensi Pérez. Barcelona: Museu d'Art Contemporani de Barcelona, 2009.
G. E. ANZALDÚA. *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza.* San Francisco: Aunt Lute Books, 1987.
[51] R. BRAIDOTTI. *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada.* Barcelona. Gedisa. 2004, p. 14.
[52] G. FRAISSE. *La diferencia de los sexos*. Buenos Aires: Manantial, 1996. p. 14.

"puro espíritu masculino"[53]. Este rechazo al cuerpo propio del filósofo es contestado por distintas pensadoras feministas a través de una defensa del carácter *encarnado* del sujeto. "El cuerpo, o el incardinamiento del sujeto -sostiene Braidotti- es un término clave en la lucha feminista para redefinir la subjetividad"[54]. En línea con esta crítica general compartida con otras autoras, Butler ha señalado el sexismo inherente a ciertas oposiciones clásicas del pensamiento filosófico que, al denostar el cuerpo, sirven para construir un modelo de sujeto absuelto de toda forma de dependencia y vulnerabilidad. "En la tradición filosófica que se inicia con Platón y sigue con Descartes, Husserl y Sartre, la diferenciación ontológica entre alma (conciencia, mente) y cuerpo siempre defiende relaciones de subordinación y jerarquía política y psíquica. La mente no sólo somete al cuerpo sino que eventualmente juega con la fantasía de escapar totalmente de su corporeidad"[55]. En *El género en disputa*, Butler analiza el tipo de sujeto que resulta de esta operación filosófica y subraya su "universalidad abstracta", esto es:

> La desencarnación misma del sujeto epistemológico abstracto masculino. Este sujeto es abstracto en la medida en que no asume su encarnación socialmente marcada y, además, dirige esa encarnación negada y despreciada a la esfera femenina, nombrando efectivamente al cuerpo como hembra. Esta asociación del cuerpo con lo femenino se basa en relaciones mágicas de reciprocidad mediante las cuales el sexo femenino se limita a su cuerpo, y el cuerpo masculino, completamente negado, paradójicamente se transforma en el instrumento incorpóreo de una libertad aparentemente radical[56].

En el contexto español también se elaboró una sólida crítica feminista al carácter patriarcal del pensamiento filosófico. Fue Celia Amorós quien más se dedicó a señalar el sexismo de una historia de la filosofía que, por lo general, ha olvidado a las mujeres. "La

[53] G. FRAISSE. Op. cit., p. 33.
[54] R. BRAIDOTTI. Op. cit., p. 41.
[55] J. BUTLER. *El género en disputa*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 64.
[56] J. BUTLER. Op. cit., p. 63.

ausencia de las mujeres en ese discurso, como toda ausencia sistemática, es difícil de rastrear. Es la ausencia que ni siquiera puede ser detectada como ausencia porque ni siquiera su lugar vacío se encuentra en ninguna parte; la ausencia de la ausencia [...] es el logos femenino o la mujer como logos"[57]. No es mejor, sin embargo, cuando los filósofos han hablado explícitamente de las mujeres. Desde Aristóteles, que conceptualiza a la mujer en el esquema hilemorfismo (materia-forma) del lado de la materia, la mujer es identificada con la pasividad, quedando la actividad y la inteligibilidad reservada solo a los hombres[58]. Amorós recupera las opiniones que tantos filósofos, tanto de la época antigua, como medieval o moderna, han expresado sobre lo femenino para vincular a las mujeres con todo aquello que implica finitud o imperfección. La autora subraya que, tanto en la filosofía premoderna como en el discurso racionalista ilustrado y, aún más en lo que ella ha denominado la "misoginia romántica", las mujeres han aparecido a través de los discursos filosóficos siempre excluidas de la razón y la voluntad, y, por lo tanto, del estatuto de sujetos políticos y jurídicos (lo que implica, por supuesto, la imposibilidad de ser sujetos del consentimiento). En razón de esta exclusión, tan sistemática en la historia del pensamiento occidental, la teoría feminista contemporánea se ha acercado con fundadas sospechas críticas al pensamiento filosófico tradicional.

Probablemente las críticas más radicales al sujeto moderno han sido enarboladas por una serie de autoras que vienen del pensamiento postestructuralista, del pensamiento de la diferencia o que piensan desde el diálogo (más o menos crítico) con el psicoanálisis. Autoras como Irigaray, Kristeva, Cixous, Braidotti o Cavarero han reivindicado el uso de *lo femenino* como categoría capaz de expresar algo inasumible, inaprensible[59] o, incluso, aterrador para el orden hegemónico masculino: "la filosofía deja poco lugar a las mujeres que, sin embargo, testimonian a lo largo de los siglos una curiosidad que los hombres limitan con terror"[60]. Así, se ha subrayado el carácter oscuro e inquietante que lo femenino encierra para el sujeto clásico de la razón y la voluntad. Como afirma M. E. León Rodríguez "el anhelo de que el cuerpo del filósofo no tenga sexo, responde a la necesidad por parte de los filósofos de perfección y unidad sin fisuras"[61]. La tradición

[57] C. AMOROS. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos, 1985. p. 27.
[58] C. AMOROS. Op. cit., p. 29.
[59] Algo *inefable* para Cixous o *presimbólico* para Kristeva.
[60] G. FRAISSE. *La diferencia de los sexos*. Buenos Aires: Manantial, 1996. p. 46.
[61] M. E. LEÓN RODRÍGUEZ. "Amorós: la razón patriarcal (textos, contextos y pretextos)". Tesis doctoral, Facultad de letras, Departamento de Filosofía, Universidad de Costa Rica, 2006, p. 215.

racionalista ha considerado que el cuerpo es un obstáculo para la filosofía, porque, en palabras de Fraisse, tiene "miedo al sexo". Por el contrario, el feminismo ha hecho una reivindicación de aquello que ha sido precisamente negado y ha devuelto al cuerpo su dignidad filosófica como una manera de escapar al falso universalismo masculino y sus operaciones excluyentes.

En la crítica al sujeto epistemológico masculino y la reivindicación del cuerpo que llevan a cabo autoras como Irigaray, Cixous, Butler, Kristeva, Copjec, Cavarero, Braidotti o Butler, la cuestión del deseo adquiere una dimensión central. El deseo, objeto bastardo de la filosofía, denostado por la tradición racionalista[62], es entendido a partir de algunas perspectivas feministas, como una apertura al inconsciente y al no saber que el clásico sujeto masculino consiste en negar. Las aportaciones de autoras como Irigaray, Copjec o Kristeva son relevantes para repensar el sujeto desde un diálogo con las aportaciones del psicoanálisis y los conceptos de deseo, goce o pulsión. También Braidotti[63], desde una proximidad al pensamiento deleuziano, considera que "lo que está en juego en la búsqueda feminista de definiciones alternativas de la subjetividad femenina no es sino el deseo". Butler, por su parte, reivindicará a su propio modo un sujeto de deseo caracterizado por la interdependencia y la vulnerabilidad[64]. Es precisamente, el hecho de tener un cuerpo lo que nos vuelve vulnerables a los otros: "el cuerpo implica mortalidad, vulnerabilidad, agencia: la piel y la carne nos expone a la mirada de los otros, pero también al contacto y a la violencia"[65]. A través de su pensamiento Butler ha recordando la precariedad de la existencia y la vulnerabilidad de los cuerpos, defendiendo, frente a ese sujeto siempre dueño de sí mismo y de sus acciones, "la socialidad fundamental de la vida encarnada, las formas por las cuales estamos desde el principio, y en virtud de ser seres encarnados, ya entregados más allá de nosotros mismos, implicados en vidas que no son las nuestras"[66].

---

[62] Como afirma Butler: "Sin duda, buena parte de la tradición occidental ha mantenido una actitud escéptica con respecto a las posibilidades filosóficas del deseo; una y otra vez, este fue representado como el Otro de la filosofía", en J. BUTLER. *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del siglo XX*. Buenos Aires: Amorrortu, 2012. p. 29.

[63] Según Braidotti: "Lo que está en juego en la búsqueda feminista de definiciones alternativas de la subjetividad femenina no es sino el deseo", ver R. BRAIDOTTI. Op. cit., p. 48

[64] Ver, entre otros textos, J. BUTLER. *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del siglo XX*. Buenos Aires: Amorrortu, 2012; Id. *Los sentidos del sujeto*. Barcelona: Herder, 2016.

[65] J. BUTLER. *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, 2004 p. 19-20. (La traducción es mía).

[66] J. BUTLER. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010. p. 42.

Como vimos, el sujeto voluntarioso del consentimiento, presupone la posibilidad de saber aquello que se quiere y cumple, por lo tanto, con una condición que el derecho necesita presuponer: que podemos actuar sabiendo aquello que se hace. Una parte del feminismo, sin embargo, va a presentar sus objeciones críticas a este paradigma por la vía de cuestionar ese supuesto saber que parece acompañar siempre al sujeto masculino de la razón y la voluntad. La reivindicación del sujeto como un sujeto de deseo, introducirá, entre otras cosas, una insalvable opacidad en el querer y sus objetos. Esta crítica al modelo de sujeto de la voluntad supone afirmar que los sujetos pueden *querer sin saber* o, incluso, que llegar a saber lo que se quiere responde a un ideal racionalista y masculino, un modelo de sujeto consciente e ilustrado cuya mayor expresión se ha dado en la modernidad. Como ya adelantó la intervención de Freud, introducir el deseo supone hacer aparecer toda la oscuridad del inconsciente y poner en cuestión la transparencia de ese sujeto que quiere y que sabe y que, por lo tanto, otorga su consentimiento sabiendo lo que quiere. En este sentido, una buena parte del pensamiento feminista contemporáneo, ya sea desde una mayor proximidad a las posiciones de Freud o Lacan, como es el caso de Kristeva o Copjec, o desde la reformulación crítica de algunas de sus principales ideas, como hacen Irigaray, Cavarero o Butler, es un aliado del psicoanálisis en el desmontaje del sujeto moderno y sus pretensiones de racionalidad y transparencia. No debería sorprendernos esta alianza teórica. En palabras de Braidotti "la crisis de la modernidad está marcada por el énfasis puesto simultáneamente en el inconsciente y en el deseo concebido según el psicoanálisis [...]. Cabe juzgar que la hipótesis del inconsciente infligió una herida terrible en el narcisismo trascendental de la visión clásica del sujeto"[67]. Tanto el pensamiento psicoanalítico como las posiciones feministas más críticas con el sujeto clásico de la filosofía y de la modernidad mostrarán las faltas, las fallas, las vulnerabilidades y la incompletitud de sujetos que necesitan aquello que no pueden comprender, que, en lugar de estar replegados sobre sí mismos, se encuentran necesariamente arrojados al mundo y vertidos hacia lo otro, los otros o la otredad. Unos sujetos, que lejos de decidir quiénes son, están ya siempre constituidos por mecanismos enteramente ajenos a su voluntad. Unos sujetos, dirá Butler, que habitan una vida que les excede, que no es materia de su elección y que, sin embargo, es condición de su propia existencia precaria[68].

[67] R. BRAIDOTTI. *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada.* Barcelona. Gedisa. 2004. p. 41.
[68] J. BUTLER, "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 21, nº2. (2011) p. 41. (La traducción que se utilizará en toda la tesis

La trampa que la teoría feminista identificará en el clásico sujeto de la voluntad consiste en que ese sujeto racional y consciente, ese sujeto que sabe lo que hace y es capaz de elegir desde su radical autonomía e independencia, parece no reconocer la finitud. Se auto concibe a sí mismo, por tanto, desde los delirios de grandeza de una razón que parece poderlo todo. Es, en efecto, un sujeto *absoluto*, en el sentido de que se encuentra ab-suelto de toda condición, de todo límite, y, por tanto, está p comprometido con la negación de la vulnerabilidad y precariedad que comporta la existencia. Luce Irigaray ha hablado del "delirio partenogenético" de la razón moderna, una razón que parece poder constituirse a sí misma y al mundo.

En el lenguaje amorosiano ese sujeto masculino que el feminismo debe cuestionar es un sujeto "inverosímil" que "carece no sólo de padre, sino de madre: (que) ha nacido *more hobbesiano*[69], como lo hongos, emergiendo ya adulto de la tierra. […] Es el sujeto autoconstituyente, que fichteanamente se pone a sí mismo y pone al mundo como no-yo; la sustancia-sujeto hegeliana, concebida como absoluto que se instituye en fundamento de sí misma y de todo lo real. […] Es un sujeto desmadrado, en el doble sentido de sujeto salido de madre y de sujeto sin madre, inengendrado y generador absoluto del sentido"[70]. En esa línea, la autora propondrá que el feminismo debe tener un *sujeto verosímil.* Distanciándose y confrontando con las posiciones feministas que subrayan con más énfasis y radicalidad el carácter esencialmente masculino del sujeto de la metafísica, de la ciencia y del proyecto moderno[71], Amorós centra su intervención en este debate en la reivindicación de que el feminismo requiere de la noción de sujeto y defiende especialmente la categoría de individuo -tan nuclear en la modernidad- como un concepto

de este texto es la de Laura Contrera, Florencia Gasparín, Lucas Morgan y Nayla Vacarezza (2018), disponible de forma libre on line).

[69] Amorós se apoya aquí en Sheila Benhabib, que, deteniéndose en un pasaje del Leviatán donde Hobbes utiliza la imagen del hongo y su crecimiento solitario como metáfora de la génesis del individuo, señala el carácter inengendrado del sujeto de la modernidad. Para Benhabib, Hobbes puede ser tomado como ejemplo de un pensamiento contractualista donde el pacto, el contrato, el consentimiento, están inseparablemente ligados a un sujeto solipsista, que nace solo, que crece sin otros, que viene al mundo sin necesidad de nadie. Ver S. BENHABIB, "El Otro generizado y el Otro concreto", en S. BENHABIB y D. CORNELLA (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*, trad. de Ana Sánchez, Valencia, Ed. Alfons el Magnànim, 1990. Cfr. también en C. AMOROS, "Hongos hobbesianos, setas venenosas", en *Mientras tanto*, núm. 48, enero-febrero 1992.

[70] C. AMORÓS, C. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1997. p. 21.

[71] Ver L. IRIGARAY, *Espéculo de la otra mujer.* Madrid: Akal, 2007; H. CIXOUS, Le rire de la Méduse. Paris: Editions Gallimard, 2024 o F. COLLIN, *Praxis de la diferencia. Liberación y libertad*. Barcelona: Icaria Editorial, 2006; R. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*. Barcelona: Gedisa, 2015.

a reivindicar por parte de las mujeres[72]. La vindicación feminista es inseparable del acceso de las mujeres a la individualidad y es precisamente la modernidad la que trae el reconocimiento jurídico formal de las subjetividades individuales. Es obvio, sostiene Amorós, que la categoría de sujeto, tal y como ha sido utilizada por una filosofía patriarcal y por un proyecto moderno masculinista, se ha asentado sobre la radical oposición entre el cuerpo y una razón desencarnada e inverosímil. "Pero, si en lugar de denunciar esa impostación iniciática del uso de la razón, pasamos a conceder que el sujeto de la razón es masculino, les damos la razón -en el doble sentido- a quienes nos marginan. Es decir, accedemos a su pretensión de que la razón es un monopolio masculino y nos auto inhabilitamos para interpelar a los varones por su incoherencia al afirmar a la vez que la razón es masculina y que es universal"[73]. Amorós defenderá que el feminismo no puede permitirse prescindir de algunos de esos rasgos que definen al sujeto de la razón y la voluntad. Al agente que requiere el feminismo, tanto individual como colectivo, le pertenecen características como "la responsabilidad de un proyecto de vida individualizado"[74] y, por tanto, "el feminismo apuesta por una sociedad de sujetos -por supuesto, de lo que hemos llamado sujetos verosímiles y no iniciáticos-"[75]. En el terreno

[72] Para Amorós, -y ello será un rasgo que definirá al feminismo español de la igualdad-, el feminismo no está obligado a rechazar por completo la separación alma-cuerpo y todo el resto de las dicotomías a través de las cuales el pensamiento filosófico ha relegado a las mujeres. De hecho, es justamente un determinado "uso feminista" de dichas oposiciones el que permitirá a determinados autores, obviamente heterodoxos, oponerse al sexismo filosófico dominante. La radical división cartesiana entre alma y cuerpo también ha sido en la historia del pensamiento el argumento para defender que el alma femenina es independiente de su cuerpo y que, por lo tanto, las diferencias físicas y sexuales, son enteramente irrelevantes para considerar a las mujeres sujetos pensantes y racionales.

[73] C. AMORÓS. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1997. p. 28.

[74] Amorós se distancia de los feminismos que, en línea con el pensamiento postmoderno, proclaman y celebran la *muerte del sujeto*. A su juicio, la teoría feminista, si bien debe matar ciertas pretensiones absolutistas del sujeto de la voluntad, no puede permitirse acabar con él. La autora muestra sus mayores sospechas, si no, incluso, un total y frontal rechazo, hacia el uso de la categoría de *lo femenino* y la reconceptualización en clave feminista de la "diferencia sexual", acusando a autoras como Irigaray, Muraro, Braidotti o Collin, de reproducir un esencialismo peligroso para las mujeres y de consolidar lo que entiende como una *liaison dangereuse* entre el feminismo y la "postmodernidad". Pero de entre todas las "muertes del sujeto" que Amorós imputa a la postmodernidad , la que parece presentar más peligros para la emancipación de las mujeres, es la "deconstrucción" que le atribuye a Judith Butler, con quien el feminismo español de la igualdad mantendrá en adelante un incansable antagonismo que se expresará, entre otros ámbitos igualmente sensibles y significativos, en las cuestiones relativas a la sexualidad y, entre ellas, en especial, aquellas que involucran la cuestión del consentimiento. Como demostraremos en esta investigación, la cuestión del consentimiento, no arroja precisamente esa distribución de posiciones y, mientras el feminismo de la igualdad, apegado a las posiciones de MacKinnon, hereda una verdadera muerte del sujeto jurídico individual femenino, Butler rescata precisamente esa agencia, siempre limitada y frágil, que permite seguir hablando de un sujeto sexual que decide. Se aborda esta cuestión en los capítulos tercero y cuarto.

[75] C. AMORÓS. Op. cit., p. 25.

de la sexualidad, sin embargo, el feminismo ilustrado de la igualdad no parece apostar por seguir precisamente este camino. Asumiendo como propias las posiciones de un feminismo de la dominación que impugnó como "liberal" los fundamentos del paradigma jurídico moderno y, entre ellos, especialmente, el carácter individual del sujeto de la voluntad, el feminismo español de la igualdad (por las razones que vamos a desgranar) es dudosamente ilustrado en su concepción del consentimiento.

V. Pregunta de la investigación

Lo que llamaremos *el problema del consentimiento* constituye un escenario privilegiado para pensar el problema del sujeto, cuestión que, en los términos críticos planteados por el feminismo, involucra la cuestión de qué tipo de relación existe entre la voluntad y el deseo. Si cabe sostener que la teoría del derecho moderna ha asumido como presupuesto filosófico del consentimiento un sujeto de la voluntad eminentemente racional -un sujeto que "sabe lo que quiere", que es dueño de sí mismo y que es autónomo con respectos los demás- y si, a la vez, ese sujeto de la modernidad ha sido seriamente puesto en cuestión por el feminismo ¿A dónde nos lleva esa crítica en el terreno del consentimiento sexual?

Comprender la violación sexual, como ha subrayado Ann Cahill plantea un reto, pues se trata de un ataque sexual y, en esa medida, corporal, que debe conceptualizado por un discurso legal que piensa a los sujetos de forma desencarnada. ¿Puede la ley construida sobre un concepto de voluntad escindido del cuerpo y del deseo comprender la naturaleza de la violencia sexual? La sexualidad no puede dejar de implicar a los cuerpos y a los deseos y parece ser, por ello, un territorio especialmente significativo para medir los límites del modelo de sujeto volitivo y racional. El sexo, como escenario de opacidad, representa un reto (o una oportunidad) para poner en cuestión la hipertrofia megalómana de un sujeto masculino "hecho a sí mismo". Si pensar la sociedad desde la dependencia mutua de sus integrantes presenta problemas de fondo para un paradigma conceptual que presupone y requiere individuos liberados de vulnerabilidad y el no saber. ¿Cómo debe pensar el feminismo al sujeto del consentimiento? ¿Y en qué medida el

concepto de consentimiento nos compromete con el sujeto de la voluntad que el feminismo ha venido cuestionando? ¿Debemos acaso abandonar el *consentimiento* para abordar el problema de la violencia sexual? Y si no es así ¿Qué presupuestos estamos obligadas a asumir al hacer de la categoría del consentimiento la noción a partir de la cual pensar la relación sexual? Es decir, si la voluntad, un concepto nuclear del derecho moderno, tiene un sesgo androcéntrico y patriarcal ¿Qué tipo de sombras se ciernen sobre el consentimiento? La pregunta que trata de responder esta investigación es, en definitiva, si existe la posibilidad de conceptualizar el consentimiento sin restituir ese sujeto que ha criticado el feminismo o, dicho de otro modo, si existe alguna noción de consentimiento -quizás una *versión verosímil de consentimiento*- que pueda ser compatible con la asunción del riesgo y la incertidumbre que implica toda relación social.

VI. Objetivos: planteamiento de tres hipótesis de investigación

En los siguientes capítulos nos adentraremos en la cuestión del consentimiento sexual y abordaremos los debates que, desde la teoría feminista contemporánea, ha suscitado este complejo concepto. Esta investigación comienza recuperando una conversación feminista que nos precede y que es esencial para valorar las consecuencias que pueden tener la distintas formas de conceptualizar en consentimiento en la vida de las mujeres. Con el doble objetivo de 1) aportar herramientas filosóficas para pensar complejamente la violencia sexual y el consentimiento en el campo jurídico y, al mismo tiempo, 2) tomar este territorio sexual como ocasión para reflexionar sobre cuestiones centrales de la filosofía, nos encaminamos a esta investigación con tres hipótesis teóricas cuya productividad filosófica, jurídica y política nos proponemos someter a examen.

a)La necesidad de someter a crítica la noción de voluntad que la ley sexual atribuye (o exige) al sujeto femenino. Como hemos venido argumentando en las páginas precedentes, asumimos las razones filosóficas por las que el sujeto voluntarioso del consentimiento, racional, consciente e independiente, debe ser puesto bajo sospecha crítica por parte de la teoría feminista. Al entender esta investigación en línea de continuidad con las reflexiones

que los feminismos contemporáneos han elaborado con respecto a la noción de sujeto, asumiremos como hipótesis metodológica la necesidad de desconfiar de una noción de voluntad o de consentimiento que puede presuponer un sujeto voluntarioso opuesto al cuerpo y al deseo. A este respecto nos parece útil utilizar las ideas expuestas por Adriana Cavarero en su obra *Inclinaciones. Crítica de la rectitud*, donde la filósofa italiana reivindica el concepto de inclinación y alerta sobre la rectitud que acompaña a la voluntad en el pensamiento filosófico tradicional. Cavarero elige fundamentalmente a Kant como uno de los mayores exponentes de la filosofía racionalista clásica del pensamiento occidental y muestra cómo, para el mantenimiento del sujeto kantiano de la voluntad, un "yo autónomo, libre y racional, que domina sus inclinaciones y, sobre todo, que no tienen necesidad que otros se inclinen amorosamente sobre él"[76] es imprescindible negar el ámbito del cuidado materno, de la dependencia infantil y de la mutua necesidad de los cuerpos[77]. "La figura del yo kantiano, que se endereza orgullosamente sobre sí misma para celebrar la autonomía del sujeto, no es más que la variante moderna, secularizada y bastante austera, de un sistema general de verticalidad que atraviesa toda la historia de la filosofía y que, según las épocas, asume diversas configuraciones."[78] Esta configuración propiamente moderna del sujeto masculino es una metamorfosis de la categoría de *voluntas* que viene, por tanto, de más lejos. Aunque este modo de pensar el querer humano encuentra en la modernidad algunas de sus máximas expresiones, Cavarero considera que esta rectitud es propia de un modo de pensamiento filosófico que recorre la historia, cuya genealogía se remonta a la *recta voluntas* de la filosofía cristiana y a una "cadena semántica incluso más antigua de la *recta ratio* y, hacia atrás, del *orthos logos*"[79]. Por otra parte, la autora sostiene que ese tipo de rectitud masculina del querer "alimenta el vocabulario técnico de aquello que, no por casualidad llamamos derecho (right, Recht, droit, diritto)"[80]. En línea con esta perspectiva, adoptamos una sospecha crítica hacia el

[76] CAVARERO, *Inclinaciones. Crítica de la rectitud*. Barcelona: Fragmenta Editorial, 2022. p. 57.
[77] El sujeto para Kant ha de ser "un yo autónomo, legislador moral de sí mismo y bien sostenido sobre el eje interno del propio "sí auténtico", en posición típicamente erecta"[#]. Si bien las madres se inclinan hacia sus hijos, en un modelo relacional asimétrico y desequilibrado, "el yo kantiano, como Adán, cerrado dentro de sí, está, en cambio, de pie, solo y sin necesidad de otros"[#]. Ese tipo de sujeto, descrito también por Hannah Arendt como un sujeto "solipsista por principio" y cuya razón funciona en soledad[#], es en la perspectiva geométrica que quiere aportar Cavarero un *sujeto recto*, "un yo bien derecho y auto-equilibrado que se alinea a sí mismo". Ver A. CAVARERO. *Inclinaciones. Crítica de la rectitud*. Barcelona: Fragmenta Editorial, 2022. pp. 57-58.
[78] A. CAVARERO. Op. cit., p. 123.
[79] A. CAVARERO. Op. cit., p, 126.
[80] A. CAVARERO. Op. cit., p. 94.

concepto de voluntad y el tipo de querer que el derecho espera de las mujeres. Y lo haremos, como propone Cavarero, más allá del significado específicamente moderno de este término, transportando también hasta el mundo antiguo y, en particular, al derecho romano, esta indagación.

Proponemos, por tanto, acercarnos al estudio del delito sexual desde la pregunta de si las mujeres pueden tener un querer compatible con la inclinación -lo que llamaremos una voluntad con minúsculas o una voluntad verosímil- para ser escuchadas por la ley o si, por el contrario están obligadas a convertirse en un sujeto "radicalmente autónomo, cerrado en sí [...] vertical y derecho"[81], un sujeto que, como dice Butler, "se sostiene por sí mismo, que busca reensamblar la propia y desvariada entereza, al precio de negar la propia vulnerabilidad, la propia dependencia, el propio estar expuesto"[82]. Esta sospecha crítica sobre el concepto de voluntad o, más concretamente, sobre las exigencias que dicho concepto comporta o puede comportar para las mujeres, se asumirá metodológicame para analizar la categoría de consentimiento. Valoraremos, por lo tanto, si existe una imposición de rectitud en el concepto de consentimiento y si esa exigencia que se hace desde el terreno de la ley produce determinados efectos jurídicos, con la hipótesis de que existe un tipo de sujeto voluntarioso que puede someter más que emancipar a las mujeres.

b) La diferencia entre la voluntad y el deseo como diferencia filosófica central para ordenar el problema del consentimiento sexual. La segunda hipótesis, es la de que para escapar de esa voluntad recta y pensar el consentimiento desde su compatibilidad con un querer oblicuo que no anule o someta el deseo es preciso introducir la distinción filosófica entre la voluntad y el deseo y conservar el *carácter radical de dicha diferencia* en el sentido en el que ha sido defendida por Santiago Alba Rico en su texto *La voluntad y el deseo, el dilema feminista*[83]. Tomamos esta distinción filosófica como una distinción especialmente esclarecedora para pensar las complejidades de la violación sexual y para

[81] A. CAVARERO. Op. cit., p. 193.
[82] J. BUTLER, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Paidós, Buenos Aires, 2007. P. 69.
[83] Esta idea ha sido defendida por Santiago Alba Rico y es a él, de hecho, a quien más debo una de las ideas fundamentales que inspiran esta tesis. Durante años, hemos venido pensando juntos la necesidad de conservar la distinción en el deseo y la voluntad y las múltiples consecuencias de esa diferencia o de su anulación implican. Este intercambio amistoso e intelectual me ha servido para ensayar algunas hipótesis, plantear interrogantes o entender los límites de algunos planteamientos, así que considero que muchas de las ideas que han acabado en estas páginas deben a esta amistad intelectual su existencia. El texto a partir del cual arranca nuestra conversación es "La voluntad y el deseo, el dilema feminista", en S. ALBA RICO. *Todo el pasado por delante.* Madrid: Catarata, 2017. pp. 156-165.

ordenar los problemas que puede comportar el concepto de consentimiento. Esta diferencia entre la voluntad y el deseo implica asumir la posibilidad de una no coincidencia y, por tanto, de una imposibilidad de traducir el deseo a la voluntad y la voluntad al deseo. Proponemos pensar el consentimiento sexual desde la hipótesis de que de dicha diferencia depende, al mismo tiempo, la posibilidad de que la ley reconozca la validez de un querer jurídicamente vinculante de las mujeres y la posibilidad de que el deseo no quede sometido y anulado por la ley. Si la distinción entre voluntad y deseo puede ser útil para pensar, desde la teoría crítica feminista, la categoría de consentimiento sexual es porque, como dice Braidotti, "separa niveles cualitativos diferentes de experiencia" que "es preciso subrayar y no confundir jamás"[84]. Frente al sujeto coincidente consigo mismo, donde el deseo es domesticado o anulado al ser sometido por la voluntad -y convertirse, por lo tanto, en un deseo voluntarioso- mi hipótesis es que debe pensarse al sujeto sexual como ese punto de encuentro entre dos planos o vectores irreconciliables. Coincido, por tanto, con Braidotti cuando la autora afirma que "la visión del *sujeto entendido como zona de interacción de la voluntad con el deseo* es [...] el primer paso en el proceso de reconcebir los fundamento de la subjetividad"[85].

c)La búsqueda de un sujeto verosímil del consentimiento. A partir de la hipótesis anterior y tomando de la obra de Amorós el concepto de "sujeto verosímil" propongo someter a prueba la hipótesis de que la distinción entre voluntad y deseo permite habilitar una concepción verosímil de consentimiento que puede ser diferenciada de otras conceptualizaciones posibles. Quiero argumentar que en el debate del consentimiento están hoy puestas en juego dos interpretaciones diferentes del concepto. Una de ellas presupone una sujeto de la voluntad extremadamente inverosímil y conduce a una concepción contractualista del consentimiento que late bajo los actuales discursos del "consentimiento afirmativo". Existe, sin embargo, otra concepción posible del consentimiento que hace compatible la voluntad con la inclinación, la vulnerabilidad y el deseo. Este concepto de consentimiento -que implica una conceptualización negativa del mismo desde el plano jurídico- es verosímil porque es limitado y parte tanto de la necesidad del derecho y sus ficciones jurídicas (el sujeto, la voluntad o el consentimiento)

[84] R. BRAIDOTTI, *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 45.
[85] R. BRAIDOTTI. Op. cit., p. 42.

como de sus límites. Propongo pensar junto a autoras como Butler, Leguil, Angel, Kohan, o Louise du Toit un terreno ético y no jurídico desde donde pensar tanto la violencia sexual como la libertad. Esas voces serán el cuerpo de autoras que me servirán para llevar a cabo la tarea de conservar un agente -y una versión verosímil del sujeto- sin restaurar la rectitud de la voluntad masculina, la negación del deseo y la megalómana pretensión de autosuficiencia de cierto sujeto absolutamente voluntarioso que podría later, tanto en el pasado como hoy, en los discursos del consentimiento.

VII. Metodología

Esta investigación se inscribe en la intersección entre la teoría jurídica, la filosofía del derecho y el pensamiento crítico feminista, poniendo a dialogar tres campos de estudio cuya colaboración no es obvia ni puede darse siempre por descontada pero que, sin embargo, es en este asunto esencial. El objeto de estudio —el consentimiento sexual— exige un abordaje metodológico que no puede reducirse a un análisis técnico-jurídico, sino que reclama un enfoque genealógico, analítico y conceptual que ilumine las condiciones históricas, filosóficas y políticas de la importancia del concepto de consentimiento en el campo de la sexualidad y de sus actuales reformulaciones. El método aquí adoptado se propone problematizar críticamente las categorías que organizan tanto el derecho penal sexual contemporáneo como los discursos feministas.

En primer lugar, el trabajo adopta una *metodología histórica* y se propone reconstruir la historia de la conceptualización del delito de violación, mostrando cómo la ley lo ha definido y redefinido a lo largo del tiempo y de qué modo esa definición ha servido para normalizar el control patriarcal de los cuerpos de las mujeres. Esta línea metodológica establece una línea de continuidad entre el primer capítulo y la primera parte del segundo capítulo -que componen ese análisis histórico de la violación como figura legal- y el último capítulo, donde se recupera el análisis histórico de las legislaciones positivas a partir de un examen crítico de las actuales normativas que introducen el modelo de consentimiento afirmativo.

En segundo lugar, una parte esencial de la metodología consiste en esclarecer los *presupuestos filosóficos de nociones jurídicas* que el derecho emplea como si fueran autoevidentes. Son sometidos a este análisis filosófico, fundamentalmente, los conceptos de voluntad y consentimiento, y a partir de ello, se exploran los presupuestos que operan en la noción de consentimiento positivo. La intención es desvelar las tradiciones conceptuales en las que se inscriben estos conceptos y los supuestos antropológicos y normativos que implican. La tesis sostiene que los modelos jurídicos de consentimiento no pueden ser entendidos exclusivamente en el marco del derecho, pues todo paradigma legal está atravesado por supuestos políticos y filosóficos que lo exceden. Por eso, el debate entre un modelo negativo y un modelo afirmativo de consentimiento se aborda aquí desde las discusiones feministas sobre la sexualidad que, desde los años setenta, han problematizado la relación entre deseo, voluntad, poder y libertad. En este sentido, la metodología asume que para comprender la significación real de los modelos jurídicos es indispensable iluminar sus raíces filosóficas y políticas, situándolos en continuidad con un debate ético y feminista más amplio

En tercer lugar, la investigación desarrolla un *análisis crítico-comparativo* de los modelos de consentimiento, que se nutre de dos fuentes complementarias. a) Por un lado, el análisis de la discusión jurídico-académica actual, que confronta posiciones en una discusión en la que se evalúan tres paradigmas jurídicos: el paradigma heredado del pasado -denominado en esta investigación el paradigma de la violación violenta-, el paradigma del consentimiento negativo y el paradigma del consentimiento afirmativo. Para reconstruir esta discusión jurídico académica se ha atendido, fundamentalmente, al debate desarrollado en el ámbito anglosajón y norteamericano. b) Por otro lado, este estudio comparativo se nutre del análisis de normativas y textos legales concretos —legislaciones nacionales, tratados internacionales, sentencias, circulares del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía, etc.— que permite observar cómo estos debates se traducen en propuestas normativas, reformas legales y prácticas judiciales. Este tipo de fuentes forman parte del aparato crítico de la investigación y han sido incluidas fundamentalmente a través de las notas a pie de página, separando las cuestiones más técnicas o los aterrizajes más concretos y particulares del razonamiento teórico y del análisis de modelos o paradigmas jurídicos que se desarrolla en el cuerpo del texto.

Este trabajo de investigación se estructura en torno a *tres hipótesis metodológicas* que orientan y organizan el análisis. En primer lugar, la hipótesis de que, a partir de la crítica feminista a la figura del sujeto voluntarioso y autosuficiente, se debe evaluar la posibilidad de que la ley sexual exija a las mujeres un tipo de querer o de voluntad inverosímil y que entender esa exigencia como una trampa permite identificar su pervivencia a través de nuevas formulaciones, algunas de ellas bajo el paraguas del consentimiento. En segundo lugar, la hipótesis de que solo manteniendo la distinción radical entre voluntad y deseo es posible aclarar y ordenar los problemas que plantea el consentimiento sexual. Y, en tercer lugar, la hipótesis de que comprendiendo el consentimiento desde una perspectiva ética es posible proponer un concepto jurídico de consentimiento compatible con la vulnerabilidad y, por tanto, necesariamente limitado (negativo) que, en tanto ficción jurídica, pueda mantener abierto el espacio para un abordaje ético de la relación sexual más allá de la ley. Estas hipótesis implican, necesariamente, unas fuentes bibliográficas muy diversas tanto por sus distintos enfoques como por las disciplinas que convocan.

VIII. Resultados de la investigación

Este apartado presenta de manera sistemática los principales resultados de la investigación. Se organizan en distintos bloques temáticos (históricos, conceptuales, críticos, jurídicos propositivos y ético-políticos), para ofrecer una síntesis clara de los hallazgos de la tesis. En este trabajo, los cuatro capítulos centrales constituyen la discusión propiamente dicha, pues en ellos se confrontan las distintas posiciones teóricas y jurídicas sobre el consentimiento y se elaboran los argumentos principales de la investigación. En presente apartado de *Resultados* se sintetizan las aportaciones originales de la investigación y se señalan los principales resultados alcanzados. Se distingues de la *Conclusiones* que recogemos al final.

1. Resultados en el plano del análisis histórico

A partir de la *metodología histórica* adoptada en esta investigación (desarrollada, fundamentalmente en el capítulo primero y el capítulo cuarto) y de un análisis de los textos legislativos y de las discusiones internas a la doctrina jurídica, se llegan a una serie de resultados sobre la conceptualización del delito de violación y los diferentes paradigmas jurídicos existentes.

a) Análisis crítico del paradigma de la violación violenta. Un primer resultado de esta investigación ha consistido en mostrar que el derecho penal sexual en la tradición occidental se ha organizado históricamente en torno al modelo de la violación violenta y no del reconocimiento de la voluntad femenina. Doy cuenta de la longevidad de este paradigma que, a grandes rasgos, se mantiene a lo largo de la Antigüedad, la Edad Media e incluso buena parte de la modernidad, lo que da cuenta de la persistencia de un modelo jurídico fuertemente patriarcal.

b) Análisis crítico de la incoherencia del derecho penal sexual de la época moderna y contemporánea. En segundo lugar, he demostrado que la modernidad, lejos de inaugurar un corte radical, presenta un escenario ambivalente. Desde los siglos XVIII y XIX, y todavía en el XX, encontramos una convivencia incongruente entre, por un lado, los principios del derecho penal moderno —centrados en la libertad y la voluntad de los sujetos— y, por otro, la pervivencia de un derecho penal patriarcal que se resiste a desaparecer. De ahí que pueda hablarse de un derecho penal sexual incongruente, que combina elementos modernos y premodernos de forma conflictiva. A finales del siglo XX, el feminismo exigió una mayor coherencia con el paradigma moderno, reclamando la definitiva incorporación de los delitos sexuales al marco de la libertad sexual y la voluntad, tarea que sigue considerándose inacabada por una buena parte del feminismo.

c) Análisis crítico del panorama actual y las alternativas abiertas. He mostrado que la situación contemporánea mantiene esa ambivalencia, pues aún existen legislaciones que conservan restos del paradigma violento en sus definiciones de los delitos sexuales. Pero

el escenario se ha complejizado aún más con la emergencia de un tercer paradigma: el del consentimiento afirmativo. Este modelo, lejos de ser homogéneo, se presenta como contradictorio. En parte, se reivindica como culminación del paradigma de la libertad sexual; en parte, se formula a partir de principios que implican salir de dicho paradigma y abandonar algunos de sus presupuestos fundamentales. Mi investigación ha defendido que este paradigma afirmativo está tensado en dos direcciones divergentes y que, en consecuencia, el mapa histórico actual se caracteriza por la coexistencia de tres modelos distintos —el patriarcal de la violación violenta, el moderno de la libertad sexual y el emergente del consentimiento afirmativo—. Este diagnóstico permite comprender que nos encontramos en un momento de encrucijada: o bien completar una tarea aún inacabada, llevando hasta el final la coherencia del paradigma de la libertad sexual, o bien emprender una vía alternativa, cuyas consecuencias pueden ser radicalmente distintas.

2. Resultados conceptuales

Un segundo grupo de resultados se vincula con las clarificaciones conceptuales que esta investigación ha aportado al debate sobre el consentimiento.

a) La distinción entre la voluntad y el deseo. Propongo en esta investigación esta diferencia filosófica porque considero que, a partir de ella, podemos comprender, por una parte, el tipo de querer que exige el derecho, y, por otra, los límites de lo que el derecho mismo puede abarcar. A partir de esta distinción se traza una frontera que reproduce la separación entre el ámbito jurídico y el ámbito ético, distinción que me parece irrenunciable y que considero que está en juego en determinadas conceptualizaciones del consentimiento. El derecho puede ocuparse de la voluntad en cuanto manifestación consciente y racional de un sujeto responsable de sus actos, pero no puede pronunciarse sobre el deseo, marcado por la opacidad, la vulnerabilidad y la apertura al otro. Reivindicar la necesidad de preservar la diferencia entre voluntad y deseo no significa renunciar al deseo, sino, al contrario, abrir un territorio específico para la ética sexual que solo puede existir en la medida en la que el derecho permanezca dentro de determinados límites.

b) La distinción entre violencia y fuerza. El paradigma patriarcal de la violación violenta, que exigía una resistencia heroica por parte de las mujeres, se asentaba sobre una reducción de la fuerza a la violencia física o a la amenaza grave. Esta investigación sostiene que para comprender adecuadamente el delito sexual es imprescindible salir de ese marco estrecho y recuperar una noción más amplia de fuerza, una noción al menos tan amplia como la empleada en el resto de delitos contra la libertad. Ello implica incluir todas las formas de forzar a un sujeto a realizar lo que no quiere, es decir, todo aquello que impide que pueda ejercerse la voluntad libremente.

c) La distinción de la fuerza con el poder. Ahora bien, la investigación subraya, al mismo tiempo, que la fuerza debe quedar delimitada frente al poder. Mientras la fuerza remite a aquellas coacciones concretas que invalidan el consentimiento, el poder remite a una dimensión estructural y difusa, que impregna las relaciones sociales de manera ubicua. Algunas corrientes feministas (MacKinnon) han interpretado que el poder mismo invalida cualquier consentimiento, pero aquí se argumenta que esa concepción resulta excesivamente indeterminada para el campo jurídico. Precisamente por su carácter estructural, el poder no puede confundirse con la fuerza si queremos preservar la validez del consentimiento en el derecho penal. El resultado es, por tanto, una triple distinción conceptual entre violencia, fuerza y poder, que permite redefinir con mayor precisión el alcance de la noción jurídica de consentimiento.

d) La distinción entre el consentimiento como permiso y el consentimiento como contrato. Otra distinción fundamental es la que se establece entre el consentimiento entendido como permiso o como contrato. Se trata de una diferencia interna al propio campo jurídico, pero que ha sido a menudo desatendida en algunos feminismos que no han dialogado con la teoría del derecho. La ambigüedad semántica del término consentimiento ha dado lugar a confusiones importantes dentro de la teoría feminista. La tesis ha defendido que, mientras el consentimiento como permiso constituye una noción negativa —que supone la ausencia de oposición y la posibilidad de negarse—, el consentimiento como contrato implica una noción positiva, próxima al acuerdo de voluntades propio del derecho civil y contractual. Este último modelo, que convierte el consentimiento en un pacto recíproco con obligaciones para ambas partes, ha sido justamente criticado por el feminismo, pues corre el riesgo de reinstaurar formas de

subordinación. En consecuencia, se concluye que el único concepto defendible en el ámbito penal es el del consentimiento como permiso negativo.

e) La noción de un sujeto verosímil del consentimiento. Otra aportación de la investigación es la diferencia entre un sujeto inverosímil y un sujeto verosímil del consentimiento. El primero corresponde al modelo de contrato sexual y presupone un sujeto plenamente volitivo, autosuficiente y con una voluntad todopoderosa. Con la noción de verosimilitud y su aplicación al sujeto del consentimiento nos referiremos a un sujeto jurídico que sea, por tanto, un sujeto de la voluntad pero pueda, al mismo tiempo, tener un querer cambiante, retirable, no transparente y no anticipable de antemano. El sujeto verosímil se define, entonces, como aquel que admite la contingencia e incertidumbre, es decir, un sujeto al que se le atribuye, como ficción, una voluntad pero al que se le permite tener también un deseo. Como se defenderá solo una concepción negativa (no contractual) del consentimiento permite este tipo de subjetividad.

f) La idea del consentimiento como ficción. La investigación ha defendido que el consentimiento debe entenderse como una ficción jurídica: no como una mentira —como sostiene MacKinnon— ni como una verdad que pueda convertirse en contrato y capturar toda la complejidad de las relaciones sexuales. Esta noción de ficción permite sostener una versión débil o verosímil del sujeto de la voluntad, es decir, un sujeto con una voluntad limitada. Limitada, en primer lugar, porque requiere condiciones de posibilidad para ser válida y, en segundo lugar, porque, en cuanto ficción, nunca puede captar la totalidad de la experiencia social y sexual, que excede los márgenes de la ley. El consentimiento aparece, de este modo, como necesario en el derecho, pero insuficiente para comprender las relaciones humanas, lo que conduce de nuevo a la necesidad de abrir un horizonte ético de la sexualidad más allá del campo jurídico.

3. Resultados críticos dentro del feminismo

Otro conjunto de resultados de esta investigación tiene que ver con el examen crítico de las principales corrientes y autoras que han reflexionado sobre el consentimiento sexual. Una característica del trabajo ha sido tomar en serio a mis

interlocutoras críticas, lo que significa reconocer la coherencia de sus planteamientos incluso cuando mis conclusiones se distancian de las suyas.

a) Análisis crítico de la propuesta de Catharine MacKinnon. La autora con la que más intensamente discuto es Catharine MacKinnon. He mostrado que su teoría conduce, en el plano jurídico, a una negación de la voluntad de las mujeres y a una invalidación total de la agencia femenina. Este desenlace se fundamenta, a su vez, en una concepción del poder que resulta filosóficamente problemática por su carácter totalizante: si el poder es absoluto y omnipresente, ningún consentimiento puede ser reconocido como válido. Con todo, he querido subrayar también la coherencia de su posición y la razón que le asiste al advertir que allí donde no existen las condiciones materiales para el rechazo o la negación, el consentimiento debe ser considerado inválido. Esta crítica de MacKinnon al consentimiento positivo es, en efecto, una aportación crucial que he recuperado en mi propio marco teórico.

b) Discusión crítica con la posición de Carole Pateman. Otra interlocutora fundamental ha sido Carole Pateman. Mi crítica se centra en que su rechazo del consentimiento se funda en una confusión entre las figuras jurídicas del contrato y del permiso. Al no habilitar esta distinción en su teoría, Pateman termina rechazando la totalidad del consentimiento como institución jurídica. Frente a ello, he defendido que su crítica al contrato sexual es certera y sumamente valiosa, pero no implica necesariamente una crítica a toda forma de consentimiento. En este punto, mi investigación asume plenamente la crítica de Pateman al contrato en el ámbito del sexo, pero se separa de la consecuencia de invalidar cualquier modalidad de consentimiento.

c) Discusión crítica con el feminismo español de la igualdad. Considero que las posiciones que el feminismo ilustrado de la igualdad ha mantenido en torno al sexo resultan incoherentes con el marco filosófico que reivindica en relación con la modernidad. Esta corriente se caracteriza, en efecto, por la defensa de un sujeto verosímil, enmarcado en la universalidad del proyecto ilustrado, la racionalidad y la autonomía propia del derecho moderno. Sin embargo, en el terreno de la sexualidad, el feminismo de la igualdad ha asumido marcos teóricos propios del feminismo de la dominación, lo que le lleva a despojar al sujeto femenino de toda agencia. El resultado es una

inconsistencia que lo saca de los presupuestos mismos de la modernidad y de la Ilustración que sus integrantes dicen defender.

d) Crítica al paradigma del consentimiento afirmativo. Un resultado especialmente relevante de esta investigación es la crítica al *paradigma del consentimiento afirmativo*. He mostrado que se trata de un paradigma inconsistente, pues responde a principios y objetivos diferentes que no terminan de articularse entre sí. Por una parte, algunos de sus defensores lo entienden como una continuación del proyecto de *modernizar* la regulación penal de los delitos sexuales y de conceptualizarlos dentro del marco de la libertad sexual. En este sentido, el consentimiento afirmativo aparecería como una prolongación de la línea abierta desde los años setenta por parte del feminismo y de algunas reformas legislativas que apostaron por situar el consentimiento en una clave negativa: un derecho a decir que no, una garantía frente a la coacción. Sin embargo, junto a esta línea de continuidad, el consentimiento afirmativo contiene también una pretensión distinta: la de redefinir el concepto mismo de consentimiento y, con ello, los propios límites del derecho penal. En lugar de una prolongación del paradigma de la libertad, se propone aquí un desplazamiento que reconfigura el papel del derecho a partir de una determinada concepción de la sexualidad heredada del feminismo de la dominación. Esta tensión interna explica el carácter contradictorio del paradigma afirmativo. En sus versiones más débiles o moderadas no se distancia demasiado del consentimiento negativo y, por tanto, no supone un gran cambio. Pero en sus formulaciones más ambiciosas, el espíritu de la doctrina apunta en otra dirección, hacia una reformulación profunda del consentimiento en un sentido desiderativo o deseante que anula toda distinción entre la voluntad y el deseo y entre el derecho y la ética y que, por tanto, entraña riesgos importantes: una ampliación de los poderes del estado y del derecho penal y una moralización del sexo desde la ley que cierra el campo de la ética sexual.

4. Resultados jurídicos propositivos

Otro grupo de resultados de esta investigación se refiere al ámbito jurídico y a la forma en que debe configurarse la regulación penal de los delitos sexuales.

a)Abandono del requisito de la violencia y la resistencia física. En primer lugar, he realizado una crítica al paradigma antiguo de la violación violenta, mostrando cómo la historia del delito sexual nos sitúa ante el problema del requerimiento de una resistencia heroica por parte de las mujeres. Este paradigma se fundamentaba en una restricción de la noción de fuerza a la fuerza física o a la amenaza grave, lo que limitaba enormemente la protección penal. A pesar de los avances del derecho penal moderno y contemporáneo, que ha querido dejar atrás este modelo, he señalado cómo persisten incoherencias y restos de este paradigma. De ahí la necesidad de someter a examen constante las leyes para detectar y eliminar esas rémoras. Desde esta crítica, la investigación sostiene que el delito sexual debe configurarse en torno a la noción de consentimiento o voluntariedad del sexo. Para ello es necesario ampliar o espiritualizar la noción de fuerza de manera que abarque todas las formas posibles de forzar a un sujeto, más allá de la pura violencia física. Esto implica no ligar la tipificación penal a medios comisivos concretos, sino reconocer en un plano de principios que toda forma de imposición sobre la voluntad invalida el consentimiento. Reconocer el principio de la voluntariedad exige, al mismo tiempo, delimitar el consentimiento en una línea negativa. Ello significa atarlo a condiciones de posibilidad, que son las condiciones de posibilidad de la negativa. De ahí se deriva la importancia de que las legislaciones sean ricas, complejas y completas en la descripción de todas aquellas circunstancias —temporales o permanentes, subjetivas o contextuales— que impiden a una persona consentir válidamente. Atender a estas condiciones permite, al mismo tiempo, reconocer el consentimiento de las mujeres como válido allí donde se da efectivamente en un marco no coactivo. Mi propuesta consiste, por tanto, en restringir el concepto de consentimiento *desde su exterior*, mediante condiciones de validez, y no desde su interior, es decir, sin modificar su significado ni exigir que consista en la expresión de un deseo verdadero. Critico esta última vía porque conduce a una ampliación punitiva y, además, a una normatividad sexual que convierte al derecho en un regulador del deseo y de lo que se considera bueno o deseable.

b) Crítica del contrato sexual. Asimismo, he realizado una crítica a la noción de contrato sexual, señalando los riesgos de la positivización del derecho en el campo de la regulación jurídica del cuerpo de las mujeres y su sexualidad. La idea de derecho positivos -derecho al sexo, a la paternidad y maternidad, etc- resulta peligrosa para las mujeres,

pues abre la puerta a formas de apropiación contractual de sus cuerpos y capacidades reproductivas. En su lugar, reivindico la necesidad de regular negativamente aquellas cuestiones vinculadas al cuerpo de las mujeres, su sexualidad y su reproducción, evitando convertirlas en objeto de obligaciones contractuales. Este planteamiento se traduce en propuestas concretas. En el terreno del trabajo sexual, considero necesario explorar vías de despenalización que no impliquen su contractualización. Esto significa defender un consentimiento negativo también para las trabajadoras sexuales, que garantice siempre su posibilidad de retirar en cualquier momento el consentimiento y que permita distinguir entre relaciones sexuales consentidas y violación incluso en el marco del trabajo sexual. De igual modo, he argumentado que esta clave negativa debe aplicarse a prácticas como el sadomasoquismo, donde se puede defender la despenalización de determinadas prácticas sexuales, pero nunca la validación de un contrato sadomasoquista. En la misma línea, he señalado los riesgos de contractualizar prácticas reproductivas como la gestación subrogada o ciertas técnicas de reproducción asistida. En todos estos casos, la defensa de un consentimiento negativo implica garantizar la posibilidad de retractación de las mujeres y evitar que sus cuerpos y capacidades reproductivas se conviertan en objeto de contratos respaldados por el Estado. Esta es una línea argumental abierta por la investigación que considero que puede ser muy productiva para debates futuros.

5. Resultados ético-políticos

Por último, esta investigación ha mostrado la validez del derecho penal, pero siempre restringido a determinados límites y condiciones de posibilidad. Si la validez del consentimiento solo puede sostenerse si se concibe en términos negativos se ponen de relieve los límites del propio concepto de consentimiento y, con ello, los límites del derecho penal para abordar la complejidad del terreno sexual.

a) Necesidad de abrir el espacio para una ética sexual. La tesis ha defendido que trazar con precisión las fronteras de la ley no significa desentenderse del problema, sino, al contrario, abrir un campo específico para la discusión ética. Una de las aportaciones más relevantes de los feminismos actuales es precisamente la reivindicación de una

conversación ética sobre el sexo, hoy obstaculizada por la pretensión de que el derecho penal pueda resolver aquello que la tesis argumenta que no puede resolver. En este sentido, el trabajo concluye con una apertura: la necesidad de explorar ese espacio ético que esta investigación, por los límites de la misma, no puede abordar pero que se revela como imprescindible para una transformación de las normas sexuales y de las reglas patriarcales que rigen nuestras relaciones. Muchos de los malestares y problemas que enfrentan las mujeres en el ámbito sexual, aunque no sean objeto de regulación penal, constituyen asuntos morales y éticos que requieren discusión, crítica y elaboración colectiva. La tesis abre así un campo a explorar que debe ser continuado en futuras investigaciones.

b) Los límites de una libertad meramente negativa y la necesidad de una política transformadora más allá del campo del derecho penal. La delimitación de lo que el derecho puede y no puede hacer abre necesariamente un campo político más amplio. Si bien el consentimiento debe ser reconocido a los sujetos —y especialmente a las mujeres—, en un mundo desigual, es decir, en el mundo realmente existente, ese reconocimiento no puede ser sino una ficción jurídica que, aunque necesaria, es insuficiente. La investigación ha mostrado que la desigualdad estructural y las relaciones de poder no pueden ser corregidas desde el derecho penal. La tarea pendiente es, en este sentido, política, económica, cultural y social: una transformación profunda de las instituciones y de las estructuras que sostienen la desigualdad. En particular, se trata de combatir las desigualdades económicas que afectan a las mujeres y a otros sujetos subalternos, ampliando sus márgenes de libertad mediante una lucha feminista transformadora frente a un mundo capitalista y patriarcal.

CAPÍTULO PRIMERO
LA LEY PENAL SEXUAL COMO ENEMIGA DE LAS MUJERES

> La violación entró en la ley por la puerta trasera,
> como un crimen de propiedad cometido por un hombre contra
> otro hombre. Por supuesto, las mujeres eran la propiedad.
>
> Susan Brownmiller

Como pretende mostrar este capítulo, el estudio de la conceptualización del delito sexual demuestra que la ley sexual -también en el derecho moderno- ha estado al servicio de la normalización del control masculino del cuerpo de las mujeres y no ha sido, por tanto, precisamente amiga de las mujeres. El feminismo, desde la "segunda ola" hasta la actualidad, ha denunciado esa complicidad de la ley con el orden sexual patriarcal deteniéndose en una cuestión: la exigencia que la sociedad patriarcal hace a las mujeres víctimas de violencia sexual de oponerse enérgicamente y luchar, incluso físicamente, contra su agresor sexual. Dicho requisito de resistencia física, cuya existencia puede remontarse al menos hasta el derecho romano, tiene razones profundas, razones que el estudio del delito sexual puede ayudar a comprender. En las siguientes páginas vamos a tratar de comprender esta particular conceptualización jurídica que, a grandes rasgos, llega hasta la modernidad y cuyos efectos o huellas pueden rastrearse aún en nuestra época actual. Una gran parte de los actuales debates sobre el consentimiento no pueden comprenderse sin asumir que el paradigma jurídico de la violación violenta sigue explicando el tipo de derecho penal sexual que las feministas de la segunda ola comenzarán a criticar a partir de los años setenta y que sigue hoy pretendiendo dejarse definitivamente atrás.

La reflexión elaborada desde el campo de los feminismos sobre la violencia sexual es extensa pero se vuelve especialmente profunda a partir de los años setenta del siglo XX, momento en el que las relaciones de dominación en el terreno del sexo adquirirán el estatuto de una verdadera cuestión de época y la libertad sexual de las mujeres se convertirá en una reivindicación política central del feminismo. Dentro del campo de los estudios feministas es ampliamente compartida la opinión de que el texto que inaugura

un nuevo modo de pensar la violencia sexual es *Contra nuestra voluntad. Hombres, mujeres y violación*, escrito por Susan Brownmiller en 1975. En esta obra, que en palabras de Rita Segato "inicia la discusión de la violación en la forma como hoy la conocemos"[86], Brownmiller defiende la contundente tesis de que "el miedo femenino a la violación y no una inclinación natural hacia la monogamia, la maternidad o el amor, fue probablemente el factor decisivo en el sometimiento original de la mujer por el hombre, la clave más importante de su dependencia histórica"[87]. En este texto se adelantarán las principales líneas que van a definir la reflexión crítica feminista sobre la violencia sexual de las siguientes décadas.

1. El significado de la violación en las sociedades patriarcales

En primer lugar, Brownmiller abordará la violación no como una anomalía o un acontecimiento que interrumpe desde el exterior el orden social, sino como algo que forma parte de la normalidad y que, más que a modo de una excepción puntual, existe en nuestras sociedades como un *continuo*. Se comienza a abrir paso así una reflexión propia de la teoría feminista contemporánea, continuada y ampliada por diversas autoras hasta la actualidad[88], que hace de la violación un *fenómeno estructural,* una forma de violencia imbricada en el normal funcionamiento del cuerpo social cuya funcionalidad o *para qué* es servir como un mecanismo de control de todas las mujeres. La idea de que existe una *cultura de la violación*[89] o una "ideología de la violación"[90], que pronto se volvería especialmente útil para el feminismo y cobraría cada vez más presencia en los análisis teóricos de diversas autoras y en la práctica militante de las organizaciones de mujeres, aparece ya en esta obra de Brownmiller. Su función es mostrar que la violación,

[86] R. SEGATO "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*, Madrid: Prometeo, 2017, p. 8.
[87] S. BROWNMILLER. *Contra nuestra voluntad*. *Hombres, mujeres y violación.* Barcelona: Planeta,1981, p. 15.
[88] Ver R. OSBORNE, *Apuntes sobre violencia de género*, Barcelona: Bellaterra, 2009. p. 18 y R. SEGATO "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*. Madrid: Prometeo, 2017.
[89] El concepto «cultura de la violación» aparece por primera vez en 1974 *en Rape. The first Sourcebook for Women*, del grupo Feministas Radicales de Nueva York. Ver M. SANYAL, *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*, Barcelona: Penguin Random House, 2019, p. 155.
[90] El concepto de "ideology of rape" es utilizado diversas veces por Brownmiller en *Contra nuestra voluntad. Hombres, mujeres y violación.* Barcelona: Editorial Planeta, 1981.

tradicionalmente simbolizada como una amenaza que viene siempre *de afuera* y que es exterioriza a través de la figura del *otro* o los otros -el otro al marido, el otro a la familia, el otro a la comunidad- es más bien una pieza esencial e interna de nuestra *cultura* que sobrevive dentro de sus principales instituciones.

Como insistirá en demostrar el feminismo desde la segunda ola, el grueso de la violencia sexual contra las mujeres (y contra los niños y niñas) se ha producido históricamente siempre *dentro* de esos espacios donde justamente se pretende recluir a las mujeres -dentro del matrimonio y dentro de la familia extensa- y ha sido implícitamente encubierta, aceptada o legitimada por la comunidad. Si la identificación del violador como un *otro* es absolutamente necesaria dentro del relato patriarcal, es porque la violación ha sido permitida en esos espacios donde los hombres ostentan su poder sobre las mujeres con legitimidad social y, especialmente, en ese régimen de propiedad sexual masculina, el matrimonio heterosexual, que ha existido a buen resguardo en el interior de nuestra sociedad. "El hombre que sale bruscamente de un callejón o que se arrastra a través de una ventana, es el hombre al cual, si es atrapado, sus iguales llamarán "el violador". Pero el hombre conocido que aprovecha sus ventajas, que utiliza su posición de autoridad, que obliga a aceptar sus atenciones (hermosa expresión victoriana), que no acepta un "no" como respuesta, que supone que el acceso sexual es su derecho y la agresión física su correcta expresión de masculinidad, conquista y poder, no es menos "violador"..y sin embargo, la posibilidad de que ese hombre sea llevado a la justicia es, en la mejor de las circunstancias, comparativamente pequeña"[91]. Brownmiller expresaba así la que será una de las principales críticas del feminismo de los años setenta: las mujeres están expuestas a una violencia sexual integrada en la vida cotidiana a través de dispositivos culturales nucleares de la vida social y permanentemente reproducida mediante prácticas perfectamente toleradas por la sociedad. Una "cultura de apoyo la violación" es aquella ideología que consiste en ocultar este hecho, desviando la autoría de las violaciones hacia el exterior y volviéndolas, convenientemente, hechos aislados intolerables que permiten poner en marcha determinadas respuestas funcionales al mantenimiento del *status quo* patriarcal. La violación, figura emblemática de la violencia sexual, ha sido eminentemente entendida como un acto excepcional, violento y brutal que

[91] S. BROWNMILLER *Contra nuestra voluntad*. *Hombres, mujeres y violación* Barcelona: Editorial Planeta, 1981. p. 385.

siempre es cometido por otros. El *otro* es, en primer lugar, cualquier otro al marido pero la figura del violador puede servir también para encarnar diferencias raciales, étnicas o de clase, así como para dibujar enemistades políticas. Como afirma T. Pitch "la amenaza de la violación es parte integrante de la connotación del enemigo, de quien no es nosotros, de quien está fuera"[92]. La violación, por tanto, concebida bajo determinados parámetros culturales, puede ser usada al servicio de la reproducción de determinadas oposiciones, jerarquías y desigualdades más allá de la que implica el género. El feminismo negro ha dedicado esfuerzos teóricos a desenmascarar esos usos espurios, advirtiendo acerca de cómo un determinado discurso sobre la violencia sexual contra las mujeres (normalmente blancas y de clase alta) es puesto en marcha para señalar a determinados sujetos o colectivos que deben ser percibidos como peligrosos para el grupo social. Angela Davis, bell hooks o Françoise Vergès[93], son algunas de las autoras que han analizado cómo "la acusación fraudulenta de violación emerge como uno de los artificios de más éxito inventados por el racismo"[94] y cómo el mito del violador negro ha sido una figura simbólica fundamental para la construcción del terror social contra las comunidades racializadas[95].

Esa *exteriorización de la violación*, que puede tener rentables usos cuando señala a determinados sujetos o colectivos, puede operar también a través de figuras monstruosas, inhumanas o animales. En cualquier caso es necesario que la representación de la violación construida en el interior de las culturas patriarcales permita señalar un peligro que amenaza desde afuera[96] a la sociedad. De este modo, la violencia sexual, lejos de ser negada u ocultada por las sociedades, se convierte en una amenaza conocida, una

---

[92] T. PITCH, *Un derecho para dos. la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003 , p. 201.

[93] Ver B. HOOKS, "Reconstructing black masculinity", en *Black looks: Race and representation*, Nueva York, Routledge, 1992; A. DAVIS. *Violación, racismo y el mito de violador negro*, en *Dones, raça i classe*. Manresa: Tigre de paper, 2022; F. VERGÈS, *Una teoría feminista de la violencia. Por una política antirracista de la protección*. Madrid: Akal, 2022.

[94] S. BRANCATO. "Masculinidad y etnicidad: las representaciones racistas y el mito del violador negro", en *Nuevas masculinidades*, Marta Segarra y Ángels Carabí (coord). Barcelona: Icaria, 2000.

[95] Como afirma A. Davis "en Estados Unidos y en otros países capitalistas, las leyes contra la violación fueron originalmente formuladas para proteger a los hombres de las clases altas frente a las agresiones que podían sufrir sus hijas y esposas. Habitualmente, los tribunales han prestado poca atención a lo que pudiera ocurrirle a las mujeres de clase trabajadora, y por consiguiente, el número de hombres blancos procesados por violencia sexual infligida a estas mujeres es extraordinariamente reducido. [...] La acusación de violación se ha dirigido indiscriminadamente a los hombres negros, tanto a los culpables como a los inocentes. De esta manera, de los 455 hombres ejecutados entre 1930 y 1967 por condenas de violación, 405 era negros" en A. DAVIS. Op. cit., p. 186 (La traducción es mía).

[96] Sobre la relación entre "adentro" y "afuera" de la sociedad que produce la propia violación ver T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003. p. 200.

amenaza constante, casi omnipresente y que acompaña permanentemente a las mujeres, una amenaza que tiene algo de natural e inevitable -de no política-, que siempre estuvo allí y que siempre seguirá existiendo. Si la violencia sexual no es nunca un secreto, si esa verdad debe darse a conocer, es porque se trata de poner a las mujeres al corriente de un peligro del que deben tratar de resguardarse. Así, una vez advertidas del riesgo que existe *ahí afuera*, las mujeres "deben vivir y moverse en el temor y no pueden esperar nunca alcanzar la libertad personal, la independencia y la seguridad de los hombres"[97]. Responsabilizadas de su propia seguridad y autoprotección, están obligadas a recluirse en la casa, la familia y el matrimonio (principales espacios donde se produce justamente la violencia sexual) limitando su vida pública[98]. Contar con determinados chivos expiatorios es fundamental para encubrir el que es el verdadero secreto: que, en efecto, para las mujeres el sexo normal ha ido acompañado de fuerza, coacción e imposición, que dicha violencia es eminentemente privada y que en ningún caso es desconocida o condenada por la sociedad. La crítica feminista al *terror sexual*[99] ha venido a poner sobre la mesa la funcionalidad que, de cara a la reproducción de un orden sexual patriarcal, tiene que las mujeres tengan miedo al sexo y que vivan la sexualidad misma como un campo de peligros[100]. Construir un clima de temor es funcional para conseguir una eficaz restricción del comportamiento sexual de las mujeres y para mantener la vida sexual femenina confinada dentro de las fronteras domésticas o privadas de una sexualidad heterosexual y reproductiva.

A partir de la segunda ola, el feminismo centra su atención en el disciplinamiento sexual de las mujeres producido por las sociedades patriarcales a través de la violencia[101],

---

[97] S. BROWNMILLER*,* Op. cit., p. 385.

[98] Celia Amorós, como Carole Pateman de otro modo, señaló con acierto la correlación o mutua dependencia que existe entre las libertades públicas y la libertad sexual de las mujeres. El sujeto sexual es, a la vez, un sujeto político y, como si se tratara de dos caras de una misma moneda, la negación de uno de ellos cercena la existencia del otro. La modernidad daría buena cuenta de esta circularidad por la que la limitación de la libertad sexual femenina es al mismo tiempo una imposibilitación de su vida pública y viceversa. Rousseau ha sido tomado como una de las principales figuras de la modernidad que dan cuenta de que la exclusión femenina de la esfera pública va ligada a un intento de reforzar la reclusión de las mujeres en lo doméstico. Ver C. AMORÓS, *Vetas de ilustración. Reflexiones sobre feminismo e islam*, Madrid: Ediciones Cátedra, 2009.

[99] Ver, por ejemplo, V. DESPENTES, *Teoría King Kong*. Barcelona: Penguin Random House, 2028; I. ZIGA, *Devenir perra*, Editorial Melusina, 2009, N. BARJOLA, *Microfísica sexista del poder. El caso Alcàssery la construcción del terror sexual*, Barcelona: Virus, 2018.

[100] Ver C. VANCE. Ed. *Placer y Peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Madrid: Talasa Ediciones, 1989.

[101] Según R. Segato "la violación, en la mayoría de sociedades, tiende a ser un acto punitivo y disciplinador", ver R. SEGATO. "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*, Madrid: Prometeo, 2017. p. 25.

tanto de una violencia encubierta como de una violencia que es fundamental hacer saber a las mujeres para buscar el auto disciplinamiento de las mujeres. En esta línea se volverá relevante el estudio de los diferentes dispositivos culturales e institucionales puestos también al servicio de dicho disciplinamiento sexual femenino en nuestras sociedades, uno de los cuales, para una parte del feminismo será la pornografía[102]. Otro de esos dispositivos será la propia ley criminal, analizada por Brownmiller en esta temprana obra. Desde esta mirada crítica los dispositivos jurídicos orientados a criminalizar el delito sexual deben ser pensados no tanto como mecanismos de protección de las mujeres sino como instrumentos que han sido funcionales al ejercicio, la perpetuación y el encubrimiento de una violencia masculina sistemática. Con esta perspectiva, Brownmiller se asoma a los sistemas de castigo puestos en marcha por las sociedades patriarcales desde la Antigüedad[103] para ordenar el sexo en términos beneficiosos para el control masculino de la reproducción y la descendencia. La autora sostiene que con dicho objetivo como horizonte, la ley conceptualiza el crimen sexual a partir de criterios distintos a los que el feminismo propone al comprender la violación, que no son sino los que lo definen como un sexo *forzoso*, esto es, un sexo llevado a cabo *contra la voluntad de la mujer*. En un orden patriarcal que usa la ley como herramienta para perpetuar el acceso masculino al cuerpo de las mujeres "no podía considerarse la violación como una cuestión de consentimiento o rechazo de la mujer"[104].

Brownmiller insiste en que tal cuestión -lo que quieren o no quieren las mujeres- no interesa a la ley sexual y, de hecho, sostiene que "tal y como sucedió, la violación entró en la ley por la puerta trasera, como un *crimen de propiedad cometido por un hombre contra otro hombre*. Por supuesto, las mujeres eran la propiedad."[105] Tanto en el

[102] La pornografía adquirirá en este sentido un protagonismo central en los análisis del feminismo norteamericano a partir de los años setenta, condensando una gran significación como dispositivo de reproducción de una cultura de la violación. Esta crítica a la cultura pornográfica patriarcal aparece apuntada en *Contra nuestra voluntad* y será retomada más adelante por autoras como Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin y otras. Para un estudio en profundidad del debate feminista sobre la pornografía ver A. VALERO. *La libertad de la pornografía.* Sevilla: Athenaica, 2022; N. PRADA. "¿Qué decimos las feministas sobre la pornografía? Los orígenes de un debate." *La Manzana de la Discordia* (2010).

[103] La autora se remonta a la cultura mesopotámica y la cultura hebrea para analizar los antiguos códigos de Babilonia e Israel, afirmando que "los viejos patriarcas que se reunieron para poner por escrito los primeros acuerdos, habían usado la violación de mujeres para forjar su propio poder masculino" S. BROWNMILLER *Contra nuestra voluntad*. *Hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Editorial Planeta, 1981, p. 385.

[104] S. BROWNMILLER. Op. cit., p. 17.

[105] Ibid.

código Hammurabi como en las antiguas leyes hebreas el crimen sexual es para Brownmiller un instrumento a través del cual las sociedades castigan "una violación de la nueva manera de hacer negocios", es decir, el robo de una propiedad (eminentemente la virginidad de las hijas) de gran valor en el mercado matrimonial y cuyo agente es, por definición siempre un hombre. Las mujeres con capacidad reproductiva -las esposas y las hijas- son un preciado objeto de intercambio que puede ser robado y dañado. Es justamente ese daño, donde los damnificados son los varones, el que las leyes se proponen castigar y, dentro de tales coordenadas, el castigo a las propias mujeres tiene una funcionalidad social. En la medida en la que la violación arruina el valor económico de las mujeres, las leyes antiguas permiten a los hombres deshacerse de dicha "mercancía averiada" castigando a las propias mujeres, es decir, convirtiéndolas en culpables del crimen conceptualizado por la ley. "Una mujer *casada* que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante. Sin tener en cuenta como se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio, y se cogía y se arrojaba al río *a ambos participantes*". Brownmiller añade inmediatamente a continuación: "es *revelador* que hubiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido, caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua"[106]. Sólo a veces[107], esas leyes antiguas que castigan a las mujeres violadas, abrían al mismo tiempo cierto margen de discrecionalidad para permitir que los hombres, en caso de querer hacerlo, pudieran conservarlas. Este tipo de configuración antigua del crimen sexual que Brownmiller rastrea a lo largo de la historia, adquiere una determinada codificación en el derecho romano a partir de la cual pueden comprenderse muchas de las características que acompañarán a la violación durante la mayor parte de la historia de las sociedades occidentales.

[106] S. BROWNMILLER. Op. cit., p. 18

[107] Brownmiller excluye esta posibilidad de los códigos hebreos: "una mujer casada en la cultura hebrea, que era victimizada mediante la violación, era considerada culpable, adúltera e irremediablemente profanada. En las puertas de la ciudad, era apedreada hasta la muerte junto con su atacante. Pero a diferencia de la mujer de Babilonia, que antes de morir podía ser rescatada por su dolorido esposo, no había salvación para la mujer de Israel", ver S. BROWNMILLER. Op. Cit. p. 18.

2. La violación violenta en el derecho romano: el *stuprum cum vi* y la enseñanza de Lucrecia

El elemento principal en el que es necesario poner la atención para comprender la violación en el derecho romano es el requisito de la *violencia física.* A partir del mismo se configurará una forma de conceptualizar la violación como *coacción violenta*[108] y, dentro de dicho marco jurídico, este delito sexual adquirirá una serie de características que le acompañarán durante muchos siglos[109]. La pervivencia de la centralidad de la fuerza física y la violencia en el derecho continental y los códigos penales modernos de Europa (un asunto que se ha vuelto hoy crucial para defender la necesidad de cambiar las leyes), obedecería a causas profundas pues el requisito de la violencia existiría desde la Roma Antigua. Como ha señalado Fausto Giumetti, «en la época romana se configuró el modelo represivo de la *coacción violenta*, que excluía a la mujer de responsabilidad si podía demostrar que había hecho todo lo que estaba en su mano para proteger su *pudicitia* y evitar así la violencia»[110].

Si nos detenemos en los delitos sexuales principales contemplados en el derecho romano éstos son fundamentalmente dos. Por una parte, el derecho romano identifica las relaciones sexuales con una mujer casada como *adulterium*[111], un crimen conjunto cometido por dos personas por el que se castiga a ambos participantes y, por lo tanto, tanto a las mujeres como a los hombres. En un orden social donde el control masculino de la reproducción implica el control del cuerpo de las mujeres, las leyes tienden a castigar severamente toda desobediencia femenina que ponga en riesgo la monogamia

[108] Tomaremos el concepto de "coacción violenta" utilizado por Fausto Giumetti en la medida en la que nos parece apropiado para caracterizar la naturaleza *físicamente violenta* que la violación tiene necesariamente en un paradigma no ordenado en torno al consentimiento, algo que, a menudo queda desdibujado en los actuales debates sobre el sentido de las reformas de las leyes penales europeas, donde el concepto de fuerza, como se señalará más adelante adquiere un significado ambiguo. Ver. F. GIUMETTI, "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada" en *RIDROM*. 33.2 (2024): 230-269; ID., "Breve historia de la violencia sexual: desde puella vacilante de Ovidio a "la Manada", en J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, V. SALDAÑA ORTEGA, M. MARTÍN MORO (direct.), *El papel de los derechos de la mujer en el derecho Romano. Evolución histórica hasta nuestros días*, Madrid: Dykinson, 2025, pp. 93-105.

[109] Cabe señalar que la violación fue reconocida como delito autónomo en la época posromana en la Ecloga de 740 d.C. ordenada por León Isaúrico y Constantino Copronimo. Ver F. LUCREZI, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano.* Studi sulla "Collatio" *II*, Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 12.

[110] F. GIUMETTI, "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada" en *RIDROM*. 33.2 (2024), p. 242.

[111] La punibilidad del adulterio hunde sus raíces en la *primordia civitatis*. Dionisio de Halicarnaso (Dion. Hal., *Ant. Rom.* 2.25.6) atribuye a Rómulo una *lex regia* que habría permitido la supresión física del *uxor*; ver P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 55.

heterosexual y el sexo reproductivo en el interior del matrimonio. De ahí la absoluta centralidad del *adulterio* como crimen gravemente castigado, un delito que, como han subrayado algunos autores[112], puede ser considerado como uno de los crímenes más universales de las sociedades humanas. El adulterio, verdadera cuestión central, es una figura con respecto a la cual la definición de la violación violenta (*stuprum cum vi*) aparecerá en el derecho romano a modo de causa eximente, compareciendo, por tanto, de una forma más bien derivada y subalterna, en calidad de una excepción que permite anular la culpabilidad femenina.

Por otra parte, existe la figura del *stuprum,* una categoría delictiva para castigar el sexo ilícito con mujeres no casadas incluidas en la categoría de la *honestas*[113]*,* principalmente vírgenes y viudas. Ni el adulterio ni el estupro, por tanto, en su configuración romana habitual, son transportables a lo que hoy llamamos *violación*, que quedaría no contemplada dentro de esta ordenación de los delitos. Como afirma Graziana Brescia «la naturaleza ambigua del *crimen commune*, delito por su propia naturaleza bilateral, es decir, caracterizado por la coparticipación de dos personas, propia del *adulterium/stuprum*, hizo problemático el reconocimiento de la inocencia de la mujer y la exclusión de su complicidad».[114] No obstante, aun siendo el *adulterium* y el *stuprum* los actos criminales que es prioritario castigar, el derecho romano abre la puerta a una posibilidad menor que, en tanto que excepción, ni siquiera aparece explícitamente

[112] Agustín Malón en *Etica sexual contemporánea*, comentando la obra de Mary Geach Marriage *Arguing to a First Principle in Sexual Ethics*, señala que "el adulterio es junto con el asesinato y el robo uno de los crímenes universales". A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016. Ver nota en p. 333 y p. 335.

[113] La *honestas* era un estatus social que representaba para las mujeres el factor discriminatorio entre las *materfamilias*, consideradas como tales por sus *boni mores*, y las *feminae probrosae*, que representaban una categoría que incluía a las prostitutas, así como a otras figuras femeninas equiparadas a estas últimas y que en su mayoría adoptaban la forma de mujeres que ejercían profesiones censuradas por ser sucias o de mala reputación. Como escribe el jurista Ulpiano (Ulp. 59 *ad ed*. D. 56.16.46.1): *"Matrem familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.* ver T.A.J. MCGINN, *Prostitution, sexuality and the law in ancient Rome*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 171.

[114] G. BRESCIA, *Vis grata puellis. Fortuna di un pregiudizio: il 'caso' di Lucrezia*, en D. CERRATO, C. COLLUFIO, S. COSCO, M.M. CLAVIJO (edd.), *Estupro, Mitos antiguos & violencia moderna. Homenaje a Franca Rame* (Sevilla 2014) pp. 35-53.

recogida en la ley[115] y que parece reforzar la afirmación de Susan Brownmiller de que «la violación entró en la ley por la puerta trasera»[116].

El jurista romano Ulpiano, a comienzos del siglo III d. C. introduce este comentario a la ley de Augusto: "*ceterum quae vim patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur*"[117], aportando una interpretación de la ley augustea que, según han señalado algunos autores[118], tendría importancia para la jurisprudencia romana. De cara a poder resolver ciertos casos concretos, si es posible probar que la relación ha sido impuesta por vía de la violencia física, el *adulterium* pasaría a considerarse una forma particular de *stuprum*, en concreto un *stuprum com vi*. Así, «el elemento de la *vis* fue adquiriendo una apariencia de causa eximente por la que se concedía a las víctimas de violación la posibilidad de defenderse de la acusación de adulterio probando que habían sido obligadas a mantener relaciones sexuales por la fuerza»[119]. En palabras de Brescia «sólo la asunción de la violencia sufrida por la mujer, excluyendo el dolo y, por tanto, la responsabilidad, pudo determinar el paso técnico de la figura de un delito bilateral, en el que son reconocibles dos copartícipes necesarios, a la de un delito unilateral como el *crimen de vi*, con un sujeto activo y otro pasivo, permitiendo situar a la pareja femenina en el papel de víctima y, por tanto, liberarla de la *societas criminis*».[120] El *stuprum cum vi* estaría estableciendo las condiciones que permiten no responsabilizar y, por tanto, no castigar, a las mujeres por los ataques sexuales de los hombres. Sin embargo, es preciso comprender lo restrictivas que son esas condiciones: la resistencia que el legislador romano exige a la mujer para ser amparada frente a una violación no será de cualquier tipo sino que será una resistencia necesariamente violenta. La mujer romana está obligada a luchar contra un ataque sexual, pues la condición *sine qua non* que el derecho romano le impone para ser salvada del *adulterium* es que se pueda demostrar una *vis atrox,* una

---

115 Giumetti apunta a que la violación violenta es una figura probablemente jurisprudencial y afirma que "la lex Plautia de vi y la Iulia de vi publica et privada no hablan de esto". F. GIUMETTI. Op. cit., p. 238.

116 S. BROWNMILLER, *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Editorial Planeta, Barcelona, 1981. p. 17.

117 D. 48.5.14(13).7 (Ulp. 2 de adult.) Traducción: "la víctima de la violencia no puede ser condenada ni por adulterio ni por violación".

118 Ver F. GIUMETTI, *Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")* en *RIDROM*. 33.2 (2024). p. 240

119 Así lo sostiene Giumetti: "el elemento de la vis fue adquiriendo una apariencia de causa eximente por la que se concedía a las víctimas de violación la posibilidad de defenderse de la acusación de adulterio probando que habían sido obligadas a mantener relaciones sexuales por la fuerza". F. GIUMETTI. Op. cit. p. 252.

120 G. BRESCIA, "Elena e l'alibi della violenza. (Ovidio, Heroides 16-17)", en *Revista de Estudios de las Mujeres* 2 (2014) 237-255, spec. 241.

fuerza física especialmente grave y necesariamente *irresistible* o *invencible*. Así pues, la violación, concebida dentro de los parámetros del derecho romano, no es definida a partir de la fuerza en sentido amplio[121] -como un sexo forzoso o forzado a través de cualquier forma de coacción-, siendo requerido que el sexo sea físicamente violento, si no extremadamente violento. Podemos considerar que todo lo violento es no voluntario pero no así, inversamente, que todo lo no voluntario venga acompañado de la violencia física. Así, la delimitación de la violación a partir del requisito de la coacción físicamente violenta, dejará fuera del ámbito de la ley formas de forzar a las mujeres e imponerles el sexo que la sociedad permite y tolera. La incompatibilidad entre un paradigma de la violación basado en la violencia física y un paradigma de la voluntad será el punto central que el feminismo pondrá sobre la mesa a partir de la temprana intervención de Susan Brownmiller, acusando a las legislaciones contemporáneas de seguir ancladas en un injusto requisito de resistencia. Es por eso que la figura de Lucrecia y el relato de su violación será analizado por el feminismo como el ejemplo paradigmático del sadismo con el que la ley sexual ha juzgado históricamente a las mujeres. En línea con los análisis de M. Sanyal[122], proponemos leer la violación de Lucrecia como una significativa destilación ideológica del sistema regulatorio de la violación que se mantendrá vigente durante los siguientes siglos.

La leyenda de Lucrecia cuenta una de las violaciones más famosas de la historia occidental y forma parte de una larga lista de relatos y mitos antiguos donde hechos sexuales nefastos desencadenan acontecimientos históricos determinantes que fundan un nuevo orden social o político. El relato, de comienzos de la época romana imperial, tiene una importante significación histórico-política pues narra el acontecimiento desencadenante del paso de la época monárquica a la República (en el 509 a. C.). El relato, recogido por Tito Livio, Ovidio y Dionisio de Halicarnaso[123] en el mismo periodo, a

[121] Para comprender con precisión la conceptualización de la violación dentro de este paradigma jurídico antiguo hace falta, por tanto, deshacer una ambigüedad que acompaña a menudo a los conceptos de "fuerza" y de "violencia" en el propio campo jurídico y que tiene hoy, en los actuales debates sobre los delitos sexuales, efectos importantes.

[122] M. SANYAL, *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*, Barcelona: Penguin Random House, 2019.

[123] Son tres las principales fuentes antiguas que hablan de Lucrecia y las tres pertenecen a la misma época. Tanto *La historia de Roma* de Titio Livio (27 a.C -9 d. C.) como la *Historia antigua de Roma* de Dionisio de Halicarnaso (8 a. d. C.) o los *Fastos* de Ovidio (12 d. C) están escritas al comienzo de la época imperial.

comienzos de la época de Augusto, emerge en el momento en el que la ley romana configurará esa determinada conceptualización del delito sexual que hemos analizado en páginas anteriores. Puesta en relación con el momento en el que surge, la figura de Lucrecia parece legitimar el paradigma jurídico que hemos analizado, es decir, sirve como fundamento moral de una restrictiva conceptualización de la violación como ataque físicamente violento y de una ley romana que hará a las mujeres culpables del crimen sexual fuera de esas limitantes condiciones. Dadas las hipótesis de esta investigación nos parece interesante explorar en el relato cuál es el papel que tiene la voluntad de Lucrecia y de qué modo queda ésta representada.

Según recoge Tito Livio, un grupo de jóvenes patricios romanos que participan en el asedio militar de la ciudad de Ardea, deciden competir acerca de cuál de todas sus mujeres es la más virtuosa. Entre ellos se encuentra Sexto Tarquinio, el hijo del rey Tarquinio el Soberbio, el último rey de la monarquía romana. Así mismo, forma parte de ese grupo Lucio Tarquinio Colatino, quien ocupará en el futuro el cargo de primer cónsul de la futura República. Con la certeza de estar en condiciones de ganar la disputa, Lucio Tarquinio invitará a todos a su casa para hacerles conocer a su mujer. Al llegar, encontrarán a Lucrecia cardando la lana, lo que dista mucho de los suntuosos banquetes y las frecuentes fiestas en las que se entretienen las esposas de los otros contendientes. Lucrecia es la esposa más laboriosa y obediente y Sexto Tarquinio quedará "seducido por su belleza, unida a su recato ejemplar"[124], por lo que volverá días más tarde a la casa para encontrarla mientras Lucio Tarquinio se encuentra fuera de la ciudad. Según el relato de Tito Livio:

> Fue con la agitación de su pasión armado con una espada donde dormía Lucrecia, y poniendo la mano izquierda sobre su pecho, le dijo: "¡Silencio, Lucrecia! Soy Sexto Tarquinio y tengo una espada en mi mano, si dices una palabra, morirás".[...] Cuando vio que *ella era inflexible y no cedía ni siquiera por miedo a morir*, la amenazó con su desgracia (deshonor), declarando que pondría el

La historia será recogida más tarde por otros autores clásicos como Plutarco en *Vidas Paralelas* o Valerio Máximo en *Hechos y dichos memorables*.

[124]T. LIVIO. *Historia de Roma desde su fundación I-III.* Trad. José Antonio Villar Vidal; rev. Juan Gil; introducción actualizada de Ángel Sierra. Barcelona/Madrid: RBA – Gredos, 2023 (Biblioteca Clásica Gredos), p. 104.

> cuerpo muerto de un esclavo junto a su cadáver y diría que la había hallado en sórdido *adulterio*. Con esta terrible amenaza, su lujuria triunfó sobre *la castidad inflexible de Lucrecia* y Tarquino salió exultante tras haber atacado con éxito su honor. Lucrecia, abrumada por la pena y el espantoso ultraje, envió un mensajero a su padre en Roma y a su marido en Ardea, pidiéndoles que acudieran a ella [...]. Encontraron a Lucrecia, sentada en su habitación y postrada por el dolor. Al entrar ellos, estalló en lágrimas, y al preguntarle su marido si todo estaba bien, respondió: "¡No! ¿Qué puede estar bien para una mujer cuando se ha perdido su honor? Las huellas de un extraño, Colatino, están en tu cama. *Pero es sólo el cuerpo lo que ha sido violado, el alma es puro; la muerte será testigo de ello.* Pero dame tu solemne palabra de que el adúltero no quedará impune". [...] Todos ellos, sucesivamente, dieron su palabra y trataron de consolar el triste ánimo de la mujer, *cambiando la culpa de la víctima al ultraje del autor e insistiéndole en que es la mente la que peca, no el cuerpo, y que donde no ha habido consentimiento no hay culpa*. "Es por ti", dijo ella, "el ver que él consigue su deseo, aunque a mí me absuelva del pecado, no me librará de la pena; ninguna mujer sin castidad alegará el ejemplo de Lucrecia". Ella tenía un cuchillo escondido en su vestido, lo hundió en su corazón, y cayó muerta en el suelo. Su padre y su marido se lamentaron de la muerte[125].

Las consecuencias políticas de la tragedia de Lucrecia serán inmediatas. Conmovida por la narración de la violación y el gesto suicida de ella, la ciudad se rebelará contra el gobierno tiránico del rey Tarquinio y decidirá, como Lucrecia, entregar su vida por Roma luchando hasta liberarla. Han sido muchas las lecturas que han analizado la violación de Lucrecia en su significado político, mostrando el vínculo entre el dominio de Lucrecia y el dominio de Roma y ensamblando "la tiranía política y la tiranía ejercida

[125] T. LIVIO, Op. cit., Libro I, 58. (*La cursiva es mía*).

sobre su cuerpo"[126]. En este sentido, el relato de la violación de Lucrecia sirve para construir, a través de la violación, a un *otro*, a un enemigo político que, exteriorizado, negado y enfrentado, constituye una identidad política romana. Reproduciendo un *leitmotiv* clásicamente romano -y propio de una sociedad volcada en lo militar- el relato defiende el valor relativo o subordinado de la vida individual y la necesidad de poner dicha vida al servicio de determinadas causas superiores. Ahora bien, si por una parte sirve para defender la necesidad de que los hombres den su vida en el campo de batalla contra los *enemigos externos* a la ciudad, por otra parte, sirve para defender el lugar de las mujeres *dentro* de la sociedad y bajo el dominio de sus propios amos.

La dialéctica individuo-destino que comparece en el este relato fundacional de Roma, enfrenta el plano de las acciones de un sujeto con un orden superior de razones que trasciende el plano de la responsabilidad individual. Es ese otro plano que dicta el final trágico de la protagonista el que va a servir para defender un determinado régimen sexual. El relato de Tito Livio expresa una eticidad romana vigilante de la honestidad y la castidad femenina que instruye a las mujeres en la obediencia y servicialidad a sus maridos. Dentro de dicha obediencia está, por supuesto, la obediencia sexual, lo que implica una absoluta prohibición de las relaciones extraconyugales (las mujeres honestas no han de frecuentar fiestas y banquetes con vino) y una disponibilidad sexual plegada a la voluntad del marido. El relato de Lucrecia sirve como instrucción para las futuras mujeres de Roma, a las que se les hace saber que forman parte de un orden sexual patriarcal que les impone ciertos deberes, entre ellos el deber de proteger la conservación de los derechos de propiedad sexual masculinos con su propia vida. Para disciplinar a las mujeres romanas en la castidad o en la obediencia sexual, Lucrecia lanza este mensaje: ninguna mujer puede preferir su vida a su honestidad, es decir, a la protección del honor de su marido.

Como vimos, el derecho romano conceptualiza el crimen sexual en unos términos a partir de los cuales las mujeres sólo estarán protegidas por la ley de la violencia sexual de los hombres siempre y cuando dichos hombres no ostenten derechos de propiedad sexual sobre ellas y siempre y cuando las mujeres puedan probar haber sido víctimas de una fuerza descomunal o *vis atrox*. Obviamente, si la víctima de una violación está

[126] H. NEIRA, "Los motivos de Lucrecia. Una consideración filosófica sobre la violación y el darse muerte". *Ideas y valores: Revista Colombiana de Filosofía*, Vol. 72, no. 183, (2023), p. 180.

obligada a intentar vencer una fuerza invencible -es decir, una fuerza que literalmente no puede vencer-, lo que la ley exige a las mujeres es oponerse a un agresor más fuerte que ellas, exponiéndose a la violencia física y poniendo en riesgo su vida. Sin la posibilidad de demostrar esa resistencia heroica, fuera de esta excepción eximente que obliga a las mujeres a demostrar estar dispuestas a preferir la muerte[127], no era posible impedir el deslizamiento hacia la acusación de adulterio y las mujeres casadas podían compartir el mismo destino que las mujeres no reconocidas dentro de la categoría de la *honestas* como culpables de un crimen sexual.

Si la historia de Lucrecia se ha convertido en la representación de la violación probablemente más famosa e influyente de la historia occidental es porque la significación que encierra trasciende, con mucho, el mundo de la Antigüedad. O, dicho de otro modo, porque muestra hasta qué punto el modo antiguo de concebir la violación ha sobrevivido al paso de la historia y porque condensa una manera de entender la violencia sexual que ha seguido existiendo hasta la actualidad.

3. Características de la violencia sexual en el paradigma de la violación violenta

La exigencia de una violencia específicamente física para considerar a las mujeres víctimas de un ataque sexual debe comprenderse como la herramienta jurídica de una sociedad que no está prohibiendo la violación sino que está censurándola solo en determinados casos y consintiéndola en otros. Dicha regulación ha permitido, por lo tanto, la licitud o permisividad legal de la violación en determinados supuestos. En el modelo de regulación jurídica que incorpora el derecho romano la violación adquiere una serie de características que van a ser extraordinariamente resistentes al paso del tiempo.

[127] En la sociedad antigua, en efecto, es habitual que la víctima se suicide por vergüenza a la afrenta sufrida, entendiendo que su cuerpo ha sido violado y no puede sobrevivir al ultraje. Ejemplo de ello son las mujeres espartanas que, violadas por los mesenios en la época del primer conflicto entre ambos pueblos, dieron lugar al suicidio en masa. Ver, por ejemplo, D. CERRATO, "La cultura dello stupro: miti antichi e violenza moderna", in M.E. JAIME DE PABLOS (dir.), *Epistemologia feminista: mujeres e identitad*, Sevilla: Arcibel Editores, 2011, p. 437.

a) La legalidad de la violación dentro del matrimonio. En la medida en la que lo que está siendo salvaguardado es un orden sexual en el que los hombres tienen derecho a poseer a sus mujeres en un régimen de exclusividad sexual, podemos decir que lo que las leyes han prohibido a los hombres no es violar a las mujeres sino, más bien, violar a las mujeres de los demás, permitiéndoles y autorizándoles a violar a sus propias mujeres. De ahí que la configuración del crimen sexual en nuestras sociedades occidentales haya excluido a los esposos o maridos (o los hombres que ostentan derechos patriarcales sobre las mujeres), una exclusión que se ha mantenido durante la mayor parte de la historia. Para evaluar la durabilidad de este modelo en el tiempo considérese que las leyes que impedían acusar a los maridos de violación y que permitían a los violadores quedar impunes contrayendo matrimonio con la víctima no desaparecieron definitivamente de las legislaciones de algunos de los principales países de Europa hasta la segunda mitad de los años noventa[128].

b) La invalidez de la negativa femenina. La integración de la violencia sexual en la vida sexual cotidiana y ordinaria, en las relaciones maritales y en el sexo normativo, requiere de una determinada cultura sexual del cortejo, una normatividad sexual que precede a la ley y que distribuye determinados roles sexuales a los hombres y a las mujeres respectivamente en el acercamiento sexual. Fausto Giumetti toma el *Ars amatoria* de Ovidio como ejemplo paradigmático de la cultura sexual sobre la cual se edifica la ley romana. Al afirmar en sus versos que las mujeres quieren ser vencidas mediante la fuerza (*pugnando vinci se tamen illa volet [...] Vim licet appelles, grata est vis ista puellis*[129]), Ovidio describe con precisión los mimbres de una cultura sexual en la que se recomienda "no rendirse ante la primera reticencia de la doncella y no contentarse con unos pocos

[128] En Italia el matrimonio reparativo no desaparece de la ley hasta 1981 y la punibilidad del cónyuge, que comienza a ser reconocida a partir de una sentencia en 1976, no queda definitivamente consolidada hasta 1996. En España habrá que esperar a la reforma de 1989 y en Francia dichas leyes no se dejan definitivamente atrás hasta la reforma penal de 1994. Fuera del ámbito europeo, matrimonios reparativos con el agresor sexual han sido abolidos en el pasado reciente en países como Egipto (1999), Uruguay (2006), Marruecos (2014), Túnez (2017) o Palestina (2018) pero siguen siendo hoy una causa de exención penal en muchos países de Oriente Medio y del norte de África. Según el informe "Repealing 'Marry Your Rapist' Laws." de Equality Now (2020), hasta 2020 existían aún leyes que permiten a los hombres condenados por violación eludir la condena si se casan con las mujeres a las que han agredido en Angola, Argelia, Bahrein, Bolivia, el Camerún, la República Dominicana, Guinea Ecuatorial, Eritrea, la Federación de Rusia, Filipinas, Gaza, el Iraq, Kuwait, Libia, Serbia, Siria, Tayikistán, Tailandia o Tonga.

[129] Ovidio, *Ars* I. 661-678. Trad. Vicente Cristóbal López. Madrid: Gredos (Textos Clásicos), 2024.

besos robados, mientras ella lucha por ser conquistada"[130]. El sexo normativo, ya desde los tiempos antiguos, prescribe para los hombres vivir la relación sexual como conquista y obliga a las mujeres a ser no solo pasivas sino, incluso, reticentes o resistentes. Así, lo que dibuja la norma social es una sexualidad femenina que, por una parte, no ha de ser activamente deseante y, por otra parte, ha de estar siempre disponible a los requerimientos masculinos. Las mujeres deben ser doblegadas o forzadas para que la relación sexual tenga lugar. Es decir, el sexo impuesto con cierta fuerza física (*vis*) por parte de los hombres no solamente es permitido dentro de las relaciones maritales sino que forma parte esencial de la seducción erótica masculina y el cortejo.

*c) La protección selectiva ante la violación***.** En una configuración jurídico moral del crimen sexual como la que se configura desde el derecho romano, el delito de violación no excluirá de la protección legal solo a las mujeres forzadas por sus propios maridos o amos, sino también a aquellas mujeres violadas que no son el objeto de propiedad de ningún hombre o han sido excluidas de la categoría de la *honestas*[131]. En la ley de Constantino las prostitutas y el resto de las mujeres consideradas "viles", entre ellas las dueñas y las sirvientas de las tabernas "se dejan inmunes de la severidad judicial, así en el estupro como en el adulterio" por "la vileza de su vida"[132]. El derecho romano oficializa así una exclusión que se mantendrá a lo largo de los siglos posteriores y a través de la cual la cual las mujeres cuyo comportamiento sexual se desvíe de las reglas destinadas a proteger la monogamia, la heterosexualidad y el matrimonio, serán castigadas por la sociedad quedando desamparadas ante el ataque sexual. En estos casos, las leyes pueden incluso volver enteramente irrelevante la naturaleza violenta del ataque. Esta protección selectiva ante la violación, con la que se castigan ciertas desobediencias

[130] F. GIUMETTI. Op. cit., p. 253.
[131] Ver. R. FIORI, "Materfamilias", B*ulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vitorio Scialoja"* (BIDR), núm. 35-36 (1993-94): pp. 455-498. p. 480.
[132] La legislación de Constantino distinguía dos tipos de mujeres, al referirse al adulterio: aquellas cuyo pudor debía ser protegido, que, concretamente, eran las madre de familia; y aquellas otras que "se dejan inmunes de la severidad judicial, así en el estupro como en el adulterio" porque "la vileza de su vida no las creyó dignas de la observancia de las leyes". "Entre las primeras, se podía incluir a la dueña de la taberna; y entre las segundas, a la sirvienta de la misma. Ya señalamos cómo el emperador dejaba exentos a los acusados libres que estuprasen o cometieran adulterio con estas mujeres viles. Nada se dice del estupro violento que tiene como víctima a una mujer vil, pero parece desprenderse de la constitución imperial que la condición de la mujer se tendría en cuenta a la hora de proteger su pudor, pues, ¿cómo defender el pudor de las mujeres que no lo tienen?". RODRÍGUEZ ORTIZ, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI-XVIII)*. Universidad de Almería, 2003, p. 130.

femeninas y se pretende disciplinar sexualmente a las mujeres, no ha desaparecido de nuestras sociedades contemporáneas. Como ha denunciado hasta hoy el feminismo, la sociedad sigue juzgando severamente a las mujeres por sus comportamientos sexuales. Por otra parte, el colectivo de las trabajadoras sexuales no ha dejado de ser, hasta la actualidad, uno de los grupos más desamparados ante la violencia sexual, encontrándose especialmente expuesto a los juicios morales de determinados poderes institucionales (jueces, policías, funcionarios) y de toda una sociedad que sigue estando dispuesta a normalizar o considerar "natural" dicha violencia.

*d)El carácter irreparable de la violación***.** La configuración del delito sexual dentro del paradigma antiguo hace que los castigos puestos en marcha por las sociedades contra dichos crímenes respondan también a los fines perseguidos por la regulación sexual. Bajo la lógica social y económica de un orden sexual patriarcal, la violación solo puede implicar un daño irreparable o, como mínimo, un daño que tiene difícil arreglo. Si este paradigma jurídico prescinde de la voluntad femenina es porque el querer o la ausencia de querer de la mujer no afecta en nada a que dicho daño se produzca. En la configuración antigua del delito sexual, como sostiene Ortiz, "la deshonra del varón podía producirse con la conformidad de la mujer, si, por ejemplo, ésta le era infiel o, incluso, contra su voluntad, en caso de que, por ejemplo, alguien yaciese con ella sin su consentimiento."[133] En cualquier caso, bajo la perspectiva de una ley que pretende proteger los derechos sexuales masculinos, aun demostrando una violencia extrema, la mujer violada ha sido usada por alguien que no es quien tiene derecho de acceso sexual (el marido o el futuro marido). Eso pone irremediablemente en crisis las certezas sobre las que se basa un orden sexual patriarcal pues la violación, en la medida en la que dificulta poder asegurar el control de la reproducción y de la propia descendencia, arruina a la mujer como objeto valioso en el mercado en el que negocian los hombres.

Dentro de este orden sexual, como afirmaba Brownmiller, la posibilidad de castigar la supuesta traición o deslealtad de la mujer es una cierta vía de salida habilitada por la ley para los hombres, en la medida en la que permite a éstos deshacerse de una

[133] V RODRÍGUEZ ORTIZ. *Historia de la violación: Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura, Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997., p. 400.

propiedad inservible para poder, quizás, adquirir otra[134]. El casamiento con el violador parece ser, en este sentido, una cierta solución para sortear el problema de fondo en la medida en la que no anula por completo el valor matrimonial de la mujer (para su familia) y, al mismo tiempo, neutraliza el verdadero peligro de fondo: que los hombres pierdan el control sobre la reproducción propia y la paternidad deje de ser segura e indudable. Fuera de estas precarias soluciones, que son, por supuesto, soluciones para los hombres, la violación es una mancha perenne y un daño absoluto que arruina para siempre a las mujeres e implica su muerte social. Y así se impone su experiencia para las propias víctimas dentro de una cultura de la violación, donde es imprescindible hacer que las mujeres interioricen y asuman como daño propio algo que en realidad es afrontado como una lesión a un bien masculino. La violación no se trata de un ataque a la mujer sino de un ataque a un determinado régimen de propiedad masculina del cuerpo de las mujeres. Es ese acceso, que debe a toda costa ser exclusivo, el que, de ser violado, queda insuperable e irremediablemente dañado convirtiendo a la violación en una lacra o una sombra de la que la mujer no se debe reponer jamás[135].

e) La alta respuesta punitiva. Como se ha señalado también desde el feminismo, es precisamente dentro de un sistema social que valora a la mujer de cara al mercado matrimonial donde el delito de la violación viene castigado con altísimas penas. Dichos castigos, que pueden volverse también contra las propias mujeres, responden a una lógica por la cual tampoco una elevada respuesta punitiva contra los hombres tiene nada que ver con el objetivo de cuantificar el daño a la mujer. Se dirijan contra mujeres o contra hombres, los durísimos castigos puestos en marcha por las sociedades patriarcales contra el crimen sexual han sido un modo de enfrentar lo que, desde una sociedad patriarcal, es pensado como una lesión a los derechos de propiedad sexual de los hombres. En ese sentido, una mirada histórica a la evolución del derecho penal sexual, muestra que es un

[134] Como comenta Rodríguez Ortiz "aunque en Roma se alabase el matrimonio único como algo heroico, la realidad es que en todas las capas sociales el volverse a casar después de enviudar o de divorciarse era algo habitual". El divorcio es una opción para los hombres pero, no obstante, ha de tener causas justificadas, entre las cuales el adulterio de la esposa es una de las principales. Ver V. RODRÍGUEZ ORTIZ. *Historia de la violación: Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura, Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997. P. 38.

[135] El estupro, categoría criminal utilizada para castigar el sexo con una mujer no casada y generalmente virgen, ha sido un crimen común del que se ha responsabilizado a las mujeres, es decir, que ha permitido estigmatizar y rechazar a las mujeres que devienen inservibles por perder su valor en el marcado matrimonial.

error considerar que cuando las sociedades defienden una fuerte respuesta penal ante los delitos sexuales estamos necesariamente ante una prueba de progreso en la libertad sexual de las mujeres. De hecho, en la actualidad las penas impuestas a los delitos sexuales en un importante número de países europeos[136] revelan un problema de proporcionalidad que ha sido señalada por gran parte de la doctrina penal y por la judicatura progresista[137]. En España se sigue señalando la desproporción penológica que implica dentro de nuestro sistema penal el hecho de que los castigos por agresión sexual, en su grado más alto, se acerquen o incluso igualen a los del homicidio, algo que algunas voces feministas han señalado como una rémora o resto de la configuración del delito sexual basada en la honestidad[138].

*f) La dificultad probatoria de la violación***.** La configuración antigua del delito sexual construida a partir del requisito de la violencia física sitúa a las mujeres ante la obligación de dar pruebas de una resistencia que debe distinguirse de la resistencia a la que habitualmente están obligadas como parte de la cultura sexual normativa y que desde el derecho romano adquirirá la dimensión de una resistencia a una *fuerza invencible*. Es decir, el legislador romano, para diferenciar el sexo de la violación, introduce el requisito de una *vis atrox,* estableciendo como elemento necesario del *stuprum cum vi* una violencia física descomunal, es decir, requiriendo un *plus de fuerza*. Ahora bien, en este caso cabe decir que el elemento necesario y definidor de la violación, la violencia, no aporta una diferencia cualitativa sino cuantitativa con respecto al sexo "normal", algo que lo convierte en un elemento altamente deficiente para discriminar las cosas en el ámbito normativo y que, por consiguiente, expone a las mujeres a grandes dificultades en el ámbito probatorio. Las mujeres están obligadas a luchar contra un ataque sexual en una sociedad que les reclama también resistirse al cortejo. En estas condiciones, imponer el deber de demostrar que algo ha sido un verdadero ataque bajo amenaza de condena de

[136] A día de hoy, países europeos como Grecia o Reino Unido reservan la cadena perpetua para algunos crímenes sexuales.
[137] Ver Grupo de Estudios de Política Criminal, "Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales". Madrid: GEPC; JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA, Comisión Penal. "Comunicado ante el proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual". Madrid, 16 de febrero de 2021.
[138] Ver, P FARALDO-CABANA "Razones para una reforma del delito de violación en España". En P. Faraldo Cabana & M. Acale Sánchez (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 157–183). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. P. 53.

delitos gravemente castigados, convierte a la ley sexual en una especie de trampa para las mujeres. En una cultura en la cual los hombres deben "seducir" con cierto uso de la fuerza, se vuelve realmente difícil -si no directamente imposible- distinguir el sexo de la violación. Si recae en las mujeres la obligación de demostrar dicha diferencia, se está pidiendo a las mujeres que demuestren una excepción dando pruebas de algo -su resistencia- que debe formar parte de la norma. De ahí que este modelo de la violación como una coacción físicamente violenta exponga a las mujeres a una dificultad probatoria de la violación que ha sido señalada por el feminismo. La exigencia de resistencia en una sociedad que no toma el "no" de las mujeres como un límite infranqueable, coloca a las mujeres ante una gran desprotección pues lo que definiría el delito es, en última instancia, una cuestión de grado -cuánto se ha resistido una mujer-, y ello no puede sino introducir una evidente inseguridad jurídica. Esta configuración del crimen sexual, por consiguiente, no vuelve impunes sólo las violaciones permitidas por la ley, sino también muchas de aquellas que la ley declara ilícitas. En los casos en los que la violencia sexual contra las mujeres es punible, se trata de un delito altamente difícil de probar si no, incluso, de un delito que puede volverse contra las propias víctimas, acarreando el castigo por delitos contiguos (principalmente el adulterio) separados por una delgada y borrosa línea. En definitiva, es precisamente la normalidad de la violación, su integración en la cultura como institución permitida y naturalizada dentro de la familia o el matrimonio la que la vuelve difícilmente demostrable fuera de él[139].

4. La exigencia de castidad femenina en las leyes medievales

La historia del delito sexual evidencia la profunda resistencia que nuestras sociedades occidentales han tenido para dejar atrás el paradigma de la violación violenta, que, a grandes rasgos, en la medida en la que tiene que ver con el control patriarcal del cuerpo femenino, se va a prolongar a lo largo de los siguientes siglos[140] y va a sobrevivir

[139] Cabe, incluso, plantearse si la inseguridad jurídica a la que este paradigma expone a las mujeres debe entenderse en el sentido apuntado por Brownmiller. Una cierta arbitrariedad -abierta a través de una figura criminal con un precario principio diferenciador- permite abrir un margen de flexibilidad para castigar o no castigar a las mujeres, algo en cierta medida funcional a un régimen de control sexual masculino.

[140] Para un análisis de la violación en la Edad Media ver, V. RODRÍGUEZ ORTIZ. *Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI-XVIII)*. Universidad de Almería, 2003. Para un

hasta la modernidad. Por supuesto, existen diferencias entre el derecho romano y la conceptualización medieval de la violación que son destacables y, en primer lugar, es importante el hecho de que a partir de la Edad Media los códigos considerarán sólo a la mujer como el sujeto pasivo del ataque sexual, lo que, a su vez, *grosso modo*, se va a prolongar hasta prácticamente el siglo XX. Este giro comienza a advertirse, aunque de forma tímida, ya desde finales del Imperio romano. A partir de la incorporación del cristianismo como religión oficial, la protección imperial comienza a centrarse en la mujer y a referirse más habitualmente a ella como sujeto del delito sexual. No obstante, a pesar de esta creciente atención diferenciada, la conceptualización romana de la violación incluyó hasta el final del imperio tanto a mujeres como a hombres y ello en virtud de que las relaciones homosexuales eran habituales y existían concubinatos sexuales masculinos. La entrada en la Edad Media implica una transformación de la cultura sexual: se promoverá más la contención sexual, la castidad y el ascetismo también para los hombres. Así mismo, la homosexualidad masculina estará condenada a través de la figura del crimen de *sodomía* y la ley, por lo tanto, dejará de regular las relaciones masculinas[141] refiriéndose al forzamiento masculino muy raramente y sólo, justamente, como una posible causa eximente en el delito de sodomía. En general cobrará fuerza una mirada mucho más ascética hacia el sexo, visto como fuente de corrupción moral, lo cual servirá para instaurar la relación heterosexual y reproductiva como el único sexo no pecaminoso. De hecho, se comenzará a concebir a la mujer como un ser más sexual, aspecto fundamental de un discurso misógino por el cual el placer carnal, las necesidades del cuerpo, la tentación y la corruptibilidad sexual serán vicios e imperfecciones esencialmente femeninos. Las mujeres serán descritas en los textos religiosos y en los códigos medievales ya desde el derecho visigodo como seres sexualmente incontinentes que, fuera del estricto control de las prohibiciones sexuales, suponen una peligrosa fuente de contaminación, corrupción moral y caída en el pecado para los hombres.[142]

análisis de las épocas moderna y contemporánea ver, por ejemplo, G. VIGARELLO, *Historia de la violación: Siglos XVI-XX.* Madrid: Cátedra, 1999.

[141] En el *Liber Iudiciorum*, se incluye el forzamiento de hombres, como una posibilidad que podía darse dentro del delito de sodomía. Ver *Liber Iudiciorum*, Libro V, Títulos 2 (*De stupris*), 5 (*De raptu virginum vel viduarum*), y 7 (*De incestis et stupris*), en *Liber Iudiciorum o Fuero Juzgo*, ed. y trad. José Orlandis y M.ª A. Riesco Álvarez (Madrid: BOE, 1975).

[142] Ver H. KRAMER y J. SPRENGER. *Malleus Maleficarum o el martillo de las brujas*. Traducción de Luis Cortés. Madrid: Ediciones Akal, 2004. Para un análisis feminista del disciplinamiento sexual de las mujeres a finales de la Edad media ver S. FEDERICI, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010, especialmente cap. 4, 229–235.

Esta supuesta lujuria femenina perseguirá siempre, como sospecha inculpatoria, a las mujeres expuestas a los ataques sexuales de los hombres, recayendo en ellas la acusación de haber provocado el deseo sexual y convirtiéndose ellas con facilidad en las principales culpables de toda relación sexual prohibida por las leyes. "La violación suponía la vejación y la vergüenza de la mujer, que, tras ser violada, tenía que escenificar todo su sufrimiento y la falta de consentimiento para que realmente fuese creída, pues aunque, en principio, se la consideraba inocente de lo sucedido, en el Medievo, la idea de que la violación presuponía o, al menos, acababa, de alguna manera, en el consentimiento era difícil de erradicar ya que socialmente se encontraba muy arraigada la opinión de que la naturaleza femenina se encontraba especialmente inclinada hacia la incontinencia sexual"[143]. Esta culpa que las mujeres acumulan por defecto servirá como trasfondo ideológico de una ley que, de nuevo, exigirá la demostración de la violencia física sobre el cuerpo de la mujer. Como han señalado diversos autores, la sociedad medieval exigirá a las mujeres aportar pruebas para una verificación pública de la violación que consistirán en haber gritado, haberse defendido físicamente y, por supuesto, poder aportar signos corporales de dicha violencia. Así, el fuero de Cuenca, a finales del siglo XII, exigirá que la víctima se querelle "teniendo las mexillas rascadas"[144], y en Aragón en el año 1247, se obligará a la mujer a presentarse con "la cara rota et los cabellos et los vestidos rotos algúnd poco"[145].

Como en el derecho romano, la violación en los fueros medievales se concibe como un delito de *injurias* donde el damnificado es el honor familiar y donde la acción, en tanto que parte agraviada, la suele emprender el padre, el marido o el hermano de la mujer. En la Edad Media, a diferencia de lo que ocurre en Roma, donde el crimen sexual es un delito público, la violación se entiende como un asunto privado[146], lo que deja los

[143] V. RODRÍGUEZ ORTIZ. *Historia de la violación: Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura, Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997., p. 301

[144] "*De la muger forçada o rascada*: la muger que de fuerça fuere querellosa e desde el dia dela fuerça fasta en terçero dia el juez a alos alcaldes se querellase e teniendo las mexillas rascadas, el forçador salga enemigo siempre e sus ayudadores por un anno" citado en S. CLARAMUNT RODRÍGUEZ, "La mujer en el Fuero de Cuenca". *En la España Medieval* 2 (1982), pp. 297–314. p. 305.

[145] Citado en R. CÓRDOBA DE LA LLAVE, *El instinto diabólico. Agresiones sexuales en la Castilla medieval*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1994. pp. 52-54.

[146] "La actuación privada, en el delito de violación, era, por tanto, fundamental, pues o bien la comunidad y la familia de la violada actuaban directamente, sin que interviniese en ningún momento la autoridad pública, como ocurría en el procedimiento extraordinario; o bien, tras el procedimiento ordinario del desafío, el violador declarado *inimicus* se enfrentaba a la venganza de los familiares de la víctima", en V. RODRÍGUEZ ORTIZ Op. cit., p. 306.

castigos en manos de las familias injuriadas y, en particular, de los hombres de dichas familias. Éstos tendrán el derecho, a veces incluso el deber, de ejecutar su venganza no solo ante la violación sino ante los crímenes sexuales que cometen las mujeres de la familia. La "forniçio" figura criminal en la que la mujer es coautora y participa voluntariamente en el acto sexual, estará severísimamente castigada, por ejemplo, en los fueros municipales castellanoleoneses de los siglos XII y XIII, estando los padres autorizados a matar a sus propias hijas y siendo a veces los hermanos o "los parientes más cercanos" los que pueden ajusticiar mediante la muerte tanto a las mujeres como a sus amantes[147].

También como en Roma, ante el delito sexual se armará un sistema selectivo y desigual de castigos que tendrá en cuenta la relación entre los sujetos y la condición social tanto de la parte activa como de la pasiva. No será lo mismo violar siendo siervo que señor, estando estos últimos legitimados a acceder al cuerpo de las mujeres con las que mantienen relaciones de señorío y dominio. Por otra parte, las prostitutas, las sirvientas, las siervas o las mujeres moras "de otro señor" estarán o directamente desamparadas o especialmente desprotegidas con penas distintas y reducidas[148]. Con respecto a la violación marital, aunque el cristianismo, sobre todo en sus primeras etapas, promoverá una nueva moral sobre la pareja que fomentará la amistad entre los esposos y el respeto hacía la mujer[149], ésta nunca tendrá derecho a negarse al sexo con el marido y la ley, por tanto, no permitirá ninguna acusación al marido. En cualquier caso, el paradigma de la violación violenta no es superado ni trascendido en la Edad Media, conservando el crimen sexual durante este periodo histórico las principales características que tenía en el paradigma jurídico antiguo.

[147] En el Fuero de Soria, en el capítulo 541 se señala que: "Si el padre fallare en su casa alguno yaziendo con su fija, pueda los matar, si quisiere, a amos, e non dexar a ella e matar a el. Esso mismo el hermano si fallare a alguno yaziendo con su hermana demjentre que la touiere en su casa, o el pariente mas çercano que en su casa la touiere". Ver V RODRÍGUEZ ORTIZ, Op. cit. p. 262.
[148] V RODRÍGUEZ ORTIZ. Op. cit., p. 305.
[149] Ibíd. p. 104.

5. La convivencia del sistema de estatus y el sistema de contrato en el derecho penal moderno

Rita Segato, en el texto *La estructura de género y el mandato de violación* propone una distinción conceptual entre dos modos de concebir la violación a la que la autora se referirá como el sistema de estatus y el sistema de contrato. En un orden o *sistema de estatus* la violación es entendida en un sentido *premoderno*, esto es, como "una agresión que, a través del cuerpo de la mujer, se dirige a otro y, en éste, amenaza la sociedad en su conjunto, al poner en riesgo derecho y prerrogativas de su padre y su marido, tales como, entre otros, el control de la herencia y la continuidad de la estirpe"[150]. Dentro de este tipo de orden, "la ley contra la violación no pretende proteger a la víctima en su individualidad y su derecho ciudadano, sino el orden social, la "costumbre"[151]. La autora subraya la incompatibilidad que existe entre ese modo de ordenar la sociedad y el paradigma político y jurídico de la modernidad al que la autora llama un "sistema de contrato" y donde el individuo y la voluntad individual devienen nociones nucleares. En un sistema del contrato, la mujer "deja de ser una extensión del derecho de otro hombre y, por lo tanto, la violación pierde el carácter de una agresión que, transitivamente, afecta a otro hombre a través del cuerpo de la mujer, para ser entendida como un delito contra la persona de ésta. En rigor, podríamos decir que la violación solo se convierte en un delito en sentido estricto del término con el advenimiento de la modernidad. Antes, puede considerársela como un acto regulado por las relaciones sociales, cuya aparición se asocia a determinadas circunstancias del orden social"[152].

La misma distinción es evocada por Fabio Ciaramelli cuando contrapone lo que llama una *antropología del orden* -donde la ley ha de perpetuar una serie de relaciones sociales, poderes y jerarquías que ordenan la sociedad- a una *antropología de la libertad*[153] , en la que el consentimiento adquiere una significación central. "En la transición de la antropología del orden a la antropología de la libertad, el consentimiento se ha convertido en la expresión de la autodeterminación de la persona en el ejercicio de

[150] R. SEGATO, *La estructura de género y el mandato de violación,* en *Las estructuras fundamentales de la violencia*. Madrid: Prometeo, 2017, p. 27.
[151] R. SEGATO. OP. Cit
[152] R. SEGATO, OP. Cit., p. 27
[153] F. CIARAMELLI, *Il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali e il superamento dell'antropologia dell'ordine*, p. 3.(La traducción es mía)

la propia sexualidad"[154]. En efecto, el protagonismo que la modernidad conferirá al sujeto individual, convertido en fundamento y piedra de toque de la verdad científica y la legitimidad del orden moral, supondrá una nueva centralidad filosófica, política y jurídica de los conceptos de voluntad y consentimiento. Por una parte, el contrato, en manos de los teóricos modernos, se convertirá en el modelo de las relaciones civiles libres y será usado, nada más y nada menos, que para dar cuenta del origen de la sociedad misma. Es decir, en coherencia con el giro moderno que supone poner al individuo en el centro, el consentimiento adquirirá un papel absolutamente central en la propia justificación de la legitimidad del poder del Estado y del imperio de la ley. También Carole Pateman se adhiere, al menos inicialmente, a esta distinción: "La teoría clásica del contrato y el argumento, más amplio, de que idealmente todas las relaciones sociales deberían tener forma contractual, deriva de una proclama revolucionaria. […] La doctrina de la libertad y la igualdad, individual y natural, fue revolucionaria precisamente porque barrió de un golpe todos los fundamentos que justificaban la subordinación de algunos individuos, grupos o categorías de personas a otros; o, en otras palabras, mediante los que se justificaba el gobierno de un individuo o grupo sobre los otros. La teoría del contrato fue la teoría emancipatoria por excelencia, porque prometía la libertad individual como el fundamento de la era moderna. […] Un individuo naturalmente libre e igual debe necesariamente *consentir* para que otro lo gobierne. El dominio y la subordinación civil debe ser voluntaria y […] el contrato es el paradigma del pacto voluntario"[155]. Desde este punto de vista[156], la llegada de la modernidad representa "la sustitución del estatus, en el sentido de jurisdicción paterna absoluta en la familia patriarcal, por relaciones contractuales y el reemplazo de la familia por el individuo"[157]. Y, dado que en la época moderna "se crea la sociedad civil por medio de un contrato originario una vez que se derroca la ley paterna o patriarcal"[158], parecería necesario sostener que "la sociedad civil contractual se crea de modo tal que contrato y patriarcado aparecen como irrevocablemente contrapuestos"[159], es decir, que el derecho moderno, opuesto al orden del estatus propio del Antiguo Régimen, es necesariamente antipatriarcal. Esta

[154] F. CIARAMELLI. Op. cit., p. 20.
[155] C PATEMAN. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019., pp. 95-96.
[156] Punto de vista que Pateman llama "una versión de la historia" y que la autora confrontará radicalmente a lo largo de su obra *El contrato sexual*.
[157] C PATEMAN. Op. cit., p. 47.
[158] C PATEMAN. Op. cit., p. 36.
[159] Ibid.

concepción podría verse respaldada por el hecho de que el primer país en concebir el delito sexual como un "delito contra la persona" -es decir, como un delito contra la libertad- será la Francia revolucionaria de 1793[160]. Frente a la autoridad de un determinado orden moral, unas costumbres y unas normas heredadas, el individuo en la modernidad adquirirá el rol de instancia constituyente[161]. A partir de la secularización del mundo, de la puesta en cuestión de la autoridad de la tradición y del espíritu universalista del proyecto político de la Ilustración, se hace posible una nueva manera de concebir las relaciones humanas y un naciente derecho moderno que hará de la *voluntad* individual[162] la instancia legitimadora de los pactos, los contratos y los acuerdos.

Sin embargo, como vendrá a decir el feminismo, la modernidad y el proyecto ilustrado revolucionario, si bien despertó esperanzas de emancipación para las mujeres, ha sido para el feminismo un alborear sin mañana que no acabará de conquistar su reconocimiento como sujetos con voluntad propia y, por tanto, mayoría de edad civil. Durante los siglos XVII, XVIII, XIX y hasta bien entrado el siglo XX, las mujeres seguirán sin ser ciudadanas plenas y no serán consideradas sujetos de consentimiento. El feminismo impugnará esta exclusión femenina de la condición de ciudadanía, poniendo en marcha un tipo de vindicación feminista de carácter igualitaria y universalista que inspirará gran parte de las luchas por el derecho al voto, al sufragio pasivo, al divorcio o al aborto libradas en los siguientes dos siglos. Rita Segato, al tiempo que establece la diferencia entre el sistema del estatus y el sistema del contrato, impugna también cualquier relato histórico progresivo. Al contrario, la autora sostiene que lo que va a caracterizar a la sociedad moderna y contemporánea es "la simultaneidad de lo premoderno y lo moderno", es decir, que "el sistema de estatus se mantiene activo dentro

[160] Además, como señala Fraisse, en Francia el reconocimiento de la violación suplanta al término rapto en 1791, y el derecho al divorcio, aunque por un breve periodo de tiempo, es instaurado en 1792. Para profundizar en la conceptualización de la violación en la Francia revolucionaria ver G. VIGARELLO, *Histoire du viol, XVI-XX siècle*, Paris: Éditions du Seuil, 1998. p. 107, citado por G. FRAISSE en *Del consentimiento*, Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 39.

[161] Descartes, en este sentido, inaugura una subjetividad que es fuente de legitimidad del saber.

[162] La primacía del sujeto será el fundamento filosófico del *derecho subjetivo* de la modernidad, algo que hará que la figura del consentimiento se expanda por nuevos territorios del derecho positivo. Fundamentalmente a partir de la aportación de Feuerbach, cuando la teoría jurídica comience a hablar de "derechos" en sentido subjetivo, se pondrán los cimientos de la moderna teoría del bien jurídico. Como sostiene Chang Kcomt, ese principio filosófico -la consideración de que, con anterioridad a todo orden positivo, existe una serie de bienes jurídicos que son disponibles por parte del sujeto- sostendrá la validez de la figura del consentimiento en el moderno derecho penal, argumento al que volveremos con mayor detalle más adelante. Ver R. CHANG KCOMT, *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

del sistema de contrato"[163]. Segato sostiene que "si bien con la modernidad plena la mujer pasa a ser parte del sistema contractual, [...] el sistema de estatus inherente al género sigue gesticulando y latiendo detrás de la formalidad del contrato; nunca desaparece del todo y, en lo concerniente a las relaciones de género, hace que el sistema contractual jamás pueda alcanzar la vigencia plena"[164].

Desde las lecturas críticas que ha hecho la doctrina feminista del derecho penal sexual contemporáneo parece confirmarse esta superposición de dos órdenes o sistemas coexistentes[165]. Hay, en efecto, una ambigüedad que caracteriza al derecho sexual positivo durante los siglos XIX y XX. Las legislaciones de este periodo histórico parecen querer, por una parte, reconocer la voluntad o el consentimiento de la mujer, pero conservarán, al mismo tiempo, elementos del delito sexual sólo comprensibles desde el paradigma de la violación violenta, oscilando entre principios contradictorios que orientan al derecho penal en direcciones distintas. Lo que nos muestra la historia del derecho penal sexual, es que esa "antropología del orden" que mantiene los derechos masculinos sobre el cuerpo femenino[166] -trasportado a la legislación como a través del paradigma de la violación violenta- nunca ha acabado de desparecer. Por el contrario, parece mantenerse siempre vivo, persistiendo y sobreviviendo en un estado más o menos latente. En lo que se refiere, por tanto, al sexo, las supuestas luces que el proyecto político moderno había venido a arrojar sobre las viejas ataduras y servidumbres no han sido más que promesas incumplidas y quizás el terreno sexual haya permanecido como uno de los mayores puntos ciegos de la Ilustración. En el ámbito del sexo, la dominación patriarcal, en vez de ser iluminada, seguirá gozando de sus espacios de penumbra durante siglos y las relaciones sexuales maritales constituirán uno de los principales puntos de oscuridad

[163] R. SEGATO, "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*, Madrid: Prometeo, 2017. p. 28.
[164] R. SEGATO. Op. cit., p. 28.
[165] Ver, por ejemplo, el análisis que hace P. FARALDO en "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, S. RODRÍGUEZ-LÓPEZ; M. A. FUENTES-LOUREIRO; P. FARALDO-CABANA (DIR.), M. ACALE SÁNCHEZ (DIR.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
[166] Especialmente interesante es la aplicación que hace Rita Segato de esta superposición de sistemas -el sistema de estatus y el sistema de contrato- desde el punto de vista del hombre victimario o perpetrador en nuestras actuales sociedades. La autora sostiene que a día de hoy, en muchos contextos, "aun cuando la apropiación del cuerpo femenino (o feminizado por el acto mismo de su subordinación) se de en un marco de supuesta modernidad plena, como no es infrecuente, se produce en la superposición de dos sistemas: uno que eleva a la mujer a un estatus de individualidad y ciudadanía igual al del hombre, y otro que le impone su tutela". R. SEGATO, "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*. Madrid: Prometeo, 2017. p. 30.

donde el poder de los hombres se mantendrá más incuestionado. Mientras tanto la ley, por supuesto, seguirá legislando en el ámbito de las relaciones sexuales pero lo hará (o, más bien, lo seguirá haciendo) en arreglo a lo que F. Ciaramelli llama una "antropología del orden" y no una "antropología de la libertad"[167].

En muchos de sus principales aspectos la configuración antigua del delito sexual sobrevive en la codificación moderna que arranca a finales del siglo XVIII y se mantiene en numerosos códigos de los siglos XIX y XX donde la violación suele ser categorizada como un delito contra la *honestidad* (rúbrica utilizada por el legislador español desde 1848) o como un delito contra la moral o la costumbre[168]. El primer Código penal español, de 1822, constituye un buen ejemplo de la pervivencia de un paradigma jurídico al servicio del control sexual masculino y dejará codificada una configuración del delito sexual que tendrá vigencia durante más de siglo y medio[169]. Como en el caso del antiguo paradigma jurídico, la legislación sexual decimonónica protege de forma diferencial a las mujeres de cara a proteger, en última instancia, el control sexual y reproductivo de los hombres. La norma de 1822 se refiere explícitamente a las mujeres casadas como grupo especialmente protegido que autoriza castigos mayores[170], y excluye explícitamente a las prostitutas de dicho grado de protección con artículos que se refieren a las "mujeres públicas" o "mujeres rameras", estableciendo que en estos casos "se reducirá la pena a la mitad"[171]. El marido, nombrado a menudo como el principal sujeto de la ofensa o el agravio[172], está siempre excluido de la posibilidad de ser acusado de un delito sexual,

[167] F. CIARAMELLI, *Il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali e il superamento dell'antropologia dell'ordine*, en F. Scamardella (a cura di), *Forme del consenso: quale legge sulla violenza di genere?* Napoli: Editoriale Scientifica, (2025), pp. 17–22.

[168] Así, por ejemplo, Italia define la violación como delito "contra la moral pública y la buena costumbre" hasta la reforma del Código Rocco a través de la ley 66 de 1996.

[169] Como afirma P. Faraldo, en dicho texto "aparecen ya algunos rasgos que habrán de caracterizar la regulación de este delito hasta casi finales del siglo XX" ver P. FARALDO, Op. cit., p. 34.

[170] Ver, por ejemplo, el artículo 669 del Código Penal de 1822: "Si fuere casada la muger contra quien se cometa la fuerza [...] sufrirá el reo dos años mas de obras públicas, y el destierro en su caso durará también mientras viva el marido." España, *Código penal Español decretado por las Cortes en 1822*. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

[171] En el Código penal de 1822 se reducen en general a la mitad todos los castigos para los ataques sexuales cometidos contra "rameras" o "mujeres públicas". Ver, por ejemplo, el art. 670: "En todos los casos de dichos cuatro artículos si se cometiere el delito contra muger pública, conocida como tal, se reducirá la pena á la mitad" . También artículos 687 y 688. *Código penal Español decretado por las Cortes en 1822*. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

[172] Ver, por ejemplo, el art. 669. "Si fuere casada la muger contra quien se cometa la fuerza [...] sufrirá el reo dos años mas de obras públicas, y el destierro en su caso durará también mientras viva el marido." *Código penal Español decretado por las Cortes en 1822*. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

siendo esa exclusión tan obvia que opera implícitamente sin ser expresamente argumentada[173]. El consentimiento femenino, que es explícitamente nombrado en diversos artículos, no tiene el poder de extinguir el delito sexual y queda, por tanto, independizado de éste, permitiendo a la ley criminalizar las relaciones sexuales independientemente de que las mujeres las quieran[174]. La insistencia de la ley en castigar el adulterio vuelve a evidenciar que el bien protegido no es la libertad o voluntad de los sujetos sino los derechos de propiedad del marido. Además, la atribución de una elevadísima pena para el delito sexual -que es o bien equiparable a la de homicidio o bien muy cercana, se suele argumentar "sobre la base del daño (casi) irreparable que produce a la víctima la pérdida de su virtud"[175]. Todo ello pone sobre la mesa que en la conceptualización de la violación que sobrevivirá hasta el siglo XX hay aún una ordenación del sexo plegada al mantenimiento de un orden de propiedad sexual masculino.

Sí hay, sin embargo, algunos aspectos en los se producen cambios significativos y se promueve poco a poco un cambio en la interpretación del delito que, aunque a veces no llega a materializarse en el texto legal con claridad, está presente en las interpretaciones de los juristas. Las discusiones jurídicas del momento evidencian que se va abriendo la posibilidad de poner en discusión algunas de las principales características que han acompañado a la violación a lo largo de tantos siglos, a saber, la violación como delito que sólo se persigue fuera del matrimonio, que solo se comete contra las mujeres y del que la ley protege solo a algunas mujeres. Esta línea de evolución, como no puede ser de otro modo, va a ir ligada a un debilitamiento del requisito de la coacción violenta o de la fuerza exclusivamente física[176]. Martínez Galindo, al referirse a esta transformación

[173] Como afirma Faraldo, seguimos estando ante una "configuración de la violación como un delito que regula las relaciones entre hombres, entre el violador y el marido de la víctima, y no tanto entre mujeres y hombres", ver P. FARALDO. Op. cit., p. 34.

[174] Así el artículo 674 establece: "El que para abusar de una muger casada la robare á su marido, *consintiéndolo ella*, sufrirá una reclusión de dos á seis años, sin perjuicio de que ambos sufran además la pena de adulterio si el marido los acusase". *Código penal Español decretado por las Cortes en 1822*. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

[175] P. FARALDO, Op. Cit, p. 40.

[176] En el código penal de 1822 se hace referencia a la necesidad de que la capacidad de resistencia de la mujer haya quedado claramente imposibilitada por parte del agresor, lo cual parece implicar, implícitamente, que dicha resistencia es, hasta el final, una obligación o deber de la mujer: "El que sorprendiendo de cualquier otro modo á una persona, y *forzándola* con igual violencia ó amenazas, o intimidándola *de una manera suficiente para impedirle la resistencia*, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor, y ocho años mas de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso[#]. Sin embargo, como se puede apreciar, la requerida imposibilitación de la resistencia se puede

histórica, atribuye fundamentalmente a la modernidad el desencadenamiento de este proceso, sugiriendo que son los principios modernos de autonomía y autodeterminación los que traen una necesaria ampliación del concepto de fuerza. "En la época moderna, la Ilustración y la consolidación de la idea de justicia basada en la igualdad y la libertad, trajeron una noción de violencia y de intimidación más amplia, que incluía cualquier tipo de coerción, ya fuera física o psicológica"[177]. A partir de la codificación moderna los códigos penales irán incorporando como medios comisivos típicos del delito sexual la amenaza y la intimidación (además de la violencia)[178], a los que se añadirán también elementos como la sorpresa, el engaño, el abuso de poder o autoridad o la privación de sentido. Como sostiene Giumetti, si miramos en perspectiva la evolución del delito de violación durante los siglos XIX y XX "la noción de violencia [...] se ha ampliado progresivamente para incluir el ejercicio de cualquier energía que implique una invasión no deseada -o en cualquier caso no autorizada- de la esfera sexual de otra persona"[179]. Así, a la *vis* romana (restringida, como dijimos, a una violencia física descomunal) se le irán sumando una constelación de elementos[180] que la van a ir acompañando a través de un cambio lento e irregular. La ampliación de la antigua noción de *vis atrox* hacia un concepto más extenso de fuerza, es decir, la incorporación en la ley de un universo más amplio de medios a través de los cuales se *impone* o se *fuerza* la relación sexual nos encaminaría hacia una ley que parecería cada vez más capacitada para entender dentro del delito sexual una violación -como la de Lucrecia- impuesta a través "la fuerza moral

producir no solo por una violencia física sino también por medio de la amenaza y la intimidación. *Código penal Español decretado por las Cortes en 1822*. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

[177] G. MARTINEZ GALINDO, "La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)", en *La reforma de los delitos sexuales*, Barcelona: Bosch Editor, 2024, p. 57. No obstante, la autora, siguiendo a Ortiz, ubica la atención que las leyes prestan a la *intimidación* ya en el Renacimiento o incluso en la Edad Media.

[178] También aparecerá una referencia a la privación de sentido y, a veces, al engaño como vías para obtener el acceso sexual. Cuanta más presencia cobran este tipo de elementos más se relaja o se matiza la exigencia de resistencia física, si bien, al mismo tiempo, la expectativa de que las mujeres defiendan su virtud no desaparece nunca.

[179] Esto aproximaría el delito sexual al concepto de coacciones, es decir, de un modo de forzar al sujeto que no exige la coacción específicamente violenta, la "violencia mecánica" o la "violencia sobre las personas".

[180] Aparte de la intimidación o la amenaza, aparecerá de forma bastante temprana una referencia a la privación de sentido o de razón y, a veces, al engaño como vías para obtener el acceso sexual. A ellos habrá que añadir conceptos como la coacción, el abuso de poder, el prevalimiento, que las legislaciones han ido incorporando y que figuran en numerosas leyes penales vigentes a día de hoy.

o intimidación"[181]. Esto, como han subrayado algunos autores[182], debería llevar a entender la violación en sintonía con la evolución moderna del delito de coacciones y, por tanto, bajo los mismos parámetros del que según G. Jakobs es "el delito general de todos los delitos contra la persona»[183]. Es decir, en coherencia con el paradigma jurídico moderno, el derecho debería encaminarse hacia la comprensión de la violación como una *coacción sexual* y un delito contra la libertad de la persona. Ahora bien, como hemos afirmado ya, esta tarea apuntada por la ley es siempre incompleta e inconclusa, dando lugar a un derecho penal sexual contemporáneo instalado en una suerte de ambivalencia por la que, aun a costa de su propia coherencia interna, no acabará de dejar definitivamente atrás los marcos del pasado.

6. La ambivalencia del derecho penal sexual contemporáneo y el ambiguo rol del concepto de consentimiento

Lo que tenemos durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX es un paradigma jurídico híbrido, donde el sistema es internamente incoherente y los razonamientos son contradictorios. La ley está, por una parte, impelida a ampliar la comprensión de la violencia sexual desligando la violación del requisito de la violencia física. No obstante, en la medida en la que la ley se resiste a descualificar moralmente el sexo y no abandona su papel como salvaguarda de normas morales colectivas, lo que se da en el derecho penal sexual decimonónico y se prolonga durante gran parte del siglo XX es una legislación positiva inconsistente. "Desde Pacheco en el siglo XIX, que afirma que no debía exigirse que la resistencia fuera desesperada ni se hubieran vencido todos los esfuerzos para que realmente hubiera violación, pero sin que bastara tampoco una mera negativa, hasta Cuello Calón a mediados del siglo XX, que afirma que la resistencia tenía que ser constante"[184] y que la amenaza debía ser prácticamente la amenaza de muerte, haciendo

[181] V. RODRÍGUEZ ORTIZ, *La historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1997. P. 97.
[182] Ver, por ejemplo, J. L. DÍAZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*. Buenos Aires: Euros Editores, 2025.
[183] JAKOBS, G., «Consumación material en los delitos contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Granada, núm. 04-13, 2002. p. 6.
[184] G. MARTÍNEZ GALINDO. Op. cit., p. 59.

aún reverberar el mensaje de Lucrecia. A pesar de que la evolución del delito sexual muestre una progresiva ampliación de los medios comisivos, en la medida en la que la honestidad sigue siendo un valor relevante reivindicado explícitamente por la ley, las legislaciones se resisten a dejar de exigir a las mujeres una resistencia, al menos "fuerte" y "enérgica" y, por lo tanto, la violación como una coacción violenta no deja de ser el modelo buscado por el legislador:

> La exigencia de que la mujer oponga una resistencia seria y persistente que demuestre su oposición a los propósitos del autor, sin que se exija que sea desesperada ni que hayan sido vencidos todos los esfuerzos siempre que sea verdadera, pero sin que baste una simple negativa, se mantiene a lo largo del tiempo. En cuanto a la intimidación, se utiliza un baremo objetivo para medir la intensidad con que ha de concurrir, exigiendo algunos que la intimidación sea de tal índole que engendre en la víctima "el temor de sufrir un mal mayor". La idea subyacente es que solo merece protección penal la mujer que sepa defender su honra". [...] Los comentarios doctrinales no dejan ninguna duda al respecto. La tutela de la honestidad suponía, en este contexto, "la tutela de un determinado orden social donde la identidad de la mujer venía determinada en función de los cometidos atribuidos por razón de su sexo, y su status social en razón de su pertenencia a un hombre, y de sus cometidos en el aseguramiento de la descendencia legítima a través del matrimonio.Solo desde esta perspectiva se explican el énfasis en la virtud de la mujer y su resistencia, la impunidad de la violación del esposo, la asignación de la mujer a espacios de sometimiento o tutela, la obligación de dar dote a la mujer si era soltera o viuda o la regulación del matrimonio como causa de exención de la responsabilidad criminal. Estos rasgos se prolongan en el Código penal de 1944"[185]

[185] P. FARALDO en "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, S.

En definitiva, en el derecho penal sexual contemporáneo el delito sexual tendrá un carácter contradictorio, produciendo tensiones dogmáticas que se traslucen en los debates jurídicos de la época[186]. Como detalla Patricia Faraldo, esta ambigüedad se evidencia en la propia consideración de la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito sexual. Autores como Pacheco, hablan de "atentado contra la honestidad y contra las personas", mientras Groizard defenderá que lo que se ve afectado es "el derecho de la mujer á su libertad" y, a la vez, contradictoriamente, "el derecho familiar, personificado en el marido". Éste último autor defenderá la rúbrica moderna de "delitos contra las personas", concluyendo que el ataque sexual a una prostituta debe estar igualmente castigado puesto que "no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir ó de aceptar"[187]. Pero esta avanzada posición, coexistirá con la idea de que el esposo no debe poder ser acusado de violación, pues "la mujer casada cuenta entre sus deberes, como primero, el de no negarse a la realización de los fines del matrimonio"[188].

La situación no es sustancialmente muy distinta cuando el feminismo, a partir de los años setenta, comienza a sacar a la luz los presupuestos patriarcales que siguen imperando en la concepción que las sociedades contemporáneas y sus instituciones de justicia reproducen sobre la violencia sexual. Como explica M. C. Nussbaum:

> Con anterioridad al desafío feminista a la legislación penal estadounidense que se inició en los años setenta del siglo XX, una mujer que denunciara una violación tenía que demostrar que el hombre denunciado había empleado la fuerza física, y que esta fuerza superó la mínima necesaria para consumar el acto sexual en sí. Que el agresor la hubiera amenazado con matarla o con provocarle graves daños físicos solía bastar también para condenarlo, pero no así la "mera" amenaza de uso de fuerza. Por lo general, también, la mujer tenía que demostrar que se había

RODRÍGUEZ-LÓPEZ; M. A. FUENTES-LOUREIRO; P. FARALDO-CABANA (DIR.), M. ACALE SÁNCHEZ (DIR.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 45.

[186] Patricia Faraldo ha analizado la ambivalencia que caracteriza a la doctrina jurídica de ese periodo histórico donde, como ella señala, "algunas posiciones son sorprendentes por lo moderno, y al mismo tiempo, arcaico de sus propuestas". P. FARALDO. Op. cit., p. 41.

[187] P. FARALDO-CABANA. Op. cit., p.41.

[188] Ibid.

> resistido, incluso contra el uso real (o la amenaza) de la fuerza por parte del agresor, [...]. Algunos estados llegaron incluso a convertir la resistencia en requisito legal formal, pero lo más normal era que ese criterio se interpretara como ya explícito en las leyes y, en particular, en los conceptos de *fuerza* o *ausencia de consentimiento*. En un principio, el requisito era que la víctima se hubiera resistido al máximo. Posteriormente, esa fórmula se sustituyó por términos como el de *resistencia razonable* o *resistencia sincera*. Una ley típica de este periodo es una de Nueva York de 1965, en la que se estipulaba que sólo se comete violación cuando el hombre emplea "una fuerza física que vence una resistencia sincera" o profiere una amenaza de "muerte inmediata o de daño físico grave".[189]

Como demuestra esta cita de Nussbaum, el feminismo, desde los años setenta hasta hoy, ha denunciado que esta exigencia de oponerse enérgicamente ante una agresión sexual sobrevive no sólo en la sociedad sino también en la jurisprudencia, operando como prejuicio latente en la aplicación del derecho por parte de jueces, fiscales y abogados con efectos determinantes para las mujeres[190]. Son muchos los ejemplos mediante los que la jurisprudencia ha demostrado que el requisito de la resistencia física o, en cualquier caso, de una resistencia extremadamente fuerte, arriesgada o imposible en las circunstancias concretas, sigue existiendo en nuestra sociedad y, muy a menudo, en las salas de los tribunales[191]. Ciertas formas de aplicar la ley penal sexual en nuestra actualidad no se

[189] M. NUSSBAUM, Ciudades de la soberbia. Barcelona: Paidós, 2022. p. 107.

[190] En 1998 la Corte di Cassazione italiana, en la sentencia conocida como de los *blue jeans*, falló a favor de un acusado de violencia sexual argumentando que el hecho de que el acusado hubiera podido quitar unos pantalones jeans a la denunciante con éxito demostraba el consentimiento por parte de la mujer puesto que, en caso de que la denunciante se hubiera resistido físicamente a ello, la acción se habría vuelto imposible. El tribunal impuso a la víctima el deber de demostrar una resistencia enérgica y combativa, algo que ha sido también explícitamente requerido por el Tribunal de Bolzano cuando argumenta, en una sentencia de 1982, que "un acto inicial de fuerza o violencia [...] no constituye violencia real, dado que las mujeres [...] quieren ser conquistadas incluso con maneras bruscas, tal vez, para crear una coartada para ceder a los deseos del hombre". Ver Sentencia Trib. Bolzano, 30 de Junio de 1982; F. GIUMETTI. "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")" en RIDROM. 33.2 (2024), p. 256.

[191] De hecho, hay noticias de veredictos en los que se absuelve al acusado porque el ofendido, afectado por el alcohol, no pudo expresar suficientemente su disconformidad. Ver Giudice dell'Udienza Preliminare, Tribunale di Trento, 22 maggio 2014, n. 366; E. BIAGGIONI, "Reati contro la libertà e

comprenden, por tanto, sin poner en juego "núcleos ideológicos referibles *stuprum cum vi* del derecho romano"[192].

Ante esta situación, la propuesta de feministas como Brownmiller será la de introducir "una perspectiva *moderna* del asalto sexual"[193], esto es, entender "este crimen estrictamente como injuria a la integridad corporal de la víctima, y no como injuria a la pureza o cantidad de la hacienda de un hombre. Eso implica normalizar los castigos de esta ofensa"[194] y equipararlo a otros tipos de delitos contra la libertad. En la línea de exigir una coherente y completa modernización del delito sexual, Brownmiller argumenta que hay que entender como delitos "todos los actos sexuales forzosos"[195], desligar la gravedad de la ofensa del sexo de la víctima y acabar con la excepción marital. La violación es "una violación de la libertad y autodeterminación sea donde fuere que se produzca, dentro o fuera del lecho matrimonial"[196]. Brownmiller, como una gran parte del feminismo durante los años setenta y ochenta, reivindicará, por tanto, el concepto de "consentimiento". Y, sin embargo, ya en esta primera intervención, paradigmática -como afirma Segato- del modo de pensar la violación hoy, se pone de relieve el carácter problemático que puede encerrar el propio uso de la noción de consentimiento. "Al procurar determinar si se cometió o no un crimen, el concepto de consentimiento que se debate en la corte se limita a si la víctima ofreció o no resistencia al ataque y si su voluntad fue superada o no por el uso de la fuerza o la amenaza de daño físico. La naturaleza peculiar de los crímenes de violencia sexuales, así como la peculiar percepción histórica de su significado, siempre *ha enturbiado la percepción legal del concepto de consentimiento*"[197]. Este carácter opaco, turbio o ambiguo del consentimiento es señalado también por Nussbaum cuando apunta a que ese requisito de resistencia femenina heroica "se interpretaba como ya explícito en las leyes y, en particular, en los conceptos de *fuerza* o *ausencia de consentimiento*"[198]. Es decir, el problema es que, por mucho que la noción de consentimiento entrara en los textos legales, lo que se señalaba (y se requería, por tanto)

---

l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi", in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*. Torino: Giappichelli, 2021, 55 ss., spec. 68.

[192] F. GIUMETTI. Op. cit., p. 235.

[193] S. BROWNMILLER, Op. cit., p. 364 (La cursiva es mía).

[194] Ibid.

[195] Ibid.

[196] S. BROWNMILLER. Op. cit., p. 367.

[197] S. BROWNMILLER. Op. cit. 369.

[198] M. NUSSBAUM, *Ciudades de la soberbia. Agresión sexual, responsabilización y reconciliación.* Barcelona: Paidós, 2022. p. 107.

como prueba de no consentimiento era precisamente la resistencia física que se debía dejar atrás. "Aparentemente -afirma Tamar Pitch- fundar la libertad sexual en el consentimiento parece no solo el modo justo, sino también el único. la violencia empieza donde no hay consentimiento. No hacen falta amenazas, intimidaciones, malos tratos explícitos para que se produzca menoscabo de la libertad sexual [...] El problema reside precisamente en la dificultad de definir el "consentimiento""[199].

Si el derecho penal sexual contemporáneo es, como hemos afirmado, ambiguo y contradictorio, la noción de "consentimiento", plástica y maleable, parece adaptarse como un guante a esa ambigüedad en lugar de sacarnos de ella. Es decir, no cualquier mención del concepto de consentimiento en la legislación penal trae consigo un cambio de paradigma. Es posible apelar a la falta de consentimiento como elemento que acompaña el delito y, al mismo tiempo, seguir haciendo de determinados medios comisivos -la violencia o la amenaza grave- condiciones *sine qua non* del injusto y verdadera cuestión central de la violación. Como recuerda Patricia Faraldo la ausencia de consentimiento "ya se reconocía como un elemento necesario del delito de violación en los códigos penales del siglo XIX, que aludían como medios típicos a la fuerza o la violencia, la intimidación, la privación de sentido o de razón (posteriormente, el abuso de enajenación de la víctima) y la minoría de edad. Se partía de que la violencia, fuerza o intimidación se empleaban para vencer la voluntad opuesta de la víctima que, obviamente, no consentía"[200]. Es precisamente esta centralidad de determinados medios comisivos la que posibilitará el mantenimiento del requisito de la resistencia e impedirá la entrada en el paradigma de la libertad sexual. Pero, como demuestra ya el texto de Nussbaum, el problema que se le empezará a presentar inmediatamente al feminismo parece remitir a una oscuridad que rodea al propio concepto de consentimiento pues, como abordaremos en el siguiente capítulo, esta sádica exigencia de la ley puede ser amparada *a través del propio concepto de consentimiento*. El problema, por tanto, parece remitirnos, necesariamente, a un análisis hermenéutico del propio concepto. ¿Qué significa consentir? Y si la respuesta que el derecho da a esa pregunta nos remite al concepto de voluntad ¿qué distintas nociones de voluntad pueden latir por debajo de esta palabra?

---

[199] T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. p. 209.

[200] P. FARALDO-CABANA, ""Solo sí es sí": hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación", En *Reformas penales en la Península Ibérica. A "jangada de pedra"?* M. ALCALE SÁNCHEZ (coord.) Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. p. 265.

7. Los terrenos grises de la voluntad

En *Ética a Nicómaco* Aristóteles, al abordar la cuestión de lo voluntario y lo involuntario, otorga una atención especial y separada a lo que llama "acciones mixtas", definidas como aquello "que se hace por temor a mayores males o por una causa noble"[201]. Es bien conocido el ejemplo aristotélico de quien se ve forzado a arrojar al mar el cargamento en medio de una tempestad. Como se ha subrayado, la doctrina aristotélica de la imputación hace del movimiento físico forzado la clave interpretativa y el paradigma general de lo involuntario[202] y eso hace que, como han sostenido diversos lectores de la obra aristotélica, la noción de *fuerza* o *vis* usada por el estagirita deba quedar restringida a la fuerza físico-mecánica. Esa limitación de la fuerza a la *vis física* hace que el planteamiento aristotélico presente limitaciones de cara a comprender dentro del concepto de lo involuntario una serie de elementos (la intimidación o la amenaza de violencia) que según la doctrina actual, a partir de lo que se ha llamado un proceso de *espiritualización del concepto de fuerza*[203], deben quedar comprendidos dentro del concepto moderno de "coacción"[204]. En el derecho moderno el problema enfrentado por Aristóteles se ha abordado fundamentalmente a través de la distinción, asentada en la doctrina, entre *la vis absoluta* y la *vis compulsiva*. Si la primera hace referencia a una fuerza o poder superior e invencible, la segunda apunta a una fuerza que compele al sujeto, afectando, condicionando y limitando su voluntad sin anularla por completo. Frente a una fuerza absoluta o invencible, se entiende que el sujeto que la sufre no ha tenido ninguna otra opción y queda eliminada cualquier forma de responsabilidad penal, una responsabilidad que no siempre se extingue y que admite ciertos grados ante casos de *vis compulsiva*[205].

---

[201]ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco, 1110a4, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, , p. 32.

[202] Ver S. SAUVÉ, *Aristotle on the Voluntary*. The Blackwell guide to Aristotle´s Nicomachean Ethics. Kraut, R. (ed.). Oxford: Blackwell, 2006. pp. 137-157. p. 148.

[203] Como argumenta Bardavío Antón, el concepto de coacción ha albergado una evolución doctrinal por la cual la limitación de la conceptualización de la "violencia" a la "fuerza físico-mecánica" (*vis corporis corpori afflicta*) ha ido dando lugar a una noción que abarca la *vis compulsiva* o intimidación y la fuerza en las cosas o *vis in rebus.* en un proceso que se ha denominado la "espiritualización" del concepto de violencia. C. BARDAVÍO ANTÓN, *Las sectas en derecho penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2016, p. 451.

[204] Las discusiones que la teoría jurídica contemporánea ha tenido en torno al delito de coacciones son ampliamente tratadas por Bardovío Antón en su tesis doctoral *Las sectas en el derecho penal.* ver C. BARDAVÍO ANTÓN, *Las sectas en derecho penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2016

[205] BARDOVIO ANTÓN explica así la diferencia entre vis absoluta y vis compulsiva: " la violencia tiene dos alternativas o efectos en la libertad de voluntad. En primer lugar la violencia puede ser vis absoluta en el sentido de dominación del sujeto activo en un abanico de posibilidades (Gewalt als Zwangslage)1393,

Sin embargo, salvando la distancia que existe entre el concepto mecánico de fuerza que emplea Aristóteles y el concepto ampliado de fuerza que utiliza el derecho moderno, estamos ante un mismo problema filosófico-jurídico: la compleja cuestión de que la voluntariedad de las acciones permite distinciones de grado y que existe una zona gris. Aristóteles, por los propios ejemplos que emplea para describir las acciones mixtas -"por ejemplo, si un tirano mandara a alguien cometer una acción denigrante, teniendo en su poder a sus padres o sus hijos y estos se salvaran si lo hacía y perecieran si no lo hacía"[206]- ubica claramente la amenaza y la intimidación dentro de esta categoría mixta entre lo voluntario y lo involuntario, una categoría que pretende dar cuenta de que la agencia del sujeto se ve limitada y restringida, pero no totalmente anulada. Aunque el estagirita reconoce que dichas acciones son imputables a un sujeto -pueden recibir "alabanzas, cuando soportan algo denigrante o penoso por causas grandes y nobles" (o) "censuras, pues soportar las mayores vergüenzas sin un motivo noble o por un motivo baladí es propio de un miserable"[207]-, les confiere un lugar propio a distancia de las acciones claramente voluntarias. "Se obra voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esta clase está en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también está en su mano el hacerlas o no"[208], sin embargo, "quizás en sentido absoluto sean involuntarias: (pues) nadie, en efecto, elegiría ninguna de estas cosas por sí mismas"[209]. Como argumenta Eduardo García Maynez "si las juzgamos abstractamente, son involuntarias; pero en el caso contrario, es decir, en las circunstancias en que se realizan, son voluntarias"[210]. Si dichas acciones no son definidas como simplemente voluntarias es porque el sujeto, en cierto sentido, se ve obligado o, al

como impedimento en la capacidad o formación de la voluntad, en la capacidad de decisión, o también en su último estadio, como impedimento en la ejecución de la capacidad, mientras que si la violencia se ejerce sobre el intelecto del sujeto pasivo, afectando a la voluntad, estamos ante un impedimento ejercido sobre los motivos de la voluntad, lo que se denomina vis compulsiva, no queda impedida la capacidad de voluntad, ni la ejecución de ésta, sino que la voluntad se ve afectada en su dirección por lo motivos previamente afectados, lo que produce una dirección de la voluntad ajena a la dirección sin afección a los motivos. A esto nos hemos referido con la afección a la libertad de decisión, propiamente de las amenazas, por lo que cuando se restringe la capacidad de decisión en cuanto restricción del horizonte de expectativas estaremos en el campo de las coacciones" Para ampliar las discusiones de la doctrina ver C. BARDAVÍO ANTÓN, *Las sectas en derecho penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2016, pp. 454-456.

[206] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 1110a6, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 32.

[207] ARISTÓTELES. Op. cit., 1110a22, p. 32.

[208] ARISTÓTELES, Op. cit., 1110a16, p. 32.

[209] ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 1110a16-19, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 32.

[210] E. G. MAYNEZ en "Doctrina aristotélica de la imputación", *Diánoia*, vol. 18, no. 18, 1972, p. 6.

menos, impelido, desde el exterior a realizarlas. Estamos, para Aristóteles, dentro del campo de la voluntad, pero de una voluntad con minúsculas, una voluntad atada a las circunstancias, compelida y sujetada, tensada e inclinada en determinadas direcciones.

Dada la ampliación del concepto de fuerza que se produce en el derecho moderno y que caracteriza los delitos contra la libertad, ese territorio gris que Aristóteles señala a través del concepto de "acciones mixtas" sería hoy en gran parte comprendido bajo las categorías de amenaza o intimidación donde acciones donde la voluntad se encuentra viciada. En cualquier caso, caigan del lado de lo involuntario o del lado de lo voluntario, estamos ante un modo de querer o de no querer que se distingue de la determinación con la que a veces se quiere o se rechaza algo. Reconozcamos, por lo tanto, un problema: que el concepto de voluntario implica una cierta complejidad, que en su interior pueden ser ubicadas acciones que implican distintos grados de "libertad" y que en sus afueras caben actos desigualmente afectados por una falta de autonomía o libertad total del sujeto.

Esta diferencia entre una voluntad con mayúsculas o absoluta y un grado de voluntariedad que exige entrar en territorios grises es relevante para el asunto que nos ocupa. Una serie de autoras contemporáneas, entre ellas M. Sanyal, I. Hercovich o V. Despentes, así como L. Macaya en el contexto español, han subrayado la pervivencia de la cultura de la violación a través del relato hegemónico y normativo de la violencia sexual que nuestra sociedad obliga a asumir a las propias víctimas. Estas autoras comparten el haber escrito acerca de cómo en nuestras sociedades se impone una determinada vivencia de la violacion sexual a través de la cual ésta debe ser experimentada por las mujeres como un daño tan absoluto e irreparable que ninguna mujer podría preferir o elegir la violación antes que la muerte. "El hecho de tener más miedo a la posibilidad de que te hubieran matado que a quedar traumatizada por los golpes de pelvis de tres cabrones parecía algo monstruoso" [211], comenta Despentes en el relato autobiográfico acerca de su propia agresión sexual. "Es necesario quedar traumatizada después de una violación, hay una serie de marcas visibles que deben ser respetadas: tener miedo a los hombres, a la noche, a la autonomía, que no te gusten ni el sexo ni las bromas [...] Posviolación, la única actitud que se tolera es volver la violencia contra una misma. Engordar veinte kilos, por ejemplo. Salir del mercado sexual, porque has sido dañada, sustraerte voluntariamente al

[211]V. DESPENTES, *Teoría King Kong,* Barcelona: Random House, 2018, pp. 46-47.

deseo. En Francia no se mata a las mujeres violadas, pero se espera que sean ellas mismas las que tengan la decencia de señalarse como mercancía deteriorada, contaminada."[212]

Dentro de estas perspectivas se ha señalado críticamente la existencia de esta "correcta" manera de vivir la violencia sexual y sus deudas patriarcales. En el contexto norteamericano Sharon Marcus ha criticado la supervivencia de la idea de que la violación es "un sino peor que la muerte" en ciertas posiciones feministas de "tono apocalíptico" que pueden debilitar la resistencia de las propias mujeres[213]. Laura Macaya ha sostenido esta misma crítica, reivindicando la necesidad de desmitificar y cuestionar los relatos de la violación en los que la agencia de las mujeres es anulada por completo. En su texto *Contra el feminismo punitivo. Herramientas para destruir la casa del amo,* afirma:

> Cuando aquel hombre cerró el pestillo de la habitación vi claro que su intención no era invitarme a una ralla sino follar conmigo, con o sin mi consentimiento. Cuando intenté resistirme él me agredió físicamente, violencia que empeoraba cuando yo más insistía en esa resistencia. En un momento dado, que supongo fueron dos o tres minutos, y recuerdo como dos horas, puse en marcha el "mecanismo de negociación implícita", un mecanismo frecuente en los contextos de violación. El "mecanismo de negociación" supone abandonar la resistencia, supone una cierta "aceptación" del sexo no consentido para evitar males mayores, sean estos reales o imaginarios y demuestra que, incluso en ese contexto, se pueden realizar valoraciones racionales de costes y beneficios. Este mecanismo es uno de los ejes centrales del estigma y la vergüenza de las mujeres que hemos sido violadas o agredidas sexualmente. Como dice Inés Hercovich, este mecanismo de negociación implica un uso utilitario o instrumental de la vagina por parte de las mujeres, ceder la vagina para evitar la muerte o el daño físico mayor. En un contexto en el que la construcción de la identidad femenina ha estado basada en la

[212] V. DESPENTES, Op. cit., pp. 47 y 57.
[213] Ver S. MARCUS, "Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory and Politics of Rape Prevention," en *Feminists Theorize the Political*, eds. Judith Butler y Joan W. Scott, New York: Routledge, 1992, 385–403.

> sacralización de la vagina y de la sexualidad de las mujeres, el uso utilitario de la misma supone un incumplimiento de las normas de género. El carácter utilitario que algunas mujeres, en contextos de violación, otorgamos a la vagina contradice los recurrentes mitos en torno a la mujer que se resiste hasta la muerte, mitos que han alimentado la idea de que para las mujeres la violación es lo peor que puede sucedernos".[214]

También Inés Hercovich pone de relieve la existencia de una agencia femenina que, aunque existe, debe ser negada por la sociedad. En su obra *El enigma de la violación sexual,* describía la disyuntiva a la que muchas mujeres violadas se ven enfrentadas como "buscar convertir la opción sexo o muerte en la transacción sexo por vida"[215]. En su famosa charla "Negociar sexo por vida" defendía la existencia de un *décalage* entre lo que la sociedad espera escuchar de una víctima de violencia sexual y lo que, muchas veces, las víctimas expresan acerca de su propia experiencia: "Yo escuché a muchas mujeres y no escuché a ninguna hablar de sí misma como si hubiera quedado reducida a una cosa, sometida totalmente a la voluntad del otro. Más bien las escuché como asombradas y hasta un poco orgullosas de reconocer lo lúcidas que habían estado en ese momento, lo atentas a cada detalle, como si eso les permitiera tener algún control sobre lo que estaba pasando. [...] Lo que las mujeres hacen en estas situaciones es negociar. Negocian sexo por vida"[216].

Mithu M. Sanyal[217] se suma a este tipo de análisis en su obra *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo,* cuestionando ese relato standard que normalmente se impone sobre la violación y poniéndolo en relación con la violación de Lucrecia. El ejemplo de Lucrecia estaría sentando las bases para la construcción de dicha experiencia de la violación, pues su finalidad es imponer como deber femenino absoluto poner la vida al servicio de los valores y las costumbres que ordenan la vida sexual en un régimen

[214] L. MACAYA, "Contra el feminismo punitivo. Herramientas para destruir la casa del amo", en *Catalunya Plural,* junio 2018. Disponible on line.
[215] I. HERCOVICH, *El enigma de la violación sexual*. Buenos Aires: Biblioteca de las mujeres, 1997. p. 132.
[216] Ver la charla TED Inés Hercovich "Negociar sexo por vida", disponible en https://www.youtube.com/watch?v=iPk9VTATmGM
[217] M. SANYAL, *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*. Barcelona: Penguin Random House, 2019, p. 155.

masculino. En efecto, lo que la figura de Lucrecia está prohibiendo es negociar sexo por vida, eso que Macaya describe como un "mecanismo de negociación" (que) supone abandonar la resistencia, (que) supone una cierta "aceptación" del sexo no consentido para evitar males mayores, sean estos reales o imaginarios y (que) demuestra que, incluso en ese contexto, se pueden realizar valoraciones racionales de costes y beneficios"[218]. La crítica de estas autoras pretende exponer un aspecto de la cultura de la violación que puede pasar especialmente desapercibido a veces, incluso, para ciertas posiciones feministas: la sociedad patriarcal impone a las víctimas del ataque sexual haber sido absolutamente doblegadas, es decir, haber sido vencidas totalmente como un cuerpo -"reducidas a una cosa" dice Hercovich-. Siguiendo esta línea de análisis podemos decir que lo que una sociedad patriarcal y una cultura de la violación impone a las mujeres es que el sexo prohibido (siempre bajo los términos de una regulación patriarcal de la sexualidad) sea *absolutamente innegociable*. Lo que no se les puede perdonar a las mujeres en una sociedad patriarcal es que, como Lucrecia, hayan conservado, aunque en márgenes muy estrechos, algún grado de agencia, es decir, que hayan seguido siendo, a pesar de todo, sujetos.

Si en páginas anteriores hemos subrayado la importancia de comprender la violación de Lucrecia como el relato de una mujer coaccionada y amenazada -y no el relato de una mujer violada a través de una *vis atrox*- es porque de ello depende que podamos leer en dicho relato este tipo de prohibición que la cultura patriarcal impone a las mujeres. Una cultura de la violación es aquella que imposibilita a las mujeres expuestas a la violencia habitar esas zonas grises donde la voluntad no es ni totalmente inexistente ni completamente soberana, imponiéndoles como condición sine qua non haber sido absolutamente sometidas y volviendo contra ellas, como acusación, el hecho de haber conservado un mínimo margen de agencia. En efecto, como afirma Aristóteles, hay acciones que se hacen "por temor a mayores males o por una causa noble"[219] y lo que Lucrecia impone como deber femenino es que el temor a mayores males quede invalidado como argumento para la ley de violación en la medida en la que ningún mal puede ser un mal mayor que la deshonra de los hombres. La nobleza de su acción depende justamente

[218] L. MACAYA, *Contra el feminismo punitivo. Herramientas para destruir la casa del amo*, artículo en *Catalunya Plural,* junio 2018. Disponible on line.
[219] ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*. 1110a-4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 32.

de esto: Lucrecia rechaza tajantemente la posibilidad de que un mal mayor pueda servir como justificación para ceder ante una violación en lugar de luchar hasta la muerte. Ya sabemos cuales son las consecuencias de esta mirada en el terreno jurídico. Solo la mujer absolutamente privada de todo margen o resquicio de voluntariedad, sólo la mujer que pueda demostrar haber sido reducida a un objeto físico violentado físicamente, es exculpada por la ley. Allí donde la violación debe ser pensada como una coacción sexual, donde la voluntad femenina es compelida y forzada por medios no claramente violentos -y donde el derecho estaría obligado a conceptualizar la violación entrando en ciertos territorios grises- es donde encontramos una ley que se vuelve sádicamente contra las mujeres arrojándoles la acusación de no haber quedado absolutamente anuladas en su voluntad. Pero en este caso, entonces, no se trata tanto de que la violación haya quedado amparada por la ley por la vía de negar la voluntad o el querer femenino sino, más bien, por la vía de imponer a las mujeres la exigencia de demostrar un querer mayúsculo, una voluntad que solo se vuelve vinculante para la ley allí donde demuestre su carácter absoluto e incondicional.

8. La voluntad de Lucrecia

El acto de Lucrecia, al igual que la figura del *stuprum cum vi* del derecho romano, legitima y reproduce la ordenación de la sexualidad en términos de propiedad sexual masculina. Dicho gobierno masculino de la esfera sexual implica, en el plano jurídico, una negación del querer femenino y de su validez. Sin embargo, quizás avancemos en la comprensión de las complejidades del consentimiento sexual si atendemos al hecho de que la voluntad de Lucrecia no es algo que esté precisamente ausente en el relato romano. Y que, de hecho, cabe encontrar en la historia de Lucrecia a una mujer que es un sujeto voluntarioso, al menos, en dos sentidos.

Para comenzar, la propia violación de Lucrecia no puede ser comprendida sin introducir el elemento volitivo. Es la falta de voluntad o de consentimiento de Lucrecia lo que determina su inicial inocencia frente a la falsa acusación de adulterio con la que Sexto Tarquinio la atormenta. Lucrecia no ha consentido, y no porque se haya resistido luchando a vida o muerte contra Sexto Tarquinio. Es más, el relato sugiere que no se ha

resistido violentamente, pues justamente nos ha hecho entender que ella tiene un objetivo por el que debe seguir viva: salvar el honor de su marido y que, por lo tanto, decide *ceder.* Dentro de esta primera comprensión de la violación de Lucrecia parece tener sentido el sintagma que ha cobrado fuerza en el feminismo francés contemporáneo de la mano de autoras como Clotilde Lèguil[220] o Nicole Claude Mathieu[221]: *ceder no es consentir*. Parecería posible, entonces, que las mujeres no consientan aunque no luchen con su vida y, por lo tanto, que no sean copartícipes del crimen aunque no se vean expuestas a una violencia atroz. El relato, inicialmente, pone en el centro la voluntad de Lucrecia -o más bien, la ausencia de voluntad- como elemento determinante en la valoración de la responsabilidad. Rodríguez Ortiz subraya este punto afirmando que en el caso de Lucrecia estamos ante una violación donde hay "no ya fuerza física sino una fuerte intimidación o fuerza moral provocada por la amenaza de ofender su fama de mujer honesta"[222]. La falta de consentimiento de Lucrecia parece tener inicialmente el poder de extinguir la responsabilidad moral, pues, como afirma Tito Livio, "es la voluntad la que comente la falta, no el cuerpo, y no hay culpa donde no ha habido intencionalidad"[223]. Esta idea aparece tanto defendida por los hombres (el marido y el padre de Lucrecia) como por ella misma cuando afirma: "únicamente mi cuerpo ha sido violado, mi voluntad es inocente". El relato de Lucrecia, al menos en una de las lecturas que encierra, parece dar cuenta de que, incluso desde las coordenadas culturales romanas, la injusticia del ataque sexual puede ser entendida a partir de su naturaleza involuntaria -y dicha involuntariedad no tiene que coincidir necesariamente con la resistencia física-. Lucrecia, que ha sido violada, no ha sido doblegada como un objeto violentado mecánicamente sino como un sujeto que, además de tener un cuerpo, tiene una alma volitiva. Lo que, por lo tanto, parece estar reconociéndose a Lucrecia es lo que el derecho confiere al sujeto jurídico: una voluntad o intención que es fundamento de la responsabilidad[224].

---

[220] Ver C. LEGUIL *Ceder no es consentir*. Barcelona: Ned Ediciones, 2023.

[221] Ver N. C. MATHIEU, "Quand céder n'est pas consentir. Des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes, et de quelques-unes de leurs interprétations en ethnologie ". En *L'Anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*. Paris: Côté-femmes Editions, 1991.

[222] V. RODRÍGUEZ ORTIZ, *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta finales de la Edad Media.* Madrid: Consejería de Educación y Cultura, Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997. p. 45.

[223] T. LIVIO, Op. cit., Libro I, 58.

[224] A pesar de las distancias con el moderno concepto de voluntad, la ley romana ha de trabajar a partir del reconocimiento de un querer del sujeto que sabe aquello que hace y que elige su propia acción. Si bien las mujeres (libres) acceden en la Roma antigua solo de forma muy limitada y subalterna a la condición de persona jurídica (los individuos con capacidad jurídica son los *cives*, *liberi* y *homines sui juris*), como ha

Ahora bien, la resolución final de la historia consiste en superar esa primera lectura, para sustituirla por otra. Como se ha subrayado tantas veces[225], el relato de Lucrecia es extrañamente paradójico, está atravesado por una dualidad contradictoria, por una convivencia de dos planos que existen sin converger. La historia de Lucrecia cuenta dos historias. En una de ellas, Lucrecia ha sido violada por Sexto Tarquinio contra su voluntad, lo que la hace inocente de todo crimen pues no ha decidido lo que ha pasado. En otra, Lucrecia es irremediablemente culpable, pues, a pesar de no querer lo que ha ocurrido, ha "elegido" continuar con vida y ceder ante su violador. Es en esta segunda versión de la historia donde emerge una cierta elección de Lucrecia -no luchar hasta la muerte- que la hace inevitablemente culpable ante la ley moral que ella misma guarda. Como dice Hernán Neira "Lucrecia, aunque sea absuelta por el tribunal familiar, no se autolibera de la pena (*supplicio*), pues se suicida, es decir, junto al jurado familiar que la absuelve, ella se instaura como su propio juez y sujeto justiciable, dictando su pena, aunque no haya ni culpa ni dolo"[226]. Si Lucrecia se castiga a sí misma por encima de lo que pide la norma es porque se juzga *como mujer*, elevando, por tanto, la exigencia y convirtiéndose en la defensora de un orden jurídico que va a sistematizar la criminalización de las mujeres. Lo que se autoriza, entonces, es el funcionamiento de un sistema patriarcal que puede siempre acusar a las mujeres de no haberlo sacrificado todo por su virtud y honestidad moral. Al independizar el castigo de la culpa -"aunque me absuelvo de culpa no me absuelvo de castigo"- se está legitimando la posibilidad de castigar a las víctimas de un ataque sexual para garantizar un determinado orden sexual patriarcal.

---

afirmado A. Domenech "el derecho (romano) reconoce la voluntad de los individuos, de los *singuli*, y la reconoce ilimitadamente en la esfera privada" ver A. DOMÈNECH. *El eclipse de la fraternidad: Una revisión republicana de la tradición socialista*. Barcelona: Crítica, 2004. p. 41. Aunque esta voluntad cobra especial relevancia en el ámbito del derecho patrimonial, la voluntad como criterio delimitador de la responsabilidad criminal cobrará una relativa presencia especialmente a partir de la *Lex Aquilia* del siglo III a. C., llegando el consentimiento de la víctima o sujeto pasivo a ser una causa para excluir el delito en algunos casos. En este sentido ver Ver D. CUBA ABARCA *El dolo ¿vicio de la voluntad o del consentimiento? (fundamento de su aplicación en el derecho civil chileno), Temas de Derecho* (Colección, enero 2009-diciembre 2012). p. 59.

[225] Como subrayó San Agustín: "de tal modo se estrecha por ambos extremos el argumento, que si se excusa el homicidio se confirma el adulterio, y si se purga este se le acumula aquel; por fin no es viable dar fácil solución a este dilema: si es adúltera, ¿por qué la alaban?, y si es honesta, ¿por qué la matan?" Ver S. AGUSTÍN, *Ciudad de Dios*, Madrid: Gredos, 2007. Libro I, cap. 19.

[226] H. NEIRA, "Los motivos de Lucrecia. Una consideración filosófica sobre la violación y el darse muerte", en Ideas y valores: Revista Colombiana de Filosofía, Vol. 72, Nº. 183, 2023, p. 180.

Es indudable que la figura de Lucrecia valida y legitima una configuración del crimen sexual que, como denunciará Brownmiller y, a partir de ella, una gran parte del feminismo de la segunda ola, anula la voluntad femenina. Brownmiller sostendrá que, si el término "violación" hace referencia a determinadas relaciones sexuales[227] que son no voluntarias, obligadas o forzadas -que son *contra nuestra voluntad*-, es acertado decir que la violación no ha sido prohibida por las leyes en nuestras sociedades. El feminismo ha defendido, con mucha razón, que ese tipo de derecho penal sexual, del que aún seguimos siendo herederas, implica una negación o invalidación del querer de las mujeres. "La definición femenina de la violación puede quedar contenida en una sola frase -dice Brownmiller- Si una mujer decide no tener contacto sexual con un hombre en particular y este hombre decide *proceder contra su voluntad*, se trata entonces de un acto criminal de violación. [...] (sin embargo) *ésta no es y jamás ha sido la definición legal*"[228]. La crítica feminista a la violencia patriarcal y al papel que la ley criminal ha jugado en las sociedades occidentales es que aquello que caracteriza para el feminismo la violencia sexual -su carácter impuesto y forzado, el hecho de que se da *contra nuestra voluntad*- no es lo que ha importado a la ley, que ha establecido durante siglos el crimen o el delito sexual al margen del consentimiento de las mujeres. Se entienden, por tanto, las razones por las que el feminismo, en su crítica a la cultura de la violación y a la imposición de una violencia sexual de carácter estructural, ha reivindicado el valor de la *voluntad* de las mujeres. Más aún cuando la modernidad repetirá el gesto por el que el derecho, al tiempo que construirá un sistema conceptual basado en el reconocimiento de la voluntad de los sujetos, excluirá total o parcialmente a las mujeres de ese reconocimiento jurídico, limitando el acceso femenino al estatuto de ser sujetos de consentimiento. Como afirma Manon García "en tal contexto, no sorprende que el consentimiento aparezca como una noción útil al feminismo [...] Deseosas de romper con siglos de dependencia y de sumisión, durante los cuales las mujeres han tenido que aceptar al marido elegido por el padre, obedecer a mandatos religiosos sobre las formas apropiadas de sexualidad y de maternidad, a las legislaciones paternalistas que pretendían protegerlas de su fragilidad o simplemente a la expectativa de que una buena mujer sacrifica sus propias necesidades y

[227] Asumimos en esta investigación que la violación implica la penetración del cuerpo tal y como recogen la mayoría de leyes.
[228] S BROWNMILLER. *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Editorial Planeta, 1981, p. 16.

ambiciones a las necesidades de la persona que ama, las feministas han hecho de la autodeterminación la condición de la liberación de las mujeres"[229].

Ahora bien, insertándonos en una determinada tradición feminista que ha planteado sus objeciones y advertencias al sujeto voluntarioso de la modernidad e incorporando, por lo tanto, una cierta distancia crítica con las exigencias que una cultura patriarcal pueda hacerle al querer de las mujeres, el problema adquiere más complejidad y espesura. Y creo que las advertencias puestas sobre la mesa por Adriana Cavarero pueden servir para leer todo lo que está encerrado en la figura de Lucrecia y para advertir que, tanto la primera historia, que sostiene la inocencia de la protagonista, como la segunda historia, que fundamenta su culpabilidad, son contadas a través de la voluntad. Los dos planos de este relato, las dos historias que se cuentan, son también dos modos de voluntad. De hecho ¿No es acaso Lucrecia hasta el extremo un sujeto de voluntad? ¿No es Lucrecia la portadora de una voluntad absolutamente vertical? Si es convertida en heroína romana es, precisamente, por la *rectitud* de su gesto. Ajena a toda inclinación, de toda curvatura, a todo deseo, no se desvía ni un ápice de aquello que se impone a sí misma como deber, lo que la convierte en un sujeto absuelto de toda limitación en el gobierno de sí y, en ese sentido, en un sujeto radicalmente autodeterminado. Si, como sostiene Beauvoir "la mujer es originariamente un existente que da la Vida y no arriesga su Vida[230]", a Lucrecia, al contrario, le caracteriza la actitud de quien está liberado del miedo a la muerte porque la asume y la acepta. Lucrecia hasta tal punto quiere estar erguida, que, prefiere *morir de pie*, reproduciendo lo que, en los términos propuestos por Cavarero, es propio de un sujeto masculinamente heroico. La *verticalidad* del gesto de Lucrecia tiene que ver con esa autodeterminación por la que se da a sí misma la ley, obligándose a padecer un autocastigo que no emana más que del recto deber que ella se impone a sí misma como mujer. El carácter contradictorio del relato de Lucrecia deriva, obviamente, del hecho de que, si bien elige su muerte, lo cual implica un gesto de radical libertad e independencia, la elige *porque elige su propia sumisión*, y, con ella, la de todas las mujeres, no ya solo inclinadas sino incluso postradas o arrodilladas ante el gobierno

[229] M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 147. (La traducción de los extractos de este texto citados a lo largo de toda la tesis es mía).

[230] Simone de Beauvoir retomaba en *El segundo sexo* la dialéctica hegeliana del amo y el esclavo considerando que dicha relación se aplicaría de forma especialmente adecuada a la relación del hombre y la mujer y que la figura del amo, cuyo privilegio proviene de arriesgar la vida, corresponde al varón. Ver S. BEAUVOIR. *El segundo sexo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1962, p. 91.

vertical del *pater familias*. He ahí la paradoja de la figura de Lucrecia, que legitima la esclavitud sexual femenina con el gesto señorial y masculino de un sujeto radicalmente absuelto de toda inclinación.

Propongo considerar seriamente esta paradoja por la cual un sujeto femenino extremadamente voluntarioso no parece oponerse a la negación del querer de las mujeres sino, más bien, ser *la otra cara de lo mismo*. Vistas las cosas de este modo cabe preguntarnos si el sometimiento y la dominación sexual de las mujeres -la negación del carácter vinculante del querer femenino para la ley- no se sirve de la imposición de tener que ser sujetos de *una determinada idea de voluntad*- ¿No se habrá acaso negado el querer femenino imponiendo a las mujeres una inverosímil manera de querer? ¿No estriba en esta exigencia de tener una voluntad especialmente fuerte, verdadera e incondicional, la trampa que la ley hace a las mujeres? ¿No es es una voluntad inverosímil la que se espera de las mujeres cuando se exige que se resistan heroicamente al sexo y se cifra en ello su falta de "consentimiento"? ¿Y no es, precisamente, esa búsqueda de la verdad la que justifica y autoriza a los hombres a ignorar los noes no suficientemente enérgicos bajo la excusa de que ese no es el querer auténtico de la mujer? ¿Por qué las mujeres deben aportar pruebas tan especiales y excepcionales para verificar y autentificar su voluntad? En las páginas que siguen, dedicadas a reflexionar sobre el concepto de "consentimiento sexual", pretendo explorar la hipótesis de que dentro de una cultura patriarcal, la ley arroja a las mujeres ante la disyuntiva de ser sujetos cuyo querer solo puede ser relevante a costa de la condición de convertirse en portadores de una voluntad con mayúsculas y que es esa exigencia de devenir un sujeto enteramente inverosímil la que contribuye a legitimar la anulación del querer -siempre limitado e inclinado, como el querer de todo sujeto verosímil- de las mujeres. Si, como muestra Lucrecia, el concepto de voluntad puede a veces estar al servicio del amo, puede que tenga sentido tanto reivindicar el acceso de las mujeres a la condición de ser sujetos de consentimiento como estar advertidas de las posibles trampas que puede encerrar. Lo que proponemos es preguntarnos qué noción de voluntad (y consecuentemente de consentimiento) habría de reivindicar para las mujeres el feminismo, habida cuenta de que ciertos modos de pensar la voluntad parecen poder mantener relaciones de complicidad con ese orden masculino y patriarcal que el feminismo quiere poner en cuestión.

CAPÍTULO SEGUNDO

LUCES Y SOMBRAS DEL CONSENTIMIENTO

> El consentimiento parece una palabra simple, una noción transparente, una bella abstracción de la voluntad humana. Sin embargo, es oscura y espesa como la carne de todo individuo singular.
>
> Geneviève Fraisse

El siglo XX supone la entrada en un periodo histórico en el que el mundo occidental asiste a una profunda transformación de la significación de la sexualidad humana. Como varios autores han señalado, estaríamos ante una *modernización* de la esfera erótica, un proceso a través del cual el sexo habría sido desacralizado[231]. Una especie de *ilustración de la sexualidad*, una revolucionaria voluntad de *iluminar el sexo*, prometerá tanto desvelar sus misterios como combatir los prejuicios y las supersticiones que lo acompañan. La sociedad moderna, tal y como es descrita por Michel Foucault en su *Historia de la sexualidad*, parece querer dejar atrás los tabúes, los pudores y la represión de la era victoriana. Y lo hará *hablando* del sexo y encontrando en él una verdad. Así, con la llegada del siglo XX, el sexo se convertirá en un nuevo y prometedor objeto de estudio para importantes autores, desde Freud y el psicoanálisis posterior a él, hasta la nueva ciencia de la sexología nacida con los trabajos de figuras como Havelock Ellis, Magnus Hirschfeld, Charles Kinsey o Masters y Johnson.

Esta *secularización del sexo* producirá tanto una nueva forma de pensar la sexualidad desde la ciencia como una nueva forma de regularla desde el derecho. En ambos casos se trata de *liberar* la sexualidad, es decir, de desatarla de sus viejas servidumbres y de independizarla de aquellas otras esferas de la vida humana a las que había estado ligada y supeditada. Garantizar esa moderna *autonomía de lo sexual* pasará, en el ámbito legal, por importar la figura del consentimiento. Como afirma Agustín Malón

[231] P. ROBINSON, *La modernización del sexo*, Villalar, Madrid, 1978.

"en el siglo XX, sobre todo en su segunda mitad, se habrían librado tres grandes guerras de independencia: la procreación se independizó del matrimonio y el placer se independizó tanto de la procreación como del matrimonio. El deseo y sus placeres pasaron a legitimarse por sí mismos. Ya no necesitaban de otro requisito que no fuera el consentimiento y luego, especialmente con la llegada del sida, de un mínimo de higiene y seguridad [...]. Frente a tradicionales criterios como el honor o la decencia, dependientes en gran medida de juicios externos, y de instituciones públicas estrictamente definidas como el matrimonio, la moral sexual liberal apostó a jugárselo todo a la carta del "consentir". Esto suponía el tránsito a criterios más exclusivos e internos de los individuos; criterios referidos a una libertad íntima sobre la que nadie podía ya opinar ni decir más allá de los propios participantes[232].

1. La modernización del sexo: el paradigma de la libertad sexual

A finales del siglo XX la gran mayoría de los países europeos[233] reconceptualizarán la violación como un delito contra la libertad sexual o contra la persona produciéndose un cambio profundo de paradigma jurídico y una reconfiguración del papel de la ley penal. Como afirma Lowenkron, esta nueva configuración de los delitos sexuales que está basada en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, que "tiene su elemento principal en la centralidad asignada al consentimiento, [...] ganó

[232]A. MALÓN MARCO. *La doctrina del consentimiento afirmativo*. Cizur menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020. pp. 237-238.

[233] En España este proceso tiene lugar a finales de los años ochenta. A partir de la reforma de 1989 el derecho español conceptualizará la violación como un delito contra la "libertad sexual" y no contra la moralidad. En su preámbulo la nueva ley reconocería que "bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio" y asumiría que su objetivo era "adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos." Ampliamente en P. FARALDO CABANA "Razones para una reforma del delito de violación en España". En P. Faraldo Cabana & M. Acale Sánchez (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en Españ*a (pp. 157–183). Tirant lo Blanch. 2018. En Alemania es mediante la Primera Ley de Reforma del derecho penal, de 25 de junio de 1969 cuando el derecho penal sexual empieza a limitarse a la penalización de conductas graves y socialmente dañinas y a respetar la separación entre derecho y moral. En Italia es mediante la Ley 15 de febrero de 1996, n. 66 cuando se reforma el Código Rocco y se abandonan los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres. Ver F. GIUMETTI, "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")" en RIDROM. 33.2 (2024), pp. 230-269. También, con una perspectiva diferente, T. PITCH, *Un derecho para dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (Cristina García Pascual, Trad.; Prólogo de Luigi Ferrajoli; Epílogo de Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta. 2003.

impulso y expresión política en las llamadas sociedades occidentales a partir de las décadas de 1960 y 1970, con la actividad de los movimientos feministas y gay, responsables del desplazamiento (o, al menos, del cuestionamiento) del criterio principal para ordenar las jerarquías de legitimidad en el nuevo orden sexual: del sexo heterosexual y reproductivo al sexo consensual y seguro"[234]. En efecto la reordenación del sexo a partir del consentimiento será reivindicada no solo desde las filas del feminismo sino también por parte del nacimiento movimiento gay y lésbico. En su influyente ensayo *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, Gayle S. Rubin defendía en 1984 el consentimiento como un antídoto contra la criminalización del sexo que no cumple con fines reproductivos y no se mantiene dentro de los cánones funcionales al sistema de género. La autora defiende una suerte de democratización del acceso a dicho concepto: "el consentimiento es un privilegio del que disfrutan sólo aquellos cuyas conductas sexuales son del más alto "status". Los que practican conductas sexuales de bajo status no tienen derecho legal a éstas".[235] Rubin analiza el panorama legal norteamericano de los años ochenta y sostiene que la mayoría de la legislación sexual "no distingue entre conductas voluntarias y coercitivas", una distinción que de forma excepcional se utiliza en el sexo heterosexual pero que se le niega a aquellos sujetos que tienen conductas sexuales disidentes. La pervivencia en la mayoría de estados de penas a la sodomía, la homosexualidad o el adulterio demuestra que la ley ordena el delito sexual en relación a determinadas prácticas consideradas un "crimen abominable y detestable contra la naturaleza" con independencia del consentimiento de las partes. En definitiva, Rubin criticará la exclusión de determinadas "minorías eróticas" de la condición de ser sujetos de consentimiento y defenderá el uso de esa herramienta para combatir la criminalización del sexo.

En este contexto de los años ochenta, cuando los países occidentales debaten acerca de la pervivencia del pecado en la legislación sexual, también España se enfrenta a la tarea pendiente de separar el derecho de la moral, pues el país sale de décadas de dictadura franquista. Para comprender lo que está en juego en esta transformación del derecho penal sexual que los estados deben abordar, José Luis Díez Ripollés propone la

[234] L. LOWENKRON, Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. *Cadernos Pagu*, 45, 2015. 225-258. p. 227.
[235] G. RUBIN, *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en En *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, editado por Carole S. Vance. Madrid: Talasa Ediciones, 1989. p. 180.

distinción conceptual entre un derecho penal sexual "tradicional" y un derecho penal sexual "moderno"[236]. Asumiremos a partir de ahora esta distinción y definiremos como *moderna* la configuración de los delitos sexuales bajo el paradigma de la libertad sexual. La asunción de un marco de libertad sexual implica la *desmoralización* de una peculiar esfera de las relaciones humanas, el erotismo, a la que la mayoría de culturas le han atribuido una significación altamente densificada y sumamente particular. El sexo, que pierde su estatuto pecaminoso, pierde también su carácter sagrado y entra en un proceso de vaciamiento o *descualificación* moral. Esta secularización de la esfera sexual implica separar la moral del ámbito del sexo y eso requiere vaciar la sexualidad de significación, así como requiere, como vamos a ver, que el delito sexual se vuelva neutro en términos sexuales. Digamos que en la modernidad el sexo debe perder su carácter trascendental y pasar a ser *solo sexo*. Desprovisto de cualquier naturaleza especial, la sexualidad debe pasar entonces a ser regulada a través de leyes, normas y procedimientos generales, y es así como "para nosotros, los sexualmente modernos, el único requisito, pasó a ser el consentimiento"[237]. Recogemos a continuación las principales características de lo que, siguiendo la distinción conceptual de Ripollés, llamaremos un *derecho penal sexual moderno*:

a)Los límites del derecho penal sexual. Esta esperada llegada a la esfera sexual de los principios modernos a través del requisito del consentimiento, pretende resguardar la separación entre el derecho y la moral y, por tanto, entre el estado y los individuos. Como sostiene Ripollés, en un derecho penal moderno, esto es, en una regulación normativa de la esfera sexual cuya tarea es cumplir con el mandato moderno de separar el derecho de la moral -es decir, asumir que "las esferas del delito y del pecado son distintas"[238] -debe estar fundado en la voluntad de los sujetos. Eso implica que debe abandonarse la función educadora y propulsora de costumbres sociales que el derecho penal adquiere en un modelo tradicional, es decir, que no es tarea de las leyes sexuales

[236] J. L. DÍEZ RIPOLLÉS contrapone dos tendencias doctrinales a las que denomina "moderna" y "tradicional" y que dan cuenta de las discrepancias que, dentro de la dogmática jurídica, existen en la comprensión de los delitos sexuales a finales del siglo XX. Ver J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo: Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. 3.ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Euros Editores, 2025.

[237] A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016, p. 39.

[238] J.L.D. RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenidos del derecho penal Sexual,* Buenos Aires: Euros Editores, 2025. p. 26.

troquelar las conductas, pues "el Código penal no es un código moral que enumere las conductas deseables"[239]. La moral o la ética ha de ser posibilitada por el derecho, pero no impuestas por la fuerza, pues "la moral solo puede concebirse como tal cuando se realiza en libertad"[240]. En este sentido, bajo los presupuestos de un derecho penal moderno, hay que asumir que hay determinadas acciones que quedan fuera de la regulación moral y ello en el sentido de que el estado ni las apoya o fomenta ni las prohíbe, sino que, simplemente, las permite, entendiendo que es al individuo al que corresponde decidir sobre ellas. Esta desmoralización del sexo, por tanto, implica fijar límites a los diferentes poderes (tanto privados como públicos) para establecer una determinada normatividad sexual. Hacer de la voluntad de las partes el criterio con el que trazar la frontera entre lo que la ley puede permitir o prohibir, es restringir el poder del Estado. Al poner en el centro el individuo, es decir, al dar la voz a una voluntad necesariamente particular e individual, la ley pierde su "derecho" a resguardar costumbres o normas sociales comunes y se ve obligada a respetar voluntades individuales[241].

b)El papel secundario de los medios comisivos y la centralidad del consentimiento. Al abandonar el marco de la honestidad, la ley debe dejar de resguardar un sexo moralmente *bueno* para pasar a requerir un sexo simplemente *voluntario*, de lo que dependen dos consecuencias. En primer lugar, en coherencia con este nuevo derecho penal sexual *moderno* y con la conceptualización del delito de violación como un delito contra la libertad personal, el protagonismo de la violencia física, como ya hemos apuntado, tendrá que ser reconsiderado. Como se ha recordado reiteradamente[242], en un

[239] J.L.D. RIPOLLÉS, Op. cit., p. 26.
[240] Ibid. p. 28.
[241] Aquí nos topamos con otra costura por donde se tensionan los propios principios del derecho penal moderno y se pone en juego el valor del consentimiento. Si bien el consentimiento es reconocido como un criterio central de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, todos los estados de derecho democráticos limitan la capacidad de consentir de los sujetos en determinados supuestos o casos en los que el Estado asume la protección de un bien en interés del propio sujeto del consentimiento pero contra él. Existe a este respecto un debate jurídico abierto sobre hasta qué punto los estados de derecho y las democracias liberales pueden asumir medidas paternalistas, es decir, hasta qué punto dentro de los principios del derecho moderno es aceptable que un estado tome medidas que interfieran en la libertad de acción de una persona (y, por tanto, desoiga su consentimiento) en razón de su propio interés y bienestar Sobre esta cuestión ver R. CHANG KCOMT, *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020 pp.164-170; DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo: Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. 3.ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2025.
[242] La legislación española, desde 1989, pretende regular el delito sexual a partir de la voluntad de las partes. Sin embargo, el papel de los medios comisivos ocupó especialmente a la doctrina penal española a partir de la reforma de 1995, que separó las tipologías delictivas de agresión sexual y abuso a partir del empleo de distintos medios comisivos. Ver P. FARALDO-CABANA, "Evolución del delito de violación en los

paradigma construido a partir de la voluntad, los medios comisivos deben pasar a ocupar un lugar secundario con respecto a aquello que vuelve el acto sexual un atentado a la libertad sexual. Si el delito sexual cambia de naturaleza, se debe considerar que es "indiferente el medio comisivo para entender vulnerada la libertad sexual"[243]. Como afirma Martínez Galindo, lo que ha caracterizado las legislaciones penales anteriores al paradigma de la libertad sexual es que la violencia y la intimidación "eran considerados como *elementos definitorios* de esos delitos"[244], es decir, como elementos no sólo suficientes sino también *necesarios* para probar el ataque sexual. La falta de consentimiento se presuponía o, más bien, se deducía en los delitos sexuales en la medida en la que se asumía que la voluntad de la mujer es incompatible con la violencia o la intimidación, sin embargo, la falta de consentimiento, no llegaba a adquirir el estatuto de *elemento suficiente* para probar el delito sexual y la violencia física podía seguir siendo el elemento buscado por el tribunal[245]. Lo que los movimientos feministas reclamarán desde finales del siglo XX es que el delito se configure a partir de la centralidad de la figura del consentimiento y que, por lo tanto, las leyes pasen de afirmar que no está

---

códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, ed. Silvia Rodríguez López, María Ángeles Fuentes Loureiro, María Alcale Sánchez y Patricia Faraldo Cabana, pp. 157–183.

[243] C. BARDOVÍO ANTÓN, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿legislando a martillazos?", en G. MARTÍNEZ GALINDO, *La reforma de los delitos sexuales*, Bosch Editor, 2024. p 91-92.

[244] G. MARTÍNEZ GALINDO. "La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)". En *La reforma de los delitos sexuales*, Barcelona: Bosch Editor, 2024. p. 55.

[245] Una parte de la doctrina feminista sigue considerando hoy que, en muchas de las leyes actuales (véase el caso de España o Francia antes de las últimas reformas), si bien el consentimiento femenino puede ser un elemento aparentemente requerido, sigue existiendo un excesivo protagonismo de los medios comisivos que impide que el consentimiento (en realidad, la ausencia de consentimiento) conquiste su lugar central como criterio no sólo necesario sino también suficiente del delito. En la medida en la que no llegue a ser reconocido explícitamente como principio, la ausencia de consentimiento puede ser el efecto que se desprende del uso de determinados modos de forzar la voluntad (la violencia, la intimidación, la amenaza, etc) que seguirían siendo los verdaderos elementos protagonistas en la definición del delito sexual. Ver, por ejemplo, P. FARALDO-CABANA "Razones para una reforma del delito de violación en España". En P. Faraldo Cabana & M. Acale Sánchez (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 157–183). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. No obstante, hay quienes defienden que la relevancia de los medios comisivos y su centralidad en la definición del delito sexual tiene, sobre todo, razones probatorias que siguen existiendo aun cuando el consentimiento sea el principio ordenador, lo que implicaría que las leyes, además de hacer del consentimiento el criterio central para definir los delitos, deberían contemplar un amplio abanico de medios comisivos que sirvan para probar la falta de consentimiento. Ver, por ejemplo C. Bardavío ANTON, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿Legislando a martillazos?" en G. MARTINEZ, *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024; F. GIUMETTI, "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")" en RIDROM. 33.2 (2024), pp. 230-269.

permitido forzar una relación sexual *a través de determinados medios* a afirmar que no se puede forzar el sexo en general, es decir, que toda relación sexual forzosa o impuesta es ilícita, que es un delito imponer la relación sexual.

Una parte de la doctrina de cuño feminista ha seguido reclamando hasta la actualidad que se lleve realmente a término esta reconsideración del papel y de la importancia de los medios utilizados y así puede ser leída una parte de las reformas recientes en el ámbito español[246]. Como recuerda Torres Fernández todavía hoy, "entendida la libertad sexual como la autodeterminación del individuo en materia sexual, dicha libertad resulta afectada siempre que se mantenga un contacto sexual sin la voluntad libre de quienes participan, por lo que el modo comisivo utilizado para consumar el delito pasa a un segundo plano en la definición del hecho como ilícito, pues igualmente afectada se ve la libre autodeterminación del individuo con cualquier medio que anule o constriña su voluntad"[247].

Para enfrentar la ambivalencia que, durante siglos, ha recorrido al derecho penal sexual contemporáneo[248] es, por lo tanto, necesario diferenciar a) el principio regulador (la voluntariedad del acto sexual), de b) los medios comisivos utilizados para doblegar o forzar dicha voluntad. La insidiosa supervivencia del modelo de la violación violenta y del requisito de resistencia física que las leyes han perpetuado (sea de una forma explícita o más tácita) vive precisamente de dicha confusión. Deshacerla pasa por establecer una

[246] Una de las razones esgrimida por la doctrina feminista para la reforma de los delitos sexuales llevada a cabo en España a través de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual es acabar con la distinción del delito de "abuso sexual" y "agresión sexual" que establecía la legislación anterior sobre la base de los diferentes medios comisivos. La nueva ley produce la equiparación de medios comisivos en una sola modalidad de infracciones, las agresiones sexuales, con el argumento de que, de este modo, la lesividad queda centrada en la coerción de la voluntad. Ver M. E. TORRES FERNÁNDEZ, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)", en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* / coord. por José R. Agustina, 2023, págs. 21-36

[247] M. E. TORRES FERNÁNDEZ, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)", en *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre* / coord. por José R. Agustina, 2023. Edición digital Kindle, p. 26. Ver también A. ASÚA BATARRITA, "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales", en P. LAURENZO COPELLO, M. L. MAQUEDA ABREU y A. RUBIO CASTRO, *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. pp. 143-143

[248] Como dijimos anteriormente, durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX el derecho penal sexual se muestra resistente a asumir el principio de autodeterminación de la voluntad sexual de las mujeres y dicha resistencia se traduce en un ambivalente papel de la violencia, un particular medio de forzar la voluntad que una ley penal patriarcal intenta siempre convertir en requisito central y necesario.

diferencia que, si bien puede diluirse en el plano probatorio[249], debe estar clara en el terreno normativo. Los medios a través de los cuales una acción se lleva a cabo responden a la cuestión de *cómo* ha sido violentada la voluntad de la persona, no a la cuestión de *qué* ha sido dañado, es decir la cuestión nuclear ha de estar en torno a cuál es el bien jurídico lesionado. Hasta el día de hoy el feminismo sigue recordando que hay que ordenar el delito sexual a partir del bien jurídico objeto de protección penal -la libertad sexual-, y no a partir de los medios empleados para atentar contra dicha libertad, y ello inserta plenamente este tipo de demandas de reforma de las leyes penales dentro del paradigma del derecho penal moderno.

c) La inespecificidad del delito sexual. En coherencia con lo que venimos diciendo, si se emprende hasta el final la decisión de entender el delito sexual como un atentado a la voluntad, es decir, si como afirma Asúa Batarrita, "es la constricción de la libertad lo que colorea la ilicitud de la conducta"[250], parece precipitarse necesariamente una pregunta: ¿Cuál es la especificidad de la violencia sexual? ¿Y por qué el delito sexual ha de tener una conceptualización específica? "Si realmente los tipos que penan la conducta sexual han de proteger la libertad personal […] cabe preguntarse por qué tratar separadamente unos atentados a la libertad sexual por el mero hecho de incidir en la libertad sexual"[251]. ¿Qué añade a la libertad que debe ser protegida por la ley (y que estaría protegida ya por figuras delictivas más generales), el carácter "sexual" de dicha libertad? En efecto, como ya habíamos señalado, la configuración jurídica de la violación bajo el paradigma de la libertad personal o individual, aproxima el delito sexual al resto de delitos contra la libertad. Ahora bien, si, efectivamente, desproveemos a lo sexual de cualquier significación especial, si el sexo no tiene ninguna cualidad propia que deba ser tenida en cuenta por el derecho ¿por qué no tratar la violación como un caso de coacción? Como ha afirmado Díez Ripollés una solución de este tipo implicaría llevar "la idea "moderna" hasta sus últimas consecuencias"[252]. El delito sexual, por lo tanto, entendido como un delito contra la libertad, perdería su naturaleza específicamente sexual. En palabras de

[249] En ese sentido, véase F. GIUMETTI, "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada") en RIDROM. 33.2 (2024), pp. 230-269.
[250] ASÚA BATARRITA, A., "Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales", en *El nuevo código penal desde una perspectiva de género*, Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria 1998, pp. 45-101. p. 74.
[251] J.L.D. RIPOLLÉS, Op. cit. p. 266
[252] Ibid.

Tamar Pitch, esta "desaparición del carácter sexual y sexuado de la violencia sexual"[253] implica asumir que "la violencia sexual es violencia y respecto a ella la sexualidad es un puro instrumento, y lo es por el hecho de que el acto sexual es forzado y, por lo tanto no consentido"[254].

d)La neutralidad sexual de la ley. Como hemos abordado en páginas precedentes, lo que nos muestra la historia del delito sexual es que cuando la ley sexual es un instrumento al servicio del control masculino de la reproducción, la ley cualifica sexualmente este tipo de crimen. Las razones las hemos analizado ya: cuando el delito sexual es una ofensa entre varones y el bien vulnerado es la propiedad masculina sobre el cuerpo femenino no tiene sentido que la ley proteja a los hombres y permita acusar a las mujeres. Es decir, la violación se trata de un delito necesariamente masculino en lo que se refiere al perpetrador y se comete exclusivamente contra las mujeres. Sin embargo, al reconceptualizar la violación bajo el marco de la libertad sexual, el derecho penal sexual perderá su tradicional marca de género y las leyes sexuales comenzarán a devenir sexualmente neutrales tanto en lo que toca al género de la víctima como en lo relativo al género del agresor. En primer lugar, ello supondrá la ampliación del círculo de sujetos pasivos. Al cambiar la alusión a las mujeres como únicas posibles víctimas del ataque sexual y sustituirla por un término como "persona" las leyes comenzarán a reconocer que también la libertad sexual de los hombres puede ser violentada. Como sostiene Pitch, "la desexualización del delito (cualquiera lo puede cometer, cualquiera puede ser una víctima) (es una) ficción necesaria para la tutela de la "persona""[255]. En definitiva, esta neutralidad de la ley no es sino la consecuencia lógica de una nueva concepción de la violencia sexual por la cual aquello que se protege por parte de la ley no es una virtud moral específicamente femenina (la honestidad) vinculada en el fondo al valor de la virginidad y el control masculino de la reproducción, sino una libertad, autonomía o autodeterminación que corresponde a toda persona humana.

Fue la desvinculación del sexo de la procreación lo que abrió la puerta a una ley sexual más igualitaria. Como ha afirmado Patricia Faraldo "al desaparecer la valoración de la virginidad y el riesgo de embarazo como pretextos político-criminales para mantener

[253] T. PITCH. Op. cit., p. 187.
[254] T. PITCH. Op. cit., p. 185.
[255] T. PITCH. Op. cit., p. 199.

reducida la violación a la conducta realizada contra una mujer"[256], se alcanza una protección similar del hombre y la mujer en cuanto a su libertad sexual. Este cambio supondrá también que las mujeres puedan ocupar el lugar de los sujetos activos del delito sexual, lo que provocará que progresivamente caigan en desuso formas de referirse al órgano sexual masculino[257] para adoptar el más extenso y neutro concepto de "penetración" (que incluirá la penetración con objetos) y que se conciba que un cuerpo puede ser penetrado anal o bucalmente y no solo vaginalmente[258]. Que las mujeres dejaran de ser las víctimas necesarias y únicas del delito de violación y que pudieran pasar a estar también en el lugar de las acusadas es el efecto necesario de la introducción del criterio del consentimiento. Es justamente la centralidad del consentimiento lo que produce esa igualdad formal que caracteriza el delito sexual en un paradigma moderno del derecho penal sexual.

Como hemos argumentado ya sobradamente el "derecho penal sexual tradicional" en palabras de Pitch, anclado a lo que Ciaramelli denominaba una "antropología del orden" o Segato conceptualizaba como un "sistema del estatus", es un sistema regulatorio del cuerpo y la sexualidad de las mujeres con una enorme capacidad de durar a lo largo de la historia y que sigue en pie en los años setenta. Frente a ese orden patriarcal, un emergente movimiento feminista reivindicará la autonomía de las mujeres, la validez legal de su voluntad y la noción de consentimiento en la esfera de la sexualidad. Sin embargo, al mismo tiempo, y de frente al mismo problema, una parte del feminismo empezará a andar por otros derroteros. En pleno auge de la revolución sexual, mientras la intelectualidad progresista de las sociedades europeas celebra "el triunfo de la liberación y la superación de todos los tabúes, oscurantismos, miedos (e) ignorancias [...] de épocas pasadas"[259], la idea de libertad sexual y la noción de consentimiento, empezará a suscitar

[256] P. FARALDO-CABANA, "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, ed. Silvia Rodríguez López, María Ángeles Fuentes Loureiro, María Acale Sánchez y Patricia Faraldo Cabana, pp. 157–183. p. 62.

[257] El concepto de "acceso carnal", en su origen, remite al pene y, por lo tanto, a un agresor necesariamente masculino, lo que ha ido provocando que caiga en desuso y tienda a ser sustituido por el concepto neutro de penetración. Ampliamente en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo: Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual*. 3.ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2025.

[258] Como afirma Faraldo, en 1995 "se equipara la introducción de objetos, antes una forma menos grave de agresión sexual, al acceso carnal y a la penetración anal o bucal." Ver P. FARALDO-CABANA, Op. cit. p. 55.

[259] A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016, p. 261.

las mayores sospechas y desconfianzas dentro de ciertas corrientes feministas. Serán algunas de las voces más importantes del feminismo radical norteamericano las que abrirán una verdadera línea de ataque teórico contra un concepto que condensaba las promesas de secularizar las relaciones eróticas y que parecía venir a ilustrar la esfera de la sexualidad. Arranca así toda una tradición de pensamiento feminista para la cual el consentimiento será un concepto profundamente oscuro cuya ambigüedad interna puede esconder y ocultar las relaciones de desigualdad y de dominio. Sin duda Carole Pateman y Catharine MacKinnon son las dos figuras más relevantes e influyentes de una línea de pensamiento feminista que, lejos de concebir el consentimiento como un antídoto contra la antigua moral sexual patriarcal, lo entenderá como un verdadero regalo envenenado para las mujeres. Explicaremos a continuación los principales argumentos que ambas autoras sostienen contra el concepto de consentimiento. Si sus aportaciones no pueden ser obviadas o ignoradas es porque sus ideas han marcado profundamente los términos de la reflexión feminista sobre esta cuestión. Aún a día de hoy, las suyas siguen siendo teorías en torno a las cuales se distribuyen las diferentes posiciones (sea a favor o en contra de sus contundentes tesis) y a partir de las cuales se sigue ordenando el problema del consentimiento. Cualquiera que pretenda hacer una aportación y quiera plantear otras coordenadas desde las que abordar la cuestión, debe estar en condiciones de contestar o superar los serios argumentos puestos en juego por Pateman y por MacKinnon

2. Carole Pateman: las sombras del consentimiento o el *contrato sexual*

En el año 1988 la teórica política Carole Pateman escribirá *El contrato sexual*, una obra en la que la autora pretende aportar los elementos necesarios para evaluar la compatibilidad entre el feminismo y el liberalismo. El corazón del argumento que Pateman desarrollará en este influyente libro había sido ya adelantado, ocho años antes, en su artículo *Mujeres y consentimiento,* donde la autora arrancaba afirmando que "la relación entre el consentimiento en la vida cotidiana y el (supuesto) consentimiento de los ciudadanos al Estado democrático liberal sigue sin explorarse"[260]. Dado que Pateman

[260] C. PATEMAN. "Women and Consent." Political Theory 8, 2 (1979). p. 149. (La traducción de los extractos de este texto citados en esta la tesis es mía).

se dispone a explorar esa correspondencia, su intención es pensar el consentimiento como noción que, de un lado, rige las relaciones más íntimas de las mujeres con los hombres y, de otro lado, es un concepto nuclear del liberalismo político a través de la noción de *contrato social*. A partir de esta declaración inicial de intenciones, que orientará también las reflexiones contenidas en *El contrato sexual*, Pateman equiparará la noción de *consentimiento* a la de *contrato*, usando ambos términos prácticamente como equivalentes y extrayendo conclusiones que circulan de un concepto al otro. A partir del trabajo de Pateman, esta identificación entre el consentimiento y el contrato, se asentará sólidamente en una gran parte de la teoría feminista, generando una serie de consencuencias sobre las que volveremos más adelante.

Para Pateman la idea de *contrato* inaugurada por los teóricos contractualistas permite ser utilizada por la modernidad en un doble sentido. La sociedad moderna, para su funcionamiento, requiere tanto del contrato social, como del contrato matrimonial, y será a partir de ambos contratos como podrán quedar escindidos el espacio público y el espacio privado. Como sostiene Geneviève Fraisse "uno de los fundamentos de la época moderna es el haber disociado la familia de la ciudad, el poder del padre del poder del rey, el haber destruido la comparación entre el gobierno doméstico y el gobierno político"[261]. El feminismo, sin embargo, tiene buenos motivos para mirar con sospecha esa separación por la cual las mujeres quedan recluidas en el ámbito privado y excluidas de la ciudadanía como plenos sujetos políticos. Así pues, Pateman se propone buscar aquello que mantiene ambas esferas separadas -una pública y otra privada, una política otra doméstica, una masculina y otra feminizada- y que, al mismo tiempo, ambas tienen en común. Lo encontrará, como decimos, en el contrato pues a la esfera política se accede -o, más bien, acceden los hombres- por medio del contrato social, mientras a la esfera privada y doméstica se accede -o, más bien, acceden las mujeres- por medio del contrato civil matrimonial. "La analogía de los contratos, contrato civil individual y contrato social colectivo, subsiste incluso si se nos quiere hacer creer que "esfera privada" y "esfera pública" han sido claramente separadas. Justamente la noción de *consentimiento* permite ese pasaje de una "esfera" a otra"[262].

[261] G. FRAISSE, *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 56.
[262] G. FRAISSE, Op. cit. p. 56.

Pateman comienza *El contrato sexual* afirmando que es habitual que al estudiar los fundamentos del proyecto político moderno se cuente siempre la historia del contrato social y se olvide, sin embargo, la otra cara de la historia: el contrato que se firma en el terreno sexual. La autora reivindicará la importancia de pensar el contrato de matrimonio y su preciso significado en la modernidad desde las coordenadas de un feminismo socialista y lo hará advirtiendo que, si bien "esa otra historia del contrato" suele ser olvidada, "los teóricos del consentimiento de los siglos XVII y XVIII parecen tener muy clara la importancia de la noción de *consentimiento* no solo en la relación del ciudadano con el Estado sino en las relaciones entre los sexos"[263]. Dado que el modo moderno de legitimar el poder es el contrato, tanto el poder del estado sobre los ciudadanos como el poder patriarcal de los maridos sobre sus esposas han de quedar legitimados a través de un pacto convencional o contractual. La modernidad, por tanto, ha llevado el contrato a la esfera de la sexualidad[264].

Son estas razones las que llevan a Pateman a desconfiar de este concepto nuclear del corpus teórico liberal señalando su oscuridad interna y advirtiendo que hay buenas razones para guardar precauciones hacia una noción que puede contener en su interior desde la "aquiescencia" -es decir, la aceptación, el asentimiento o la conformidad-, hasta la "sumisión forzada"[265]. Para alertar a la teoría feminista de los riesgos de este concepto, la autora se propone visibilizar "la ambigüedad inherente de la teoría del consentimiento desde sus inicios"[266] y demostrar que hay una oscuridad, una "falta de significado", un "significado viciado" que afecta a la noción de consentimiento y que todo ello tiene razones ideológicas. Es la ambivalencia que constituye desde dentro al consentimiento la que permite que dicho concepto, convertido por los teóricos contractualistas en la clave

[263] C. PATEMAN, "Women and Consent." *Political Theory* 8, 2 (1979) p. 150

[264] Sobre la cuestión del contrato de matrimonio es habitual y clásica la consideración de que se trata de una institución jurídica heredada del derecho romano. Sin embargo, autores como F. Giumetti, consideran incorrecto concebir en términos de contrato el matrimonio en la Roma antigua. El concepto de matrimonio como contrato ha influido profundamente en la legislación moderna y se remonta desde hace mucho tiempo a la influencia del derecho canónico, pero no sería correcto entender en esos términos la institución matrimonial en Roma. La definición de matrimonio que ofrecen las fuentes lo representa como una "situación de hecho" (res facti), fuente de consecuencias jurídicas muy significativas, tanto en términos de posesión de poder, legitimidad del linaje y relaciones patrimoniales entre convivientes (solo el matrimonio legítimo determina la propiedad de la dote). La facticidad del matrimonio romano reside en esto: el matrimonio es una institución independiente de una solemnidad constitutiva inicial. En Roma, el matrimonio existe cuando se establece una cohabitación monógama entre dos personas de sexo opuesto (es un matrimonio estrictamente heterosexual, ya que tiene como objetivo la procreación), una cohabitación estable. Agradezco mucho a Giumetti sus aportaciones y comentarios a la tesis en esta cuestión.

[265] C. PATEMAN. Op. cit., p. 150.

[266] C. PATEMAN. Op. cit., p 151.

de bóveda de la libertad política y civil moderna, haya podido ser utilizado para defender relaciones de dominación y servidumbre que se han usado contra las mujeres pero también para legitimar la esclavitud y la explotación laboral[267].

El objetivo de Pateman, desarrollado de modo sistemático en *El contrato sexual* pero abordado ya en trabajos anteriores[268], es plantear la pregunta acerca de si las mujeres hemos sido sometidas sexualmente por los hombres porque hemos sido excluidas de la noción de consentimiento y de contrato o si es el propio concepto de consentimiento la herramienta conceptual de legitimación de la dominación. ¿El problema para las mujeres es haber quedado fuera o dentro del contrato? ¿Es el consentimiento necesariamente patriarcal o puede y debe ser reivindicado por y para las mujeres? Pateman recorrerá los argumentos de los teóricos del contrato para abordar estas preguntas.

2.1. Consentir es siempre ceder

Por una parte, Pateman afirmará que Hobbes, para quien "todo poder político era poder absoluto y no había diferencia entre conquista y contrato,"[269] es, probablemente, la demostración más obvia de que, desde los parámetros de la filosofía política moderna, el consentimiento puede coincidir plenamente con la sumisión y ser indistinguible de la cesión ante la fuerza. "Hobbes ejemplifica un extremo de la teoría del contrato cuando no traza una distinción entre el libre acuerdo y la sumisión coercitiva"[270]. Sin embargo, esta vía hobbesiana, justamente en la medida en la que es la más evidente, la más fácil e inmediata para mostrar el posible uso coactivo del consentimiento, no es la que más interesará a la autora. Pateman quiere sacar a la luz una contradicción alojada en el corazón del proyecto moderno y visibilizarla pasa por hacer emerger el lugar excepcional que han representado las mujeres dentro de las teorías contractualistas. A Pateman le

[267] Como argumenta Pateman, el recurso al consentimiento o al contrato ha servido en la modernidad no sólo para legitimar la subordinación de las esposas dentro del matrimonio sino también la institución de la "esclavitud voluntaria". Ver C. PATEMAN, *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019, pp. 225-290 .

[268] ver C. PATEMAN. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*. Cambridge: Polity Press. 1989 Id: The disorder of women: Women, love, and the sense of justice. *Ethics*, 91(1), 20–34. 1980, Id: Feminist critiques of the public/private dichotomy. En S. Benn & G. Gaus (Eds.), *Public and Private in Social Life* (pp. 281–303). London: Croom Helm. 1983.

[269] C. PATEMAN, *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019, p. 102.

[270] C. PATEMAN. Op. cit. p. 131.

interesa, por tanto, indagar qué excepciones han tenido estos teóricos que hacer para pensar la cuestión femenina. Hobbes, que, paradójicamente, es el contractualista menos sexista, no sirve para responder a estas preguntas. Al fin y al cabo el autor de *El Leviatán*, justamente porque no tiene problemas para asumir que consentir es siempre ceder, no necesitó ningún argumento especial para justificar el poder de los padres y los maridos. Por el contrario, "sostuvo que la familia es una institución "artificial" y que el derecho del padre es puramente contractual, lo que en términos de Hobbes significa basado en la fuerza"[271]. Para Hobbes las mujeres están sometidas a un poder masculino que se explica en términos políticos por lo que no recurre a ningún tipo de desigualdad natural entre los sexos.

2.2. Rousseau: las mujeres pueden y no pueden consentir

Sin embargo, como sabemos, esta explicación hobbesiana no es mayoritariamente compartida por los autores contractualistas que, como dice Geneviève Fraisse, se proponen más bien disociar la familia de la ciudad, el poder del padre del poder del rey o el gobierno doméstico y el gobierno político[272]. De entre todos los teóricos del contrato Pateman se detendrá especialmente en la figura de Rousseau y lo hará, precisamente, porque su intención declarada es distinguir el derecho de la fuerza, porque atacó las versiones de Hobbes y de Locke por encontrar en ellas un argumento para validar contratos de servidumbre, porque se separó de "las afirmaciones patriarcales de que la autoridad política tenía una base "natural"" y porque combatió la idea de que los hijos estaban "naturalmente" sujetos a sus padres"[273]. Pero, fundamentalmente, porque, al mismo tiempo que impugnó todos esos argumentos, Rousseau los recuperó y les confirió una total validez para usarlos con las mujeres. Para Pateman, la verdadera trampa que se esconde en la teoría moderna del contrato se pone de manifiesto en la argumentación del contractualista más revolucionario, porque es ahí donde mejor se revelan el tipo de incongruencias que los teóricos políticos modernos deben cometer al pensar a las mujeres. "Irónicamente, Rousseau, el único teórico del contrato que persiguió las implicaciones

[271] C. PATEMAN . Op. cit. p. 73.
[272] G. FRAISSE. Op. cit., p. 56 .
[273] C. PATEMAN. "Women and Consent." Political Theory 8, 2 (1979) p. 152.

radicales de la doctrina, es el más explícito acerca de las razones por las que las mujeres deben ser excluidas de su alcance"[274]. "Para Rousseau [...] cualquier relación que se asemeje a la esclavitud es ilegítima, y ningún contrato que cree una relación de subordinación es válido, excepto el contrato sexual"[275]. Y aquí viene la cuestión de fondo: si nos preguntamos cómo ha sido posible para el contractualismo moderno sostener dicha contradicción, encontraremos que ésta no se ha hecho invalidando la validez del consentimiento o contradiciendo el espíritu del contrato. Al contrario -esta es la tesis central de Pateman-: esa contradicción puede tener lugar precisamente *a través de la noción de consentimiento* y no más allá de él. Es el propio concepto de consentimiento el que alberga esta contradicción en su interior. Pateman parece localizar una especie de *circularidad tramposa* cuando afirma que "el consentimiento es fundamental para la democracia liberal, porque es esencial para mantener la libertad y la igualdad individuales; pero es un problema para la democracia liberal, porque la libertad y la igualdad individuales son también una condición previa para la práctica del consentimiento"[276]. La autora pone así sobre la mesa lo que parece ser una paradoja del liberalismo político, pues si bien la libertad va *después* del contrato, a la vez, ha de existir ya *antes*. La lucidez del argumento de Pateman es alojar este problema filosófico *en el interior mismo del concepto* de consentimiento o contrato. De este modo la crítica feminista a la teoría del contrato es capaz de revelar un problema nuclear del proyecto político moderno. En la medida en la que dicho proyecto, para defender la exclusión política y la dominación sexual de las mujeres, va a poner a funcionar la categoría de contrato en dos direcciones contradictorias parece revelar una paradójica circularidad que está alojada en el corazón del liberalismo. Las posiciones de Rousseau le permiten a Pateman construir esta tesis con solidez. Para el autor de *El contrato social*, las mujeres "deben ser entrenadas para llevar el yugo desde el principio y someterse a la voluntad de los demás"[277]. Y esta inferioridad de la mujer se basaría, por una parte, en supuestas causas "naturales" que anteceden o preceden todo pacto social y que, por tanto, son anteriores al contrato. Es en razón de esa anterioridad de la desigualdad sexual que el patriarcalismo moderno argumentará que Emilio debe ser educado en la independencia

[274] C. PATEMAN. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019, p. 5.
[275] C. PATEMAN. Op. cit. p. 157.
[276] L. LOWENKRON, "Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual". Cadernos Pagu, 45, 2015. 225-258. p. 1.
[277] J. J. ROUSSEAU, *Emile*, trans. B. Foxley, London & Toronto: Dent and Sons, 1911. p. 332.

como un futuro ciudadano -es decir, un sujeto del consentimiento- y Sofía ha de ser instruida para obedecer y servir a Emilio. Recorriendo este lado del argumento, la exclusión femenina del contrato será fundamentada sosteniendo una desigualdad *anterior a la ley* que está radicada en la naturaleza: las mujeres "no pueden considerarse libres e iguales y, de este modo, no pueden convertirse en individuos civiles cuando se instaura la sociedad civil"[278].

Hasta aquí podríamos afirmar algo bastante obvio: que la modernidad no cumple sus promesas revolucionarias con las mujeres y que éstas quedarán excluidas de la ciudadanía y anuladas como sujetos jurídicos, prolongándose así una persistente negación de la voluntad femenina que recorre la historia del pensamiento occidental. Ahora bien, si la aportación de Pateman deja sobre la mesa una advertencia reveladora es porque existe otro aspecto de la cuestión. El corazón del argumento de *El contrato sexual* no es simplemente que las mujeres hayan quedado excluidas del pacto social por parte de los teóricos del contrato, la trampa parece más bien consistir en *haber sido expulsadas e incluidas al mismo tiempo*. "Las mujeres quedan excluidas del pacto originario. Sólo los varones firman el contrato originario"[279]. Ahora bien, "si las mujeres no toman parte en el contrato original [...] ¿por qué los teóricos clásicos del contrato -con la excepción de Hobbes- hacen del matrimonio y del contrato matrimonial su condición? [...] ¿por qué todos los teóricos clásicos [...] insisten en que, en la sociedad civil, las mujeres no solo pueden sino que deben entrar en el contrato matrimonial?[280]. La tesis fuerte de Pateman es que el contractualismo liberal, excluye e incluye al mismo tiempo a las mujeres. Por una parte necesita negar que las mujeres puedan hacer contratos y, por supuestas razones naturales -por definición no contractuales y necesariamente *anteriores*-, las excluye del pacto social negando su condición de ciudadanas. Sin embargo, al mismo tiempo, dicha exclusión femenina del espacio civil y político, se argumenta en términos contractualistas, es decir, con *posterioridad* a la firma de un pacto matrimonial por el que las mujeres asumen voluntariamente su exclusión del espacio público. Según la "cara b" del argumento, las mujeres quedan recluidas en el ámbito privado porque consienten al contrato de matrimonio. Pero, entonces, como afirma Pateman, tendremos que concluir que, en tanto que contrato, el pacto sexual matrimonial sólo puede ser válido si las mujeres

[278] C. PATEMAN, *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019, p. 115.
[279] C. PATEMAN, Op. cit., p. 41.
[280] C. PATEMAN. Op. cit., pp. 42-43.

son capaces de hacer pactos, es decir, si las mujeres son sujetos del consentimiento. Obviamente, de ser así, la pregunta viene de vuelta ¿entonces por qué no deberían también poder participar como pactantes del contrato social?

2.3. La invalidez de todo contrato sexual

Como venimos diciendo, el análisis de Pateman pone sobre la mesa que desde el paradigma teórico del proyecto político moderno las mujeres pueden y no pueden consentir al mismo tiempo y que su exclusión política se justifica como algo tanto anterior como posterior al acto de consentir. Es esa doblez contradictoria que recorre desde su interioridad a la noción de consentimiento la que lo convierte, necesariamente, en un concepto ambivalente para el feminismo. El problema es que se nos ha *excluido* del consentimiento, pero también que dicha exclusión se ha hecho *a través de él*. De ahí que la pregunta sea tan inevitable como imposible de responder: ¿Debemos reclamar o rechazar la noción de "consentimiento"? Partiendo del concepto de *contrato sexual*, referido en su acepción fundamental al pacto sexual matrimonial, Pateman someterá a crítica el resto de contratos en la esfera sexual y señalará el carácter enemigo de la noción de consentimiento en el "contrato de prostitución", el "contrato sadomasoquista" o el "contrato de subrogación" (o maternidad subrogada). La noción de consentimiento -o, lo que es lo mismo, de contrato- es, en definitiva, un dispositivo del enemigo. ¿Qué decir, entonces, de la propuesta de que sea el concepto de consentimiento el que pueda identificar la violencia sexual y discriminar el sexo de la violación? Una vez Pateman ha demostrado la capacidad de la noción de consentimiento de contener y amparar la cesión y la dominación, este concepto no podrá ya ser para la autora ninguna salvaguarda en la protección de las mujeres frente a un sexo que se impone por la fuerza. Pateman insiste en esta invalidez del concepto consentimiento en el terreno de la relación sexual dando pruebas de sus usos perversos en la jurisprudencia: "incluso cuando es incuestionable que se ha utilizado violencia, se puede considerar que (la mujer) ha dado "consentimiento" si se puede decir que la víctima tiene "dudosa reputación" o tiene una moral sexual "pobre"[281].

[281] C. PATEMAN. "Women and Consent." *Political Theory* 8, 2 (1979) p.158.

Como hemos venido diciendo, la reordenación del delito sexual en base a la voluntad de la mujer o de su consentimiento, se presenta en las democracias occidentales de finales del siglo XX como el modo de dejar atrás una regulación de la sexualidad que ha servido para amparar y legitimar el control sexual de las mujeres. Sin embargo, lo que van a subrayar algunas teóricas feministas -y Pateman es una de ellas- es que es precisamente la noción de consentimiento la que permite al patriarcado adaptarse a la era moderna. Desde esta perspectiva no debería ser ninguna sorpresa que todas las características de la cultura de la violación que imperaban bajo el modelo jurídico de la violación violenta sobrevivan bajo el gobierno del contrato. En la actualidad, subraya Pateman, "se cree que el no de una mujer no constituye un rechazo [...] y que es razonable que el consentimiento debe deducirse de la sumisión forzosa"[282]. Para Pateman, atenta lectora de Rousseau, no puede tener nada de contradictorio que en una época contemporánea que dice querer ordenar el sexo respetando el consentimiento de las mujeres ocurra que "abogados eminnetes, así como el público en general, están convencidos de que el hombre sexualmente agresivo "naturalmente" debe ignorar la negativa de una mujer como un mero gesto simbólico que oculta sus verdaderos deseos"[283]. ¿Qué podría esperarse de una modernidad que ha transportado el contrato al sexo? Al fin y al cabo ¿no se transportó el contrato a la esfera sexual justamente para esto? Esta es, en efecto, la tesis de Carole Pateman. Nada debería sorprendernos, por tanto, si en la era de la *revolución sexual* y de la modernización del sexo la negativa de las mujeres sigue siendo ignorada y vulnerada. Al fin y al cabo es uno de los principales teóricos modernos quien defendió que "las mujeres que sean adecuadas para ser esposas deben indicar sus deseos del modo más oblicuo posible"[284]. En el *Emilio*, Rousseau expresa que, dado que las mujeres no saben expresar fiablemente su voluntad, corresponde a los hombres interpretarla. "¿Por qué vigiláis su boca cuando no es ella la que debe hablar? Vigilad sus ojos, tal vez, su respiración, su aire temeroso, su blanda resistencia. [...] La boca siempre dice no, y debe decirlo; pero el acento que une a ella no es siempre el mismo"[285]. Una vez más, como si apenas hubiéramos avanzado desde el *Ars amatoria* de Ovidio nos encontramos con un discurso patriarcal que afirma que ya que

[282] C. PATEMAN. Op. cit., p. 161.
[283] Ibid.
[284] C. PATEMAN, *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019, p. 199.
[285] J.J. ROUSSEAU, *Emilio o de la educación*, Alianza Editorial 1998, pp 576-577.

las mujeres deben decir "no" cuando desean decir "sí", los hombres no deben respeto a sus negativas. Si es así, vivimos inmersos en "una práctica social que -como dirá Pateman- hace casi imposible la diferencia entre la relación sexual consentida y la coercitiva"[286].

El problema puesto sobre la mesa por Pateman es políticamente fundamental. Pues, si Pateman tiene razón, no es exactamente cierto que los valores de la modernidad no hayan llegado a la esfera de la sexualidad y sigamos aun esperando que la ilustración cumpla con lo que prometió. De hecho, parece haber cumplido bastante su programa político. En la modernidad es precisamente el consentimiento (o el contrato) el que salvaguarda el poder patriarcal de los maridos sobre sus esposas y, por eso, sostiene con rotundidad Pateman "el contrato está lejos de oponerse al patriarcado, el contrato es el medio a través del cual se instituye el patriarcado moderno"[287]. La aportación de Pateman ofrece un marco desde el que pensar el derecho penal sexual de los siglos XIX y XX: no se trataría de una época caracterizada por el lento desarrollo y la perezosa e incompleta incorporación de los principios del derecho moderno -el sujeto individual, la voluntad, el consentimiento- al sexo. No es tanto que en la época contemporánea no se haya llegado a completar el paradigma del consentimiento. No es que las mujeres no hayan acabado de estar plenamente incorporadas a la gramática legal. Visto desde las claves que aporta Pateman la regulación de la sexualidad, para seguir sirviendo al control masculino del cuerpo de las mujeres, debe incorporar un concepto -el consentimiento- que produce la ambivalencia misma del derecho penal sexual decimonónico. Si aún bien entrada la época moderna y después de la Revolución Francesa los maridos pudieron seguir ejerciendo el derecho patriarcal de acceder sexualmente a "sus" mujeres, si durante los siglos XIX y XX los esposos siguieron sin poder ser acusados de violación, es decir, si la configuración del delito sexual siguió sirviendo a los fines de un control masculino del cuerpo de las mujeres, no es porque la ley no hubiera aun llegado a iluminar las alcobas y el espacio familiar se resistiera a ser regulado por el derecho. Es justamente en la medida en la que las mujeres casadas habían firmado un contrato matrimonial, es decir, habían *consentido* al contrato sexual, que el derecho contractual moderno permite y ampara la violencia

[286] C. PATEMAN. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019. p. 199.
[287] C. PATEMAN. Op. cit., p. 37.

sexual. Si "el esposo no podía ser considerado culpable de violación (es porque el) "consentimiento matrimonial mutuo constituía un contrato por el que la esposa daba acceso a su marido al cuerpo de ella y no podía retractarse"[288]. Pateman recuerda que esta trampa no ha quedado enterrada por la historia, a finales de los años ochenta "en la mayoría de las jurisdicciones legales, el contrato de matrimonio da aún al esposo el derecho de acceso sexual al cuerpo de la esposa, en cualquier instancia de la relación matrimonial, haya dado o no su consentimiento"[289]. Hay, por tanto, dos consentimientos y uno (el consentimiento del contrato matrimonial) sirve para invalidar el otro (el consentimiento a la relación sexual). Lo que Pateman viene a poner sobre la mesa es que esta supervivencia de la cultura sexual patriarcal y de un derecho que protege el acceso masculino al cuerpo de las mujeres no tiene que ver con la supervivencia de un paradigma antiguo ni con el hecho de que los principios de la modernidad no hayan aún llegado al sexo. Se trata más bien de lo contrario: en el mundo moderno occidental sí se ha producido una "modernización del sexo" y ha consistido en introducir en la esfera de la sexualidad el contrato o el consentimiento.

3. Catharine MacKinnon: la invalidación del consentimiento

Si hay otra crítica al consentimiento que, por su influencia y relevancia, pueda ponerse al mismo nivel que la que ha elaborado Carole Pateman, es la de Catharine MacKinnon. Sus análisis han devenido un punto de referencia imprescindible para cualquiera que se aproxime a los debates feministas sobre el sexo y sus propuestas han teniendo un gran impacto a nivel legislativo no sólo en el contexto norteamericano -especialmente en lo referente a la legislación en materia de acoso sexual laboral y pornografía-, sino también en el derecho internacional, ámbito en el que las aportaciones de MacKinnon son hoy ampliamente reconocidas[290]. MacKinnon es, junto a Andrea

[288] C. PATEMAN. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019. p. 200.
[289] C. PATEMAN. Op. cit., 209.
[290] La influencia de Catharine MacKinnon en la configuración del derecho internacional sobre crímenes sexuales es ampliamente reconocida: fue asesora especial de género de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2008–2012) y su trabajo doctrinal fue citado por la propia Fiscalía al consolidar la calificación de la violación como genocidio en el caso Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1998); además, participó como abogada en el caso *Kadić v. Karadžić*, que contribuyó a establecer

Dworkin, una de las principales exponentes del feminismo de la dominación norteamericano y, por lo tanto, un referente en los debates que enfrentaron y dividieron al feminismo en EEUU a partir de los años ochenta en las llamadas "Sex Wars". En el contexto español es una autora de referencia para el "feminismo de la igualdad", cuyas principales representantes recogieron e incorporaron sus tesis y las usaron para defender sus posiciones políticas contrarias a la prostitución y la pornografía. Por la solidez y la consistencia de su obra, por el impacto legislativo de sus propuestas y por la expansión de sus ideas dentro de una importante parte del feminismo, MacKinnon ha sido y sigue siendo una de las interlocutoras más influyentes y reconocidas en los debates feministas sobre la sexualidad y el consentimiento sexual.

Como Pateman, con quien comparte muchas de sus aproximaciones, MacKinnon se propone desenmascarar las complicidades que el liberalismo tiene con el patriarcado. Lo hará desde lo que la propia autora entiende como un "argumento paralelo" al marxismo, considerando que "la sexualidad es al feminismo lo que el trabajo al marxismo"[291] y que su aportación "se relaciona con el marxismo al igual que el marxismo lo hace con la economía política clásica: es su conclusión final y su crítica definitiva"[292]. *Hacia una teoría feminista del Estado*, publicada en 1989, condensa todas estas ambiciosas aspiraciones teóricas y, según explica la propia autora, pretende aportar el armazón filosófico imprescindible[293] para la construcción de una jurisprudencia hecha desde el punto de vista de las mujeres. Su intención es "volver a formular la relación entre la vida y la ley sobre la base de la experiencia de los subordinados, los menos favorecidos, los silenciados [...] para crear una jurisprudencia del cambio"[294]. En última instancia

---

la responsabilidad civil internacional por violaciones sexuales en contextos de genocidio; finalmente, su enfoque del acoso sexual como forma de discriminación por razón de sexo ha permeado instrumentos internacionales como las Recomendaciones Generales 19 y 35 del Comité CEDAW de Naciones Unidas. Ver C. MACKINNON, "The Recognition of Rape as an Act of Genocide," en *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T (1998), material de la Fiscalía de la CPI; MacKinnon, " 'God Hath Ordained to Man a Helper': Hobbes, Patriarchy and Conjugal Right," *British Journal of Political Science* 19, no. 4 (1989): 445–463; *Kadić v. Karadžić*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) y veredicto civil (S.D.N.Y., 2000); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General nº 19 (1992) y nº 35 (2017); Corte Penal Internacional, "Office of the Prosecutor, Special Adviser on Gender, Catharine A. MacKinnon" (2008–2012).

[291] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 23.

[292] C. MACKINNON. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1989, p. 125. citado por W. BROWN en *Estados del agravio. Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019. p. 167, nota 2.

[293] Para MacKinnon la aportación contenida en *Hacia una teoría feminista del Estado* es la de una teoría de la conciencia y un método propios para el feminismo.

[294] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p.15.

MacKinnon se propone elaborar una teoría feminista del Estado fuera de las redes del liberalismo y el patriarcado y dentro de dicho proyecto político, como vamos a ver, la invalidación del concepto de consentimiento es un eslabón absolutamente necesario.

3.1. Los límites del consentimiento para pensar el acoso sexual laboral

El argumento central que MacKinnon va a desarrollar contra el consentimiento consiste en sostener que se trata de un concepto que presupone la igualdad de los sujetos cuando, en realidad, sirve para ser usado entre sujetos desiguales y darle carta de validez a dicha desigualdad. Como bien ha sido argumentado por los teóricos del contrato y como también subrayaba Pateman, el sujeto que consiente ha de ser libre *antes de consentir* y, por lo tanto, para que el pacto o el contrato sea firmado libremente y comprometa legítimamente a todas las partes, todos deben ser *igualmente libres*. Sin embargo, esa igualdad inicial, requisito de validez del consentimiento, no existe entre las mujeres y los hombres. ¿Cuál es, por tanto, la función del consentimiento en la esfera sexual heterosexual? ¿Se puede consentir en un mundo desigual? ¿No serviría la noción de consentimiento justamente para obviar y encubrir las relaciones de poder? Esta pregunta es explorada por primera vez por MacKinnon en *Sexual harrasment of working women* (1979), un libro que aborda el problema del acoso sexual en el contexto del ámbito laboral, es decir, en una esfera en la que los hombres concentran los cargos de poder y las mujeres ocupan los puestos de trabajo asalariado. En esta primera obra MacKinnon constata la vulnerabilidad de las mujeres trabajadoras ante los abusos de poder de sus empleadores y defiende la necesidad de dotarnos de herramientas legales para sancionar el acoso sexual, afirmando que, para enfrentar este problema, el consentimiento es una herramienta inservible. La crítica de MacKinnon al concepto de consentimiento comienza, por tanto, a partir de este ángulo del problema, argumentando que no puede esperarse que una supuesta libertad formal de las mujeres para consentir (aceptar) o no consentir (rechazar) las proposiciones sexuales de sus superiores, baste para evitar los abusos sexuales de los hombres en contextos en los que éstos tienen un gran poder sobre la vida de las mujeres. Dirigiendo su atención a las condiciones materiales de la libertad, la autora sostendrá que una mujer trabajadora no está en condiciones de rechazar libremente las invitaciones sexuales de sus jefes si eso la puede exponer a represalias

laborales. Por tanto, cualquier pacto o acuerdo sexual en tales contextos, donde no se puede decir libremente que no, es una mera ficción patriarcal. Comprender dichas situaciones desde el prisma del contractualismo liberal no es sino una eficaz herramienta para legitimar la libertad de los hombres y ocultar el sometimiento de las mujeres. Al problematizar la posibilidad de que las mujeres trabajadoras digan libremente «no» a las proposiciones sexuales de hombres en posiciones de poder, MacKinnon argumenta que dirimir el delito sexual a partir del principio del consentimiento es poner del lado de la mujer el deber de demostrar que no dio su consentimiento a las tentativas sexuales de su superior, lo que no sería sino desproteger a quien está ya en una posición de subalternidad. Si las mujeres no puede refutar el sexo, el hecho de que consientan a él (es decir, lo acepten) no dice nada acerca de si eso ha sido una lección o una cesión. Toda la cuestión descansa aquí: si refutar el sexo conlleva o puede conllevar serias consecuencias negativas para las mujeres, el consentimiento nace ya viciado: "¿cómo de explícito debería ser su rechazo para que ella pueda denunciar el trato? La cuestión es análoga a la de cuán ardientemente debe resistirse una mujer a una violación antes de que se considere que ha resistido, es decir, que no ha consentido. En un caso de acoso sexual, sería paradójico que, siempre que un superior tenga el poder de forzar las situaciones sexuales [...], una mujer se viera impedida de emprender acciones legales u otras reclamaciones por no haber «rechazado» adecuadamente. ¿Cómo habría de transmitir su disconformidad? [...], en última instancia, ¿qué se supone que debe hacer aparte de dejar el trabajo?"[295]

MacKinnon defenderá por tanto que, si asumimos la existencia de una relación de poder, no podemos utilizar un concepto -el consentimiento- que presupone la igualdad de ambas partes y, por lo tanto, la libertad de ambos participantes para rechazar (o aceptar) el sexo. Ello implica que, en lugar de preguntar por el consentimiento de la mujer, hay que poner del lado del empleador la prohibición de exponer a quienes trabajan para él a determinados comportamientos o situaciones que deberían quedar a priori sancionados por la legislación, por tanto penalizados con independencia de que la otra parte los quiera o no. MacKinnon definde en *Sexual harrasment of working woman* que el acoso sexual debe ser conceptualizado como una forma de discriminación sexual, y que, en tanto que

[295] C. MACKINNON. "Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination". *New Haven: Yale University Press,* 1979. p. 46 (La traducción es mía).

se trata de un delito de género, debe caer bajo el paraguas de la Ley de derechos Civiles de 1964. Esta primera obra de la autora se convertiría rápidamente en una de las publicaciones más influyentes de la historia del derecho laboral en EEUU[296] y conseguirá impulsar un cambio paradigmático en la comprensión de las dinámicas de género en el contexto del trabajo que sigue siendo enormemente influyente en la legislación norteamericana en el presente[297].

3.2. La teoría del poder de MacKinnon

Aunque este primer texto se cincunscribía al análisis del acoso sexual laboral y se centraba en la desigualdad dentro de determinados entornos de trabajo, la perspectiva de MacKinnon se irá ampliando y sus posiciones con respecto a la invalidez del consentimiento trascenderán los límites iniciales dentro de los cuales MacKinnon había comenzado a razonar. El argumento que había sido puesto en juego para rechazar el consentimiento, la radical desigualdad de poder en la que se encuentran las mujeres y los hombres, había nacido restringido a determinados contextos. Sin embargo, en *Hacia una teoría feminista del Estado*, publicada en 1989, MacKinnon presenta dicha desigualdad como un rasgo consustancial de las relaciones sexuales heterosexuales en cuanto tales, planteando que el concepto de consentimiento no es solamente inválido para las mujeres trabajadoras sino para todas las mujeres. El consentimiento, en definitiva, se revela como una categoría inservible en el marco de cualquier relación heterosexual.

---

[296] Estudio de Fred R. Shapiro publicado en The Journal of Legal Studies en 2000. SHAPIRO, F. R. "The Most-Cited Legal Articles of All Time." *The Journal of Legal Studies* 29, no. 1 (2000): 409–426.

[297] El impacto de *Sexual Harassment of Working Women* de MacKinnon fue decisivo en la configuración jurídica del acoso sexual en el ámbito laboral: en esta obra introdujo la distinción entre *quid pro quo* y *hostile work environment*, tesis que adoptó la Equal Employment Opportunity Commission en sus Guías de 1980, y que el Tribunal Supremo consolidó en *Meritor Savings Bank v. Vinson* (1986), caso en el que la propia MacKinnon participó en la defensa. Desde entonces, esta concepción ha orientado la jurisprudencia estadounidense (v. gr. *Harris v. Forklift Systems*, *Faragher v. City of Boca Raton*, *Burlington Industries v. Ellerth*) y ha inspirado desarrollos posteriores tanto en Canadá (*Janzen v. Platy Enterprises*, 1989) como en la Unión Europea, donde las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE tipifican el acoso sexual como discriminación. Ver *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986); *Harris v. Forklift Systems*, 510 U.S. 17 (1993); *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998); *Burlington Industries v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998); *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252 (Canadá); Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

El núcleo filosófico de *Hacia una teoría feminista del Estado* es una teoría del poder a través de la cual MacKinnon describe la sexualidad heterosexual como una infalible maquinaria de dominio. Wendy Brown, en su análisis de la obra de MacKinnnon, ha señalado cómo la sexualidad adquiere una capacidad productiva por la cual el sexo (la sexualidad) es "la sustancia del género"[298]. "En las sociedades dominadas por varones la sexualidad *es* la erotización del dominio del varón: una erotización que *produce* género en tanto dominación, una diferenciación que *reproduce* la erótica de esa misma dominación"[299]. Como afirma la propia MacKinnon, "el feminismo es una teoría que trata sobre cómo la erotización de la dominación y la subordinación crea género, crea a la mujer y al hombre en la forma social en la que los conocemos"[300]. La cuestión más relevante para Brown, señalada también por otra serie de autoras[301], es que el núcleo filosófico de la obra de MacKinnon es una teoría del poder a través de la cual el patriarcado deviene un sistema infalible. Es la propia MacKinnon la que afirma que no solo "el dominio masculino es tal vez el más omnipresente y tenaz sistema de poder de la historia (sino que) es metafísicamente casi perfecto"[302]. Bajo este dominio casi total el éxito del patriarcado en la configuración de los sujetos -de los hombres y de las mujeres- es prácticamente completo, esto es, produce los sujetos sin fisuras y sin fallas.

Así, dentro de esta teoría del poder, en la concepción de MacKinnon de los hombres, impera un determinismo implacable. El deseo sexual masculino es un deseo de dominio que parece configurar plenamente y sin contradicción alguna al sujeto masculino. No se trata, por tanto, de que una determinada norma -por ejemplo, una heterosexualidad obligatoria que prescribe un deseo activo y dominante para una de las

---

[298] W. BROWN. *Estados del agravio: Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019. p. 168.
[299] W. BROWN. Op. cit. p. 169.
[300] C. MacKinnon. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 50 (traducción de J. CANO y C. VALDÉS en W. BROWN. *Estados del agravio: Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019. p. 169, nota 7)
[301] Para Butler, el caracter totalizante y absoluto de esta teoría del poder y de esta concepción del género de MacKinnon descansa en un argumento circular o una tautología: "Desde este punto de vista, la jerarquía sexual produce y consolida el género. No es la normatividad heterosexual la que produce y consolida el género, sino la jerarquía de género que se dice que sustenta las relaciones heterosexuales. Si la jerarquía de género produce y consolida el género, y si la jerarquía de género presupone una noción operativa de género, entonces el género es lo que causa el género, y la formulación culmina en una tautología. Ver *Preface* (1999) of Gender Trouble, en J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*. New York and London: Routledge, 1999. (La traducción es mía)
"Ver J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003); D. CORNELL. *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*. New York/London: Routledge, 1991.
[302] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 205.

partes- se imponga sobre los sujetos como exigencia de la estructura patriarcal. Esa "excitación por reducir a una persona a cosa, a menos que ser humano"[303], en palabras de MacKinnon, no es, como sostienen otras perspectivas feministas, una imposición, un mandato de género, una reclamación de potencia[304] ante la cual cabe la posibilidad de fracasar[305]. Dado el sistema que describe MacKinnon, el fracaso no parece tener lugar, pues no hay distancia ninguna entre la estructura y los sujetos. Si las posiciones de MacKinnon han sido caracterizadas a menudo como esencialistas -particularmente en referencia a su modo de pensar el género- ello se debe a que, en efecto, cuando se concibe la masculinidad o el deseo masculino como una construcción absolutamente exitosa del poder, no hay distinción entre poder y naturaleza. De poco importa que los hombres deseen la violencia y el dominio por razones biológicas y, por tanto, naturales, o por un sistema cultural tan infalible y perfecto que produce que el deseo de dominio devenga su naturaleza. Si no hay distancia entre el patriarcado y los hombres, si el poder lo puede todo, el género queda naturalizado.

Y si para MacKinnon hay un lugar donde comprobar esa infalibilidad de la estructura, ese campo es la sexualidad y, más concretamente, la pornografía, que revela que el sexo es, en sí mismo, un despliegue del poder y que el deseo masculino está constitutivamente orientado hacia la violencia. "La pornografía permite a los hombres tener todo lo que quieren sexualmente hablando. Es su "verdad del sexo" [...] Desde el testimonio de la pornografía, lo que quieren los hombres es: mujeres atadas, mujeres violentadas, mujeres torturadas, mujeres humilladas, mujeres degradadas y ultrajadas, mujeres asesinadas"[306]. Si la pornografía es una puerta de acceso privilegiada a la realidad de la sexualidad es porque muestra cómo "cada acto de violentar a una mujer -violación, agresión, prostitución, abuso infantil, acoso sexual- se convierte en sexualidad. [...] La pornografía es un medio a través del cual se construye socialmente la sexualidad, un lugar

[303] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 230.
[304] Rita Segato, por ejemplo, ha defendido la necesidad de entender el género como una constricción que impone mandatos tanto para las mujeres como para los hombres y que, de hecho, reclama a los hombres una potencia más condenada al fracaso que al éxito. Ver. R. SEGATO. *Las estructuras fundamentales de la violencia*,Madrid: Prometeo, 2017.
[305] Butler pone en juego el concepto de *iterabilidad* precisamente para subrayar el carácter fallido de un poder que debe repetir su gesto productivo o performativo y que, en esa repetición nunca idéntica a sí misma, abre márgenes para la contingencia. Ver, por ejemplo, J. BUTLER, *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*. Valencia: Cátedra, 2001. También J. Halberstam ha defendido la idea de fracaso como inseparable al sistema de género en HALBERSTAM. *El arte queer del fracaso*. Barcelona/Madrid: Egales, 2018.
[306] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 244.

de construcción. Construye a las mujeres como cosas para uso sexual y construye a los consumidores para que deseen desesperadamente a mujeres que desean desesperadamente la posesión, la crueldad y la deshumanización"[307].

Procediendo siempre en lo que la autora entiende como un espejo con el marxismo, MacKinnon afirma que lo que la organización del trabajo supone a la clase guarda una relación simétrica con lo que la organización del deseo supone al género. Existe una determinada organización del deseo, que produce tanto a los hombres como a las mujeres y que, no obstante, cabe entender como "masculino" en el sentido que beneficia a una parte de la sociedad. "Dado que el poder masculino crea la realidad del mundo al que se refiere la exploración del feminismo, cuando es precisa, la teoría feminista simplemente capturará esa realidad pero la expondrá como específicamente masculina por primera vez"[308]. MacKinnon se dedica, por tanto, a describir ese deseo sexual masculino que crea y reproduce permanentemente el mundo tal y como lo conocemos, afirmando que "el hecho de que el poder masculino tenga poder significa que los intereses de la sexualidad masculina crean lo que significa sexualidad como tal"[309]. La conclusión inevitable es que la sexualidad en su conjunto, también la sexualidad de las mujeres, está constituida por y para los hombres. No existen fallas, brechas, puntos de fuga: "la sexualidad es una forma de poder"[310], "la sexualidad es el eje de la desigualdad entre los géneros"[311]. Siendo consecuente con su visión del sexo, MacKinnon no utiliza contra la pornografía el argumento de que las mujeres no la desean o la realizan involuntariamente. La autora, en este punto, no pretende apelar a ningún querer femenino, a ninguna voluntad que haya de ser legitimada por la ley. Lejos de tal cosa, MacKinnon está perfectamente dispuesta a aceptar que la cultura de la violación y sus expresiones pornográficas han constituido el deseo de las mujeres. Y, en la medida en la que no habilita ninguna distinción entre la representación de la subordinación y el acto social de subordinación y sometimiento, al afirmar que las mujeres desean la violación[312] lo afirma en su sentido literal, es decir, como realidad y no como fantasía o *fantasma*[313]. La pregunta

[307] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 245.
[308] C. MACKINNON. Op. cit. p. 219.
[309] C. MACKINNON. Op. cit. p. 229.
[310] C. MACKINNON. Op. cit. p. 199.
[311] C. MACKINNON. Op. cit. p. 200.
[312] C. MACKINNON. Op. cit. p. 264.
[313] Como afirma Butler "para MacKinnon, la pornografía no es la representación de actos de subordinación, sino el acto mismo de subordinación. En esta perspectiva, la distinción entre representación y acto se derrumba: el acto de habla de la pornografía se convierte en el acto social de subordinación, y por tanto se

no es para ella cómo es posible que las mujeres acepten o incluso deseen aquello que los hombres quieren que acepten y deseen. "Si el modelo social existente y la realidad de la sexualidad se centran en la fuerza masculina, y si ese sexo se aprende y de considera ideológicamente positivo y se recompensa, lo sorprendente es que no todas las mujeres eroticen el dominio [...] la pregunta verdaderamente interesante es por qué y cómo la sexualidad de las mujeres no es en todos los casos masoquista"[314].

A partir de este análisis MacKinnon defiende que la violación no debe ser conceptualizada como sexo violento utilizando el criterio del consentimiento. Cuando la sexualidad es una forma de poder y el poder es inseparable de la violencia, de nada sirve tratar de marcar una línea divisoria entre el sexo y la violencia sexual, pues ni siquiera para las propias mujeres existe dicha diferencia. Más bien, al contrario, la violencia se experimenta como sexo y, por lo tanto, existen, permanentemente, *violaciones consentidas*. En estas condiciones, validar la categoría de consentimiento, solo llevaría a percibir la violencia sexual masculina "por encima de determinados umbrales"[315], visualizando únicamente un subconjunto de la coacción y ocultando la mayor parte, evidenciando unos elementos de poder y dominio, pero oscureciendo otros[316]. MacKinnon, por tanto, se enfrenta a las feministas que, como Brownmiller, asumen la definición de la violencia sexual a partir de la voluntad de las mujeres. "Algunas feministas han fomentado y participado de este tipo de análisis concibiendo la violación como violencia, no como sexo. [...] Decir que la violación es violencia y no sexo mantiene la norma "el sexo es bueno" sencillamente distinguiendo el sexo forzado como "no sexo", aunque signifique sexo para el agresor o, incluso, para la víctima"[317]. La conclusión, en el mundo que describe MacKinnon, no puede ser otra: el sexo es *objetivamente* indistinguible de la violencia. O, como dice Agustín Malón, «para MacKinnon […] la misma expresión *violencia sexual* es un pleonasmo. Es la misma sexualidad la que es violenta. Es el principal artefacto con el que los hombres dominan a las mujeres, con la

interpreta como una forma de conducta susceptible de sanción." en J. BUTLER, *Excitable Speech: A Politics of the Performative.* New York: Routledge, 1997, p. 9. Butler se refiere a la pornografía como *fantasma* en BUTLER, J. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003). Para un abordaje en profundidad de la discusión sobre la pornografía y el debate constitucional abierto en EEUU a partir de su caracterización como *speech* ver A. VALERO HEREDIA. *La libertad de la pornografía*. Sevilla: Athenaica Ediciones, 2022.

[314] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. pp. 265-266.

[315] C. MACKINNON. Op. cit. p. 238.

[316] Ibid.

[317] Ibid.

ventaja de que estas no saben que están siendo dominadas. Cuando creen desear y disfrutar, en realidad están siendo sometidas y violadas».[2]

Probablemente, uno de los aspectos de la teoría de MacKinnon más discutidos y contestados por otras voces feministas[318] es que, bajo sus parámetros, la subjetividad femenina es una subjetividad atrapada en la alienación. En múltiples pasajes de la obra de MacKinnon el problema no parece consistir en que las mujeres son concebidas y tratadas *como si fueran objetos* por los hombres. Bajo la omnipotencia del poder que parece gobernar el mundo, las mujeres devienen efectivamente cosas, es decir, *son* objetos en su sentido más real. "La cosificación [...] no es meramente una ilusión para lo cosificado: es también su realidad social. El alienado que solo puede ver el yo como otro no es distinto del objetificado que solo puede ver el yo como cosa. Ser el otro del hombre *es* ser su cosa". Y es así como MacKinnon, afirmando "la complicidad de las mujeres con su condición", desprovee de validez la voluntad y el consentimiento femenino. La mujer que participa en la pornografía o que consiente a una relación sexual sadomasoquista es una mujer "cosificada en la cabeza" y "cómplice en el cuerpo" -dice MacKinnon- , no es, por tanto, quien revela los fallos del poder sino "el éxito último de la supremacía masculina"[319].

3.3. La redefinición de la violación

Es una determinada concepción del sexo y una particular teoría del poder desarrolladas por MacKinnon, las que sostienen una conclusión: en este mundo patriarcal el consentimiento no puede sino ser una trampa para las mujeres. En otros textos[320] la autora va a perfeccionar su propuesta jurídica con respecto al delito de violación para poder abandonar el recurso al concepto de consentimiento. Haciendo gala de la coherencia que caracteriza su pensamiento político, MacKinnon propone redefinir la violación aplicando el mismo paradigma que la autora había propuesto para pensar el

[318] Drucilla Cornell, por ejemplo, critica la mirada reductivista y totalizante de MacKinnon afirmando que "el error fundamental de MacKinnon es reducir la "realidad" femenina al objeto sexualizado que nosotras somos para ellos". D. CORNELL. *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*. New York/London: Routledge, 1991. p. 17.
[319] C. MACKINNON. Op. cit. p. 220.
[320] C. MACKINNON. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007; id. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016).

acoso sexual. Se trata de reactualizar el mismo abordaje planteado en *Sexual Harassment of working woman*: tratar el delito sexual como un delito de género y, por lo tanto, hacer que la ley entienda que lo que está en juego es un *abuso de un poder* y una perpetuación de una *discriminación* de género. MacKinnon, como hiciera ya en su primera obra, rechaza pensar como conflicto interpersonal aquello que tiene que ver con estructuras sociales, impugnando el abordaje individualista propio del derecho "liberal" (en realidad del derecho moderno mismo) y apostando por "considerar la violación como un delito de desigualdad que incluye fundamentalmente el género"[321], es decir, como "discriminación sexual"[322].

Para redefinir la violación fuera del paradigma del consentimiento y de la oposición entre lo forzoso y lo voluntario, MacKinnon va a proponer llevar a cabo dos redefiniciones o reformulaciones fundamentales. La primera tiene que ver con redefinir el concepto de fuerza o coacción, que debe ser ampliado para comprender las desigualdades de poder. La segunda tiene que ver con reformular los requisitos del sexo lícito y pasar del sexo consentido al sexo "bienvenido" (welcome) o deseado:

a) La redefinición de la coacción como desigualdad de poder. La propuesta jurídica de MacKinnon va a consistir en eliminar el principio del consentimiento de la ley contra la violación. En lugar de eso la autora propone entender la violencia sexual a partir de la noción de fuerza o coacción, pero de una noción de coacción ampliamente redimensionada. Esta operación conceptual, basada en la necesidad de impugnar un concepto de fuerza demasiado restringido, se argumenta, inicialmente, a partir de la estrechez con la que el derecho penal sexual patriarcal ha usado la noción de fuerza. La autora señala con mucha razón que las leyes tradicionales contra la violación han exigido a las mujeres condiciones inasumibles y recuerda que el requisito de una resistencia heroica se ha colado en las leyes contemporáneas (también en la legislación norteamericana). Así ocurre cuando, por ejemplo, se concibe el ataque sexual como un sexo impuesto "por la fuerza o mediante amenaza de muerte inminente, lesiones corporales graves, dolor extremo o secuestro"[323]. Con tono crítico MacKinnon señala

[321] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 436. (La traducción de este texto, siempre que sea citado a lo largo de toda la tesis, es mía).
[322] C. MACKINNON. Op. cit. p. 435.
[323] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465.

desde la ironía que "cuando se trata de relaciones sexuales, la amenaza de muerte más tarde, las lesiones corporales menos graves, el dolor no considerado extremo o el rapto sin llegar al secuestro [...] no eran suficientes"[324]. Hasta este punto, MacKinnon muestra que el criterio de la fuerza física es un criterio inadecuado e injusto como baremo de la violación, y que dicha conceptualización de la fuerza restringida a su naturaleza física supone una excepción con respecto a lo que la categoría de coacción engloba en el caso de otros delitos. Este argumento ha sido sostenido en el primer capítulo de esta investigación al señalar que el antiguo modelo de la violación como violación eminentemente violenta supone una anomalía incompatible con la conceptualización de la violación como un delito contra la libertad[325]. Así pues, hasta este punto de la argumentación, la autora podría estar proponiendo una crítica al requisito de la resistencia heroica todavía coherente con los principios de un derecho penal sexual moderno, principios a partir de los cuales se secundaría la afirmación de MacKinnon de que "la coacción no solo puede ser física"[326].

Ahora bien, la propuesta de MacKinnon será ampliar la comprensión de la fuerza o la coacción llevando sus fronteras mucho más allá de lo que requeriría *modernizar* el delito sexual adaptando la violación a los parámetros de los delitos contra la libertad. MacKinnon va a proponer una concepción mucho más expandida de la fuerza al pretender ampliar los límites de ésta hasta hacerlos coincidir con la desigualdad de poder. En coherencia con sus posiciones teóricas, desde las que MacKinnon concibe que las relaciones sexuales atravesadas por relaciones de poder son indistinguibles de la violencia, su concepto de coacción se identifica con el poder. "Cuando la violación se reconoce como un delito de desigualdad de género, el género pertenece a la lista de desigualdades que, cuando se utilizan como una forma de poder [...], convierten el sexo en violación."[327] Así, MacKinnon defiende que es preciso incluir como coacción las "circunstancias de coacción social"[328]: "la desigualdad sexual, cuando se despliega, es

[324] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465.
[325] Como vimos anteriormente el derecho penal sexual de los siglos XIX y XX, de forma más o menos explícita, se ha resistido a ampliar el concepto de fuerza en los delitos sexuales, lo que ha implicado mantener la violación vinculada a una comprensión muy limitada y restringida de lo que es violentar la voluntad de un sujeto, una comprensión no acorde con el sentido *espiritualizado* de fuerza que opera en el resto de delitos contra la libertad y, paradigmáticamente, en el delito de coacciones. Esta cuestión ha sido tratada en el Capítulo Primero pp. 65-74.
[326] C. MACKINNON. Op. cit. p. 470
[327] C. MACKINNON. Op. cit. p. 469
[328] Ibid.

una forma de fuerza, de coacción, es una forma útil de violencia"[329]. MacKinnon defiende que el consentimiento produce una desigualdad porque toma por iguales a quienes no lo son. La autora afirma que "el concepto es intrínsecamente desigual, ya que presupone silenciosamente que las partes son iguales, lo sean o no"[330], aludiendo a una realidad externa al plano jurídico donde se puede ser iguales o no serlo. El consentimiento, desde esta óptica, es un criterio demasiado laxo porque incluye en su interior, como sexo lícito y legal, sexo que se da en condiciones de fuerza-poder "La sumisión forzada puede confundirse con el consentimiento no porque los jurados se equivoquen , sino porque las condiciones de fuerza y amenaza son una característica tan habitual de las relaciones entre mujeres y hombres en condiciones de desigualdad sexual que pueden parecer sexo. [...] En la práctica jurídica, el consentimiento para mantener relaciones sexuales o la falta de prueba de una ausencia de consentimiento se dan en situaciones de aquiescencia desesperada, miedo paralizado, terror, ausencia de opciones y vulnerabilidad social"[331].

La propuesta de MacKinnon, siguiendo estrictamente este razonamiento, es redefinir el delito de violación como "*una invasión física de naturaleza sexual en circunstancias de amenaza o uso de la fuerza, fraude, coacción, secuestro o de abuso de poder, confianza o situación de dependencia o vulnerabilidad*"[332]. Esta introducción de la noción de poder o vulnerabilidad permiten a la autora transportar al texto legal un conjunto de desigualdades que deberían ser vistas por la ley:

> Si la fuerza se definiera de manera que incluyera las desigualdades de poder, es decir, las jerarquías sociales, y el consentimiento se sustituyera por un criterio de bienvenida (welcome) [...] la fuerza podría definirse de manera que fuera sensible a las vulnerabilidades que las jerarquías sociales crean concretamente: edad (los de mediana edad sobre los jóvenes y los ancianos); familia (el marido sobre la mujer, los padres sobre los hijos, los hijos mayores sobre los menores); raza (en Estados Unidos, los blancos sobre las personas de color); autoridad

[329] C. MACKINNON. Op. cit. p. 469
[330] C. MACKINNON. Op. cit. p. 440
[331] C. MACKINNON. Op. cit. p. 447
[332] C. MACKINNON. Op. cit. p. 474

> (educativa, médica, legal, religiosa, entre otras); ley (la policía y los guardias de prisiones sobre ciudadanos y reclusos); situaciones ilegales como las creadas por la ley de inmigración, la homosexualidad, la prostitución y la economía (pobreza, y empleadores sobre empleados).[333]

Es decir, esta noción de fuerza que propone MacKinnon, parece ser capaz de abarcar o contener toda desigualdad o poder estructural, lo que permite hacer una reconceptualización ampliamente extensiva del delito sexual. La crítica que se le ha formulado a MacKinnon es el alto alcance punitivo de su propuesta[334]. La "solución" de MacKinnon al problema de consentimiento es que el Estado, para criminalizar el sexo, deje de atenerse a la voluntad de los sujetos y pase siempre a evaluar cuándo estamos ante una relación de desigualdad de poder. La cuestión es que, desde la propia filosofía de MacKinnon, no se fijan de antemano los límites a esa posible criminalización, es decir, no se proponen criterios para discriminar aquello que podría ser considerado una relación de poder susceptible de convocar a la ley penal y aquello que no. Es más, si algo es argumentado por la autora es el carácter ilimitado y ubicuo de las condiciones de desigualdad de poder que invalidan el consentimiento: "Se sabe que el consentimiento carece de sentido en contextos jerárquicos excepcionales, cuando la aquiescencia es la única opción realista. La pregunta tabú es: ¿cuándo no es así?"[335]. Dada la visión de la sexualidad sostenida por MacKinnon, pueden ser convertidas en relaciones sexuales ilícitas y delictivas las relaciones sadomasoquistas consentidas, el "sexo duro"[336] o

---

[333] C. MACKINNON. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007. p. 247.

[334] Janet Halley argumenta su crítica a esta propuesta de MacKinnon en su texto *El paso al consentimiento afirmativo.* Halley traza allí la relación entre el feminismo de la dominación y el nuevo paradigma del consentimiento afirmativo, sosteniendo que, bajo el paradigma del feminismo de la dominación asumido por la doctrina positiva, está "criminalizando como primer y no como último recurso para el cambio social". Su análisis es que las reformas aprobadas en el contexto norteamericano son el intento de llevar a cabo la propuesta de MacKinnon y se fundamentan, por tanto, en una indistinción entre la fuerza y el poder. Según Halley, la propuesta de MacKinnon supone "un uso tan amplio del castigo penal" que "la violación se demostraría a partir de una constatación general de la superioridad social masculina". La autora critica el carácter políticamente conservador de un feminismo que aboga por un "despliegue punitivo y represivo" y pretende utilizar el castigo como herramienta feminista de transformación recordando que se está otorgando al Estado un renovado y ampliado poder punitivo que se aplicará selectivamente sobre algunas poblaciones que son el blanco de las políticas carcelarias. Ver J. HALLEY. "The Move to Affirmative Consent." *Signs* 42, no. 1 (2016).

[335] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 463.

[336] Según MacKinnon "el "sexo duro" es esencialmente una defensa del sadomasoquismo [...] (y) el sadomasoquismo, la imposición o recepción de dolor o humillación como práctica sexual consentida, es

agresivo consentido y, por supuesto, el trabajo sexual consentido: "la suposición de que el dinero proporciona o muestra consentimiento para el sexo sería sustituida por la suposición de que el dinero es una forma de fuerza en el sexo"[337]. Es decir, precisamente en virtud del carácter estructural del poder que MacKinnon pretende combatir con la ley penal, en la medida en la que ese poder está en todas partes, se abre la puerta a un concepto especialmente difuso y que, si bien es imprescindible en el campo de la teoría política, la sociología o la crítica filosófica, es peligrosamente elástico y maleable para servir como criterio a la legislación penal.

b)La búsqueda de un sexo mutuamente deseado (welcome). MacKinnon es consciente de que su propuesta puede ser acusada de conducir a una criminalización indiscriminada y parece hacerse cargo de la inquietud que muestran algunos de sus críticos por el alcance punitivo al que conduce esta mirada sobre el sexo. Si, en efecto, no hay relación heterosexual que pueda quedar a salvo de darse en condiciones de poder y desigualdad ¿No podría ser todo sexo heterosexual subsumible dentro del delito sexual? "La preocupación que surge aquí -llamarla desesperada no sería exagerado- es cómo el sexo heterosexual (en particular, pero no solo) puede tener lugar en condiciones de desigualdad y, sin embargo, no todo puede ser desigual. [...] Tomar en serio la desigualdad de poder en la ley de violación exigiría prohibir categóricamente las relaciones sexuales entre hombres y mujeres"[338]. Para salvar este problema MacKinnon va a introducir otro aspecto de la cuestión. A través del concepto de "welcome" la autora reclama que la ley pueda pedirle al sexo algo que tampoco el consentimiento es capaz de garantizar, a saber, un sexo mutua y recíprocamente "bienvenido". En este segundo sentido MacKinnon rechaza el concepto de consentimiento no por ficcionar o escenificar una igualdad que no existe, sino por lo contrario: por poner en escena -o ficcionar- una desigualdad. El consentimiento parece distribuir lugares diferentes, pues "describe una interacción dispar entre dos partes: A inicia, B acepta o cede a las iniciativas de A"[339]. MacKinnon así está poniendo sobre la mesa un desequilibrio o una asimetría que

sexo intrínsecamente desigual en el que la diferencia de poder constituye la excitación sexual". C. MacKinnon. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 461

[337] C. MACKINNON. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007. p. 248

[338] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 470

[339] C. MACKINNON. Op. cit., p. 440

caracteriza al sexo cuando un sujeto simplemente acepta lo que le hace otro, por ejemplo el sexo donde se ocupan distintos roles sexuales (los roles activo-pasivo de la cultura gay o de las lesbianas butch/femme o las personas con prácticas BDSM) pero también cuando un sujeto paga dinero a otro. "Una transacción entre alguien que paga y alguien a quien se paga es sexo desigual, (por tanto) criminal. [...] El consentimiento es irrelevante[340]. En este punto MacKinnon no señala solamente una desigualdad estructural que, por supuesto, según la autora, ya permite invalidar el trabajo sexual femenino -"el sexo comercial es sexo en el que las condiciones de desigualdad entre las partes, incluidos el sexo y el género, así como con frecuencia la edad, la raza y la clase o la casta, se explotan de forma flagrante"[341]- sino el hecho de que en el caso de la prostituta "el sexo no es deseado por sí mismo"[342]. Al reivindicar el concepto de *mutualidad* MacKinnon subraya una cuestión que, en efecto, no ha pasado desapercibida para la mayoría de feministas en su reflexión sobre el concepto de consentimiento. Geneviève Fraisse ponía de relieve esta cuestión cuando señalaba que en el interior del consentimiento latía la posibilidad de una ambigüedad si no se diferencia entre el hecho de *decir sí al otro* o de *decirse sí juntos*[343]. Fraisse, como tantas otras autoras, advierte que consentir parece ser un verbo hecho para describir una posición de receptividad que ocupan siempre las mujeres: "el consentimiento habla antes que todo del sexo femenino y casi nunca parece evocar la conducta del sexo masculino"[344]. La cuestión había sido ya subrayada por Pateman desde su texto *Mujeres y consentimiento*, donde afirmaba que "siempre son las mujeres las que deben dar su consentimiento a los hombres" mientras el hombre es "activo, sexualmente agresivo (y) toma la iniciativa"[345]. También autoras que han intervenido más recientemente como Ann Cahill o Linda Martin Alcoff se hacen cargo de la cuestión, señalando esta última que "si se da por sentado [...] que los hombres son la parte activa, el comportamiento normativo femenino involucra receptividad"[346]. En efecto, como sostiene Alcoff, la idea de que las mujeres se *dejan hacer* algo que *hacen* los hombres causa cierto escozor en el feminismo, como si esa pasividad femenina que permite el

[340] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 473.
[341] Ibid.
[342] Ibid.
[343] G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 15.
[344] G. FRAISSE. Op. cit., p. 38.
[345] C. PATEMAN. "Women and Consent." Political Theory 8, 2 (1979) p. 164.
[346] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 180.

concepto de consentimiento y su proximidad a las ideas de aceptar, tolerar o permitir, supusiera estar aceptando un baremo demasiado bajo.

MacKinnon va a defender que le debemos pedir más al sexo y que para esa exigencia, de nuevo, de nada nos sirve el concepto de consentimiento. La autora, como hace Pateman, aloja en el concepto de consentimiento una ambigüedad, una polisemia, una enorme laxitud significativa, por la cual el concepto de consentimiento, por una parte, mantiene confundido en su interior aquello que debe ser separado y, al mismo tiempo, no incluye dentro de su interior aquello que debe ser una exigencia. "La aquiescencia se da en el sexo, no cabe duda. Éste a menudo es algo que unos hacen a otros. Muchos se encuentran a veces aceptando (acquiescing) a "lo que otros les hacen". "También existen interacciones mutuas, deseadas, gozosas y entusiastas de conexión íntima [...] Pero son realmente estas dos cosas dos formas de lo mismo?, ¿en serio pertenecen a la misma categoría?"[347]. La línea de demarcación está en el sitio equivocado cuando el consentimiento pretende distinguir la aceptación de la cesión forzosa (ambas cosas son, en el fondo lo mismo) y, sin embargo, no hace distinción entre la aceptación y el deseo entusiasta de las mujeres. "El consentimiento como criterio legal de la ley de agresión sexual por lo general exonera relaciones sexuales unilaterales, no mutuas, no deseadas, involuntarias, no recíprocas, constreñidas, obligadas y coaccionadas"[348]. Por ello, para MacKinnon van de la mano la lucha feminista contra una estructura social, política y económica que discrimina a las mujeres y la búsqueda de la reciprocidad y mutualidad dentro de la propia práctica sexual. Como en una relación circular de ida y vuelta MacKinnon asume que es un mundo patriarcal el que produce determinadas prácticas sexuales y que, a la vez, es a través de un tipo de prácticas sexuales como se reproduce el género y la desigualdad social.

Esta perspectiva sobre la sexualidad, como no puede ser de otro modo, conduce a una discriminación de comportamientos y contenidos sexuales que deben ser, según MacKinnon, no solo aceptados o permitido sino lo que la autora denomina "bienvenidos" (*welcome*). Se trata de un sexo "íntimo, interactivo, conmovedor, comunicativo, cálido, personal y amoroso"[349], un sexo que se tiene desde "la mutualidad, la reciprocidad, el

[347] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 441.
[348] C. MACKINNON. Op. cit. p. 443.
[349] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465.

respeto, la confianza, el deseo"[350] y que se opone a la aquiescencia unilateral o "al intercambio de sexo por otros tesoros"[351]. Al fin y al cabo, una vez que su legitimidad no puede descansar en su voluntariedad, es decir, en el hecho de ser o no ser consentidas (cómo se tiene el sexo) la discriminación de las relaciones sexuales se desliza hacia la discusión acerca de qué prácticas son aceptables y cuáles no. Dado que MacKinnon está poniendo como condición de licitud un sexo que implique una conexión "mutua, íntima (y) deseada", el sexo instrumental o el sexo que se "intercambia por otros tesoros" debe caer dentro de la violencia sexual. "El *entusiasmo*, no la resignación, suele ser evidente cuando lo que se produce no es la tolerancia de la violación de los límites. Definir el sexo como algo que los hombres hacen a las mujeres, y no con ellas, no es un camino hacia la igualdad o la liberación sexual. El consentimiento es una norma patética de igualdad sexual para un pueblo libre"[352].

La autora sostiene que lo que debe quedar fuera del alcance del campo penal es "la libertad de buscar una *intimidad genuinamente deseada* con parejas igualmente predispuestas"[353]. ES decir, ante la sospecha de que el argumento de la desigualdad -una desigualdad estructural y sistemática- permitiera a la ley invalidar toda forma de sexo, MacKinnon afirma que se podría tener sexo entre los hombres y las mujeres siempre y cuando haya mutualidad y un "deseo genuino" por ambas partes. Que las mujeres deseen de forma íntima, profunda y verdadera es el modo de garantizar la mutualidad y, por lo tanto, una especie de vía para reintroducir la igualdad en el sexo. Anulada la validez del consentimiento -bajo el argumento de que el mundo es inevitablemente desigual-, se le pide al sexo mismo que sea "igualitario", esto es: recíproco, mutuo, comunicativo, afectivo o, incluso, amoroso en vez de unilateral o instrumental.

En este punto MacKinnon parece contradecir sus posiciones más pesimistas y deterministas. Como habíamos dicho, la autora está dispuesta a asumir que las mujeres, cuando consienten, quieren lo que quieren los hombres pero, al mismo tiempo, parece querer rescatar un querer femenino que conduciría a otro tipo de sexualidad. Ahora bien, dado que una de las tesis fuertes de MacKinnon es que, en un mundo desigual, la voluntad está secuestrada e intoxicada por el poder -razón por la que no puede ser legitimada por

[350] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465.
[351] Ibid.
[352] Ibid.
[353] C. MACKINNON. Op. cit. p. 471.

la ley- se trataría de invocar ahora un querer más auténtico, verdadero y subterráneo. MacKinnon critica a Freud por entender que el psicoanálisis ha construido una teoría de la represión funcional al patriarcado, es decir, donde *en el fondo* las mujeres desean lo que desean los hombres. "Una función de la teoría freudiana de la represión [...] es respaldar ideológicamente la liberación de la agresión sexual masculina al tiempo que deslegitima la negativa de la mujer a responder"[354]. Contra ese deseo oculto al que según MacKinnon el psicoanálisis quiere darle voz al servicio de los hombres, la autora sostiene que "puede que haya un *inconsciente feminista*, pero no es el freudiano. Puede que ahí resida la igualdad"[355].

Parecería que, de alguna manera, el deseo, un deseo propiamente femenino, salva o puede salvar el escollo del poder convirtiéndose en criterio de veracidad frente a una voluntad siempre sospechosa de estar coaccionada o secuestrada. Sin embargo, como veremos a partir de la crítica de la autora al consentimiento afirmativo, MacKinnon es consciente de la dificultad de que la ley acceda a ese inconsciente feminista igualitario de forma individualizada. Dicho deseo femenino "auténtico" funciona como una suerte de hipótesis normativa: si es la jerarquía sexual la que produce un sexo donde un sujeto ocupa el lugar de la actividad y otro el de la pasividad, donde el poder puede ser erotizado, donde no hay simetría o reciprocidad es de suponer que, en condiciones de igualdad las mujeres *desearían* un sexo igualitario, recíproco e interactivo y, por tanto, la ley puede buscar ese estándar normativo. Son solo, por tanto, determinadas prácticas -esas que MacKinnon considera "igualitarias"- las que escapan de la acusación generalizada y preventiva de implicar violencia y dominación. Si los debates sobre el sadomasoquismo y los roles butch-femme produjeron en las Sex Wars un verdadero cisma en el interior del feminismo en el contexto norteamericano a finales del pasado siglo es porque apuntaban directamente a esta cuestión. El sadomasoquismo, que es una erotización del poder, es para MacKinnon un "sexo intrínsecamente desigual en el que la diferencia de poder constituye la excitación sexual"[356]. Las prácticas sadomasoquistas consentidas, como la pornografía, no son una teatralización o representación de la dominación sino una reproducción de la misma. De poco importa que los roles de poder los encarnen mujeres así como que se trate de relaciones sexuales entre mujeres. Para la autora, en la medida

[354] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 271.
[355] Ibid.
[356] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 454.

en la que (re)producen el género, -es decir, la masculinidad y la feminidad-, reproducen toda la estructura de desigualdad de la sexualidad heterosexual. La autora contesta a las feministas que, en el contexto de los años ochenta, hacen un alegato a favor de la posibilidad de las mujeres de explorar los roles BDSM si es dentro de los límites del consentimiento[357] afirmando que la sexualidad pornográfica "se manifiesta en alegatos recientes del sadomasoquismo, descrito por sus defensores como aquella sexualidad en la que 'la dinámica básica es la dicotomía del poder'"[358]. "Hay quienes han afirmado que la sexualidad lesbiana [...] resuelve el problema del género al eliminar a los hombres de los encuentros sexuales voluntarios de las mujeres. Pero la sexualidad de las mujeres sigue estando construida con las condiciones de la supremacía masculina; [...] puede ser que la sexualidad esté tan marcada por el género que lleve en sí el dominio y la sumisión, sea cual sea el género de los participantes"[359].

Como se puede ver, MacKinnon deja poca salida que no sea la de abandonar por completo el marco del consentimiento. Cuando el sexo está atravesado por relaciones de poder el consentimiento es insuficiente y, por otra parte, cuando no existe la desigualdad sino que hay un deseo mutuo, el consentimiento sería enteramente sobrante. "Cuando una incursión sexual no es igual, ninguna cantidad de consentimiento la hace igual y la redime de ser violatoria. Llámese agresión sexual"[360]. "Cuando una interacción sexual es igualitaria, el consentimiento no es necesario. Llámalo sexo."[361].

4. El consentimiento como problema para el feminismo

Tanto Pateman como MacKinnon son, sin duda, algunas de las voces feministas críticas con el concepto de consentimiento más relevantes e influyentes. Sus obras continúan siendo hoy ampliamente leídas y comentadas, encontrando adhesiones, críticas e intentos de responder a los obstáculos planteados por ambas. Dado el alcance político

[357] Ver P. CALIFIA, "A Secret Side of Lesbian Sexuality," *The Advocate*, 27 de diciembre de 1979; C. VANCE. *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Talasa Ediciones, 1989; M. NICHOLS. "Sexualidad: cuestiones y teoría en desarrollo". *Nosotras que nos queremos tanto*. no. 8, 1992.
[358] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 251. La cita es de P. CALIFIA, "A Secret Side of Lesbian Sexuality," *The Advocate*, 27 de diciembre de 1979. pp. 19-21
[359] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 251.
[360] C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 476.
[361] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465 .

de sus aportaciones para el feminismo, ambas autoras han fijado algunas de las principales coordenadas dentro de las cuales se encuentran los debates académicos en torno a la noción de consentimiento. Como hemos visto en las páginas precedentes, ambas teóricas comparten un mismo diagnóstico al subrayar una especie de inflación semántica por la que el consentimiento se vuelve extremadamente flexible y abarcante, conteniendo y amparando en su interior formas de dominación y sumisión. Es justamente esa doblez significativa, que está alojada en la interioridad de la noción de consentimiento, la que determina el tipo de relación conflictiva que el feminismo mantiene hacia esta cuestión. Al denunciar una inquietante plasticidad de la noción de consentimiento, tanto Pateman como MacKinnon asientan dentro del debate razones de peso para que los feminismos se aproximen al consentimiento desde una actitud de desconfianza. A partir de sus críticas, el concepto que nos ocupa, vendrá ya siempre acompañado de un halo de ambigüedad y ambivalencia. Asediado permanentemente por la sospecha de poder ser, como plantea Fraisse, tanto una "pura libertad" como una "inevitable relación de fuerza"[362], el consentimiento, que venía a ser una solución, se convierte, más bien, en un verdadero *problema*.

La crítica elaborada por Pateman y MacKinnon muestra, además, que dicho problema tiene una doble cara y puede ser planteado desde dos lados. El primero de estos ángulos nos muestra el consentimiento desde una perspectiva problemática que ya había sido apuntada en el capítulo primero y que tanto Pateman como MacKinnon ponen sobre la mesa. Dada la plasticidad del concepto de consentimiento parece posible que el mismo sirva para seguir imponiendo a las mujeres un deber de resistencia que deja inalterados los fundamentos del antiguo derecho penal patriarcal. Basta con convertir el tipo de rechazo que la ley les ha pedido siempre a las mujeres en el estándar de lo que ha de entenderse por ausencia de consentimiento. Como explicaba Nussbaum, ese era precisamente el lenguaje utilizado por jueces, abogados y fiscales en los años setenta, cuando el problema denunciado precisamente por el feminismo era que "si una mujer no oponía resistencia física o cedía ante amenazas menores, se la juzgaba consintiente"[363] y que "sólo esa resistencia se tenía por prueba fehaciente de su no consentimiento"[364].

[362] G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 21.
[363] M NUSSBAUM. *Ciudades de la soberbia*. Barcelona: Paidós, 2022.
[364] Ibid.

Sin embargo, después de la intervención de Pateman, se pone sobre la mesa otro ángulo de la cuestión a partir del cual el peligro que la noción de consentimiento encierra para las mujeres no descansaría solamente en que la falta de consentimiento exige una *voluntad negativa absoluta*, un querer (negativo) incondicional. Pateman viene a señalar la otra cara del problema -y, como quiero señalar en esta investigación, se trataría, en el fondo, del *mismo problema*- cuando afirma que en su versión positiva, el consentimiento exige también una voluntad inquebrantable e inamovible. Al poner en relación el problema del consentimiento con el debate que los feminismos han abierto sobre el sujeto, propongo que consideremos que el asunto que el análisis de Pateman saca a la luz es el mismo que analizábamos a través de la figura de Lucrecia. Estamos en ambos casos mirando una misma trampa sobre cómo la ley sitúa a las mujeres y a qué condiciones las somete. Si, en el caso de Lucrecia, las mujeres están sujetas al sadismo de una ley que solo toma en serio su querer cuando su falta de voluntad (o de consentimiento) implica el hecho de preferir la muerte, en el caso que está señalando Pateman, la trampa opera en sentido positivo. Cuando el consentimiento es empleado como contrato, no se espera que las mujeres demuestren su voluntad contraria a los hombres, sino que se comprometan voluntariamente en un tipo de pacto que las aprisiona férreamente y del que no pueden ya escapar. En un caso nos encontramos ante una desmedida exigencia de rectitud de la voluntad negativa de las mujeres, en otro caso nos encontramos con el deber de someterse a una voluntad positiva igualmente recta. Es justamente en dicha rectitud compartida en la que descansa, a la postre, el carácter abusivo de la ley. Si el concepto de "consentimiento" sirve para amparar o bien la resistencia suicida de las mujeres o bien la contracción de deberes sexuales conyugales, nos encontramos, en ambos casos, ante el mandato de que las mujeres se conviertan en los sujetos de una voluntad firme e inalterable, una voluntad cuya extremada verticalidad se vuelve incompatible con la inclinación y el deseo de un sujeto femenino verosímil.

Como afirmamos en páginas anteriores, en el relato de la violación de Lucrecia está encerrada una paradoja que señala *la estructura de una trampa* y que consiste en obligar a las mujeres a o bien ser nada más que un cuerpo -sometidas sexualmente en el sentido más estrictamente físico o corporal- o bien devenir sujetos incorpóreos de una voluntad sin límites. El problema que pone sobre la mesa el caso de Lucrecia, como el problema que saca a la luz Pateman, es que la ley nunca ha excluido simplemente a las mujeres: las ha excluido en un sentido e incluido en otro. Si hay un campo del derecho en

el que no hay que perder de vista este doble movimiento es el del derecho penal sexual, donde no se puede decir precisamente que las mujeres hayamos sido ignoradas u olvidadas por la ley sino más bien permanentemente juzgadas y condenadas por ella. Como ha sido señalado en tantas ocasiones por el feminismo[365], al mismo tiempo que los sistemas jurídicos han limitado y restringido el acceso de las mujeres al estatuto de sujetos, han regulado el acceso masculino a sus cuerpos a través de herramientas de control y castigo, haciendo de las mujeres ese extraño personaje jurídico que ni es mayor de edad ni no lo es y que, sin ser libre, es penalmente responsable o, como dice hace Olympe de Gouges, que no puede subir a la tribuna pero sí puede subir al cadalso[366].

Como ya se apuntó en el primer capítulo, Lucrecia legitima que las mujeres pierdan el derecho a que la ley escuche su voluntad, pero lo legitima *a través de un acto de voluntad*; de hecho, de un mayúsculo acto de voluntad. Esa forma de incluir a Lucrecia en el ámbito de los sujetos voluntariosos debe servirnos de advertencia: el problema que ha de pensar la teoría feminista no es solo el de una exclusión femenina de la ley y de sus categorías nucleares -el sujeto, la voluntad, el consentimiento-. Hace falta también iluminar de qué modo esclavizante ha sido insertado el sujeto femenino en esa gramática jurídica, cuestión fundamental para preguntarnos si existen otros modos posibles. Pateman señala que la inclusión de las mujeres como sujetos del consentimiento, es decir, como sujetos capaces de hacer contratos, ha servido a los mismos fines patriarcales de una cultura de la violación, pues precisamente el contrato matrimonial hace a las mujeres perder el derecho a consentir o no consentir a las relaciones sexuales dentro del matrimonio. La paradoja ya la conocemos: el patriarcado moderno niega la autonomía sexual de las mujeres sirviéndose del modo paradigmático que tiene la modernidad de codificar el querer autónomo de los sujetos y, por tanto, anulando la validez de la voluntad femenina a través de un acto de voluntad de la mujer. Y dicha paradoja, en los términos asumidos por Pateman, no revela una incoherencia o una incompletitud, "no es una contradicción del patriarcado moderno" sino el mecanismo de "una estructura social coherente"[367].

---

[365] Ver, por ejemplo, T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003.

[366] O. DE GOUGES, "Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana", art. X, en A. H. PULEO (ed.), *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*. VVAA. Barcelona: Anthropos, 1995. p. 158.

[367] PATEMAN, C. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019. p. 412.

Como vimos, Pateman plantea argumentos de peso para sostener que la exportación de la figura del contrato a la esfera de la sexualidad es un fenómeno característicamente moderno que responde a determinados intereses masculinos y que tiene, como consecuencia, la contracción de deberes y obligaciones sexuales que atrapan a las mujeres *a través de su propia voluntad.* En este sentido, la intervención de Pateman muestra que si esa definición o delimitación del consentimiento pasa por atarlo o restringirlo a la forma contractual, la categoría se vuelve una categoría enemiga que debe ser rechazada por el feminismo. ¿Pero pasa, necesariamente, la definición del consentimiento sexual por una identificación con el contrato?

Como han subrayado algunas autoras, el problema de la crítica de Pateman es que parece dejarnos sin alternativas, y ello en la medida en la que cierra la puerta a toda posibilidad de reforma del concepto de consentimiento y, por lo tanto, a la posibilidad de reivindicarlo para determinados usos o en determinadas condiciones. No pocas autoras feministas han mostrado su preocupación hacia los riesgos de prescindir de una noción que, más allá de la esfera de la sexualidad, está ligada a muchas de las reivindicaciones políticas de las mujeres, ya sea al reclamar su libertad para hacer contratos laborales fuera de tutelas masculinas, para acceder a la propiedad en régimen de igualdad con los hombres, para tener pleno derecho al divorcio o para consentir libremente al aborto. En opinión de Susan Moller Okin «Pateman abandona con demasiada facilidad los usos del contrato para el feminismo»[368]. Tamar Pitch, por su parte, ha llegado a afirmar que "Pateman condena, con el contrato, el "derecho" moderno como instrumento"[369], dejando "poco espacio [...] a la posibilidad de una política (y una cultura) que cambie el significado (y por tanto los efectos) de las normas jurídicas"[370]. La conclusión a la que se nos arroja al final de *El contrato sexual* es, en efecto, harto problemática, pues no parece señalar con claridad otro horizonte hacia el que caminar y, una vez desautorizado el consentimiento, no hay ningún *plan b* para el feminismo. La propia Pateman, al final de la obra, responde a la pregunta que sobrevuela permanentemente el libro y afirma que no hay, dentro del consentimiento o del contrato, nada a reivindicar por parte de las mujeres. Pateman exhorta a las feministas a "alejarse del terreno del contrato" afirmando que "un

[368] S. M. OKIN, "Feminism, the individual and Contract Theory". Reseña de *The Sexual Contract*, de C. PATEMAN, *Ethics* 100, n.3 (1990). p. 666.
[369] T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. p. 72.
[370] Ibid.

orden social libre no puede ser un orden contractual"[371]. Así pues, como sostiene Elisabeth S. Anderson, la conclusión final de *El contrato sexual* es que "las feministas deberían buscar la liberación dentro de otras formas de relación, que vayan más allá de las relaciones contractuales, más que intentar perfeccionar la base contractual de las relaciones sexuales que ya tienen con los hombres"[372]. Pateman se refiere literalmente a la existencia de "otras formas de libre acuerdo por medio de las cuales mujeres y varones puedan constituir relaciones políticas"[373] pero poco más podemos llegar a saber de ello. Su obra, a la vez que encierra una poderosa crítica cuyos efectos han sido amplios y duraderos, ha conducido a la teoría feminista a un cierto vacío del que no parece que ciertas tradiciones feministas sepan bien cómo salir. En este sentido, algunas críticas han señalado, como hace Andersen, que "la teoría de Pateman a la teoría del contrato social es incompleta"[374] pues no es capaz de exhibir, ante la doctrina jurídica que rechaza, una propuesta superior.

Por su parte, MacKinnon ha argumentado hasta el final, la necesidad de que el feminismo abandone el concepto de consentimiento y lo ha hecho sosteniendo que eso no implica renunciar al instrumento del derecho penal sino transformar el derecho para adaptarlo a eso que requiere una *jurisprudencia feminista*. El problema es que la solución propuesta por MacKinnon no es tanto rechazar el derecho "liberal", término habitualmente utilizado por la autora, sino renunciar al derecho moderno mismo. Su propuesta pasa, en efecto, por abandonar el marco de la "libertad sexual" y por no validar la voluntad jurídica de las mujeres. Ahora bien, este es, precisamente, el aspecto más problemático y controvertido de la propuesta de MacKinnon. Si la principal crítica que ha recibido Pateman es su ausencia de alternativas, la respuesta que ha recibido más frecuentemente MacKinnon, es que, al desproveer a las mujeres de toda capacidad de acción, sus posiciones solo pueden conducir a una política proteccionista y paternalista. En palabras de Alcoff, las feministas antipornografía "subestimaron la capacidad femenina de actuar"[375] y ello conduce, como ha argumentado Brown, a una política más

[371] C. PATEMAN. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019. p. 416.
[372] E. S. ANDERSON, "Mujeres y contratos: no hay nuevo acuerdo", *Anacronismo e irrupción*, *Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna* 11, n. 20 (2021) p. 335.
[373] C. PATEMAN. Op. cit., p. 416.
[374] E. S. ANDERSON. Op. cit., p. 320.
[375] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 163.

centrada en la protección que en la emancipación[376], donde "las mujeres tienen mayor necesidad de igualdad social y de protección social que de libertad"[377]. Al invalidar el concepto de consentimiento, la ley adquiere el poder de discriminar el sexo -separar el sexo lícito del delito sexual- con independencia de la voluntad de las mujeres. En los términos asumidos por las corrientes feministas que han heredado las posiciones de MacKinnon esto significa defender, como hace Ana de Miguel, que "la violencia no debe tener lugar en las relaciones sexuales, aunque sea una violencia "consentida""[378]. Pero la pregunta, obviamente, es qué se entiende por violencia, es decir, cómo se conceptualiza la violencia sexual una vez se ha invalidado el criterio que servía para delimitarla. Anulada la validez del querer femenino, le corresponde al Estado acotar qué es un ataque sexual contra las mujeres al margen de la voluntad de las propias mujeres. Al devolver al poder estatal unas competencias que, precisamente el concepto de consentimiento servía para arrebatar al Estado, MacKinnon se separa del proyecto de un derecho penal sexual moderno y de los límites que dicho paradigma jurídico moderno impone al poder público en la regulación de la sexualidad. Un Estado paternalista con amplios poderes punitivos queda encomendado por MacKinnon a proteger a las mujeres sin las mujeres, privando al sujeto femenino de agencia y mayoría de edad. Esta confianza que MacKinnon y sus seguidoras depositan en la ley penal ha suscitado, por tanto, importantes críticas entre muchas feministas que han venido a recordar que venimos, precisamente, de una legislación sexual patriarcal que ha invalidado la voluntad de las mujeres en nombre de la "protección" de las mujeres[379].

---

[376] W. BROWN. *Estados del agravio: Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019. p. 79.

[377] Ibid.

[378] A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015. p. 135

[379] También en el contexto español, en el que el feminismo de la igualdad impulsó las propuestas del feminismo de la dominación en cuestiones como la prostitución, la pornografía y la violencia, ha existido una lectura crítica del excesivo poder punitivo del estado al que parecen encomendarse estas corrientes feministas. Autoras feministas como Raquel Osborne, Laura Macaya, Itziar Ziga y juristas feministas ubicadas en la criminología crítica y el antipunitivismo como Elena Larrauri, Miren Ortubay, Paz Francés, Ruth Mestre o M. Luisa Maqueda han alertado sobre los riesgos que conlleva pretender enfrentar el problema de la violencia sexual a través de la criminalización excesiva de la sexualidad cuando el derecho penal no puede ser considerado un amigo de las mujeres. Ver, por ejemplo, R. MESTRE, "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos." En *Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago*, I. H. FERNÁNDEZ (coord), Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008; M. ORTUBAY FUENTES. "Violencia sexista: qué podemos esperar del derecho penal". En *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, C. SERRA, C. GARAIZABAL y L. MACAYA (coord.), Madrid: Catarata, 2021; P. FRANCÉS LECUMBERRI, "A la búsqueda de alternativas en la justicia desde los feminismos." En *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, C. SERRA, C. GARAIZABAL

El paradójico desenlace de las poderosas críticas al consentimiento que presentan autoras como Pateman o MacKinnon es que parecen llevarnos o bien a un callejón sin salida o bien de vuelta a la situación de la que justamente veníamos y de la que queríamos salir. ¿Pues no era acaso la negación de la voluntad de las mujeres uno de los problemas a superar para dejar atrás un sistema patriarcal que ha gobernado el cuerpo de las mujeres al servicio del control masculino de la sexualidad? El problema es que, si la estructura de la trampa ante la que la ley sitúa a las mujeres es la de invalidar el querer femenino si éste no se convierte en un querer absoluto e incondicional -es decir, inverosímil- no parece que MacKinnon permita escapar de la trampa sino, más bien, apostar por una de las opciones.

La pregunta, por tanto, sigue siendo si, frente al problema que es el consentimiento, tenemos alguna otra solución. Y dicha pregunta se vuelve especialmente necesaria allí donde las tesis del feminismo radical antipornografía y los argumentos contra el consentimiento han tenido una gran influencia e implantación. En el contexto español las posiciones teóricas tanto de Carole Pateman como de Catharine MacKinnon serán recogidas por Celia Amorós[380] y gran parte de las autoras del feminismo ilustrado de la igualdad[381]. En general, en lo que toca a la reflexión sobre la sexualidad y el consentimiento sexual, esta corriente de pensamiento feminista, asumirá como propias muchas de las principales líneas del feminismo norteamericano de la dominación e incorporará sus argumentos. Eso les llevará a considerar que "el consentimiento está envuelto en oscuras sombras patriarcales"[382] y a señalar, como hace Rosa Cobo, que el acto de consentir puede ser, más bien, "un acto de fuerza de facto" que "se transforma en una nueva servidumbre difícil de identificar porque la ideología dominante lo presenta como un acto de libertad[383]. Pateman será también una de las grandes referencias de esta corriente feminista. Su lectura de Rousseau será estudiada e incorporada por esta

y L. MACAYA (coord.), Madrid: Catarata, 2021; M. L. MAQUEDA ABREU, "Las "caras oscuras" del consentimiento sexual de las mujeres". *Igualdades*. No. 6, Nº 10 (2024).

[380] C. AMORÓS. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias… para las luchas de las mujeres*. Madrid: Cátedra, 2005; Id. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad*. Madrid: Cátedra, 1997; Id. *Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre feminismo e Islam*. Madrid: Ediciones Cátedra, Colección Feminismos, 2009.

[381] Ver A. H. PULEO. "Patriarcado." En *10 palabras clave sobre mujer*, dir. Celia Amorós, 21-54. Estella: Verbo Divino, 1995; A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015; R. COBO. *La ficción del consentimiento sexual*. Madrid: Catarata, 2024.

[382] R. COBO. *La ficción del consentimiento sexual*. Madrid: Catarata, 2024. p. 24.

[383] Ibid.

escuela[384], y, en relación a la cuestión del consentimiento, será reconocida como "la autora imprescindible"[385]. También MacKinnon será constantemente reivindicada por esta tradición feminista, especialmente en lo referente a sus argumentos en relación a la pornografía y la prostitución o a cuestiones como el sadomasoquismo y su significación para el feminismo. Alicia Puleo puso en juego la distinción entre "patriarcado de coacción" y "patriarcados de consentimiento", describiendo a nuestra sociedad como aquella en la que "será el propio sujeto (las mujeres) quien busque ansiosamente cumplir el mandato"[386]. Ana de Miguel ha descrito la libre elección como un "mito" y una mera forma de coacción encubierta en el terreno de la sexualidad, identificando el consentimiento como "el gran argumento favorable a la prostitución de las mujeres" [387] y como un instrumento equivocado en un mundo atravesado por las desigualdades[388].

> La cuestión que está en juego es el enfrentamiento entre una concepción neoliberal de la sexualidad, en que todo vale si hay dinero y "consentimiento" por medio, y una concepción radical y estructural de la sexualidad. Una concepción, la primera, en que personas "libres" e "iguales" pactan y eligen, frente a otra en que se considera que las estructuras normativas y coactivas determinan a favor del sistema y de los privilegiados "las elecciones" y "el consentimiento" de los individuos. El consentimiento, el dinero y los medios de comunicación de masas se limitan a hacer aceptable lo inaceptable[389].

Al incorporar las perspectivas de MacKinnon, el feminismo español de la igualdad ha incorporado necesariamente una teoría totalizante del dominio donde el sujeto femenino, muy a menudo, acaba descrito como un sujeto desprovisto de todo margen de poder y agencia y convertido en un impotente colaborador del sistema. La cuestión es si

---

[384] R. COBO. *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.
[385] A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015. p. 150.
[386] A. PULEO, "El patriarcado: ¿una organización social superada?" *Temas para el debate*, nº 133 (diciembre 2005); Id.,"Patriarcado." En C. AMORÓS (dir.) *10 palabras clave sobre mujer*. Estella: Verbo Divino, 1995.
[387] A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015. p. 162.
[388] A. DE MIGUEL. Op. cit., p. 151.
[389] A. DE MIGUEL. Op. cit. p. 147.

esa tradición feminista, al incorporar el problema del consentimiento en los términos mismos que establece el feminismo de la dominación, puede aceptar hasta el final las consecuencias que implica el abandono total de este concepto. Tanto el concepto de consentimiento como el de contrato, son conceptos que pertenecen al armazón teórico del pensamiento político y jurídico moderno. La asunción acrítica -no discutida ni reformulada- de las tesis de MacKinnon no deja de presentar profundos problemas filosóficos para una corriente de pensamiento que se caracterizó por su defensa del universalismo de corte ilustrado y por su enérgica oposición a cualquier pretensión de construir el proyecto feminista más allá de las ideas fuerza de la modernidad. En definitiva, los términos en los que el feminismo español de corte amorosiano ha pensado el problema del consentimiento constituyen para él un verdadero problema, pues lo coloca ante una disyuntiva necesaria. O bien se asume que el proyecto político feminista debe renegar de la modernidad y de sus ideas principales -entre ellas las ideas de sujeto individual, de voluntad, de consentimiento- por ser un proyecto consustancialmente patriarcal, o bien hay que encontrar alguna manera de no tirarlo todo por la borda. La primera de las opciones constituye exactamente esa operación filosófica que la obra de Amorós se dedicó a impugnar. La segunda, sin embargo, exige distanciarse del pesimismo de Pateman y, por supuesto, de la teoría del poder y del sujeto de MacKinnon que el feminismo de la igualdad quiere, sin embargo, abrazar.

5. ¿Un derecho feminista más allá del paradigma del derecho penal sexual moderno?

Comenzábamos este capítulo refiriéndonos con el concepto de modernización del sexo a un proceso científico, político cultural y jurídico que llega a las sociedades occidentales contemporáneas en el siglo XX y, especialmente, en el último tercio de dicho siglo. Una prometida desacralización de la esfera erótica, una descualificación del sexo, aligerado de su peso religioso y moral, implicaría, como correlato jurídico, la llegada de leyes sexualmente neutras donde tanto las mujeres como los hombres pasan a ser entendidos como *personas* y donde el delito sexual queda establecido a partir de la voluntad de las mismas. Abandonar los antiguos delitos de honestidad y ordenar el delito sexual a partir del consentimiento se vehiculó políticamente a partir de la reclamación

feminista -sostenida por autoras como Brownmiller- de que la ley se volviera atenta y receptiva a la voluntad negativa de las mujeres. Bajo el lema "no es no", el feminismo defendía el derecho de las mujeres a negarse al sexo, confrontando una ley sexual que, mediante el requisito de violencia y resistencia, seguía amparando los deberes conyugales. Defender el "no" como expresión legítima de la voluntad femenina implicaba, por tanto, señalar una cultura de la violación que impedía a las esposas rechazar sexualmente a sus maridos y que hacía de la violencia física (y no de la mera expresión negativa de la voluntad) la condición del delito sexual. Dados los efectos que una concepción antigua y sacra de la sexualidad ha tenido para las mujeres, era de esperar que la llegada de la noción de consentimiento y la regulación del sexo a partir de la voluntad de los sujetos, supusiera un avance luminoso. Y, sin embargo, como hemos visto, la noción de consentimiento, como herramienta conceptual y jurídica para delimitar la violencia sexual patriarcal, suscitará enseguida las mayores sospechas dentro del feminismo. Ligado por Pateman al contrato matrimonial, el consentimiento, en palabras de Rosa Cobo, aparecerá "envuelto en oscuras sombras patriarcales"[390] , ocultando siempre peligrosas trampas para las mujeres. De nada sirve -vendrá a decir MacKinnon- que las leyes reconozcan el derecho de las mujeres a negarse a las proposiciones sexuales de los hombres si no hay condiciones reales para ello. En el mundo, gobernado por los hombres, las relaciones de poder existentes hacen imposible dicha negativa femenina y, por tanto, vuelven inválido y falaz el consentimiento. Las mujeres no pueden nunca decir que no y, por lo tanto, todo sexo (incluido aquel que se acepta) es indistinguible del sexo impuesto por la fuerza. El consentimiento, que presupone falsamente la igualdad de las partes y, por tanto, la libertad de la mujer para aceptar o rechazar el sexo, es un concepto equivocado para definir el delito sexual. Así, el pretendido individualismo del derecho liberal moderno no sirve sino para encubrir relaciones de desigualdad estructurales que deberían ser abordadas por un derecho armado para enfrentarlas.

¿Qué quedaría entonces como reivindicable de ese proyecto de *modernizar el sexo* que parecía traer las luces a la esfera sexual? El proceso de modernización del derecho penal sexual implica una neutralidad sexual de la ley que ha sido reivindicada no solo en nombre de la libertad de las mujeres sino también de la igualdad de los colectivos sexuales más minoritarios y marginales con respecto a la normatividad sexual. Para una gran parte

[390] R. COBO. *La ficción del consentimiento sexual*. Madrid: Catarata, 2024. p. 24.

de la doctrina[391], esta neutralidad del derecho penal sexual responde al cumplimiento constitucional de la igualdad del hombre y la mujer ante la ley. Sin embargo, como hemos visto, importantes voces feministas han visto esta neutralidad como una trampa que enmascaraba una desigualdad estructural y han recordado que la ley no debe ser ciega al "hecho de que en un número muy elevado de casos la víctima es la mujer y el agresor el hombre[392]. Esta modernización del derecho penal sexual, por tanto, no parece ser exactamente pacífica en el interior del feminismo, siendo muchos de sus principales aspectos objeto de profundos debates. Si la modernización del sexo prometía leyes neutras y universales, MacKinnon impugna dicha neutralidad y apuesta por un derecho penal que no vea a personas sino estructuras sociales. Si la libertad sexual de las mujeres parecía depender de desmoralizar el sexo, MacKinnon alerta contra esa descualificación moral de un territorio cargado no solo de los mayores peligros -el sexo parece ser un terreno hipersensible a la humillación, la degradación, la instrumentalización del otro- sino que encierra las promesas éticas más elevadas -el sexo debe ser el terreo del entusiasmo, el afecto o el amor-. Si incorporar el paradigma de la libertad sexual implicaba una neutralidad sexual de la ley, MacKinnon defiende el carácter necesariamente sexuado de los sujetos para una legislación feminista. Y, por supuesto, si modernizar el sexo era defender límites al Estado en su intento de legislar las relaciones sexuales, MacKinnon parece proponer exactamente lo contrario, afirmando que la protección y seguridad de las mujeres depende de la salida de posiciones "liberales" y, en general, de falsas promesas de libertad. MacKinnon rechaza no sólo el concepto de consentimiento sino la propia idea de "libertad sexual" a la que la autora acusa de ser solidaria de la "hipótesis de la desrepresión"[393] y de los intereses de los hombres. La pretensión de "liberar la

[391] Ver J. L. DÍAZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*. Buenos Aires: Euros Editores, 2025.

[392] Como comenta Patricia Faraldo ya desde el momento de la reforma de los delitos sexuales de 1989 no faltaron voces feministas que señalaron que "la violación es un delito que comete un género contra otro, es decir, que cometen el género masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad". La propia Faraldo se hace cargo de esta crítica y sostiene que esta promesa de universalidad esconde la trampa de un " falso neutro": "La inclusión del hombre como posible víctima no supuso otra cosa que una igualación formal a través de una norma general y abstracta como es el Código penal, que pretende no discriminar por razón del sexo de la víctima [...] enmascarando el hecho de que en un número muy elevado de casos la víctima es la mujer y el agresor el hombre". Ver P. FARALDO-CABANA, "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España.* coord. por Silvia Rodríguez-López, María-Ángeles Fuentes-Loureiro; Patricia Faraldo-Cabana (dir.), María Acale Sánchez (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 50-51.

[393] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 235.

sexualidad", dirá MacKinnon, no es un objetivo feminista, pues solo significa que se permite a las mujeres expresar tanto como los hombres esa sexualidad heterosexual que es dominio para los hombres y sumisión para las mujeres[394]. MacKinnon opone la retórica de la "libertad", como ideología liberal y patriarcal, a la igualdad, única matriz del feminismo. "Cualquiera con una pizca de capacidad de análisis político debería saber que libertad antes que igualdad, libertad antes que justicia, solo liberará más el poder de los poderosos y nunca liberará lo que más necesita expresarse"[395].

La crítica que la teoría feminista contemporánea plantea a finales del siglo XX al concepto de consentimiento implica un diálogo crítico con la modernidad de importante relevancia teórica más allá de sus consecuencias jurídicas. ¿Debe el feminismo abandonar por completo la pretensión de modernizar la esfera sexual? ¿Hay algún modo de utilizar la noción de consentimiento que nos permita escapar del contractualismo liberal y del paternalismo regulatorio al mismo tiempo? ¿Es posible no asumir las consecuencias pesimistas de Pateman o las soluciones paternalistas de MacKinnon? ¿Frente al problema que es el consentimiento en los términos en los que ha sido planteado en este capítulo, tenemos alguna otra solución? Aun asumiendo que el consentimiento *puede* convertirse en una trampa, existe una necesaria discusión en el interior del feminismo sobre si *ha de serlo siempre y necesariamente* o solo bajo determinadas condiciones. ¿Existe un modo no inmediatamente liberal y no necesariamente patriarcal de utilizar este concepto? ¿Existen condiciones para su validez o debe ser abandonado? Es objetivo del siguiente capítulo explorar esa posibilidad considerando, además, que tratar de responder a estas preguntas se vuelve algo especialmente necesario allí donde los argumentos para invalidar el consentimiento de Carole Pateman como de Catharine MacKinnon han tenido una gran influencia y recorrido. Considero que estas preguntas abiertas son especialmente relevantes en un contexto en el que gran parte de la tradición feminista -y, muy especialmente la tradición feminista española a través del feminismo de la igualdad- no solo ha asumido las posiciones de las autoras que más vehementemente han cuestionado la noción de consentimiento, sino, fundamentalmente, los términos del problema que han sido formulados por ellas.

[394] C. MACKINNON. Op. cit., p. 231.
[395] C. MACKINNON. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p.15.

CAPÍTULO TERCERO

LA NEGATIVIDAD DEL CONSENTIMIENTO

A menos que la denegación del consentimiento o la retirada del consentimiento sean posibilidades reales, no podemos seguir hablando de "consentimiento" con ningún sentido genuino.

Carole Pateman

Decir "sí" es también poder decir "no".

Geneviève Fraisse

Ante la problemática abordada en el capítulo segundo, a saber, la laxitud del concepto de consentimiento y los peligros de que dicha noción jurídica, al ser llevada al terreno del sexo, incluya la obligación de ser demostrado a través de rechazos absolutos o afirmaciones irreversibles (contratos). Dada la ambigüedad semántica de la noción de consentimiento hace falta, como se ha argumentado ya en el primer capítulo, definirlo, acotarlo, restringirlo, ponerle condiciones y límites. Se argumentará que es posible definir el consentimiento para sortear esos obstáculos y que, para ello, hay que circunscribir el consentimiento sexual a la figura del *permiso*, lo que conlleva una conceptualización necesariamente *negativa* del consentimiento. En este capítulo, por tanto, se va a explorar la relación del consentimiento con la negación, es decir, con el hecho de decir o poder decir que no (o expresar de cualquier modo una negativa o una oposición al sexo[396]). Se argumentará que, al restringir la noción de consentimiento a un sentido meramente negativo, la validez de la voluntad femenina debe ir necesariamente ligada a las condiciones de posibilidad de la negación, y que ello, al tiempo que permite escapar de algunos de los peligros señalados por Pateman y MacKinnon, obliga a discutir algunas de las posiciones de ésta última autora. Al mismo tiempo, dicha negatividad obliga a asumir una serie de límites que hacen del consentimiento un concepto incapaz de resolver

[396] Salvo que se indique explícitamente lo contrario, cuando en este texto empleamos expresiones como "decir que sí" o "decir que no", o "aceptar" o "negar" el sexo, no nos referimos a una expresión verbal del consentimiento. Se emplea, por lo tanto, el verbo "decir" en un sentido laxo o extenso que hace referencia a cualquier forma de manifestar, positiva o negativamente la voluntad o el consentimiento y no a una forma necesariamente verbal.

algunos de los problemas que el feminismo localiza en el campo de la sexualidad y, en esa medida, muestra las insuficiencias que presenta el concepto de consentimiento para abarcar las aspiraciones emancipatorias y éticas que persigue y que no debe dejar de perseguir el feminismo en el terreno de la relación sexual.

Diversas autoras[397], han abordado la relación que el concepto de consentimiento mantiene con la *negatividad*, con lo negativo o con la negación. Dicha negatividad tiene que ver con que, como señala Manon Garcia, a menudo cuando el consentimiento aparece, aparece de forma negativa, es decir, como algo que *falta*, como algo que no es o no está. "El consentimiento ha estado históricamente definido *de modo tal que sólo se puede constatar su ausencia*"[398]. Esto parece poder encerrar varias cosas. Por una parte podría significar que el consentimiento se presupone hasta que no se manifieste el no consentimiento, es decir, su ausencia. Pareciera existir un modo de aparecer del consentimiento por el cual su manifestación negativa es mucho más evidente o inmediata que su existencia positiva, la cual debería ser inferida o presupuesta sólo mediatamente y justamente a través de una falta, un silencio o una pasividad. "La expresión "quien calla consiente" explicita esta invisibilidad"[399] que algunas autoras feministas han señalado como cómplice de la cultura de la violación[400]. Sin embargo, al mismo tiempo, el interés

[397] Ver, por ejemplo G. FRAISSE, *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011; M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso: Sesso e rapporti di potere*. Torino: Einaudi, 2022.

[398] M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso: Sesso e rapporti di potere*. Torino: Einaudi, 2022. p. 17.

[399] M. GARCIA, Op. cit. p. 18

[400] La crítica feminista a este tipo de presuposición consiste en sostener que si el consentimiento puede ser tácito y el no consentimiento debe ser explícito, ello habilita a los hombres a actuar de un modo por el cual pueden proceder sexualmente siempre a partir de la mera ausencia de una negación o un rechazo. Como veremos más adelante, la apuesta por una forma *positiva* o *afirmativa* de consentimiento pretende enfrentar este problema defendiendo que, frente a toda intención de volver lícito el sexo a partir de consentimientos tácitos o presuntos, se puede y se debe buscar la manera de hacer clara y evidente la existencia positiva del consentimiento. Requerir a los hombres contar con el consentimiento -esto es, tener que contar con la existencia positiva de un "sí"-, implicaría dejar de requerir de las mujeres aportar demostraciones de su ausencia -tener que expresar un "no"-. Así, enfrentar la violencia sexual, pasaría por una exigencia de claridad o clarificación previa de las voluntades de las partes, obligando a hacer evidente e indudable la existencia positiva de un querer que ya no debe ser nunca presupuesto o inferido sino claramente mostrado, comunicado, explicitado o, incluso, verbalizado. Por otra parte, no solo la doctrina positiva responde críticamente a esta presuposición. Como sostiene Tamar Pitch, el paradigma negativo del consentimiento también podría impugnar una presuposición de consentimiento, aunque sin asumir la presuposición contraria, como sí haría el paradigma positivo. Bajo la conceptualización moderna de los delitos sexuales dentro del paradigma de la libertad sexual, cuando "la violencia debe interpretarse por la dinámica de la acción y no por la naturaleza y condición de las personas implicadas; si no se puede presumir que hay consentimiento, tampoco puede presumirse que no lo haya", T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. p. 185.

feminista por la relación del consentimiento con la negación parece responder a razones profundas. Ha sido precisamente el feminismo el que ha estado interesado en hacer emerger las negativas y es justamente esa cultura sexual patriarcal enemiga de las mujeres la que se pretende combatir cuando el feminismo ha propuesto centrar la atención en que las mujeres puedan decir que no y no tanto en que puedan decir que sí.

1. El sentido jurídico y político del "no es no"

Al final del capítulo precedente ya apuntamos a que las legislaciones decimonónicas obedecían a principios jurídicos contrapuestos y que el carácter inconsistente o contradictorio de ese derecho penal sexual iba vinculado al rol predominante de los medios comisivos o, más precisamente, al protagonismo de determinados medios comisivos[401], algo que ha sido insistentemente criticado por la doctrina feminista. Es cierto que, por una parte, la legislación penal se encaminaba hacia una comprensión del delito sexual que no quedaba ya necesariamente restringida a la fuerza en un sentido mecánico (*vis absoluta*) pues la violencia física venía acompañada de otros medios posibles para forzar o imponer la relación sexual (intimidación, amenaza, abuso de poder y otros). Por otra parte, sin embargo, en la medida en la que las legislaciones no renuncian a salvaguardar una moral sexual colectiva y siguen buscando pruebas de honestidad de la mujer, el consentimiento o la voluntad no llega a ser reconocida como el principio vertebrador. Es en estas condiciones en las que la crítica feminista señala que aún a finales del siglo XX el consentimiento no ha adquirido en las legislaciones sexuales de las democracias occidentales el estatuto central que le corresponde y ello en virtud de que, si bien su ausencia es *necesaria*, no es, sin embargo, *suficiente* para considerar afectado el bien jurídico en cuestión. Esta objeción por parte

[401] La entrada definitiva en el paradigma del consentimiento requiere una inversión de la relación que se venía dando entre el consentimiento y los medios comisivos. El primero debería abandonar su papel secundario o derivado para ocupar el lugar del principio normativo, los segundos deberían dejar de ser los elementos definidores del delito y pasar a ser elementos secundarios cuyo valor e importancia tienen que ver más con el plano probatorio (sirven para probar la ausencia de consentimiento) que con el orden de los principios.

de la doctrina feminista[402] implica poner sobre la mesa que la resistencia que el derecho penal sexual continúa exigiendo a las mujeres, aunque a menudo adquiera manifestaciones más sutiles y menos evidentes, sigue siendo inaceptable por comportar una velada exigencia moral. Ya sea porque bajo la excusa de tener que ser "sincera" sigue teniendo que ser física y violenta o porque ha de sobreponerse a amenazas o intimidaciones graves[403], el caso es que la voluntad que el legislador sigue requiriendo de las mujeres en las leyes de los años setenta es una voluntad tan inverosímilmente poderosa e inquebrantable que no puede sino seguir trasluciendo la exigencia de rectitud moral.

Es en estas condiciones en las que los movimientos feministas pusieron sobre la mesa la pervivencia de un ilegítimo requisito de resistencia como elemento aun vigente en las leyes de violación. Como afirma Faraldo, a finales del siglo XX una oleada de reformas recorre "el mundo occidental con el declarado objetivo de convertir *la ausencia de consentimiento* en el eje sobre el que giren los delitos sexuales, abandonando la tradicional definición de la violación sobre la base de la concurrencia de violencia, fuerza o intimidación. La exigencia del empleo de estos medios por parte del autor y de resistencia por parte de la víctima se considera rechazable por partir de una concepción de la sexualidad femenina en términos de valor de la mujer en el mercado matrimonial [...]. Al prescindir de la violencia, fuerza o intimidación es suficiente que la víctima dé a conocer su falta de consentimiento de alguna manera reconocible para el autor, que se hace merecedor de pena cuando no respeta la negativa de la víctima. Esa posición se recoge sintéticamente en el aforismo "no es no"[404].

La negativa femenina adquirió un gran significado político en los movimientos feministas de finales de siglo porque apuntaba directamente a un punto ciego de la ley: relaciones que, aunque no fueran impuestas mediante el tipo de medios comisivos sobre los que había pivotado tradicionalmente la definición del delito -usualmente la violencia

[402] En esta línea P. FARALDO, "'Solo sí es sí': hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación." En *Reformas penales en la Península Ibérica. A "jangada de pedra"?* M. ALCALE SÁNCHEZ (coord.) Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. pp. 265-266.

[403] O porque, como en el caso español, si bien el delito sexual concibe ya ataques sexuales a la libertad que no tienen que implicar violencia e intimidación (el delito de abuso hasta la reforma de 2022) la violación, en la medida en la que seguía estando subsumida al tipo de agresión sexual exigía la concurrencia de la violencia o la intimidación. Ver P. FARALDO, "Razones para una reforma del delito de violación en España". En P. Faraldo Cabana & M. Acale Sánchez (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 157–183). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

[404]P. FARALDO-CABANA. "'Solo sí es sí': hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación." En *Reformas penales en la Península Ibérica. A "jangada de pedra"?* M. ALCALE SÁNCHEZ (coord.) Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. pp. 266-267.

o la amenaza de cierta gravedad-, tenían lugar contra la voluntad de las mujeres. Eran, por tanto, relaciones no consentidas pero que o bien las leyes o bien quienes tenían que interpretar las leyes tendían a excluir del ámbito de los delitos. La reivindicación de la negativa tenía un alto significado jurídico porque permitía reubicar las fronteras del ataque sexual[405] incluyendo dentro del delito lo que antes quedaba en un cierto ángulo ciego: un "no" debía pasar a ser una innegable expresión de la voluntad femenina que, no obstante, podría venir acompañada de un grado cero de resistencia física por parte de la mujer. El feminismo reclamaba así el derecho de las mujeres a negarse al sexo sin tener que dar pruebas de su virtud o su castidad, algo que golpeaba en la línea de flotación de la cultura de la violación. En lema "no es no", que ha abanderado muchas de las reformas de los delitos sexuales de la década de los años ochenta y noventa, cuestionaba todo un sistema al confrontar el supuesto derecho de propiedad sexual de los maridos y la prescripción patriarcal que impone a las mujeres performar siempre, obligatoria e incluso falsamente, una actitud de rechazo al sexo[406]. Reclamar desde el feminismo la posibilidad de decir que "no" -y obligar a la ley a comprometerse con la validez jurídica de esa negativa- implicaba tanto afirmar el derecho de las mujeres a *no querer* una relación sexual como defender la posibilidad de que las mujeres deseen el sexo tanto como los hombres.

Si el paradigma negativo del consentimiento ("no es no") reordena el delito sexual a partir de la voluntad es porque, al reclamar que las mujeres puedan rechazar el sexo sin tener que resistirse violentamente, se estaría reconociendo que lo que convierte la violación en un delito sexual es "solo" el hecho de tratarse de un sexo llevado a cabo *sin consentimiento* o *contra la voluntad*. A partir de ese reconocimiento sobre cuál es el principio ordenador del delito, la existencia de determinados medios para forzar la voluntad[407] debería devenir una cuestión lógicamente subsidiaria y adquiriría valor o

[405] Sobre el cambio que supone el "no es no" en el derecho norteamericano ver M. NUSSBAUM, *Ciudades de la soberbia. Agresión sexual, responsabilización y reconciliación*. Barcelona: Paidós, 2022. p. 117

[406] Hemos ya argumentado sobradamente por que esa obligación de resistencia inserta en la cultura del cortejo es una pieza absolutamente nuclear de la cultura patriarcal en la medida en la que, justamente por ser una norma social de comportamiento, autoriza a los hombres a desoír el "no" de las mujeres bajo la excusa de que éstas desean o pueden desear el sexo aun cuando se oponen a él.

[407] Recordemos, como se ha dicho en el capítulo primero, que los medios típicos suelen ser la violencia física, amenaza, intimidación o abuso de poder. Para un análisis ampliado de la evolución de los medios comisivos ver G. MARTÍNEZ GALINDO, "La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)". en G. MARTINEZ GALINDO (dir.) *La reforma de los delitos sexuales*, VVAA, Barcelona: J. B. Bosch Editor, 2024. pp. 37-85

importancia en términos eminentemente probatorios[408]. Al considerar involuntario -y, por tanto, ilícito- todo sexo que no respetara esa negativa femenina, el consentimiento -o, más bien, su ausencia- no solo sería un elemento necesario sino también una condición suficiente para delimitar el delito sexual o, al menos, el ataque de un bien jurídico[409]. Alemania[410] es el país que más consecuentemente ha trasladado a su legislación penal sexual el paradigma negativo del consentimiento, convirtiéndose en el ejemplo positivo del modelo del "no es no". Como analiza Bardavío Antón, en la legislación alemana se sigue un modelo de "voluntad cognoscible" o "discernible" (*erkennbaren Willen*) por el cual se espera la "oposición expresa de la víctima o de forma reconocible (gestos) pero sin que se exija resistencia"[411]. El requisito de resistencia física fue eliminado a partir de una reforma que fue denominada "Ley No Significa No" (*Nein heisst Nein*) y que fue interpretada por la propia doctrina alemana como la asunción de la doctrina negativa del consentimiento. En dicha reforma se produjo la eliminación de la violencia y la intimidación como elementos del tipo, se definió la centralidad del delito sexual a partir de la ausencia de consentimiento (a través de la fórmula: "quien cometa abusos sexuales en contra de la voluntad de una persona o la obligase a efectuar actos sexuales hacia el autor o hacia terceros o tolerar abusos sexuales del autor del delito o por parte de terceros") y se listó detalladamente una serie de supuestos en las que el consentimiento de la víctima no es posible y, por tanto, con independencia de la existencia o inexistencia de una muestra de disconformidad por parte de la víctima, el autor es culpable del delito.

Si la legislación alemana se usa como el ejemplo paradigmático del modelo del "no es no" es porque, en general, no puede decirse que la doctrina negativa del consentimiento haya llegado a tomar cuerpo de forma consistente y completa en las legislaciones contemporáneas de los países occidentales. En la mayoría de países

[408] En efecto, en el terreno de la prueba dichos medios se vuelven fundamentales como modos de demostrar la ausencia de consentimiento. Así lo sostiene, por ejemplo, F. GIUMETTI en "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")" en RIDROM. 33.2 (2024), pp. 230-269.

[409] Como recuerda Chang Kcomt, "el Derecho Penal no protege todos los ataques contra un bien jurídico sino sólo los más graves" Ver R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020, p. 43.

[410] El delito de violación está definido en los artículos 177 y 178 del Código penal Alemán de 1871, ambos artículos fueron modificados en 2016. Alemania, *Strafgesetzbuch* (Código Penal), § 177, en la versión vigente tras la Ley de 4 de noviembre de 2016 (BGBl. I S. 2460).

[411] Ver BARDAVÍO ANTON, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿Legislando a martillazos?" en G. MARTINEZ GALINDO (dir.) *La reforma de los delitos sexuales*, VVAA, Barcelona: J. B. Bosch Editor, 2024. pp. 85-130.

europeos y en Estados Unidos, la reclamación feminista de escuchar el "no" de las mujeres, aun cuando pudo impulsar reformas políticas[412] y cambios legislativos, siguió sin ser una demanda que quedara recogida satisfactoriamente por las leyes. Como afirma Schulhofer a propósito del contexto norteamericano, "en la mayoría de los estados, la resistencia verbal -decir 'no'- sigue sin ser suficiente para que entren en juego las salvaguardias del derecho penal"[413]. Y ello no solamente porque el modelo de la violación violenta aun siga parapetado veladamente o no haya sido del todo erradicado de algunos textos legales o sobreviva en ciertos puntos ciegos de las leyes[414], sino porque muchos de los cambios que tendrán lugar en EEUU durante los años noventa y en el continente europeo a partir de los años dos mil se harán ya bajo un nuevo paradigma -la doctrina positiva del consentimiento- que emprenderá otra dirección[415]. Esa, que quizás es hoy día la tendencia hegemónica en el mundo occidental (la analizaremos en el siguiente

[412] Martha Nussbaum, relata el desarrollo del lema "no es no" en EEUU a partir del caso Araujo en 1983, un caso que "supuso un auténtico punto de inflexión en el derecho estadounidense y ayudó mucho a educar a la ciudadanía sobre el tema". Aun así, en 2021, Nussbaum afirma que el "no es no" sigue sin ser una ley nacional: "veintitres estados continúan requiriendo que, para que en un caso exista violación, se haya aplicado más fuerza de la necesaria para completar el acto sexual (o se haya amenazado con aplicarla)". Ver M. NUSSBAUM, *Ciudades de la soberbia. Agresión sexual, responsabilización y reconciliación*. Barcelona: Paidós, 2022. p. 118.

[413] S. J. SCHULHOFER, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998. p. 11 Esta afirmación de Schulhofer es recogida y secundada por MacKinnon en 2016, ver C. MACKINNON. "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 445 (nota 53); ampliamente en J. F. DECKER y P. BARONI. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101, 4, (2012).

[414] Véase, por ejemplo, el caso de España, donde, hasta la reforma de 2022, la conceptualización de la "violación", en la medida en la que estaba anclara al delito de "agresión sexual" y éste requería violencia o intimidación, no permitía entender técnicamente como violación sexual un sexo no consentido sin violencia o intimidación, redirigiendo este tipo de atentados a la libertad sexual al tipo de abuso sexual. En ese sentido, como se vuelve a argumentar en el siguiente capítulo, este aspecto de la reforma que introduce la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual puede ser interpretado en la dirección de modernizar el derecho penal sexual español y acabar de desarrollar una conceptualización de los delitos sexuales coherente con el paradigma de la libertad sexual. Otros aspectos, como la supuesta redefinición del consentimiento en términos positivos que introduce la ley, defendida como una reforma acorde con el paradigma positivo del consentimiento tanto por parte del legislador como del Ministerio fiscal en su momento, indicaría un "cambio de paradigma" con respecto al modelo negativo. Ver Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, 7 de septiembre de 2022; Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Lo que sostengo en el capítulo cuarto es que la reforma española de 2022 tiene, en efecto, elementos que responden a diferentes paradigmas jurídicos y ello en virtud de que, como se argumenta en dicho capítulo, el modelo mismo de consentimiento afirmativo es en sí mismo incoherente.

[415] Como veremos ampliamente en el capítulo siguiente hoy una parte de la doctrina jurídica (también de la doctrina feminista) ha apostado por introducir consentimientos afirmativos, convirtiendo a esas manifestaciones positivas de la voluntad en condiciones de las relaciones sexuales lícitas, lo que ha supuesto una reconceptualización del consentimiento dentro de los términos del *paradigma positivo o afirmativo del consentimiento*. Dedico a ello el capítulo cuarto.

capítulo), no era, sin embargo, la posición feminista mayoritaria en torno a los años ochenta. Geneviève Fraisse da testimonio de un tipo de aproximación al problema de la violencia sexual que hacía depender la emancipación sexual de las mujeres de la posibilidad de introducir noes -es decir, la expresión de voluntades negativas- en el ámbito de las interacciones eróticas: "Negarse a consentir, denunciar el consentimiento[416], decir más bien no que sí. "¡Cuando una mujer dice no, es no!", dice el precioso eslogan. Escapar del contrato a partir de la crítica del consentimiento, ¿cómo se llama eso? ¿Huir, resistir, desobedecer?"[417]. "El rechazo, el desacuerdo, la contradicción, la oposición, todas esas formas para decir "no", ¿no son acaso pistas por descubrir? ¿Qué tiempo es este en el que decir "no" parece poco interesante y decir "sí" a la jerarquía sexual debería entusiasmarnos?"[418]. Dado que existen dos posibles conceptualizaciones del consentimiento sexual, una negativa y otra positiva, dedicaremos los siguientes dos capítulos a analizar los argumentos jurídicos que sostienen ambas concepciones y, sobre todo, a poner dichos razonamientos jurídicos en relación con los problemas señalados por el feminismo y las distintas miradas de la sexualidad que se ponen en juego en uno y otro paradigma. En primer lugar, por tanto, las páginas que siguen trataremos de comprender las razones en las que se sustenta la defensa, tanto dentro de la teoría jurídica como dentro de la teoría feminista, de un concepto de consentimiento concebido dentro de un paradigma negativo.

2. La distinción entre consentimiento y contrato y su relevancia en el derecho penal sexual

Como abordamos en el anterior capítulo, a partir de la intervención que hace Carole Pateman en *El contrato sexual* la autora hace una crítica a la figura del consentimiento a través de una crítica del contrato y esta identificación entre ambos

[416] Dada la laxitud semántica del concepto de consentimiento, esta reivindicación feminista de la negación parece caer tanto dentro como fuera de los confines del concepto. Como vemos en esta cita, Fraisse parece asociar la negación de las mujeres a oponerse o "denunciar el consentimiento". En el caso de Pateman o MacKinnon, sin embargo, emerge a veces el intento de dar con un "consentimiento real" o verdadero que sería, precisamente el que estaría vinculado a la negación, por lo que el consentimiento negativo no sería sino el test de verificación del consentimiento.
[417] G. FRAISSE. Op. cit., p. 69.
[418] G. FRAISSE. Op. cit, p. 109.

conceptos se asienta en una buena parte del feminismo, llegando a ser una equiparación asumida a día de hoy por muchas autoras[419]. Cabe decir que esta lectura contractualista del consentimiento no se ha producido sólo dentro del campo de la teoría feminista. El propio Foucault, a finales de los años setenta, en pleno debate sobre la liberación sexual, afirmaba que "el consentimiento es una noción contractual"[420]. Geneviève Fraisse, aunque mostrará sus agujeros y sus fallos, recoge este tipo de mirada ampliamente extendida cuando afirma que "nadie puede ignorar el lazo estrecho, intrínseco, entre consentimiento y contrato"[421]. También, más recientemente, teóricas como Ann Cahill[422] o Martin Alcoff han reafirmado esta estrecha relación: "Como han sostenido Carole Pateman y otras autoras, el consentimiento es un modelo importado de un modelo progresista contractual de relaciones sexuales con un bagaje problemático cuando se lo aplica a la cuestión del sexo"[423]. La influencia que Pateman ha tenido sobre esta concreta cuestión ha sido de largo alcance, lo que ha producido que la identificación entre consentimiento y contrato, sea también defendida por autoras significativas del feminismo de la igualdad. En esta línea argumenta, por ejemplo, Rosa María González Magda cuando afirma que "en derecho, el consentimiento equivale a la aceptación de un contrato (de alquiler o venta de vivienda, de suministro de luz, de edición de un libro…); así pues, el consentimiento sexual implicaría un contrato sexual implícito"[424].

La filósofa francesa Manon Garcia, sin embargo, se separa de esta tendencia relativamente común advirtiendo que la relación del consentimiento con el contrato es una de las cuestiones más ambiguas que rodean a este polisémico concepto y señalando la importancia de que, desde una mirada filosófica y un análisis hermenéutico, se pueda arrojar luz sobre esta cuestión. Aproximándose al campo del derecho, Garcia subraya una cuestión esencial y es que, ni siquiera en el territorio jurídico el concepto de consentimiento es unívoco. "Es un error pensar que cualquier uso de la noción de

[419] Ver, por ejemplo R. M. RODRIGUEZ MAGDA, "Consentir o desear", el País, 22 de mayo de 2023
[420] También Guy Hocquenghem establece esta identificación al impugnar el concepto de consentimiento en la esfera sexual con el argumento de que "nadie firma un contrato antes de hacer el amor". M. FOUCAULT; G. HOCQUENGHEM; J. DANET, "La loi de la pudeur" (entretien radiophonique avec Guy Hocquenghem et Jean Danet, avril 1978). En *Dits et écrits 1976-1979. Tome III*. Édité par Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, pp. 766-776.
[421] G. FRAISSE. *La diferencia de los sexos*. Buenos Aires: Manantial, 1996. p. 51.
[422] ver A. CAHILL, *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001.
[423] L.M. ALCOFF, *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 178.
[424] R. M. RODRIGUEZ MAGDA, Consentir o desear, El País, 22 de mayo de 2023.

consentimiento en el derecho está ligada a un uso del contrato o a una concepción contractual"[425]. Tanto Garcia como Fraisse afirman que la figura del contrato, que se entiende como un acuerdo de (al menos) dos voluntades, presupone el consentimiento de las partes[426]. En efecto, en el ámbito jurídico, todo contrato implica siempre un consentimiento. Ahora bien, no ocurre lo mismo en la dirección inversa, es decir, no todo consentimiento jurídico implica la existencia de un contrato.

En el derecho civil y privado consentir se entiende como la realización de un pacto o un acuerdo entre voluntades, o, más concretamente, como dice Itziar Gómez Fernández "como la confluencia de voluntades respecto de un objetivo contractual común"[427]. Sin embargo, dentro de la doctrina jurídica, esta forma particular que el consentimiento adquiere en el derecho civil, no se transporta a la rama del derecho que regula el consentimiento sexual, pues en el ámbito penal el consentimiento no es pensado o conceptualizado como un contrato. Gómez Fernández diferencia entre la conceptualización privatista o civilista del consentimiento como acuerdo de voluntades o como pacto y la conceptualización del consentimiento propia del derecho penal como libertad de decisión o expresión de la voluntad individual. Es esta misma distinción la que subraya Garcia cuando pone sobre la mesa que el consentimiento puede ser entendido como un contrato, en el derecho privado o civil, o entenderse como un *permiso*, *autorización* o "*aceptación* (de una oferta o de una petición)"[428].

> "Esto no significa que se trate de dos nociones completamente distintas: en ambos ámbitos, aquel del derecho contractual y aquel del derecho penal relativo a la violencia sexual, el rol del consentimiento se basa en la teoría de la autonomía de la voluntad. Cualquier individuo es reconocido como autónomo, es decir, literalmente, como capaz de darse a sí mismo la ley. Pero este principio de autonomía de la voluntad tiene dos consecuencias distintas: por una parte, y es una de las consecuencias en el

[425] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 34.
[426] M. GARCIA. Op. cit., pp. 24-25
[427] I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Existe una noción 'constitucional' de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión", *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32, p. 6.
[428] Ibid.

> derecho contractual, ser autónomo significa ser libre para comprometerse a través de contratos y, por otra parte, ser autónomo significa tener la capacidad de otorgar autorizaciones. Es de esta segunda consecuencia de la que depende la creciente importancia del consentimiento en el derecho penal."[429]

De esta distinción dependen consecuencias determinantes que hacen del consentimiento penal y, por tanto sexual, un consentimiento *negativo*. Como dice Garcia "cuando es un encuentro de voluntades para hacer un contrato, el consentimiento es la expresión [...] de un acuerdo *positivo*[430] y ello, fundamentalmente, porque allí todas las partes quieren algo *positivamente* está implicada *la contracción de deberes y obligaciones* mutuas. Es precisamente el ámbito propiamente penal donde el consentimiento tiene que ver con la negatividad, en primer lugar porque opera levantando prohibiciones, anulando el carácter delictivo de los actos -dicho en términos jurídicos, excluyendo la *antijuricidad* o la *tipicidad* de la conducta[431]- y retirando al aparato estatal el poder para mediar en las relaciones humanas. Si la validez de un contrato implica positivamente al Estado, es decir, convoca o autoriza a éste para hacer cumplir los acuerdos y deberes contraídos por las partes, en el caso del consentimiento como permiso éste sirve más bien para retirar al Estado, que dejaría de estar legitimado para criminalizar o penalizar ciertas conductas. En el derecho civil el consentimiento crea positivamente obligaciones para las partes, en el derecho penal, suspende o anula la posibilidad de incriminar y culpabilizar a los sujetos, es decir, "crea eventualmente autorizaciones"[432].

En términos generales la distinción entre consentimiento y contrato que establece Garcia está plenamente respaldada en la doctrina jurídica contemporánea[433], pues, como

---

[429] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 33

[430] M. GARCIA. Op. cit., p. 44, nota 9.

[431] Sobre la distinción entre el consentimiento como causa de exclusión de la antijuricidad y como causa de exclusión de la tipicidad ver R. CHANG KCOMT, *El consentimiento en el derecho penal. Análisis dogmático*. pp. 195-210.

[432] M. GARCIA. Op. cit., p. 34.

[433] El consentimiento es una institución jurídica central de la doctrina penal moderna que reviste características propias dentro de esta rama jurídica. En la medida en la que sirve de apoyo para defender una necesaria autonomía del derecho penal para definir ciertos vocablos jurídicos pone en dificultades la concepción civilista o privatista del derecho. Como analiza Chang Kcomt no existe una posición unánime dentro de la ciencia jurídica sobre el grado de dependencia que tiene el derecho penal con respecto al derecho civil, rama jurídica que para una parte importante de la doctrina adquiere el papel de Teoría General del Derecho. La concepción privatista o civilista sostiene que la unidad fundamental del ordenamiento jurídico descansa en "la dependencia lógica, técnica y metodológica de las demás ramas del ordenamiento

recoge Chang Kcomt "no es posible afirmar que el consentimiento en el derecho penal constituya una obligación"[434]. Roxin sostiene la misma posición con su afirmación de que el consentimiento en la rama penal "es libremente revocable"[435], algo que, justamente impide, precisamente, la figura contractual. El carácter necesariamente negativo del consentimiento en el terreno del derecho penal descansa en esta posibilidad de retirarse, de sustraerse, de separarse, de romper la unión de forma unilateral. El consentimiento que autoriza o permite a otro realizar determinada acción mantiene siempre en vigor lo que E. Raschel llama "un derecho de rescisión unilateral y discrecional"[436]. En palabras de Bardavío Antón "en las relaciones sexuales lo fundamental para nosotros es la "posibilidad de revocación" [...] El acuerdo ha de ser "esencialmente revocable", lo que exige entonces que el sujeto mantenga la posibilidad de ejercer la libertad y la capacidad para esa revocación"[437].

En este sentido, cabe decir que el consentimiento en ámbito penal no es solo una figura diferente del contrato, sino que ambas instituciones jurídicas se encuentran en una relación de oposición, es decir, que se niegan o anulan mutuamente. El consentimiento (en el sentido del derecho penal) sirve para permitir en todo momento eso que el contrato consiste en imposibilitar, pues si algo no permite un acuerdo contractual es suspender unilateralmente la validez del acuerdo. Por mucho que una de las partes quiera abandonar un contrato, sigue existiendo el carácter vinculante de las obligaciones contraídas y, de hecho, los contratos existen precisamente para eso, implicando al Estado en la tarea de

---

respecto del derecho Civil" Ver F. BUENO ARÚS, "El consentimiento del paciente". En L. MARTÍNEZ-CALCERRADA. *Derecho médico*, volumen I. Madrid: Tecnos, 1986, p. 274. En esta línea se sitúa la "teoría de la declaración de voluntad" o "teoría del negocio jurídico" cuyo fundador y principal exponente es Zitelmann y que vendría a defender que el consentimiento es un negocio jurídico privado, es decir, "una obligación en la que la manifestación de la voluntad debe hacerse conforme a las reglas jurídico-negociales" que rigen los contratos. Esta línea eminentemente *contractualista* ha sido respondida por posiciones como las de Roxin, hoy mayoritariamente asentadas en la doctrina, que cuestionan la posibilidad de exportar una noción de consentimiento propia del derecho privado (pensada para regular el ámbito de los contratos civiles y mercantiles) al ámbito penal. El derecho penal se resiste a asumir una noción contractual de consentimiento que implique contracción de deberes y obligaciones, entendiendo a éste como una suerte de autorización o permiso. Ver ROXIN. *Derecho Penal, Parte General.* Tomo I p. 533; R. CHANG KCOMT, *El consentimiento en el derecho penal. Análisis dogmático.* Valencia: Tirant lo blanch, 2020. pp. 250-256.

[434] R. CHANG KCOMT. Op. cit., p. 252.

[435] ROXIN. Op. cit., p. 535.

[436] E. RASCHEL. *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*. Thèse, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 25 novembre 2014. LGDJ, Collection Thèses (nº 62). p. 41.

[437] C. BARDAVÍO ANTON. "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿Legislando a martillazos?" en G. MARTINEZ, *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024. p. 98.

hacer cumplir coactivamente dichos acuerdos. A diferencia de un pacto contractual, un permiso puede ser retirado o anulado, pues expresa una voluntad mucho menos férrea e incambiable. La voluntad que emite permisos tiene derecho a moverse de lugar, autoriza algo pero podría siempre dejar de hacerlo, es una aceptación que podría en todo momento dar paso a un rechazo, un "sí" que en todo momento debe hacer posible expresar un "no".

Es precisamente esa negatividad de una voluntad liberada de la obligación de permanecer igual a sí misma la que es evocada por Geneviève Fraisse cuando la autora señala que el slogan de "no es no" permite "escapar del contrato"[438]. Fraisse, de hecho, haciéndose cargo de las advertencias de Pateman, critica el consentimiento matrimonial reivindicando el acceso femenino al divorcio y sosteniendo que es precisamente el consentimiento al divorcio el que parece decir algo verdadero sobre esta polisémica noción. "No es el matrimonio el que creó el consentimiento [...] sino que más bien el divorcio. El matrimonio dice siempre más o menos la mezcla de los seres; el divorcio implica separación, disociación, autonomización de esos mismos seres. Es una paradoja: el conflicto y no la unión, la desunión y no el contrato, da un marco para la reflexión sobre el consentimiento"[439]. Fraisse parece así hacerse cargo del tipo de trampa que puede ser el consentimiento pero, a la vez, de cómo la salida de dicha trampa se esconde también en el interior del mismo concepto. Al afirmar que "la mujer que *consiente* al divorcio civil obtiene entonces una libertad jurídica que jamás había tenido"[440] Fraisse viene a decir que las mujeres no fueron libres para casarse hasta que no conquistaron, muchos siglos más tarde, el derecho a divorciarse. Ahora bien, si es la posibilidad de revocar su consentimiento la que vuelve a las mujeres libres de otorgarlo positivamente, la negación no está al mismo nivel que la afirmación, una y otra no prueban del mismo modo la libertad de la voluntad. El consentimiento está necesariamente ligado a la negatividad porque es precisamente la posibilidad de decir que no al sexo la que funda (y precede, por tanto) la posibilidad de decir que sí con libertad. La desunión es lógicamente anterior a la unión y, por lo tanto, es la negatividad -o la versión negativa del consentimiento- la que deviene condición de la validez del consentimiento en general. Distinguir, por tanto, dos nociones diferentes de consentimiento -aquella propia del derecho penal y aquella propia del derecho contractual- permite reevaluar desde un nuevo ángulo las posibilidades que

[438] G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 69.
[439] G. FRAISSE. Op. cit., p. 31.
[440] G. FRAISSE. Op. cit., p. 29.

abre el planteamiento de Pateman al criticar el contrato, pero también las posibilidades que cierra al no concebir la separación entre el consentimiento y el contrato. Esta distinción, por tanto, obligaría a darle la razón a Pateman en cuestiones fundamentales pues evidencia hasta qué punto existen buenos motivos para llamar al feminismo a desconfiar de una noción jurídicamente oscura y polisémica. En efecto, el consentimiento encierra en su interior sentidos que pueden ser no sólo diferentes sino, incluso, enfrentados y antagónicos. A la vez, no obstante, es posible discutir las conclusiones pesimistas de Pateman. Si se cuestiona su identificación entre los conceptos de consentimiento y contrato, criticar el "contrato sexual" no debería llevar necesariamente a renunciar a toda noción de consentimiento en el terreno sexual. La discriminación de los distintos sentidos que encierra el término puede permitir disolver no solo la paradoja genuinamente planteada por esta autora -el hecho de que las mujeres pierdan la posibilidad de consentir (al sexo) porque han consentido (al matrimonio)- sino los resultados política y jurídicamente paralizantes a los que, como han señalado tantas autoras, nos conducen sus planteamientos. Si conceptualizar el delito sexual a partir del consentimiento tiene que ver con hacer relevante y vinculante una voluntad negativa de las mujeres, entonces, encerrado en este confuso concepto que contiene tantas cosas peligrosas, sigue habiendo un sentido al que las feministas no podemos renunciar y que debe ser rescatado más allá de la crítica del contrato. De hecho, a partir de esta concepción del consentimiento restringida a la idea de permiso o autorización es posible una nueva lectura de la relación de Carole Pateman con la noción de consentimiento que nos permita *usar a Pateman más allá de Pateman*. Si en el terreno penal el consentimiento es meramente un permiso y si ese permiso es siempre y permanentemente retirable, es precisamente el consentimiento y la posibilidad de retirarlo lo que nos salva de los "contratos sexuales", es decir, de la contracción de "síes" irrevocables.

Acotado dentro de estos límites y restringido a su conceptualización negativa -es decir, separado del contrato-, el consentimiento no sería una noción precisamente rechazada por Pateman sino, al contrario, fundamental para desenmascarar los peligros de una noción ambigua de consentimiento. La trampa en la que la cultura patriarcal encierra a las mujeres consiste en permitirles consentir siempre que consentir se trate de decir que sí (al contrato matrimonial) y no permitirles consentir siempre que consentir implique poder retirar su consentimiento (es decir, expresar una voluntad negativa que rechaza o dice "no " al sexo). La propia Pateman afirma la primacía de la negación como

condición de posibilidad de la validez del consentimiento cuando dice que "a menos que la denegación del consentimiento o la retirada del consentimiento sean posibilidades reales, no podemos seguir hablando de "consentimiento" con ningún sentido genuino"[441]. El problema es, precisamente, que una cultura patriarcal conduce a las mujeres a emitir consentimientos mientras, al mismo tiempo, les niega el poder para retirarlos. Pateman recuerda, de nuevo, qué tipo de cultura sexual siembra las condiciones para que la ley, posteriormente, pueda encerrar a las mujeres en la trampa. Como demuestra Rousseau, una cultura de la violación instruye a la sociedad en la norma de que las mujeres deben siempre decir que no aun cuando quieran decir que si, lo que socava la validez de los noes de las mujeres. Apoyados en esta obligación femenina que establece la cultura patriarcal, los hombres pueden sostener después que "el rechazo o el consentimiento aparente no puede nunca, en una mujer, ser interpretado literalmente"[442].

Pateman, como hará también MacKinnon, hace depender la invalidez del consentimiento -de las aceptaciones expresadas por las mujeres- de la imposibilidad de negarse al sexo o de la invalidez de las negativas de las mujeres que el propio patriarcado instaura. "Si el "no" pronunciado por una mujer se reinterpreta como "si", entonces todas las suposiciones sobre su "consentimiento" también se desmoronan. ¿Por qué el "sí" de una mujer debería ser más privilegiado y estar menos expuesto a la invalidación que su "no"?"[443] ¿Pero no se encuentra acaso aquí un gesto por el cual la propia Carole Pateman está apuntando hacia una vía de salida al problema que ella misma ha planteado? Si el sí de las mujeres al matrimonio impide a las mujeres no consentir al sexo matrimonial, podemos decir, como en efecto dice Pateman, que una voluntad niega otra voluntad y que a ambas cosas podemos llamarlas consentimiento, razón por la cual esta autora localizará en el interior mismo del concepto del problema de su ambigüedad. Ahora bien, el consentimiento que Pateman llama *contrato sexual* es un consentimiento positivo, una afirmación o un "sí", mientras que el consentimiento que nos será negado a partir de ello es un consentimiento negativo: el derecho a decir "no" a las relaciones sexuales. Así pues,

[441] La autora añade a continuación: "las mujeres son ejemplo de los individuos a quienes los teóricos del consentimiento declaran incapaces de consentir. Al mismo tiempo, las mujeres siempre han sido presentadas como consentidoras y su no-consentimiento explícito ha sido tratado como irrelevante o ha sido reinterpretado como "consentimiento". Ver C. PATEMAN, "Women and Consent", *Political Theory*, 8, 2 (1979) p. 150. Este párrafo es también citado y secundado por MacKinnon en C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 318.
[442] C. PATEMAN. Op. cit. p. 155.
[443] C. PATEMAN. Op. cit. p. 162.

siguiendo los propios razonamientos de Pateman es perfectamente posible sostener que si el concepto de consentimiento implicara la defensa del carácter jurídicamente vinculante de la expresión de *la voluntad negativa* de la mujer -es decir, si el consentimiento pudiera ser un consentimiento negativo y no un contrato- merecería ser defendido por las feministas. El problema es, justamente, que el patriarcado moderno ha excluido ese tipo específico de consentimiento de las opciones que están al alcance de las mujeres: "la consecuencia de celebrar el contrato matrimonial es que "el consentimiento" posterior de la mujer a las exigencias sexuales de su marido se presupone jurídica y socialmente"[444]. Es decir, el consentimiento que denuncia Pateman sella la imposibilidad de la negativa y el rechazo, como lo expresa Garcia, "consentir a casarse significaba para una mujer renunciar definitivamente al derecho de consentir *o no consentir* a relaciones sexuales con el marido"[445]. Es, por tanto, el consentimiento positivo o contractual el que invalida el consentimiento negativo en la esfera sexual y el que convierte el consentimiento en una trampa falsa que debe ser rechazada por el feminismo. En definitiva, incluso desde dentro de los planteamientos de Pateman, es la versión afirmativa del consentimiento la que parece encerrar a las mujeres en una trampa. En lo que consiste la sumisión sexual que ampara esta ambivalente palabra es, justamente, en la imposibilidad de negarse al sexo, es decir, de quebrar un contrato, de retirar voluntariamente su voluntad. Garcia expone esta idea con suma claridad cuando argumenta que "si cada "no" pronunciado por una mujer puede o debe ser interpretado como un "sí", entonces, el "sí" que pronuncia como consentimiento en el momento de contraer el matrimonio no tiene un auténtico valor de aceptación. Para que lo tuviera haría falta que ella pudiera decir "no" y que ese "no" fuera interpretado como un rechazo. Los imperativos del pudor han llevado a una privación de significación del lenguaje de las mujeres que las hace a todos los efectos tan incapaces de rechazar como de aceptar"[446]. En definitiva, si las negativas pueden ser interpretadas como consentimiento, es decir, si "no" no significa "no", entonces no existe ningún consentimiento auténtico posible[447]. Así pues, la distinción entre la forma que el consentimiento toma en el ámbito del derecho penal y en el derecho privado contractual es enormemente relevante para deshacer ciertas

[444] C. PATEMAN,"Women and Consent." *Political Theory*, 8, 2 (1979). p. 155.
[445] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 156.
[446] M. GARCIA. Op. cit., p. 157.
[447] Ibid.

polisemias de la noción de consentimiento y, con ellas, ciertos callejones sin salida. Asumiendo e incorporando dicha diferencia, es posible sostener que una cierta acepción de consentimiento -esa que hemos llamado negativa- sobrevive a la crítica que hace Pateman. Es más, es precisamente la posibilidad de negarse a la relación sexual -es decir de retirar su consentimiento o de no consentir al sexo- la que impide que las mujeres queden contractualmente obligadas a garantizar a los hombres un supuesto derecho de disponer irrestrictamente del cuerpo femenino, pues, como hemos defendido antes, sólo manteniendo abierta la posibilidad de la negativa es posible considerar que las voluntades que se expresan a través de afirmaciones son consentimientos y no imposiciones.

Ahora bien, si esto es así, la consecuencia absolutamente inevitable que se desprende de este razonamiento es que la posibilidad de rescatar una noción de consentimiento descansa en la posibilidad de decir que no. Como afirma Gómez Fernández, el consentimiento "se articula como una eventual facultad de oposición. Dicho en otros términos, la última expresión del consentimiento sería el rechazo"[448]. Es decir, toda la validez que pueda tener la noción de consentimiento, toda posibilidad de otorgarle alguna legitimidad a este concepto, depende absolutamente de que sea o no sea posible decir que no. La pregunta que se precipita entonces, la cuestión central, es si es o no es posible rechazar el sexo y esta pregunta, aunque pueda ser abierta sin ignorar los obstáculos señalados por Pateman sino, precisamente enfrentándolos, conduce a una inevitable discusión con las posiciones de MacKinnon. La autora de *El contrato sexual* elabora una crítica del concepto de consentimiento muy centrada en su *forma* contractual y es por esto que, distinguiendo el contrato del consentimiento, como hace Garcia, la crítica de Pateman sólo queda relativamente en pie. MacKinnon, sin embargo, no ha hecho depender la invalidez de la noción de consentimiento tanto de la forma contrato como de una particular descripción que hace de la sexualidad heterosexual. Es la realidad fáctica de las relaciones humanas y la desigual distribución del poder que existe entre los hombres y las mujeres lo que invalida el uso de un concepto y esa realidad de nuestra

[448] Como señala Gómez Fernández, el Tribunal Constitucional reconoce la inseparabilidad del consentimiento de la posibilidad de no otorgarlo cuando, por ejemplo, afirma que "la libre conformación del consentimiento implica la facultad de 'oposición a la asistencia médica'". Ver STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9; I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Existe una noción 'constitucional' de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión", *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32, p. 18.

sociedad patriarcal invalidaría el consentimiento tanto en su forma positiva como negativa.

Es importante señalar que también para MacKinnon parece ser la *negatividad* o la posibilidad de la negativa lo que verificaría (en el sentido de que vuelve "verdadero" o veraz) el consentimiento. La autora sostiene que "si las leyes de la violación existieran para dar realidad al control de la mujer sobre el acceso a su sexualidad, como implica la defensa del consentimiento, "no" significaría "no", la violación en el matrimonio no sería una excepción generalizada y no sería legal violar a una prostituta"[449]. La propia MacKinnon, determinada como sabemos a rechazar un concepto que considera "esencialmente desigual", no puede dejar de referirse en contadas ocasiones a una suerte de consentimiento "verdadero" o "real" cuando señala que el problema de la cultura patriarcal es que. "el *consentimiento real o la negativa*, [...] son comparativamente irrelevantes"[450]. En pasajes como estos MacKinnon parecería dispuesta a defender que la voluntad de la mujer tenga que ser escuchada por la ley cuando eso suponga volver válidos y vinculantes los "noes" que las mujeres expresen en el sexo[451]. La cuestión es que, si MacKinnon tiene razón, no es posible que las mujeres puedan rechazar las proposiciones sexuales de los hombres en el mundo realmente existente y, en ese caso, aun cuando distingamos el consentimiento del contrato, el concepto de consentimiento quedaría invalidado de forma general. Toda la cuestión, por tanto, descansa en si MacKinnon tiene razón o si, al contrario, existe la posibilidad para las mujeres de rechazar el sexo. En cualquier caso, como hemos argumentado ya, las condiciones de posibilidad del consentimiento son las condiciones de posibilidad de su negación.

---

[449] C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. pp. 313-314.

[450] Ibid.

[451] Es habitual, como hace Garcia, señalar que para MacKinnon "el modelo de consentimiento como rechazo (no es no) sería insuficiente" y ello es, en efecto, sostenible. Sin embargo, me parece que es preciso señalar que MacKinnon no pone en duda el argumento defendido aquí y sostenido por la propia Garcia, a saber, que el concepto de consentimiento, llevado al terreno sexual, ha de implicar necesariamente una primacía de lo negativo y que todo "sí", separado de las condiciones de la negación o la negativa, no debe ser aceptado como una forma de consentimiento válido. Si la autora abandona toda defensa del consentimiento parece ser, más bien, porque secunda dicha tesis. La condición del consentimiento como noción aplicable a la esfera de las relaciones sexuales es que sea posible emitir negativas y rechazos, es decir, que las mujeres puedan hacer valer su voluntad cuando esa voluntad implique no querer el sexo. Las condiciones del consentimiento son, por tanto, las condiciones que hacen posible la negativa. La invalidación del consentimiento en los términos defendidos por MacKinnon descansa, justamente, en que la autora niega que eso sea posible en nuestra actual sociedad patriarcal. M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 171.

3. La crítica de Butler a MacKinnon y la pregunta por las condiciones del consentimiento

Según lo que ha sido argumentado hasta este momento, de cara a evaluar la posibilidad de rescatar algún uso de la noción de consentimiento para el feminismo, es preciso determinar si las mujeres pueden rechazar el sexo -al menos en determinadas condiciones- o si ello es siempre imposible. Es decir, si partimos de que el consentimiento ha de estar inseparablemente ligado a la posibilidad de decir que no, es preciso determinar si acaso esa posibilidad existe y en qué condiciones cabe presuponer la posibilidad de los sujetos de rechazar o negarse a las proposiciones sexuales de los otros. Es aquí donde se vuelve enteramente relevante la crítica de Butler a la teoría del poder de MacKinnon y su reivindicación de una análisis situado y contextual del sexo. En última instancia (como ya se había apuntado en el capítulo segundo) es en una determinada teoría del poder y de la sexualidad donde descansan las razones de fondo para tomar una de las dos posibles vías que se dibujan en la discusión crítica entre Butler y MacKinnon. En los términos en los que Butler dibuja la gran discusión que se produjo en el contexto norteamericano en los años ochenta entre diversas corrientes feministas, el asunto en cuestión es precisamente el problema que nos ocupa. Pues lo que se trata de decidir es si el feminismo apuesta por una invalidación general del consentimiento (MacKinnon) o bien por una validez relativa del consentimiento que lo haga depender de ciertas condiciones y que implique la necesidad de contextualizar la sexualidad (Butler).

En una entrevista realizada en 2003 en la revista *Vacarme* y publicada bajo el título de "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution"[452] Butler argumenta con detenimiento sobre cuáles son los nudos de su discrepancia con las posiciones de Catharine MacKinnon y se detiene en el que ella misma considera el punto de inflexión a partir del cual se producirá una profunda escisión entre dos corrientes feministas en el ámbito norteamericano. Como Butler relata, el inicio de la controversia arranca a partir de la publicación de *Sexual Harassment of Working Women* en 1989. Según el análisis que hace Butler, en esa primera obra MacKinnon estaría deteniéndose en el problema que presentan ciertos contextos particulares o situaciones concretas para

[452] J. BUTLER, "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Entretien réalisé par Éric Fassin & Michel Feher, *Vacarme*, no. 22, (2003).

poder dar por válido y veraz el consentimiento de las mujeres. Si lo que impide, vicia o anula el consentimiento son determinadas relaciones institucionales de poder -véase la relación entre un empleador y una empleada o, como añade Butler, entre un profesor y una alumna que debe ser evaluada- "el problema no se encontraría en la sexualidad en sí misma"[453]. Hasta ese punto, lo que las feministas estarían reclamando a la ley es analizar las relaciones sexuales desde sus contextos concretos, situando siempre en una realidad particular la pregunta por la posibilidad del consentimiento. La propia Butler afirma compartir ese enfoque: "hasta este punto suscribo el razonamiento desarrollado por Catharine MacKinnnon en un primer momento en 1979. Lo que decía entonces era: examinemos las consecuencias, contextualicemos la sexualidad"[454]. En este sentido, situar la sexualidad implicaría exigirle al consentimiento ciertas condiciones de validez, rechazando una perspectiva liberal acrítica que asume la libertad de los sujetos como siempre intacta con independencia de las condiciones de posibilidad del ejercicio de esa libertad. Como sostiene la autora, determinados contextos de fuerte desigualdad institucional pueden colocar a las personas en situaciones que imposibilitan dar o retirar libremente su consentimiento sexual. Dicho de otro modo, a veces no es posible consentir. Si Butler acompaña y secunda esta necesidad de someter a examen el consentimiento es en la medida en la que "MacKinnon no afirmaba que cualquier insinuación sexual constituyera en sí una violación. Lo que resulta problemático es que en un contexto universitario o profesional, tanto el "no" como el "sí" de la mujer (o del hombre) pueden tener consecuencias en el empleo, en los ascensos o en la capacidad de trabajar en condiciones normales"[455]. El origen del desacuerdo, sostiene Butler, tiene que ver con la evolución posterior del feminismo de la dominación:

> "MacKinnon tomó una dirección muy diferente. Pronto añadió a su argumento inicial que los hombres tienen el poder y las mujeres no lo tienen; y el acoso sexual es un modelo, un paradigma, que permite pensar las relaciones sexuales heterosexuales como tales. En alianza con Andrea Dworkin, MacKinnon llegó a describir a

[453] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", *Vacarme*, no. 22, (2003). p. 45.
[454] J. BUTLER. Op. cit. p. 45.
[455] Ibid.

> los hombres como si siempre estuvieran en la posición dominante, y como si la dominación fuera su único objetivo, así como su único objeto de deseo sexual. A mi parecer, esta evolución fue un error trágico. En consecuencia, la estructura del acoso sexual dejaba de ser concebida como una contingencia determinada por un contexto institucional: se generalizó hasta el punto de manifestar una estructura social en la que los hombres dominan y las mujeres son dominadas. Por tanto, las mujeres eran en todos los casos víctimas de chantaje, se encontraban siempre en un ambiente hostil. Peor todavía, el mundo mismo era un ambiente hostil y el chantaje era simplemente el *modus operandi* de la heterosexualidad"[456]

La cuestión, tal y como es planteada por Butler es que, en los términos finalmente asumidos por el feminismo de la dominación, la invalidez del consentimiento no remite a un determinado contexto particular y concreto, esto es, no es condicional o circunstancial sino incondicional o absoluta. Como sostiene Janet Halley -que comparte los términos de esta crítica- bajo los parámetros del feminismo de MacKinnon "las mujeres a menudo –en algunas versiones *siempre o casi siempre*– consienten en mantener relaciones sexuales con los hombres bajo condiciones de dominación masculina omnipresentes y coercitivas que hacen que su consentimiento carezca de sentido descriptivo y moral […]. Bajo esa dominación pueden dar su consentimiento al sexo, pero ese consentimiento está en quiebra desde el momento que se da".[457] Como vimos en el capítulo segundo es una determinada teoría del poder la que lleva plantear el problema en estos términos absolutos y obliga a "despreciar la idea de que las mujeres estuvieran alguna vez libres de circunstancias coercitivas generalizadas que viciaran su consentimiento para mantener relaciones sexuales con los hombres"[458]. Para MacKinnon la opresión es sistémica y total y, por lo tanto, como afirma Altuzarra Alonso, para la

[456] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003). p. 46-47.
[457] J. HALLEY, «The Move to Affirmative Consent», *Signs. Journal of Women in Culture and Society*, vol. 42, núm. 1, (2016). p. 259.
[458] Ibid.

autora simplemente "no hay posibilidad de consentimiento en condiciones de opresión"[459].

Así pues, el problema que plantearía MacKinnon a todo intento de salvaguardar una posible validez del concepto de consentimiento remite a un problema previo; la condición que convertiría el consentimiento en algo real -a saber, la posibilidad de decir que no-, no puede ser cumplida en esta sociedad. La objeción que Butler le hace a MacKinnon es que, al absolutizar el contexto, se vuelve justamente irrelevante el contexto. Paradójicamente para quien quiere transportar un abordaje materialista al terreno sexual, la autora de *Hacia una teoría feminista del estado* "pasa por alto la cuestión de la libertad concreta[460]. ¿Cuáles son las *condiciones* del consentimiento?"[461]. Al señalar de este modo el punto de discrepancia que ha dividido a los feminismos estadounidenses en torno a la noción de consentimiento, Butler dibuja dos alternativas posibles. La primera de ellas, asumida por MacKinnon, consiste en asumir una invalidación incondicional de todo presunto consentimiento con independencia del contexto en el que se den las relaciones sexuales. La otra alternativa, señalada por Butler, implica comprometerse con el carácter situado y condicionado del consentimiento y apunta a que esa pregunta -si se dan o no las condiciones para consentir- es, precisamente, la cuestión que debe ser abordada para discriminar el sexo de la violencia sexual. Es posible considerar que en ciertas condiciones un sujeto no puede expresar su voluntad de forma suficientemente libre sin invalidar de forma permanente su capacidad para ser un sujeto del consentimiento. En ese caso, obviamente, la cuestión central que una

[459]I. ALTUZARRA ALONSO, "El consentimiento sexual en el Código penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual", Oñati socio-legal series, Vol. 13, Nº. Extra 6, 1, (2023). p. 11.

[460] Esta crítica de Butler a MacKinnon guarda estrecha relación con la crítica que Nancy Fraser hace a Pateman. Fraser ha argumentado que la fijación de Pateman en el contrato y su forma interna, deja fuera de plano las condiciones sociales estructurales y materiales desde las cuales, a su juicio, ha de ser evaluada la libertad de las mujeres (o los trabajadores asalariados) para firmar contratos. El problema no sería tanto el contrato mismo o la *forma misma del contrato*; son *las condiciones* en las que se firman los contratos o se emiten los consentimientos las que otorgan a éstos su significación política y social. Fraser afirma que hay que mirar "más allá de la propia diada matrimonial, tal y como está constituida legalmente, hacia el contexto institucional más amplio en el que se sitúa"[#]. Así, Fraser acusa a Pateman de analizar el poder sólo en el interior del concepto, lo cual, paradójicamente para una autora que pretende distanciarse de las fórmulas vacías del liberalismo, le llevaría a infravalorar el peso de la realidad concreta en la que se dan las relaciones contractuales, es decir a quedarse en un plano de análisis formal y no material. Ver N. FRASER, "Beyond the Master/Subject Model: Reflections on Carole Pateman's The Sexual Contract." *Social Text*, no. 37 (Winter 1993). p. pág 3. Sin embargo, considero que esta crítica, subestima a su vez la importancia de la cuestión estrictamente formal que Pateman está señalando.

[461] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", *Vacarme*, no. 22, (2003). p. 49.

legislación debe atender es la identificación de las situaciones concretas de vulnerabilidad o incapacidad en la que pueden encontrarse los sujetos, obligando a las legislaciones a detectar correctamente un conjunto de circunstancias que invalidan la voluntad o que la vician o comprometen. Y, de nuevo, eso nos lleva al ámbito negativo pues, planteada así la cuestión, de lo que se trata es de que las leyes establezcan con la mayor precisión posible cuándo *no se puede* consentir.

Esa es la tarea que asume el derecho al establecer, en primer lugar, ciertos *requisitos para la validez del consentimiento*[462]*,* dentro de los cuales adquiere una especial importancia para el problema que nos ocupa, la ausencia de *vicios de la voluntad*[463]. Es precisamente en este aspecto en el que las leyes, para dejar atrás el paradigma de la violación violenta y el antiguo requisito de resistencia, no sólo deben reconocer como principio la necesaria voluntariedad del acto sexual, sino que deben, a continuación, delimitar negativamente ese consentimiento, esto es, tratar de abarcar al máximo posible los distintos modos de invalidar o viciar la capacidad de consentir de los sujetos (y, por tanto, también de las mujeres). En definitiva, para que el consentimiento no sea un concepto vacío y, por tanto, maleable, las leyes deben acotarlo, marcando sus condiciones de posibilidad y sus límites. Y eso, por las razones que hemos ya expuesto, no se consigue a través de la propia noción de consentimiento[464] -es decir, sin salir del

[462] La función de dichos requisitos del consentimiento es garantizar la autonomía del sujeto. Entre ellos se cuentan la *titularidad* del bien jurídico (o, en su defecto la *capacidad* jurídica, sea transitoria o permanente, para prestar consentimiento), la *anterioridad* o simultaneidad del consentimiento (que no puede ser posterior al acto) o el carácter *informado* y *exteriorizado* del consentimiento, condiciones que aseguran la transparencia del consentimiento, tanto en el sentido de que garantizan una voluntad fundada en el conocimiento del sujeto como en el sentido de que el querer del sujeto es comunicado a otros. Sobre los requisitos de la validez del consentimiento ver R. CHANG KCOMT, *El consentimiento en el derecho penal. Análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 261-309.

[463] Como afirma Kcomt "cualquier elección sustentada en un vicio de la voluntad tornará al consentimiento o disposición del bien jurídico en inválida a efectos penales", ver R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. p. 281.
Sobre esta cuestión Elena Iñigo Carroza diferencia los *vicios del consentimiento* (como el error, la sorpresa, la inconsciencia) que producen un desconocimiento o error total sobre la situación y los *vicios de la voluntad* donde esta se doblega mediante fuerza física o se limita por medio de la intimidación, prevalimiento, abuso, aprovechamiento, amenazas. Ver IÑIGO CARROZA, "El consentimiento de la víctima. hacia una teoría normativa de la acción del que consiente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 75 (2022). p. 190.

[464] Cabe señalar, también, que la contextualización del sexo expone al derecho a otra serie de dificultades difícilmente erradicables. Y ello porque transporta la evaluación del consentimiento a un escenario siempre necesariamente probatorio donde se presentan importantes dificultades judiciales que no dependen del reconocimiento del principio de la voluntad sino de cómo ese principio se encarna en una escena concreta y en un contexto particular. En este punto, emergen determinados problemas que han sido señalados por la doctrina y que, aunque no interfieren con nuestro argumento principal, no pueden ser ignorados por ningún enfoque feminista que quiera reivindicar el consentimiento al mismo tiempo que asume sus límites. En este punto son relevantes los trabajos de Eva Illouz, J. Antonio Ramos Vázquez o Agustín Malón ponen sobre

concepto[465]- sino, justamente, incorporando en la legislación todo un aparato de requisitos, condiciones y una pluralidad de posibles medios comisivos que sirven para limitar el consentimiento *desde fuera* del mismo[466].

Desde una aproximación negativa al consentimiento lo que el derecho tiene que tratar de calibrar es a partir de qué momento no se puede seguir diciendo de un sujeto que ha actuado voluntariamente[467] y es precisamente en la medición de esa frontera, donde muchas leyes contra la violación aún a día de hoy deben ser sometidas a examen pues es justamente ahí donde el derecho y la jurisprudencia ha sido incapaz de detectar con

---

la mesa la importancia del error. Ver E. ILLOUZ, *El fin del amor: Una sociología de las relaciones negativas*. Madrid: Katz, 2020; J. A. RAMOS VAZQUEZ, "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, (2023); A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020.

[465] En la última década algunos países han apostado por introducir definiciones del consentimiento en las legislaciones bajo el argumento de que eso protege a las mujeres de erróneas interpretaciones judiciales en casos concretos. Como analizaré en el capítulo siguiente, esas definiciones, sin embargo, no sirven para acotar adecuadamente las condiciones de consentimiento pues, en última instancia, no hacen sino remitir a la noción de voluntad o añadir que el consentimiento ha de ser "libre" o "voluntario". Dichas definiciones no son sino aclaraciones tautológicas y circulares y, justamente en la medida en la que no se sale del propio concepto, no sirven para fijar sus condiciones de validez.

[466] Es decir, para detectar cuándo no hay capacidad para otorgar el consentimiento (por ejemplo la minoría de edad) o cuándo hay una voluntad viciada o anulada. En ese sentido va, por ejemplo, la incorporación en algunas leyes contemporáneas de la sumisión química, un fenómeno ignorado en textos legales del pasado, que ha empezado a incorporarse en legislaciones como la alemana, la italiana, la portuguesa, la española, la francesa o la británica. Las leyes pueden ser más o menos ricas en este aspecto, que queda fuera del análisis cuando se pretende abordar el problema a partir de definiciones del consentimiento. La legislación alemana, en la medida en la que aborda la delimitación del consentimiento desde un abordaje negativo, incorpora un conjunto rico de condiciones que, en la medida en la que hacen imposible decir que no, liberan a la víctima de la responsabilidad de expresar ninguna negativa. Se pretende englobar el conjunto de dichas condiciones a través de los supuestos en los que a) el autor se aprovecha de la incapacidad de la persona para formar o expresar una voluntad contraria, b) el autor se aprovecha de la condición física o mental de la persona que limita significativamente su capacidad para formar o expresar su voluntad, salvo que haya obtenido su consentimiento c) el autor se aprovecha del factor sorpresa, d) el autor se aprovecha de una situación en la que la víctima es amenazada con daños graves si se resiste, o e) el autor coacciona a la persona para realizar o tolerar el acto sexual amenazándola con daños graves. Así mismo, la ley alemana establece que la conducta debe ser considerada especialmente grave si la incapacidad para formar o expresar voluntad se basa en una enfermedad o discapacidad de la víctima, si se emplea violencia contra la víctima, si se amenaza a la víctima con peligro inminente para su vida o integridad física, o si se aprovecha de una situación en la que la víctima se encuentra indefensa y expuesta a la influencia del autor. Ver Alemania, *Strafgesetzbuch* (Código Penal), § 177, en la versión vigente tras la Ley de 4 de noviembre de 2016 (BGBl. I S. 2460).

[467] La cuestión, en términos generales (es decir, no en relación al consentimiento sexual sino al consentimiento en el derecho penal), da lugar a discrepancias y discusiones. Kcomt alude a dos posturas en la doctrina. Una más extensiva estaría formada por quienes consideran que cualquier tipo de "actuación que quite libertad a la voluntad del que consiente, vicia el consentimiento (sin necesidad de que las mismas constituyan un delito de coacciones)". La postura más restrictiva la defenderían quienes consideran que para que exista un vicio en el consentimiento, la violencia, amenaza o coacción deben darse en un grado capaz de excluir total o prácticamente la libertad de decisión o la libre autodeterminación, límite que está fijado en donde elementos como la amenaza empiezan a ser punibles en el delito de coacciones. En esta línea C. ROXIN. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997. p. 551.

justicia los límites materiales, las condiciones de posibilidad y los modos de viciar la voluntad de las mujeres[468]. Si el objetivo es escapar de la vieja trampa de tener o bien que demostrar voluntades todopoderosas o bien quedar incondicional y definitivamente anuladas como sujetos capaces de consentir, entonces la tarea es doble. Preguntarse, como hace Butler, cuáles son las condiciones del consentimiento, debe tener como objetivo liberar a las mujeres tanto de resistencias heroicas como de protecciones paternalistas. Por tanto, se trata de dibujar correctamente esa frontera dentro de la cual las mujeres no tienen la posibilidad de consentir, pero también de dejar abierto, más allá de dicho límite, un territorio dentro del cual se considera a las mujeres capaces de emitir su consentimiento y, por tanto, de *expresar exteriormente* su voluntad, tanto positiva como negativamente.

En definitiva, oponerse a que las mujeres tengan que expresar sus negativas más allá de todo contexto, no implica asumir la imposibilidad de que las mujeres puedan expresar cualquier tipo de oposición, negativa o rechazo pues, como hemos argumentado ya, ello es una condición *sine qua non* para poder validar el consentimiento.

4. Poder y consentimiento

Solo cuando consentir es *posible*, tiene sentido emprender una búsqueda de las condiciones del consentimiento. La dificultad que asume toda teoría que no anule de modo general la validez del consentimiento, y que, a la vez, no acepte inmediatamente la validez automática de este concepto, está en la tarea de tener que sumergirse en ciertos

[468] Como señala Kcomt, es una discusión abierta en la doctrina jurídica "el grado o la intensidad que deben revestir la violencia, amenaza, intimidación o coacción para constituir un vicio que invalide el consentimiento y hacer que éste deje de operar como causa de atipicidad" pero, como hemos venido ya diciendo, las mujeres han sido obligadas a ser portadoras de una voluntad invulnerable -o inviciable- para ser consideradas sujetos que no ha sido requerida al sujeto pasivo de otros delitos contra la voluntad Esta desproporción no se ha producido solamente por la histórica importancia de la violencia física en el delito de violación sino por una posible medición diferente de los grados de intensidad que se fijan como límite en cada delito con respecto a los mismos medios comisivos. Kcomt analiza la discusión sobre la magnitud de la amenaza, violencia, intimidación, coacción o presión como vicios que invalidan el consentimiento y toma a Roxin como uno de los autores con una postura más restrictiva en la medida en la que exige a la amenaza que llegue a adquirir la intensidad exigida para la configuración del delito de coacciones. Agradezco a Víctor Correas Sitjes nuestras recurrentes conversaciones, entre ellas aquellas en las que me ha dado a conocer la ambigüedad existente hoy en el concepto de violencia, usado como violencia física contra las personas en el ámbito de los delitos sexuales (artículo 178.2) y, sin embargo, usado de un modo mucho más extensivo (que incluye violencia sobre las cosas) en el delito de coacciones (172). Ver R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. pp. 281-282.

terrenos grises donde el querer de los sujetos se expone constantemente a obstáculos y donde es preciso ponderar la libertad concreta de una voluntad a la que se le oponen poderes y fuerzas. Según lo que hemos venido defendiendo en esta investigación una completa asunción del paradigma moderno de la libertad sexual implica dejar una estrecha y restringida concepción de la fuerza o lo forzoso que han caracterizado a los delitos sexuales y a la violación hasta la actualidad. Ahora bien, exige también, al mismo tiempo, que la noción de fuerza no quede tan expandida y ampliada que acabe solapándose con la desigualdad o el poder. Como argumentamos en el capítulo tercero, la invalidación que hace MacKinnon del consentimiento descansa en una identificación entre el poder y la violencia, pues es el hecho de que toda relación sexual heterosexual se de necesariamente en unas condiciones de poder o de desigualdad lo que vuelve indistinguible el sexo de la violencia. Bajo dicha óptica es imposible delimitar o aislar jurídicamente relaciones sexuales no violentas a menos que se dé con una práctica sexual (supuestamente) despojada de todo rastro del poder.

Ahora bien, asumidas estas condiciones, las mujeres parecen abocadas a una total ausencia de agencia. Si el poder lo puede todo y consigue configurar sin fisuras a los sujetos, entonces el más mínimo resquicio de libertad puede comenzar a existir sólo más allá de todo poder, lo que presenta el nada desdeñable problema de no hay propiamente sujetos y no hay, por tanto, agente ninguno de la emancipación. Butler opone a esta mirada de MacKinnon otra concepción del poder en función de la cual las estructuras de poder restringen, sujetan y configuran a sujetos que, no obstante, siguen teniendo un margen de agencia. "Nuestra libertad no está 'libre' de condiciones sociales. Lo que hay de humano aquí es la negociación, el hecho mismo de que realicemos elecciones, de que debamos elegir, incluso cuando nuestra elección está coartada por modalidades que no hemos elegido"[469]. Así, defiende que el consentimiento ha de inscribirse en ese tipo de concepción restringida y limitada de la libertad que justamente no parece tener cabida en las alternativas abiertas por el feminismo de la dominación. El reverso de una teoría del poder total es un utopismo paralizante donde la única libertad válida para el feminismo es una libertad igualmente total. Así, en los términos abiertos por MacKinnon el consentimiento en un concepto tan insuficiente a veces como sobrante y accesorio otras:

[469] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, no. 22, (2003). p. 50.

"cuando una incursión sexual no es igual, ninguna cantidad de consentimiento la hace igual y, por lo tanto, la redime de ser violatoria. [...] Y cuando una interacción sexual es igualitaria, el consentimiento no es necesario"[470].

Si Butler plantea una mirada alternativa a la de MacKinnon es porque, como afirma Lucie Tangy, "el concepto de consentimiento (que) existe en Butler, remite al espacio paradójico que hace posible simultáneamente la sumisión del sujeto y el ejercicio de la resistencia[471]. Butler cuestiona tanto a ese sujeto enteramente anulado y sometido, desprovisto de cualquier mínimo de agencia y libertad (en razón del cual se invalida todo posible consentimiento por considerarse imposible) como esa inverosímil proyección de un sujeto completamente emancipado del poder (en razón del cual se vuelve a negar el consentimiento, esta vez por considerarse innecesario). Butler demuestra la posibilidad de una aproximación feminista al problema del consentimiento donde éste pueda ser pensado como posible y, al mismo tiempo, como un concepto que remite a la libertad de un sujeto arrojado a hacer elecciones en una constante negociación con el mundo. Desde las perspectivas butlerianas, el reconocimiento jurídico del consentimiento no nos pone a salvo de toda forma de constricción de la libertad, lo que, por otra parte no sería sino restituir el relato de un sujeto jurídico enteramente autónomo y autodeterminado que no está producido por poderes ajenos a su decisión y voluntad. Frente a una teoría liberal que construye la ficción de un sujeto enteramente libre y una teoría de la dominación que anula todo margen de agencia para el sujeto Butler defiende una "libertad concreta" y una agencia siempre restringida y limitada.

Es precisamente esa forma restringida de libertad la que es impugnada por el feminismo de la dominación y las posiciones herederas de MacKinnon, bajo la acusación de que no asumir a las mujeres como absolutamente sometidas implicaría restaurar un "neoliberalismo sexual" que fundamenta al "patriarcado del consentimiento"[472]. En esta línea Ana de Miguel, identificando el consentimiento "el mito de la libre elección" anula toda posibilidad de movernos por los territorios grises e impugna como enemiga la idea de que "las mujeres de alguna manera "eligen" de acuerdo con "estrategias" entre diferentes opciones"[473]. En efecto, Butler defiende la existencia de un ámbito dentro del

[470] C. MACKINNON, "Rape Redefined." *Harvard Law & Policy Review* 10, no. 2 (2016). p. 476.
[471] L. TANGY, "Le sens du consentement dans l'oeuvre de Judith Butler", *Tracés* 14 (2008) p. 16.
[472] Ver A. H. PULEO. "Patriarcado." En *10 palabras clave sobre mujer*, dir. Celia Amorós, 21-54. Estella: Verbo Divino, 1995.
[473] A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015. p. 47.

cual existen "elecciones estratégicas" que, si bien pueden cumplir con las condiciones mínimas para reconocer detrás de ellas a un sujeto -y para que el Estado reconozca detrás de ellas un sujeto- , no deben ser pensadas como elecciones libres de todo obstáculo. "Para ciertas mujeres de clases populares [...] puede ser preferible ser una trabajadora del sexo a una simple trabajadora"[474]. Ello, en la perspectiva de Butler, no es óbice para afirmar que "el discurso de la política criminal deja sin problematizar cómo se entiende esa libertad y, de nuevo, no tiene en cuenta la distintas relaciones de poder que puedan limitarla"[475]. Como sostiene Tangy, "Butler se opone tanto a quienes rechazan la prostitución con el pretexto de que el intercambio sexual no es más que una coacción basada en un consentimiento ilusorio y una negación de la libre expresión del deseo [...] como a quienes la defienden diciendo que la prostituta elige libremente contratar fuera de toda coacción"[476]. "En los dos casos -afirma Butler- falta el hecho de que la sexualidad es siempre el resultado de una negociación entre fuerzas sociales e inconscientes que a veces se burlan de nuestras elecciones"[477].

Lo que está principalmente en juego en los debates feministas es que el consentimiento puede operar dentro de un mundo en el que existen determinadas condiciones estructurales que limitan la libertad de los sujetos y no por ello perder su validez. Es esa opción la que aparece imposibilitada dentro de los marcos establecidos por MacKinnon y es esta cuestión la que convirtió la discusión sobre el trabajo sexual en el vector principal de los debates feministas sobre la sexualidad. Lo que Butler pone sobre la mesa es que el reverso necesario de una teoría total del poder es una noción de libertad igualmente total e inverosímil. Para determinado feminismo contrario a la noción de consentimiento parece tener que emerger, paradójicamente, un sujeto enteramente autoconstruido[478], libre de toda relación con el poder y con un deseo pretendidamente prístino. En esta línea, junto a autoras como Vance[479], Echols o Hollibaugh, Butler critica

[474] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003). p. 49.
[475] I. ALTUZARRA ALONSO, "El consentimiento sexual en el Código penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual", Oñati socio-legal series, Vol. 13, Nº. Extra 6, 1, (2023). p. 18.
[476] L. TANGY, "Le sens du consentement dans l'oeuvre de Judith Butler", *Tracés* 14 (2008). p. 16
[477] J. BUTLER. "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", extraído del Columbia Journal of Gender and Law, volumen 21, nº2 (2011) p., 2003, p. 50.
[478] Véase, por ejemplo, cómo opera en esta dirección la idea de un deseo construido políticamente a salvo de las reglas del mundo e inmaculado de toda mancha de poder.
[479] Como afirma Carole S. Vance, este feminismo, al "plantear la existencia de un abismo entre la naturaleza sexual de los hombres y de las mujeres equivale implícitamente a aceptar una de las formulaciones más

la búsqueda por parte del feminismo norteamericano radical de "una visión de la sexualidad más dulce, libre de toda relación de poder"[480] y la "utopía de una sexualidad más allá de la dominación"[481]. En el ámbito español ha sido Raquel Osborne[482] quien ha sido especialmente contraria a los postulados de ese feminismo norteamericano -importado principalmente por el feminismo ilustrado de la igualdad al contexto español- que "concibe a los deseos masculinos como irreprimibles[483] y genera, como su reverso, la idea de que las mujeres carecen de deseos. O, quizás más bien, que si los deseos femeninos existen estos son cándidos, románticos y amorosos"[484]**.** En alusión a los enfrentamientos a raíz de la cuestión del sadomasoquismo en la comunidad lesbiana[485] y los roles butch-femme, debate que constituyó uno de los grandes capítulos de las Sex Wars[486], Butler reivindica el sentido de unas luchas por la libertad sexual que para algunas feministas representaban, precisamente, la ocasión de rechazar la idea de que las mujeres pedían "una sexualidad inocente de toda relación de poder, de todo diferencial de poder"[487]. Por su parte Butler sostiene, no solo que "el poder es una dimensión muy excitante de la sexualidad" sino que "el poder y la sexualidad son coextensivos, que no hay sexualidad sin poder"[488].

---

importantes del sistema de géneros -la división sexual del trabajo y del deseo- que subyace a, y justifica, la opresión de las mujeres. El resultado final de este tipo de análisis ofrece una crítica de la sexualidad masculina totalmente aislada de una crítica más poderosa y radical del género y del heterosexismo"[#]. Carole Vance y Ann Snotow, citadas en R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002. p. 50.

[480] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003). p. 48.

[481] Ibid.

[482] R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002.

[483] Según Osborne el feminismo de la dominación estaría naturalizando o esencializando el género al atribuir a los hombres un esencial deseo de dominación. Como recuerda Osborne esta idea no dejó de tener a su favor a partidarias de explicarla a través de la biología. Mary Daly, por ejemplo, sostuvo que la ideología masculina de la violación "tiene su origen auténticamente en el pene". R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002. pp. 46-47

[484] R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002. pp. 188-189

[485] Para conocer este debate ver, por ejemplo, M. NICHOLS. "Sexualidad: cuestiones y teoría en desarrollo". *Nosotras que nos queremos tanto*. no. 8, (1992). También Osborne aborda ampliamente la cuestión. La autora señala que en el contexto de las Sex Wars "nos encontramos con la división entre "buenas y malas chicas" [...] según que su reacción ante la pornografía sea correcta (es decir, de rechazo total) o incorrecta (de aceptación parcial). Asimismo, nos tropezamos con que las lesbianas son mejores que las heterosexuales. De igual manera, las representantes del lesbianismo político son mejores que las denominadas butch-femme y que las que mantienen relaciones sadomasoquistas". Ver R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002. p. 189.

[486] Ver C. VANCE (Ed.). *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Talasa Ediciones, 1989.

[487] J. BUTLER. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003). p. 50 .

[488] J. BUTLER. Op. cit., p. 46.

En última instancia, estas distintas concepciones del poder conducen a diferentes modos de pensar la ley y sus atribuciones. Subsumiendo las relaciones de poder dentro de aquello que invalida el consentimiento, MacKinnon parece aspirar a convertir el derecho penal -o lo que ella llama una "jurisprudencia feminista"- en principal herramienta política del feminismo. Si bien Butler está dispuesta a utilizar estratégicamente el reconocimiento jurídico de la libertad de las mujeres y de otros sujetos, asume los límites del aparato jurídico. Y es que, en efecto, como hemos venido argumentando aquí, la conceptualización jurídica del consentimiento, entendido éste en un sentido negativo, pretende determinar cuándo un sujeto es doblegado por la fuerza, pero no exige al sujeto un querer absolutamente libre para validar su voluntad. Se puede consentir a cosas que no se quieren o desean por ellas mismas y ello implica aceptar que no todo mal implica una anulación del consentimiento. Como sostiene Helmut Frister "el hombre, en su vida, con frecuencia está ante la situación de poder elegir sólo entre dos males. Si se quisiera considerar ineficaz un consentimiento manifestado por él únicamente por la existencia de una situación de coacción de esa índole, se le sustraería incluso el derecho de decidir por sí mismo, en tales situaciones, cuál de los dos males querrá asumir"[489]. Esto, de nuevo, había sido ya abordado por Aristóteles al hablar de ese tipo de acciones mixtas cuya voluntariedad no alcanza el mismo sentido fuerte de aquellas acciones que parecen ser absolutamente queridas por el sujeto. Eso que Frister considera que debe poder caer dentro del ámbito de lo que el sujeto consiente son también aquellas acciones que, dicho en términos aristotélicos, "son preferibles en el momento que se ejecutan" si bien por sí mismas no serían elegidas por el sujeto. Al incluir este tipo de acciones dentro de las acciones voluntarias, se está asumiendo que el consentimiento no garantiza el agrado del sujeto y mucho menos su felicidad y que la falta de disfrute, alegría o de entusiasmo no es argumento para considerar viciado el consentimiento.

La propuesta de MacKinnon es claramente otra, pues son precisamente ese tipo de coacciones vinculadas a las relaciones estructurales de poder las que la autora aspira a neutralizar, precisamente, *a través* del derecho y de la ley[490]. Como afirma Brown,

[489]H. FRISTER. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 4ª edición alemana por Marcelo A. Sanchinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 310.

[490] A este propósito pretende servir la propuesta de introducir la referencia al poder en la definición de violación, asunto que contamos ya en el capítulo segundo.

MacKinnon "trata de hacer que la ley 'vea el género'"[491] en un empeño por "usar el derecho como un medio de *reconocimiento* y *rectificación* de la subordinación de género"[492]. Es decir, MacKinnon pretende obligar a la ley a cumplir su promesa universalista forzándola a reconocer y rectificar las relaciones de dominación entre los sujetos" y lo hace "haciéndolas ilegales, *politizándolas dentro del derecho*"[493]. La autora propone así que la ley asuma la ambiciosa tarea de corregir las estructuras de desigualdad[494] defendiendo lo que una parte de la doctrina jurídica ha definido como un "derecho penal identitario"[495]. Lo que está en juego en las diferentes concepciones del poder que los feminismos ponen en juego al pensar el sexo es, al final, la propia función del derecho penal y, por lo tanto, también sus límites.

5. La libertad *negativa* como límite del derecho penal

Como afirma Agustín Malón, la modernidad inaugura una concepción de lo moral (en su sentido amplio) en la que la "norma (es) fundamentalmente negativa, destinada sobre todo a imponer límites a la libertad individual"[496]. Es dentro de este tipo de gramática donde la figura del consentimiento adquiere su sentido y su especificidad en el ámbito penal, pues la conceptualización negativa del consentimiento va de la mano de una serie de límites para el derecho penal mismo y para el Estado.

Romy Chang Kcomt ha analizado la naturaleza del consentimiento en el derecho penal moderno a partir de la teoría de los bienes jurídicos[497], doctrina a partir de la cual

[491] W. BROWN. *Estados del agravio: Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019. p. 243.
[492] W. BROWN. Op. cit., 243-244.
[493] W. BROWN. Op. cit., 245.
[494] "En la medida en que la ley feminista encarna el punto de vista de las mujeres se dirá que su ley no es neutra" afirma MacKinnon, "pero tampoco lo es la ley actual". C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 446.
[495] Ver J. L. DÍAZ RIPOLLÉS. "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 21 (2019).
[496] A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea. Aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant humanidades, 2006. p. 67.
[497] La teoría del bien jurídico, un concepto asentado hoy en el derecho penal de las democracias occidentales, no deja de confrontar a la doctrina jurídica con grandes cuestiones teóricas como la función del derecho penal, la separación entre derecho y moral, la distinción entre derecho privado y derecho público o la conceptualización del delito como una lesión a derechos o bienes individuales o más bien como un ataque al pacto social, a la sociedad o Estado en su conjunto. Ampliamente en R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

la ley adquiere necesariamente una función limitativa o negativa. Bajo la influencia de la filosofía del derecho kantiana, Feuerbach sostendrá por primera vez la existencia de "derechos" en sentido subjetivo, derechos que no emanan de la norma jurídica positiva sino que "son anteriores al deber que impone respetarlos"[498]. Al defender que el individuo tiene determinados derechos que le pertenecen subjetivamente, Feuerbach es considerado por la doctrina el precursor del concepto de *bien jurídico,* creado por Birnbaum y desarrollado más tarde por autores como Binding y Liszt[499]. Chang Kcomt analiza la figura del consentimiento en el derecho penal desde esta perspectiva característicamente moderna por la que la ley debe quedar supeditada y limitada a la protección de una idea de *dignidad humana* -vinculada a la autonomía de la voluntad- que precede a todo orden jurídico positivo. Como se ha dicho, la existencia de bienes jurídicos establece la posibilidad de marcar límites al legislador y ello en la medida en la que el derecho reconoce la necesidad de supeditar las leyes a la protección y defensa de algo que las antecede. Así, "en un estado social de derecho, la noción de bien jurídico resulta trascendental, por configurarse como un límite (función limitadora) que conecta al derecho penal con los fines del Estado"[500]. La teoría del bien jurídico, sostiene Kcomt, fundamenta una intervención del derecho penal limitada por su adecuación al "respeto por la dignidad, la defensa de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad"[501]. "El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como elemento fundamental para alcanzar la dignidad supone que el estado -a través del derecho- tiene que garantizar a todos los hombres 'la libertad de pertenecerse y disponer de sí, de determinarse y proyectarse desde sí mismo'"[502]. En definitiva, la noción de

[498] R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. p. 24.

[499] Chang Kcomt, ha analizado el desarrollo de la noción de bien jurídico en el derecho penal contemporáneo mostrando cómo el individualismo inherente al propio concepto, vinculado en su nacimiento a una filosofía iusnaturalista, ha generado tensiones dentro de los marcos positivistas o funcionalistas y, por supuesto, lo ha convertido en un elemento incómodo o inasumible para todo derecho comunitario como, por ejemplo, el de la Alemania nacionalsocialista.

[500] La autora afirma que "es la dignidad -en tanto presupuesto de cualquier bien jurídico- la que constituye un límite positivo y, ala vez, supra positivo para la actuación del legislador; en la medida en que no solo se encuentra plasmada y reconocida como principio fundamentador en texto normativo constitucional, sino que además constituye una premisa anterior (supra normativa) a dicho reconocimiento. La dignidad [...] es intrínseca al concepto de ser humano y, por ello, es fundamento, fin supremo o premisa del Estado constitucional moderno y de cualquier bien jurídico protegido en el mismo". Ver R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático.* Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. p., 85-86.

[501] R. CHANG KCOMT. Op, cit., p. 85

[502] W. MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*. Traducido por José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2008. p. 63 (citado por R. CHANG KCOMT. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. p. 141).

consentimiento propia del derecho penal moderno de los Estados democráticos de derecho se asienta en una concepción del Estado por la cual éste queda comprometido a proteger lo que en la teoría política contemporánea se ha dado en llamar *libertad negativa*.

Es Isaiah Berlin quien, a mediados del siglo XX, asienta esta idea con su conocida diferencia entre una forma *positiva* y una forma *negativa* de libertad. Como tantas veces se ha subrayado[503], en esta segunda acepción, la libertad es la ausencia de obstáculos externos al individuo -"soy libre en la medida en la que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad"[504]- y presupone, inevitablemente, un sujeto autónomo e independiente que es anterior a la ley y, frente al cual, el otro es siempre una potencial amenaza de restar o anular su libertad. Roberto Esposito identifica ya en Bentham la formulación de este tipo de perspectiva filosófica en función de la cual "en vez de por un significado positivo, la libertad se define por la ausencia de restricciones o constricciones"[505]. El autor, que afirma que "la libertad moderna permanece encerrada en el horizonte semántico de la negación"[506], vincula el distanciamiento de la noción de libertad con respecto a lo positivo con un proceso disolutivo que debe entenderse como propio de la modernidad. La negatividad de este tipo de libertad depende de la preexistencia de un sujeto independiente de los otros que es libre *con anterioridad a la ley*. Si bien para algunos autores contractualistas la entrada en el orden civil supone ganar una forma de libertad posterior al contrato (libertad civil), sin embargo, al mismo tiempo, en la medida en la que dicho pacto se ha de *consentir*, para que ese consentimiento no sea una mera cesión a la fuerza, el sujeto debe ser ya libre antes de firmarlo. Es precisamente esa *anterioridad del sujeto* con respecto a la ley la que sirve de fundamento filosófico para la teoría moderna de los bienes jurídicos, doctrina dentro de la cual es conceptualizado hoy el consentimiento en el derecho penal.

Esposito subraya la relación entre la noción negativa de libertad y el sujeto individual concebido como un sujeto *propietario*. El derecho se entiende a sí mismo como un sistema de limitaciones negativas en la medida en la que regula la convivencia de individuos que llegan al encuentro con otros siendo ya poseedores de bienes, es decir,

[503] Ver, por ejemplo, R. ESPOSITO. *Política y negación. Por una filosofía afirmativa.* Buenos Aires: Amorrortu, 2020, p. 139-152.
[504] I. BERLIN. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2001, p. 47 .
[505] R. ESPOSITO. Op. cit, p. 139.
[506] R. ESPOSITO. Op. cit, p. 240.

teniendo ya cosas que perder. Dicho de otro modo, si los individuos deben evitar dañarse mutuamente es porque poseen algo que puede ser dañado o lesionado, disminuido o limitado -justo aquello a lo que la moderna teoría penal llama *bienes jurídicos*-. Puesto que el objetivo último del Estado al reconocer y proteger dichos bienes es hacer posible la *autodeterminación o autorrealización del individuo* (en orden al respeto de su dignidad), es también deber del derecho asegurar que el sujeto pueda disponer de cualquiera de sus bienes y esto incluye la posibilidad de que dicho sujeto pueda decidir si quiere o no lesionar los bienes que le pertenecen.

Aquí radica, en su sentido más fuerte, la naturaleza *negativa* que el consentimiento tiene en la esfera penal y que, como vimos en páginas anteriores, vincula esta categoría jurídica a la noción de permiso. Consentir es, como sostiene Manon Garcia, autorizar o permitir lo que, sin haber sido consentido, supondría la *lesión de un bien jurídico*. Es decir, en aras de la autonomía de la voluntad y la libertad de elección de los sujetos, el Estado "legitima al individuo a optar entre bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización; lo que en el caso de bienes jurídicos penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador le da [...] siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero"[507]. El consentimiento, también en la esfera de la sexualidad, es negativo porque implica la *renuncia* a una protección a la que el sujeto, en principio, tiene derecho y convierte en una acción lícita para el Estado lo que de otra forma sería un daño, un ataque o una lesión. Tiene sentido decir, por tanto, que eso que se debe consentir, aparece de alguna forma concebido como dañoso o lesivo, como un mal o, al menos como una potencial disminución de aquello que el sujeto ya tiene y que reviste valor.

La anterioridad del sujeto con respecto a la ley es fundamento de una concepción negativa de la libertad porque no se trata de que las relaciones sociales o el encuentro con los otros nos hagan libres, se trata de asegurar que en el inevitable encuentro de unos sujetos con otros se restrinjan lo menos posible libertades ya previamente existentes. Como afirma Garcia "sólo la necesidad de impedir que un individuo sufra un daño grave y concreto a causa de la acción voluntaria de otro individuo se puede justificar la intervención del Estado"[508]. Tanto Garcia como Malón se remontan a la filosofía kantiana

[507] R. CHANG KCOMT R. *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020. p. 115.
[508] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 57.

como una de las principales matrices filosóficas de esta concepción negativa de la justicia[509]. Kant, en efecto, ha argumentado cómo este deber general de no dañar se convertiría en fuente negativa del derecho y cómo la necesidad de entrar en un orden jurídico, emana del problema de la finitud del mundo. En la medida en la que los hombres no pueden evitar coexistir en un espacio en el que sus acciones interfieren, Kant afirma que deben constituir civilmente su convivencia, lo que implica la necesaria existencia del derecho Público y de un poder civil que pueda hacerlo valer a través de la coacción y la fuerza. Este deber se activa si no puedes evitar dañar a alguien, es decir, si no puedes evitar estar con otros y, por tanto, en última instancia, depende del hecho de compartir un espacio finito. Es, por tanto, el problema de la afectación recíproca de nuestras acciones, es decir, el problema de nuestra mutua interferencia -y de la posibilidad del daño que ello comporta-, el que desencadena la necesidad del derecho en el mundo. Lo jurídico, así, adquiere una negatividad primaria, una finalidad limitante ante la potencial invasión de los espacios propios que supone la mera existencia de los demás en el mundo. La función negativa de la ley es lógicamente anterior a la existencia de posibles deberes positivos -argumentados también bajo el principio del daño[510]-; su función consiste en prohibir lo que no se puede hacer más que en establecer lo que se debe hacer.

Esta concepción de la ley como como un sistema de normas cuya función es asegurar la compatibilidad de las voluntades y la coexistencia de los cuerpos está vinculada con una distinción nuclear del derecho moderno entre el plano de *lo ético* y el plano de *lo jurídico*. Esta separación implica en la filosofía kantiana la circunscripción del derecho al plano de la *exterioridad*. Para Kant, dado que la necesidad de las normas jurídicas emana de la necesidad de hacer coexistentes y compatibles las libertades de

[509] Como es señalado, no obstante, por ambos autores, existe en Kant una moral sexual muy exigente. En función de la misma, el sexo y el deseo erótico debes darse solo dentro del matrimonio pues, para ser ético, el sexo debe darse en el marco de una promesa de compromiso y lealtad entre los esposos. En definitiva, para Kant el sexo implica compromisos y deberes éticos positivos y se sustrae, por tanto, de la posibilidad de ser insertado dentro de esta moral negativa que rige en la esfera jurídica y que, al mismo tiempo, se deduce de los propios principios kantianos. Es por ello que autores como Malón definen la permisividad sexual propia del mundo contemporáneo como una especie de "kantianismo sin Kant". Ver A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016. p. 272; M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 62 y ss.

[510] La cuestión de si dentro de una perspectiva negativa de lo jurídico pueden justificarse determinados deberes ha dado lugar a discusiones. Ver, por ejemplo, la discusión entre Roxin y Jakobs sobre los delitos denominados de comisión por omisión como delitos de infracción de deber. Por ejemplo en D. M. LUZÓN PEÑA, "Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación". *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 6 (julio 2017), pp. 145-272.

todos[511], las acciones, para ser jurídicamente justas, deben ser exteriormente coincidentes con la ley o *conforme* a la ley[512] siendo posible extraer la acción debida mediante la coacción, es decir, mediante la expectativa de un castigo. En la filosofía del derecho kantiana la coacción, por tanto, sirve como criterio de distinción de lo jurídico y lo ético, entre aquello que debe coincidir externamente con la ley y aquello que internamente debe hacerse por respeto a la ley[513]. Si en la esfera ética la coacción es imposible por principio es porque lo ético implica los *motivos internos de la acción,* que pueden ser buenos o malos con independencia de que la acción cumpla con el requisito de ser meramente legal. La ética, por lo tanto, se sustrae de la negatividad propia del derecho e implica algo más que debe darse positivamente en la interioridad del sujeto.

Entendido bajo los principios y los parámetros del derecho moderno y comprometido, por tanto, con esta escisión entre el derecho y la moral, el consentimiento como figura jurídica, como herramienta conceptual del derecho penal, tiene por función resguardar una libertad meramente negativa del sujeto frente a posibles intromisiones de otros. Respetar el consentimiento del otro es respetar una voluntad que se expresa de forma externa para autorizar o permitir la acción de otro sobre él o sus bienes, convirtiendo dicha acción en algo que es lícito independientemente de los motivos últimos que mueven internamente a los sujetos y de su bondad o maldad moral. En definitiva, en tanto que noción jurídica, cuya función es asegurar la coexistencia de las voluntades particulares y servir de límite negativo al daño, el consentimiento se muestra como una noción profundamente incapaz de producir, en sentido positivo, relaciones humanas éticas. Sirve, por tanto, para establecer cómo *no podemos comportarnos* (proscribe comportamientos) y no para proponer como sí deberíamos comportarnos (no prescribe comportamientos).

---

[511] El principio universal del derecho para Kant impone que cada libertad pueda ser compatible con la libertad de todos: "es justa toda acción, según cuya máxima la libertad del albedrío de cada uno es compatible con la libertad de todos según una ley universal", ver I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. A. CORTINA y J. CONILL. Madrid: Tecnos, 2005, Doctrina del derecho, Introd., § C, 39.

[512] En la filosofía kantiana dentro del ámbito moral, es decir, de la esfera normativa o de la libertad, la gramática del deber ser se desdobla en dos esferas a su vez: la esfera de lo ético y la de lo jurídico. En Kant se da esta disociación en arreglo a una doble consideración o constitución de la acción, desdoble al que se dedica la *Metafísica de las costumbres*, dividida precisamente en estas dos partes. Esta doble forma, a la que sigue un doble sistema de principios en orden a una doble legislación de la libertad a veces es expresada por Kant mediante el uso metafórico y analógico de las palabras "interno" y "externo" y el elemento que aparece para dar cuenta de esta diferencia es la noción de *coacción*.

[513] No toda coacción es jurídica –la necesidad natural también nos coacciona en ocasiones- pero lo jurídico siempre comporta coacción. En el momento que algo puede ser objeto de coacción es susceptible de regulación jurídica.

Encajar el sexo en este tipo de gramática jurídica negativa no deja de abocarnos a un sentido extremadamente limitado de la noción de "libertad sexual", entendida como la mera ausencia de violencia[514] o como la obtención de seguridad frente al peligro que suponen los otros en el terreno de la interacción sexual. Si, como sostienen algunos autores[515], el derecho moderno y la concepción negativa de la libertad no dejan de tener una aproximación a la sociedad y a la relación social *inmunitaria*, es decir, donde el otro es siempre fuente de peligros o, como mínimo, alguien que puede restar mi libertad[516], se consiente siempre a algo en cierto modo negativo (esta vez en el sentido de malo o dañoso[517]). Y si se consiente a algo que atenta o puede atentar contra los límites del sujeto o lesiona o puede lesionar sus bienes, insertar el sexo en este entramado conceptual significa concebirlo como un campo de potenciales males[518].

[514] Este tipo de perspectiva es relativamente dominante en la actualidad y está presente en una recurrente identificación entre las políticas o leyes contra la violencia sexual centrada en medidas penales y las políticas de libertad sexual.

[515] Ver R. ESPOSITO. *Política y negación. Por una filosofía afirmativa*. Buenos Aires: Amorrortu, 2020; Id. *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2019.

[516] Es sintomática la recurrente comparación del consentimiento en las relaciones sexuales y del delito de robo, un ejemplo usado a menudo por juristas que, no obstante, pone de relieve los propios límites en los que queda obligado a comprenderse el sexo.

[517] Sobre esta cuestión agradezco mucho a Pau Luque nuestras largas conversaciones sobre el consentimiento, que han sido, a pesar de la distancia y de los precarios medios tecnológicos, verdaderas conversaciones filosóficas.

[518] En este sentido, a pesar de compartir el espíritu de ciertas críticas hechas desde una parte de la doctrina penal a posiciones feministas como las de Catharine MacKinnon por considerar que, a partir de una concepción del sexo como peligro conducen a un punitivismo securitario, no comparto la confianza depositada en la ley y en el ámbito jurídico para abandonar por completo ese abordaje. José Luis Díaz Ripollés identifica la deriva punitiva de la política penal sexual y de las actuales leyes del consentimiento (en particular se refiere al Preámbulo a la LO 10/2022, de 6 de septiembre) como una "actitud político-criminal (que) refleja una sociedad que no ha normalizado su relación con la sexualidad, atrapada en prejuicios de uno u otro signo, que concibe la actividad sexual, y las relaciones sexuales interpersonales, de forma predominante como algo peligroso en lugar de algo placentero y personalmente enriquecedor". J. L. DÍAZ RIPOLLÉS. *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*. Buenos Aires: Euros Editores, 2025. P. 396. El autor afirma que desde una modernización del derecho penal sexual la sexualidad "debe promocionarse debido a las importantes contribuciones que realiza al desarrollo personal" (p. 390). Sin embargo, creo que la gramática jurídica, por los motivos expuestos en la segunda parte de este capítulo, no puede dejar de estar comprometida con un sujeto anterior a la ley cuya libertad, entendida en términos de propiedad (de bienes jurídicos) es puesta inevitablemente en riesgo a partir de la relación social. Algunas autoras feministas contemporáneas reivindicadas en esta investigación han elaborado una profunda crítica a dicho sujeto en la medida en la que mantiene deudas con determinado paradigma moderno y han reivindicado una noción de sujeto poroso, vulnerable e interdependiente cuya libertad es siempre posterior al encuentro con los otros. A partir de las mismas, considero que es posible sostener que dicha concepción de las relaciones humanas y, en particular, del sexo, no puede ser buscada en el interior del derecho sino, precisamente, más allá del mismo. Esta cuestión abre una importante discusión acerca de las potencialidades positivas del derecho en relación al sexo que no puede ser profundizada aquí pero que merece ser continuada.

6. Lo que queda fuera del consentimiento

Lo que hemos argumentado hasta aquí es que el consentimiento, dentro del paradigma de un derecho penal moderno, adquiere necesariamente una conceptualización negativa. De eso depende que el derecho penal no esté autorizado a inmiscuirse en la esfera ética proponiendo un sexo bueno sino que deba quedarse limitado a la mera aceptación de un sexo permitido por las partes. La restricción de los poderes del Estado dentro de estos límites, es decir, la prohibición de que la ley penal pueda ir más allá de lo que los sujetos aceptan o consienten, se salvaguarda convirtiendo en lícito el sexo que las personas meramente permiten. Todo lo que se ha argumentado en este capítulo- dedicado a definir el concepto de consentimiento en su forma negativa- pretende aportar argumentos para la validez, siempre restringida y limitada (atada a sus condiciones de posibilidad), de la categoría de consentimiento. Por supuesto, dicha definición negativa, impone una serie de límites y más allá de ellos sigue existiendo una serie de problemas que preocupan a la teoría feminista en el ámbito de la relación sexual, cuestiones ante las cuales el consentimiento se revelaría inservible. Es decir, el consentimiento -como noción legal- es un concepto extremadamente limitado para comprender la complejidad de la relación humana y la sexualidad. Ahora bien, para evaluar con precisión las fronteras del concepto y lo que queda más allá del mismo, de nuevo, es fundamental distinguir los posibles significados que el consentimiento puede adquirir dentro del derecho. Infravalorada o directamente olvidada desde algunas aproximaciones feministas, la doble faz jurídica del consentimiento es una cuestión absolutamente determinante para perimetrar lo que cabe y lo que no cabe esperar de este concepto.

a) *La pasividad del sujeto que consiente.* Entendido en términos negativos, como mero permiso o aceptación, el consentimiento ha sido considerado por algunas feministas un concepto decepcionante. Si consentir es nada más que permitir la acción de otro, entonces, afirma Alcoff, el consentimiento "brinda una barra muy baja para la asertividad sexual"[519]. Muchas autoras han puesto su atención en este carácter asimétrico del consentimiento. Es el caso, por ejemplo, de Fraisse, que señala como problemática esta

[519] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 181.

pasividad que recorre al verbo consentir y que lo convierte en algo que parece corresponder a las mujeres[520]: "el consentimiento habla antes que todo del sexo femenino y casi nunca parece evocar la conducta del sexo masculino"[521]. También Pateman ha hecho descansar en esta cuestión su rechazo a la noción de consentimiento. Al final de *Mujeres y consentimiento*, la autora señala que si el consentimiento no resulta ser una herramienta que pueda transformar las relaciones entre los sexos, ello se debe a que "siempre son las mujeres las que deben dar su consentimiento a los hombres. El hombre "naturalmente" superior, activo y sexualmente agresivo toma una iniciativa u ofrece un contrato, al que una mujer pasiva y "naturalmente" subordinada "consiente". Una relación sexual igualitaria no puede descansar sobre esa base, no puede basarse en el consentimiento"[522]. También Alcoff comparte esta preocupación cuando subraya que "hacer foco exclusivamente en que la mujer haya o no consentido no desafía las convenciones por las cuales el hombre pregunta y la mujer responde"[523]. Y ello en virtud de que, como añade, "el consentimiento es una aceptación a eso que otro u otros hacen, por tanto [...] la reacción de alguien a quien se le hace alguna cosa"[524]. Manon Garcia es plenamente conscientes de esta cuestión cuando, recorriendo la distinción entre el consentimiento como permiso y el consentimiento contractual, define al primero como un consentimiento que implica un sujeto pasivo: "consentir es aceptar o incluso no refutar algo que nos viene propuesto"[525]. Ahora bien, la lectura de esa pasividad, de su significado y de sus efectos, hace emerger la importancia de diferenciar el sentido que el consentimiento adquiere en el ámbito de las relaciones entre las personas que regula el derecho civil y en el ámbito en el que el Estado, a través de derecho penal, entra en relación con los particulares.

Que el consentimiento es compatible con la pasividad de quien consiente lo confirma, sin duda, el derecho. Como afirma Itziar Gómez Fernández, desde una perspectiva constitucional, en el marco de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos titulares de derechos, el consentimiento solo puede ser negativo y, por lo tanto

---

[520] Fraisse cita el *Dictionnaire culturel en langue française*, Paris, Le Robert, 2005, donde queda señalado del adjetivo "consintiente" que "casi no se dice sino de las mujeres". Ver G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 33.
[521] G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 38
[522] C. PATEMAN. "Women and Consent." *Political Theory*, 8, 2 (1979). p. 15.
[523] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. p. 181.
[524] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 172
[525] M. GARCIA. Op. cit., p. 30.

"actúa como aceptación de la eventual injerencia de terceros en el derecho del que somos titulares"[526]. La autora, trayendo a colación la distinción entre contrato y consentimiento, diferencia lo que llama el "acuerdo de voluntades" (consentimiento contractual) y el consentimiento como acto de "autonomía de la voluntad"[527], refiriéndose a este último como un "consentimiento cedente". Entrando en discusión con el abordaje que lleva a algunos feminismos a oponer el consentimiento y la cesión -y refiriéndose explícitamente a las posiciones de Leguil y a mis propias posiciones[528]-, afirma que "en el marco del consentimiento jurídico y la práctica de los derechos fundamentales, ceder sí es consentir porque consentir es siempre ceder"[529]. Es necesario aquí, a riesgo de volver a introducir una gran confusión que ya hemos dejado atrás, puntualizar que la autora no emplea el término de cesión como algo que pueda implicar una cesión ante la fuerza (algo que es completamente incompatible con el consentimiento). Si se permite utilizar extensivamente este término es para poner de relieve justamente ese carácter receptivo y pasivo que caracteriza al sujeto del consentimiento penal. Subraya así una cualidad del consentimiento indudablemente controvertida para los feminismos. Y ello porque, si en el consentimiento se encuentran un sujeto activo y otro pasivo, estamos ante un concepto que podría dejar inalterada -por quedar excluida por la ley penal como asunto que no es de su incumbencia- una pasividad femenina que puede muy bien obedecer a razones patriarcales. Sin duda, como ya se ha analizado, quien se ha manifestado más

[526] I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Existe una noción 'constitucional' de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión", *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32, p. 27.

[527] "Si el acuerdo de voluntades es el elemento clave del consentimiento en el ámbito de las relaciones entre las personas, que viene regulado por el derecho civil, la conexión entre el Estado y el particular, a través del derecho penal acude a una noción de consentimiento que se apoya sobre la autonomía de la voluntad y la expresión del control de la persona sobre el haz de bienes jurídicos que le son propios. Se trata aquí, de un consentimiento cedente, de una cesión respecto del espacio propio que queda bajo el control de la persona". I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Existe una noción 'constitucional' de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión", *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32, p. 15.

[528] Gómez Fernández afirma que "frente a la concepción psicoanalítica del consentimiento que niega la sinonimia entre ceder y aproxima el consentimiento al deseo de consentir (Leguil, 2023; Serra, 2024), en el marco del consentimiento jurídico y la práctica de los derechos fundamentales, ceder sí es consentir porque consentir es siempre ceder". Comparto con la autora esta naturaleza cedente o negativa que corresponde al consentimiento en la esfera jurídica y así lo argumento en esta investigación, sin embargo es importante señalar que aquí emerge una polisemia en la noción de cesión, que está siendo utilizada de formas ligeramente diferentes. En este trabajo he denominado cesión a una cesión ante la fuerza y, por tanto, a algo que hace imposible el consentimiento. Por otra parte, considero que la noción de "cesión" empleada por Leguil remite a una cesión sólo comprensible desde parámetros éticos, es decir, a un tipo de daño al sujeto que, aunque no es asunto del derecho sí es asunto de la ética. En cualquiera de los casos, ninguna de estas diferencias semánticas impide que, en lo fundamental, esté de acuerdo con la autora.

[529] Ibid.

radicalmente en contra de esta pasividad ha sido el feminismo de la dominación. Es justamente esto lo que lleva a MacKinnon a denunciar la insuficiencia del consentimiento y a exigir que dicha noción debe ser abandonada para poder aspirar a un sexo que implique la mutualidad y la reciprocidad. La autora situaba esta exigencia como una demanda que las leyes feministas deberían poder reclamar a la ley introduciendo el requisito de "la mutualidad, la reciprocidad, el respeto, la confianza, el deseo"[530] en las relaciones eróticas.

La doctrina jurídica, en efecto, si se mantiene dentro de los principios y los límites de un derecho penal moderno, concibe el consentimiento como aquello que implica a un sujeto pasivo que autoriza la acción de otro u otros. Esta ausencia de reciprocidad llevaba a Fraisse a plantear la siguiente pregunta: "en el intercambio amoroso, sexual, conyugal, marital, ¿se es dos o se está solo?"[531]. Y es que, en efecto, al introducir una asimetría entre un sujeto pasivo que consiente y un sujeto activo que actúa sobre él, el consentimiento parece referirse, más que a un acto conjunto, a un acto individual en el que, en efecto, los sujetos están más bien solos. Ahora bien, el problema adquiere toda su profundidad y complejidad siempre que recordemos que sólo en la medida en la que el consentimiento puede ser unidireccional -y se parece más a un acto individual que a un sentir mutuo y compartido-, al sujeto que consiente le asiste el derecho de retirar unilateral y discrecionalmente el consentimiento otorgado sin tener que acordar o negociar con el otro[532]. Como subraya Fraisse, las mujeres han reclamado su acceso a ser sujetos *individuales* del consentimiento y "el consentimiento individual se expresa más claramente en el desacuerdo que en el acuerdo"[533]. Conviene no olvidar lo que Fraisse recuerda, que es precisamente ese acuerdo de voluntades que es el matrimonio el que instala a la mujer y al marido en una relación de mutualidad y reciprocidad y que ha sido fundamentalmente el feminismo el que, frente a esos acuerdos, ha defendido de derecho de las mujeres de romper dicha relación de forma no mutua, no recíproca y no negociada sino individual y unilateral.

Gómez Fernández recuerda, de hecho, que, en la medida en la que estamos en el ámbito penal y, por lo tanto, en una relación que no involucra solo a los sujetos entre sí

[530]MACKINNON, C. "Rape Redefined." Harvard Law & Policy Review 10, no. 2 (2016), p. 489 .
[531] G. FRAISSE. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011. p. 42.
[532] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 32
[533] G. FRAISSE. Op. cit., p. 27.

sino también al Estado, ese carácter negativo del consentimiento es la única garantía para proteger a los sujetos ante una situación de enorme desigualdad de poder (entre los ciudadanos y el Estado)[534]. La autora puntualiza que "el consentimiento como acuerdo de voluntades se identifica más fácilmente en las relaciones horizontales, pero cuando hablamos de la afectación de derechos fundamentales prevalece la aproximación al consentimiento como cesión y no como acuerdo"[535] y ello, precisamente, de cara a proteger a las partes más vulnerables. De nuevo, si el olvido de la distinción entre permiso y contrato tiene enormes efectos para el debate feminista es porque esa acusación que hace MacKinnon al concepto de consentimiento -a saber, que presupone la igualdad de las partes- no puede ser una acusación general. Es el contrato, más que el permiso, el que presupone una relación de igualdad y simetría y es precisamente la desigualdad de las partes -y, fundamentalmente la desigualdad que existe entre el sujeto particular y el Estado- la que debe permitir que los sujetos puedan siempre dar o retirar su consentimiento como un acto individual. En definitiva, es la negatividad del consentimiento -tanto su carácter unilateralmente retirable como el hecho de que venga necesariamente limitado a sus condiciones de posibilidad- lo que más puede proteger al sujeto de posibles abusos de poder y es por ello por lo que Gómez Fernández argumenta que si existe una noción constitucional de consentimiento ésta solo puede ser negativa.

[534] Como afirma Gómez Fernández, "el valor del consentimiento como límite a la intervención del poder público en la esfera de los derechos fundamentales es tan relevante que puede incluso suplir la autorización judicial, actuando como fuente de legitimación constitucional de la injerencia. Pero, en estos casos, resulta complicado determinar la suficiencia de la autonomía de la voluntad porque se está ante sujetos de derecho (es titular del derecho fundamental y la autoridad) que no ocupan la misma posición de poder. La STC 40/2024, de 11 de marzo, resulta sumamente ilustrativa a este respecto, porque analiza en qué medida el consentimiento de una persona valida una acción policial de conducción, sin previa detención, a dependencias policiales, en este caso para realizar una prueba de alcoholemia. El Tribunal asume que el consentimiento para acompañar a la policía, cuando es libre e incondicionado, impide categorizar ese acompañamiento como privación de libertad. Ahora bien, para considerarlo "incondicionado" y por tanto libre, es necesario que no exista presión o amenaza alguna de incurrir en infracción penal o administrativa. Dice la sentencia que el consentimiento no se presta de manera libre cuando la decisión se adopta significativamente presionado por parte de un funcionario público. Trayendo a la argumentación el FJ de la STC 341/10993, el Tribunal sostiene que: "la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: volui, sed coactus volui. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud." Ver I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, "¿Existe una noción 'constitucional' de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión", *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32, pp. 25-26.

[535] I. GÓMEZ FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 17.

Ahora bien, proteger por este ángulo al sujeto del consentimiento implica también aceptar las limitaciones del concepto. Comprendido dentro de los parámetros jurídicos y como figura del derecho penal, el consentimiento deja una amplia constelación de cuestiones fuera de su radio. Como hemos querido argumentar en este capítulo, dichos límites vienen requeridos y se deducen necesariamente del propio concepto y pretender superarlos, como veremos en el siguiente capítulo, obliga a resignificar profundamente el propio concepto de consentimiento. Mientras el consentimiento sea nada más que un permiso, una licencia o una autorización a que otro lesione (es decir, interfiera negativamente) bienes propios sobre los que yo ostento derechos de propiedad, el derecho penal está reconociendo la posibilidad de que los individuos se *dejen hacer* ciertas cosas por parte de otros. Es justamente esta característica del consentimiento sexual la que ha presentado serios problemas para una gran parte del feminismo. Pues en efecto, eso implica, entre otras cosas, que el consentimiento no es la garantía de una relación sexual recíproca, no asegura que los deseos y las expectativas sean mutuas, no promete la satisfacción o la alegría interna del sujeto y tampoco custodia el carácter ético de los motivos de quienes se encuentran. La cuestión relevante, entonces, es la de si, más allá de que el consentimiento no sea la garantía de un encuentro sexual pleno y no pueda prometer un deseado y satisfactorio, es o no es un impedimento para ello.

b)El carácter desencarnado del sujeto del consentimiento. Según ha sido argumentado a lo largo de estas páginas, es la propia teoría jurídica moderna la que requiere, como presupuesto filosófico, un sujeto anterior a la ley. La teoría de los bienes jurídicos no puede sostenerse sin asumir que los individuos llegan al encuentro social siendo ya poseedores de bienes. Esta anterioridad del sujeto, como apuntamos en la introducción, ha sido cuestionada por el feminismo en la medida en la que restaura una antropología individualista de sujetos solipsistas. Como se ha demostrado aquí, el concepto negativo de libertad que delimita las fronteras del derecho penal, convierte al sujeto en una suerte de propietario que posee ya la libertad que otros pueden restarle y que, por tanto, solo puede perder. ¿Hasta qué punto aceptar ese tipo de sujeto -al aceptar el concepto moderno de consentimiento- tiene consecuencias inasumibles para el feminismo? ¿Qué implica para las mujeres convertirse en poseedoras de bienes jurídicos? ¿Y en qué sentido un derecho articulado desde estos principios implica concebir a las

mujeres como sujetos propietarios de sus cuerpos? Estas preguntas han generado profundos debates feministas cuya matriz fundamental es la de si el sujeto moderno de la voluntad restaura necesariamente una masculina escisión de la razón y el cuerpo o, en los términos de esta investigación, entre la voluntad y el deseo. Ahora bien, esta pregunta encontrará respuestas diferentes y ello, en gran medida, dependerá (una vez más) de que exista o no exista una distinción conceptual entre el contrato y el consentimiento. Carole Pateman, al final de *El contrato sexual* argumenta que la figura del contrato permite considerar a las mujeres propietarias de su cuerpo en una trampa por la que, en realidad, lo que se abre es la posibilidad de que el cuerpo devenga una propiedad. La autora advierte sobre los peligros de un aparato jurídico moderno dentro del cual "la libertad es la capacidad ilimitada de un propietario -entidad racional- externamente relacionado con la propiedad de su persona -cuerpo-, para juzgar cómo pactar respecto de esa propiedad"[536]. Es justamente esta conceptualización del sujeto y de la relación que el sujeto tiene con su propio cuerpo la que valida, argumenta Pateman, relaciones de subordinación como las que se dan en el contrato sadomasoquista, el contrato de prostitución o el contrato de gestación subrogada[537]. "Extender a las mujeres la concepción de individuo como propietario y la concepción de la libertad como capacidad de hacer lo que se desee consigo mismo significa barrer toda relación intrínseca entre la mujer como propietaria, su cuerpo y sus capacidades reproductivas. Ella se relaciona con su propiedad exactamente con la misma relación externa que un varón lo hace con su fuerza de trabajo o su esperma. No hay nada distintivo en la condición de mujer"[538]. Es decir, Pateman señala que es la propia modernidad la que conduce necesariamente a un marco donde la mujer, al obtener el estatuto de sujeto jurídico, es nombrada tanto dueña de su cuerpo como sujeto contratante. Precisamente a través de ello es expropiada de su cuerpo, de sus capacidades reproductivas, de su sexualidad, que pueden así pasar a estar bajo control masculino justamente por convertirse en el objeto de un contrato (de prostitución, de gestación subrogada, de sadomasoquismo).

---

536 C. PATEMAN, PATEMAN. El contrato sexual. Madrid: Editorial Menéades, 2019. p. 375-376.

537 Pateman afirma que "ahora la maternidad ha sido separada de la condición de mujer y esta separación expande el derecho patriarcal. Esta es otra variante de la contradicción de la esclavitud. Una mujer puede ser madre subrogada solo porque su condición de mujer se ha vuelto irrelevante y se la considera un mero individuo que presta un servicio. Al mismo tiempo, puede ser madre subrogada solo porque es mujer". C. PATEMAN. Op. cit., p. 394.

538 C. PATEMAN. Op. cit., p. 393.

La autora señala el carácter incorpóreo o desencarnado del sujeto del consentimiento cuando señala que dentro del marco contractualista el "individuo carece de cuerpo y de este modo [...] no tiene identidad. Un yo con identidad es necesariamente un yo encarnado."[539]Ann Cahill ha recuperado estas preocupaciones y ha puesto sobre la mesa la importancia de que el feminismo entienda al sujeto sexual como un sujeto corporal encarnado. La autora se pregunta si comprender la violación como un atentado con la voluntad permite entender su verdadera naturaleza, pues, según argumenta, en esos marcos teóricos tiende a desaparecer el carácter sexual de la violación sexual, esto es, el hecho de que se trata de una agresión a la integridad del sujeto. "La inmoralidad general de la violación radica en su agresión particularmente sexual y sexuada a la integridad personal, subjetiva y corporal de la víctima"[540]. La pregunta, por tanto, es hasta qué punto un marco jurídico moderno obliga a conceptualizar a las mujeres como un sujeto sin cuerpo. Tamar Pitch recoge también esta preocupación ligándola al problema que emerge continuamente en esta investigación, a saber, la trampa por la que la ley penal sexual ha colocado a las mujeres ante una negación de su voluntad a menos que demuestren tener una voluntad recta e inverosímil, es decir la voluntad de un sujeto que carece de cuerpo. La autora llama la atención sobre esta doble condición de las mujeres ante la ley cuando, por ejemplo a través de las normativas que regulan el aborto las mujeres son "meros contenedores y, sin embargo, responsables penalmente"[541]. Pitch señala el corazón del problema cuando afirma que esta "contradicción es ciertamente aparente. Ya que [...] el cuerpo femenino se puede reducir a una máquina procreativa justamente por la posibilidad de separarlo del sujeto que lo "posee". Quien viceversa, conquista precisamente su estatus de sujeto gracias a su separación del cuerpo"[542].

Sin embargo, Pitch se enfrenta a este problema de una manera diferente a la de Pateman. La autora responde que es precisamente la versión "rígida" y contractual del consentimiento la que implica una mayor descorporización del sujeto y ello en la medida en la que impone la versión más férrea e inamovible de voluntad. "Privado de cuerpo, sexo, emociones, de todo tipo de vínculos"[543], el sujeto del contrato está ligado y atado a

[539] C. PATEMAN. Op. cit., p. 403.
[540]A. CAHILL, *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p.194.
[541] T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. p. 78.
[542] T. PITCH. Op. cit., p. 79.
[543] T. PITCH, Op. cit., pp. 38-39

sus propias decisiones, "de las que es imposible evadirse"[544]. La autora, que acusa a Pateman de tirar por la borda el derecho moderno en su crítica del contrato[545], apunta a la necesidad de defender una autonomía compatible con cierta "flexibilidad normativa" y usar el derecho de una forma que "no coincide con la disciplina contractualista [...] y sobre todo no se apoya en la ideología del contrato"[546]. Pitch, así, parece abrir una vía posible, fuera de las redes del contrato pero no necesariamente fuera del derecho moderno (y, por tanto, del consentimiento), donde las mujeres puedan ser un sujeto jurídico pero donde, quizás puedan ser el más verosímil de los sujetos que caben en el derecho. El consentimiento, en efecto, parece mostrar unos enormes límites para hacer comparecer el cuerpo y el deseo, pero no todas las formas de consentimiento son igualmente negadoras del cuerpo. Es justamente la idea de una voluntad rígida y no retirable -condición nuclear de todo pacto contractual- lo que, según señala Pitch, ata al sujeto a un tipo de voluntad que le separa definitivamente de su cuerpo o, incluso, que le obliga a oponerse a él.

[544] T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003. P. 39.
[545] T. PITCH. Op. cit., p. 72.
[546] T. PITCH. Op. cit., p. 73.

CAPÍTULO CUARTO
LA LEY EN BUSCA DEL DESEO FEMENINO

Cuando una conexión sexual es mutua, íntima, deseada y equitativa, nadie *consiente* [...]. El *entusiasmo*, no la resignación, es habitualmente evidente cuando no estamos ante una tolerancia ante la violación de un límite.

Catharine MacKinnon

Tenemos que vivir con el peligro de nuestros deseos reales.
Amber Hollibaugh

En este último capítulo nos adentraremos en el análisis teórico del *paradigma jurídico del consentimiento afirmativo*, recorriendo sus presupuestos filosóficos y comprendiendo su sentido a partir de los debates feministas sobre la sexualidad que hemos abordado en páginas anteriores. La intención es aportar claves para entender el modo en el cual nuestra sociedad actual entiende un concepto que, como ha probado el feminismo, puede ser enormemente "vacío y susceptible de ser llenado con diferentes interpretaciones"[547]. Aunque en muchos de los debates que acompañan a las actuales reformas jurídicas en el campo de los delitos sexuales éstas son presentadas a menudo como reformas que introducen el consentimiento o que hacen que las leyes requieran del consentimiento, esto puede aportar muy poca información acerca del sentido de dichas reformas. Más aún, la noción de "consentimiento" usada de forma abstracta y neutral puede ocultar, precisamente el debate jurídico que en las últimas décadas, -con el tránsito hacia un concepto positivo de consentimiento-, viene dándose sobre el sentido de esta palabra (debate cuyas líneas principales vamos a explicar en las siguientes páginas).

[547] I. ALTUZARRA ALONSO, "El consentimiento sexual en el Código penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual" *Oñati socio-legal series*, Vol. 13, Nº. Extra 6, 1, 2023 (Ejemplar dedicado a: Empirical research with judicial officers and courts: Methods and practices), pp. 318-346, p. 339.

Uno de los principales rasgos que caracterizan un discurso sobre el consentimiento sexual que ha emergido con fuerza en la última década en Europa, es la creencia en la transparencia que acompañaría a este concepto, habitualmente presentado como una idea clara y distinta. Una narrativa común sobre el consentimiento sexual, presente en los medios de comunicación y las redes sociales, pero también dominante en el discurso de gobiernos y organizaciones, insiste en la claridad y en la facilidad que lo acompaña. Campañas de ONG´s internacionales[548], programas oficiales de salud reproductiva o de educación sexual[549] o mensajes de instituciones políticas internacionales[550], comparten esta presuposición sobre la nitidez del término y la claridad de sus contornos. Este tipo de discurso sobre el consentimiento contrasta con la existencia de un inmenso y muy poco pacífico debate académico sobre los límites del concepto que lleva ocupando a juristas y teóricas feministas las últimas décadas y que está plagado de discrepancias. Como hemos visto en capítulos anteriores, el feminismo, al acercarse a la noción de consentimiento, se ha caracterizado por una actitud de sospecha y desconfianza hacia un término extremadamente oscuro y polisémico, "un término endemoniadamente maleable"[551] y cargado de posibles trampas. Vimos en el capítulo segundo que, según los argumentos de Pateman, existen buenas razones para reparar en las ambigüedades del consentimiento y para tener una extrema cautela hacia esta noción. Sólo a partir de ese tipo de actitud crítica es posible discriminar los posibles sentidos que este concepto es capaz de encerrar en su interior. Como abordamos también en ese capítulo, la ambigüedad que acompaña a la noción de consentimiento no es algo precisamente reciente; si seguimos el argumento de Pateman podemos decir que plantea enormes problemas filosófico-políticos al menos desde su uso por parte de la teoría política moderna y los autores contractualistas.

---

[548] Véase, por ejemplo, la campaña de Amnistía Internacional "hablemos del sí". Los mensajes de la campaña remiten a la idea de claridad, sencillez y simplicidad a través de mensajes como los siguientes: "el sexo sin consentimiento es violación. Así de simple. O, al menos, debería serlo.", "a pesar de que el concepto de consentimiento es bastante sencillo, cuando se habla de él surgen diversas preguntas", "simplemente deben comunicarse con la otra persona y asegurarse de que todos los actos sexuales que tengan se hacen con consentimiento mutuo".

[549] Véase la campaña de Planned Parenthood "Consent is FRIES", cuyas siglas explican el consentimiento como Freely given, Reversible, Informed, Enthusiastic, Specific acompañadas de una imagen de patatas fritas. https://www.plannedparenthooddirect.org/article/what-consent

[550] La campaña ONU Mujeres "Cuando se trata de consentimiento, no hay límites difusos" anima a la ciudadanía a usar el consentimiento insistiendo en su claridad: «puede que las personas que usan estas expresiones entiendan el consentimiento como una idea vaga, pero la definición es muy clara […], no hay líneas borrosas¸ https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/feature-consent-no-blurred-lines.

[551] M. CHAMALLAS. "Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct". *Southern California Law Review* 61 (4), pp. 777-862, 1988. p. 795.

Sin embargo, a esas dobleces semánticas ya conocidas del concepto, se van a añadir nuevas ambivalencias. Como vamos a ver en este capítulo, a partir de los años ochenta del siglo pasado, el concepto de consentimiento va a sufrir un giro, una torsión, una transformación en su significado que complicaría aún más las cosas de cara a esclarecer lo que significa jurídica, política y éticamente esta palabra. De hecho, es precisamente esa resignificación de la noción de consentimiento que se está produciendo en nuestras sociedades actuales la que, paradójicamente, está detrás del actual discurso sobre su claridad y univocidad. Como vamos a argumentar en las siguientes páginas, a través de la *doctrina positiva* o *afirmativa* del consentimiento se va a proponer una reconceptualización del consentimiento que supone una importante transformación en el tipo de querer que busca el derecho y en el tipo de sujeto que éste presupone. A partir de una serie de autores, tanto partidarios como opuestos al cambio del concepto, sostendremos que en nuestros días se está produciendo una aproximación del concepto de consentimiento al deseo. Asistimos, por tanto, a un giro desiderativo en el interior de una noción que, como hemos visto, ha estado ligada en el lenguaje jurídico a la *voluntad* y, a través de ella, a un sujeto voluntarioso racional. ¿Qué efectos éticos y políticos puede tener esto? Hemos querido exponer con honestidad, ya a partir del capítulo precedente, las razones por las que el feminismo encontraba en un concepto clásico de consentimiento -esto es, un concepto ligado a la voluntad y a la negatividad que acompaña a la voluntad en un derecho penal moderno- una serie de límites e insuficiencias. Lo que queremos exponer en esta parte final de la investigación son los riesgos que comporta tratar de remediar las debilidades del concepto de consentimiento expandiendo y multiplicando sus poderes. Lo que propondremos, al final del capítulo y de la mano de una serie de autoras, es que dichos límites que acompañan al concepto jurídico de consentimiento, solo pueden ser abordados reconociendo sus límites y trascendiéndolo, abriendo así el espacio para una ética de la sexualidad. Una de las cuestiones políticas de nuestro presente es qué tipo de consecuencias puede encerrar para las mujeres abordar una necesaria ética sexual *desde el interior de la ley*.

1. Orígenes de la doctrina del consentimiento afirmativo: las "date rapes" y la propuesta de Pineau

Agustín Malón, en su excelente monografía *La doctrina del consentimiento afirmativo*[552], rastrea los orígenes y la evolución histórica del concepto de consentimiento afirmativo o positivo, situando su nacimiento en Estados Unidos a finales del pasado siglo. En las páginas que siguen nos apoyaremos en sus argumentos. En primer lugar, Malón diferencia dos etapas importantes en el debate jurídico norteamericano sobre las leyes contra la violación. Un primer momento comenzaría a finales de los años setenta, cuando se empiezan a poner en cuestión las leyes vigentes denunciando la pervivencia de un injusto requisito de resistencia hacia las mujeres. Como vimos en el capítulo primero, la gran crítica que el feminismo de la segunda ola empezará a construir en ese momento histórico señalará la complicidad del derecho penal de la época con una cultura de la violación. En este primer momento es fundamental la influencia que Susan Brownmiller tiene en el despertar de una crítica feminista cuyas ideas principales hemos recogido ya al comienzo de este trabajo. Lo que se denuncia es la existencia de violaciones que la ley no concibe como tales por no ser paradigmáticas de aquello que busca el legislador (la violación físicamente violenta), violaciones que, sin embargo, como denuncia el feminismo, constituyen el grueso de las agresiones sexuales más corrientes, cometidas habitualmente por conocidos de la víctima y no por atacantes extraños. Siendo un consenso para las feministas que las leyes deben cambiar y que no están sabiendo responder a una serie de ataques sexuales que quedan fuera del foco de las leyes, hay desacuerdos sobre cómo se debe conceptualizar la violación para trascender el modelo de la violación violenta. A partir de esos desacuerdos se configuran dos posturas cuya discrepancia acerca de la naturaleza de la violación y su relación con la violencia constituye uno de los puntos nodales del debate sobre el consentimiento.

Mientras el enfoque abierto por Brownmiller definirá la violación como violencia, estableciendo una línea de división entre el sexo y la violencia sexual, MacKinnon, como hemos ya visto, pondrá en duda dicha distinción. Radicando la violencia en el corazón mismo del sexo heterosexual, la autora criticará a Brownmiller por comprar los principios

[552] A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020.

del "liberalismo" al exigir que el derecho penal delimite la violencia sexual masculina a partir de la validez de la *voluntad* (o el consentimiento) de las mujeres ante la ley[553]. Una línea de feminismo jurídico, apoyada en una conceptualización de la violación en los términos en los que la entiende Brownmiller y representada por juristas como Susan Estrich[554], demandará reformas de las leyes de violación dentro de un paradigma negativo del consentimiento exigiendo a la ley y a los jueces reconocer no solo la resistencia física sino cualquier forma de oposición por parte de la mujer. Como demostraba la existencia de este tipo de posición feminista "el hecho de considerar que el problema era la violencia y no lo sexual no implicaba que no se pudiera revisar el tradicional requisito de resistencia por parte de las víctimas. Más bien al contrario. Al comparar estos delitos con otros, se argumentó que, dado que "ningún otro crimen demandaba que la víctima se resistiera en la forma en que lo hacía el tradicional enjuiciamiento de las violaciones, los reformadores persuadieron a muchos Estados para abandonar el tradicional requisito de la resistencia"[555].

Hacia finales de los años ochenta, sin embargo, a partir del influyente artículo de Lois Pineau *Date Rape: A Feminist Analysis* (1989)[556], comienza a construirse otro tipo de argumentación diferente que defenderá la necesidad de cambiar el concepto de violación en otra dirección y que se desarrollará sobre todo durante la década de los noventa. Pineau acuña el concepto de "date rape", que será muy bien acogido y ampliamente utilizado hasta el día de hoy, para referirse a violaciones que se dan sin violencia física ni amenaza de violencia física y que a menudo son confundidas con situaciones de seducción. "Violaciones en las que el hombre, conocido y a menudo cercano a la víctima, con el que tal vez había tenido una o más citas, iniciado una relación

[553] La discusión entre ambas puede encontrarse recogida en T. PITCH. *Un derecho para dos. la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003 o, más extensamente, en A. CAHILL, *Rethinking Rape*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001. Dicha discusión pone de relieve que lo que MacKinnon identifica como "liberalismo" es lo que en esta investigación se ha denominado, a partir de las distinciones que hace J.L. Díaz Ripollés, una perspectiva "moderna" del derecho penal, esto es, un derecho comprometido con un sujeto de la voluntad y con una perspectiva universalista que reconoce formalmente la libertad de los sujetos mayores de edad y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Ver J. D. RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual.* Buenos Aires: Euro Editores, 2025.

[554] Ver S. ESTRICH. "Rape". *The Yale Law Journal*, 95 (6), pp. 1087-1184, 1986.

[555] Ver K. BAKER y M. OBERMAN, "Women's Sexual Agency and the Law of rape in the 21st Century". Studies in Law, Politics and Society, 69, pp. 63-111, 2016. p. 69 También A. Malon sostiene que "acabar con el requisito de resistencia no exige introducir el modelo del consentimiento afirmativo", ver A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 117.

[556] L. PINEAU. "Date Rape: A feminist analisys". *Law and Philosophy*, 8, 2 (1989). pp. 217-243.

sentimental o mantenido previamente relaciones sexuales, no ha utilizado la fuerza[557] ni la amenaza pero donde tampoco ha habido consentimiento; hechos donde la víctima quizás se ha mostrado pasiva y silenciosa; o en los que se ha negado y resistido de forma que algunos podrían considerar insuficiente o ambivalente, haciendo factible un error de interpretación por parte del acusado"[558]. El razonamiento de Pineau parte de una idea compartida por la mayoría de juristas feministas que vuelve, una vez más, a poner sobre la mesa la plasticidad de la palabra "consentimiento". Incluso si las leyes apelan al concepto de consentimiento de la mujer, las mujeres se ven muchas veces obligadas a resistirse violentamente a sus atacantes para demostrar justamente de esta manera su falta de consentimiento. Así, tanto las leyes como los jueces, abogados y fiscales podían estar utilizando la noción de consentimiento para perpetuar estereotipos sexistas y reproducir una cultura de la violación. En este sentido, el problema no es tanto que no se invoque el concepto de consentimiento sino que éste adquiera determinado significado por el que aquello que el feminismo quiere desterrar consigue mantenerse inalterado. Es decir, introducir en las leyes la noción de consentimiento, cuando dichas leyes se dan en una cultura que cree que la mujer consiente a no ser que se resista, puede seguir dejando a las mujeres igualmente desprotegidas. De nuevo, vuelve a emerger aquí el problema de la plasticidad del propio concepto, tantas veces subrayada por el feminismo. Es precisamente ante esta laxitud semántica ante la que Pineau va a proponer no la introducción de la noción de consentimiento en la ley sino su redefinición en unos términos precisos y restringidos que no permitan determinadas interpretaciones y usos. Y su propuesta no será tanto independizar la ausencia de consentimiento de la fuerza física (siguiendo una doctrina negativa) sino atar el consentimiento a la existencia positiva de un elemento desiderativo que redibuje sus fronteras y eleve el nivel de exigencia de la ley. Como afirma la propia Pineau "en cuestiones sexuales el consentimiento está muy conectado a la atracción. Así, cuando la presunción es que ella no se sentía atraída, deberíamos al mismo tiempo presumir que no consintió"[559]. Pineau, una de las principales pioneras de la doctrina del consentimiento afirmativo, redefine, por tanto, los límites del consentimiento ligando este concepto al deseo y separándose del tipo de querer que implicaría la noción de consentimiento según la hemos venido definiendo. Como he

[557] Aclaramos que cuando el autor utiliza la noción de fuerza se refiere a una fuerza física o mecánica.
[558] A. MALÓN, Op. cit. p. 39.
[559] L. PINEAU. Op. cit., p. 224.

argumentado en el capítulo precedente, el modelo de consentimiento negativo conduce a pensar el querer femenino (como el masculino) en consonancia con los términos en los que la doctrina jurídica moderna clásica concibe el querer de los sujetos jurídicos y ha sido denominado "voluntad". Como he argumentado ya esa forma de querer que las leyes validan y legitiman tiene detrás de sí ciertos presupuestos filosóficos, en concreto, un determinado *sujeto del consentimiento*. Dentro de la tradición filosófica occidental, donde el querer de la voluntad se entiende separado del deseo, de las pasiones, de las inclinaciones y de los impulsos, al sujeto del consentimiento no se le exige que quiera aquello a lo que consiente con todas sus facultades volitivas. Se puede elegir voluntariamente, como afirmaba Aristóteles, cuando se elige un mal menor. Se puede querer hacer algo, en determinadas circunstancias, que no se querría incondicional o absolutamente y eso implica la posibilidad de elegir cosas con independencia de que comporten placer o alegría para el sujeto. Así, la felicidad, la adhesión íntima o el entusiasmo no han sido nunca requisitos para que el Estado reconozca a un sujeto su capacidad de consentir a una operación quirúrgica, una interrupción de un embarazo, un contrato mercantil o un divorcio. Sin embargo, la redefinición del consentimiento que se produce dentro del paradigma del consentimiento afirmativo partiría de la idea de que en el terreno de la sexualidad (y porque están implicadas en ella las mujeres) tiene sentido pedirle al consentimiento *algo más* de lo que se le pide a la figura del consentimiento en cualquier otro de sus ámbitos de acción. Como afirma explícitamente Rosa Cobo, "el consentimiento sexual, para que sea legítimo, debe reunir dos elementos: la voluntad y el deseo"[560]. Esto, no obstante, supone aceptar una especificidad del sexo por la cual éste debería ser regulado por la ley con reglas sumamente especiales y únicas que, en último término, hace del delito sexual un delito que no quedaría comprendido dentro del paradigma de los delitos contra la libertad.

La tesis defendida por Malón y otra serie de autores[561], compartida en esta investigación, es que esta exigencia que ciertos feminismos[562] imponen al sexo -la

[560] R. COBO. *La ficción del consentimiento sexual*. Madrid: Catarata, 2024., p. 16.
[561] En esta línea A. GRUBER, "Consent Confusion". *Cadorzo Law Review* 38, no. 2. pp.415-482, 2016, también J. HALLEY, "The Move to Affirmative Consent". Signs: Journal of Women in Culture and Society 42, no 1. pp. 257-279, 2016, también K.K. FERZAN, "Consent, Culpability, and the Law of Rape" Ohio State Journal of Criminal Law, 13, pp. 397-439, 2016.
[562] Se trata de una exigencia claramente formulada por el feminismo norteamericano de la dominación y por MacKinnon pero, como evidencia la posición de Rosa Cobo, también asumida por algunas autoras del feminismo de la igualdad en España.

concurrencia de la voluntad y el deseo- es la que tratará de ser llevada a cabo -muy imperfectamente- por la doctrina del consentimiento afirmativo, un modelo jurídico que "no busca la lucha únicamente contra las relaciones sexuales no consentidas en un sentido expresivo/performativo, sino contra las no queridas o *deseadas* en un sentido interno/subjetivo"[563]. Sea de una forma más explícitamente reconocida o de una forma más tímida, dicha doctrina "se desliza inevitablemente del simple consentir al querer y el *desear* como requisitos para una relación moral y legalmente permisible"[564]. Pineau, al hacer su propuesta, reconoce con claridad que justamente esta es su apuesta pero, sobre todo, muestra también el problema de fondo que acompaña al intento de que la ley acceda a un deseo interno de las mujeres. Dado que lo que la ley convierte en criterio de verdad del consentimiento es un sentimiento íntimo e interno de la mujer, la ley se topa con el problema de cómo acceder a dicha verdad. La autora, en un gesto que repetirá MacKinnon, reconoce que es preciso *presuponer* el deseo de la mujer y propone hacerlo a partir de criterios de "razonabilidad" que puedan ser objetivables. Para Pineau es razonable presuponer que las mujeres no consienten a aquello que no desean y, por lo tanto, como propone la autora, "la carga de la prueba debe estar en el presunto asaltante para demostrar que ella tenía buenas razones para consentir a una proposición poco atractiva"[565]. Lo que muestra el razonamiento de Pineau es que querer legislar en función del deseo interno y subjetivo de la mujer se vuelve una tarea prácticamente imposible para la ley a no ser que se presuponga un deseo femenino "razonable", es decir, un deseo necesariamente normativo o ideal. Pineau argumentará, en la línea que habían venido sosteniendo algunas autoras del feminismo de la dominación, que las mujeres no desean un tipo de sexo agresivo y no comunicativo y que, por lo tanto, ante ese tipo de relaciones sexuales lo razonable es pensar que la mujer no ha consentido.

De este modo, esta propuesta jurídica tiende la mano a ese feminismo radical norteamericano que estableció que ciertas características del sexo -su instrumentalidad, su falta de cuidado mutuo o de sentimiento recíproco o su posibilidad de performar roles de poder- eran esencialmente agresivas y masculinas y, por lo tanto, cuando tenían lugar en el sexo se debía a imposiciones de los hombres. Para las mujeres, sostendrá Pineau,

---

563 A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 61.
564 A. MALÓN. Ibid. p. 181.
565 L. PINEAU. "Date Rape: A feminist analisys". *Law and Philosophy*, 8 (2), pp. 217-243, 1989.Pineau, 1989, p. 224.

"el asentimiento al sexo agresivo no-comunicativo no es razonable. Por consiguiente, el asentimiento a estas circunstancias no debería contar como consentimiento"[566]. Es decir, como afirma Malón, bajo los nuevos términos en los que se propone redibujar las fronteras del sexo consentido, "el consentimiento [...] legalmente válido ya no se reduce a una simple forma de conformidad, sino a una implicación activa y cooperativa de la mujer en la experiencia sexual. [...] Lo que se buscaría ahora serían pruebas de que no se había producido una relación sexual comunicativa y amistosa, con la consiguiente respuesta activa y deseante por parte de la mujer"[567].

2. Desarrollo y argumentos principales de la doctrina positiva del consentimiento

A partir de finales de los años ochenta se abrirá un intenso debate académico en la doctrina jurídica estadounidense sobre el concepto de consentimiento sexual, una discusión[568] que ha dado lugar a diversas reformas legislativas en EEUU[569], que sigue abierta hasta nuestros días y que comienza a trasladarse al contexto europeo a partir de la década de los dos mil. Antes de ello, las reformas llevadas a cabo en los países europeos en los años noventa podrían ser definidas como un avance lento y desigual en la reconsideración de la centralidad del consentimiento atendiendo a las circunstancias que lo imposibilitan y ampliando la comprensión de la fuerza[570]. Ante la persistencia de un

[566] Ibid. p. 239
[567] A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 43.
[568] Para conocer en profundidad la evolución del debate y las distintas posiciones dentro de él ver D. TUERKHEIMER, "Affirmative Consent". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 13, 441-468. 2016, A. MALÓN, *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020, D. P. BRYDEN, "Reason and Guesswork in the Definition of Rape". *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2), pp. 585-592,2000. Id. "Redefining Rape". *Buffalo Criminal Law Review,* 3, pp. 317-479, 2000.
[569] Sobre las distintas regulaciones estatales en EEUU ver J. f. DECKER y P. BARONI. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101 (4), pp. 1081-1169, 2012.
[570] En esta línea hay que entender la reforma del Reino Unido de 1989, que con la Sexual Offences Act, avanza en el concepto de incapacidad para consentir por ejemplo en estados de intoxicación (la exención marital no se elimina hasta 1991) o el caso de Francia, que con la Ley nº 92-684 de 22 de julio de 1992, eliminó la necesidad de la resistencia física e introdujo un sentido más amplio de violencia, así como la amenaza, la coacción o la sorpresa como circunstancias incompatibles con la expresión del consentimiento. También Alemania, con la reforma BGBI. I S. 1336 del 15 de mayo de 1997, afianzó la falta de

requisito de resistencia que no acaba de desaparecer, con el cambio de milenio, se consolida el compromiso de los países de la Unión de dejar atrás el paradigma de la violación violenta[571] y se anima a los estados a hacer del consentimiento el criterio central en la configuración de los delitos sexuales[572]. A partir de los cambios legislativos de Reino Unido en 2009, comienza una nueva oleada de reformas que se extiende durante la siguiente década y en la que países como Suecia (2018), Grecia (2019), Bélgica (2020), Dinamarca (2020), Eslovenia (2021), Finlandia (2022) y España (2022) cambiarán sus leyes[573]. Estos cambios señalan un cambio de tendencia siendo Reino Unido, Suecia o Finlandia algunos de los estados que más claramente parecen apostar por incorporar un *modelo positivo* del consentimiento. A día de hoy se reconoce[574] la existencia en Europa de dos tendencias doctrinales o dos paradigmas jurídicos para conceptualizar los delitos

consentimiento como factor clave en la tipificación de los delitos sexuales y anuló la resistencia como requisito para probar su ausencia.

[571] El Tribunal Europeo de derechos Humanos afirmó en 2005 la obligación positiva de los Estados de castigar todo sexo no consentido, y no solo el que se produce gracias al empleo de violencia. En esa misma línea en 2011 los estados miembros del Consejo de Europa firmaron en Estambul el *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* que encomienda a las partes adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito los "actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona". Ver MC v Bulgaria (2005) 40 EHRR 20. Sobre el significado de esta sentencia, vid. Conaghan, J., «Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: M. C. V. Bulgaria», Feminist Legal Studies 13(1), 2005, pp. 145-157; Eriksson, M., Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law? Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 177 ss.

[572] En su resolución del 25 de febrero de 2014 el parlamento Europeo volvió a ratificar el compromiso de "cambiar el paradigma de la definición de la violación y la violencia sexual" y convertir "la falta de consentimiento en el elemento central del crimen". Ese mismo año la Comisión Europea puso en marcha el GREVIO (Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica del Consejo de Europa) para analizar y evaluar las legislaciones de los países miembros y hacer recomendaciones. Ver Informe del Parlamento Europeo. EPRS. Lead author Ionel Zamfir. Members' Research Service. PE 757.618- January 2024

[573] Países como Italia o Alemania, por razones diversas, no son ubicables dentro de esta tendencia general. Francia también tiene sus particularidades en aspectos relevantes, revelando un cierto desacompasamiento con respecto al resto de países. La reforma de 2021, que supuso el establecimiento de una minoría de edad sexual para los menores de 15 años, revela que una de las principales condiciones que invalidan el consentimiento (la minoría de edad) llega de forma extraordinariamente tardía a Francia.

[574] Según el CGPJ en el contexto europeo se pueden distinguir dos paradigmas: "aquellas regulaciones que consideran que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo y las que tipifican la infracción penal como la realización de la conducta ignorando la oposición de la víctima. En el primer caso, que en el ámbito anglosajón se denomina "yes model", se encuentran países como Gran Bretaña o Suecia. En el segundo, ("no model"), se encuentra el caso de Alemania. [...] La opción por un modelo u otro es objeto de debate. Ciertamente, el modelo del veto o del no exige del sujeto pasivo una aportación comunicativa a fin de poder apreciar delito. Debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto. De este modo, en supuestos de situaciones ambiguas o silencio, no concurriendo ninguna de las circunstancias específicamente tipificadas en el artículo 172.2 STGB, deberá estimarse que no existe delito. En cambio, en los casos de las legislaciones que adoptan el modelo del consentimiento afirmativo o del sí, el tipo solo puede excluirse cuando conste el consentimiento del sujeto pasivo". Ver Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, ponentes Roser Bach Fabregó, Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre, aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021.

sexuales, siendo Alemania el ejemplo más desarrollado de una doctrina negativa del consentimiento.

En una primera aproximación a estos dos modos de conceptualizar el consentimiento la diferencia consistiría en que, mientras que las leyes basadas en un paradigma negativo exigirían que "el sujeto pasivo haga una aportación comunicativa a fin de poder apreciar delito"[575] -es decir, que, siempre que no se den circunstancias que impidan o vicien el consentimiento, el sujeto pasivo exprese de algún modo la voluntad contraria al acto-, las regulaciones pertenecientes al modelo positivo considerarían que existe delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo. La cuestión, no obstante, como vamos a explicar a continuación, es compleja y menos simple de lo que parece y ello, en primer lugar, porque no está claro qué sea o en qué consista precisamente un "consentimiento afirmativo" y cuáles sean sus características imprescindibles. Si no es sencillo delimitar los contornos de las normativas aprobadas que pertenecen claramente al nuevo modelo -esa misma delimitación da lugar a desacuerdos-, ello se debe, según van a sostener algunos autores[576], a la falta de definición y coherencia interna del propio modelo.

2.1. El consentimiento como afirmación positiva

Entre las propuestas de definición de consentimiento positivo, la de Stephen J. Schulhofer[577] ha sido habitualmente tomada como modelo. El autor ha defendido que la clave del nuevo paradigma descansaría en dejar de esperar por parte de las mujeres muestras de una voluntad negativa (no es no) -a través de cualquier forma de resistencia o de disconformidad- puesto que las mujeres pueden encontrarse en situaciones de miedo y desorientación que hagan inexigible dicha oposición. Así, lo que la ley debe requerir a los hombres es que cuenten con un permiso afirmativo que puede ser verbal o no verbal:

---

[575] CGPJ, *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021, II, 195.

[576] En esta línea A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. También A. GRUBER, "Consent Confusion". *Cadorzo Law Review* 38, no. 2. pp.415-482, 2016.

[577] Ver S.J. SCHULHOFER. "The Feminist Challenge in Criminal Law". *University of Pennsylvania Law Review*, 143, 2151-2207. 1995, Id. Consent: "What It Means and Why It's Time to Require". *The University of the Pacific law Review*, 47, 665-681. 2017, Id. "Reforming the Law of Rape". *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 35, 335-352. 2017.

> Propongo, como factible y adaptada a la realidad social, la siguiente definición de consentimiento. (a) Consentimiento se refiere al comportamiento de una persona, incluyendo palabras y gestos, tanto de acción como de inacción, que comunica la voluntad de la persona de participar en un acto sexual específico de contacto o penetración sexuales. (b) El consentimiento puede ser expreso o puede ser inferido de la conducta de la persona. La resistencia verbal o física no son necesarias para establecer la ausencia de un consentimiento; el comportamiento de la persona debe ser valorado en el contexto de todas las circunstancias para determinar si ésta ha consentido. (c) El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento antes o durante la penetración o el contacto sexual mediante un comportamiento que indique que la persona ha cambiado de parecer. Un rechazo verbal claro, como "no", "alto" o "no lo hagas", es suficiente para establecer la ausencia de consentimiento. Una negativa verbal clara también es suficiente para retirar una voluntad previamente comunicada en la ausencia de un comportamiento subsiguiente que comunique voluntad antes de que el acto sexual tenga lugar[578].

Según esta posición, parecería que la novedad que introduce convertir el consentimiento en algo positivo es descartar la idea de que a veces, en determinadas ocasiones, las mujeres pueden expresar una negativa. Entendida de esta manera, la doctrina afirmativa vendría a decir que el consentimiento ya no puede nunca presuponerse o interpretarse a partir de un silencio o una actitud pasiva, y que hay que pasar a asumir como regla que las mujeres no consienten al sexo a no ser que den pruebas de una autorización expresa que indique claramente lo contrario. Sin embargo, en formulaciones como la de Schulhofer no parece evidente que implique diferencias con respecto al paradigma anterior[579]. Como hemos venido argumentando, un modelo negativo del

[578] S. J. SCHULHOFER. "Consent: What It Means and Why It´s Time to Requiere". *The University of the Pacific Law Review*, 47, (2016) 665-681, p. 669.

[579] Considero que dicha definición de Schulhofer puede ser un buen desarrollo de una mirada sobre el consentimiento que siga ligando éste a la voluntad y a la posibilidad de una voluntad negativa, con la consecuente atención al hecho de que dicha posibilidad tiene condiciones y que, fuera de las mismas, el

consentimiento puede -de hecho debe- identificar y aislar todo el conjunto de situaciones en las que la negativa no es esperable por no cumplirse las condiciones para ella. Si se vuelven determinantes las condiciones de posibilidad de la negativa, se vuelve determinante el contexto de la relación sexual. Y si el sexo debe estar interpretado siempre a partir de una situación concreta, un silencio o una actitud pasiva debe ser interpretado siempre a partir de dicho escenario[580]. Es decir, si contextualizamos la sexualidad, lo positivo y lo negativo, más allá de las expresiones verbales explícitas, se vuelven cuestiones necesariamente relativas al contexto y esto implica tanto que algunos silencios pueden ser interpretados como parte de una escena donde se consiente[581], como que otros deberían ser leídos como una ausencia de consentimiento[582]. Como afirma Castellví

delito sexual no se prueba por la existencia de un rechazo de la víctima sino por el hecho de que el acusado ha procedido aún cuando la víctima no estaba en condiciones de expresar su voluntad o de expresarla libremente. La propuesta de Schulhofer se separa del paradigma de la violación violenta al establecer el carácter vinculante de toda negativa (todo no es un no) y el hecho de que "el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento", lo que no es sino defender el consentimiento como permiso revocable y, por lo tanto, insistir en que no hay consentimiento válido desligado de la posibilidad de su negativa.

[580] Como expresa el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, anteriormente citado (aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021, II, 195), al comparar el modelo negativo y el modelo positivo de consentimiento "el punto crucial de diferencia entre un modelo u otro parece situarse en el distinto trato normativo a ciertas situaciones límite en las que únicamente puede aprobarse la existencia de un silencio pasivo sin circunstancias adicionales". Sin embargo ¿qué tipo de relación sexual humana se da sin circunstancias adicionales? A no ser que algunas relaciones humanas puedan darse en el vacío es razonable suponer que toda relación sexual está situada en un contexto y que gran parte del problema al que pretende dar solución la doctrina positiva del consentimiento es la incorrecta lectura por parte de los jueces, abogados y fiscales, de ciertos contextos. Como sostiene J. Antonio Ramos Vázquez, siguiendo a Witmer-Rich, "el consentimiento afirmativo requiere que haya una señal, en lugar de basarse únicamente en la ausencia de cualquier señal. Pero, en la mayoría de los casos, el problema no es determinar si existe una señal, sino determinar qué significan -si es que significan algo- las distintas señales en un contexto social determinado". Ver J. A. RAMOS VÁZQUEZ. "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, 2023, págs. 230-255, 2023. p. 252. Es, en efecto, la persistencia de una determinada cultura sobre la sexualidad y las mujeres la que identifica incorrectamente o bien las señales de rechazo de las mujeres, que no son suficientemente escuchadas y valoradas, o bien las circunstancias donde, aun existiendo intimidación o coacción, éstas no son correctamente consideradas y, por tanto, se espera de la mujer una señal que no se debería esperar.

[581] Bryden pone el ejemplo, comentado por Malón, de una mujer que entra en la habitación de un compañero y se desnuda, ejemplo donde "puede que no sea necesario que diga nada más ni que él pregunte nada". Pero podríamos pensar en otro de situaciones donde sí sería esperable que una persona, aunque se hubiera desnudado previamente, expresara su conformidad con determinada práctica mediante señales que vayan más allá del silencio. La significación del silencio depende, necesariamente, del sentido que éste adquiere en un determinado contexto. Ver A. MALÓN. Op. cit., p. 88.

[582] Esta posición donde el silencio no puede tener un significado otorgado de antemano sino siempre a la luz de su significado en el contexto, implica que, como afirma Tamar Pitch, "si no se puede presumir que hay consentimiento, tampoco se puede presumir que no lo hay" Ver T. PITCH, *Un derecho para dos. la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003. p. 185

Monserrat[583], siguiendo la línea de la jurista norteamericana Kimberly Ferzan, el lema "no es no" no significa que sólo un no explícito es un no sino que todo no es un no. En función de ese principio, los jueces y fiscales no estarían ya autorizados a seguir relativizando las negativas de las mujeres con el argumento de que a veces las mujeres expresan un rechazo cuando el realidad desean el sexo o de que ciertos noes no son lo suficiéntemente auténticos[584]. Este modelo, no obstante, no implica que el delito sexual sólo se da cuando se da una negativa clara por parte de la mujer. En las relaciones sexuales, donde las personas no se comunican a través de un lenguaje verbal sino a través de gestos y actitudes, se deben interpretar las voluntades siempre a partir de lo que dichas señales pueden comunicar a partir de determinados contextos. Esto implica asumir, y así lo demuestra la jurisprudencia[585], que lo que se lee como una señal clara o suficientemente afirmativa en determinada situación, en otro contexto podría ser leído como una *ausencia* o falta de respuesta y puede expresar, por tanto, la voluntad de no tener la relación sexual. Una teoría negativa del consentimiento se diferencia del modelo positivo porque no llega a asumir que todo tipo de silencio, pasividad o receptividad (tanto de las mujeres como de los hombres) ha de ser tomado siempre como una negativa, pero se distancia igualmente de otro modo de significar incondicionalmente, esta vez como una aceptación, toda forma de pasividad o receptividad de un sujeto. En el paradigma de la violación violenta, en efecto, se presupone la disponibilidad de la mujer, así como en el modelo de consentimiento positivo se quiere partir de una presuposición de no consentimiento. En

[583] Ver C. CASTELLVÍ MONSERRAT. (2025). ¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual. *Anuario De derecho penal Y Ciencias penales*, *77,* p. 485.

[584] Como afirma el autor, "en realidad, un modelo de protección de la libertad sexual que exigiera a la víctima un «no» (o una negativa equivalente) no se correspondería con el lema del «no es no», sino, más bien, con uno alternativo que podríamos denominar «solo no es no» Ver Castellví Monserrat, C. (2025). ¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual. *Anuario De derecho penal Y Ciencias penales*, *77*(1). En esta línea también se pronuncia K. Ferzan, «la propuesta del "no es no" no dice que el consentimiento se presuma a menos que haya un "no", sino que ofrece un "no" como prueba concluyente de la inadmisibilidad del contacto», Ferzan, K. K., «Consent, Culpability, and the Law of Rape», *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, p. 413.

[585] Dado que el sexo implica una interacción entre dos sujetos, el grado de pasividad se mide siempre en relación a aquello ante lo que responde y, por tanto, mientras en un contexto, sostener una mirada, sonreir o acercarse al otro pueden ser entendidas como señales de una actitud activa, en otro contexto pueden ser entendidas como insuficiente y hacer pensar que la mujer no ha actuado positivamente para lo que se entiende que requeriría la situación por lo que su comportamiento expresa la negativa a querer participar.

un modelo negativo del consentimiento, como afirma Tamar Pitch, "si no se puede presumir que hay consentimiento, tampoco se puede presumir que no lo hay"[586].

Cuando se defiende una teoría del consentimiento afirmativo desde una versión como la que defiende Schulhofer -es decir, que no exige formas rígidas o predefinidas (por ejemplo verbales) para emitir el consentimiento-, se sigue defendiendo la necesidad de contextualizar el sexo para leer las señales -positivas o negativas- en función del mismo. Si además, como hace Schulhofer, se permite que el consentimiento sea expreso o inferido, es decir, cuando, el consentimiento, como dice el autor, "se refiere al comportamiento de una persona, incluyendo palabras y gestos -*tanto de acción como de omisión* que comunica la voluntad de la persona"[587], nos encontramos ante propuestas de consentimiento afirmativo tan flexibles que no suponen un cambio significativo con respecto al paradigma negativo. En palabras de Malón, "a no ser que se articule de un modo muy rígido [...] el modelo del consentimiento afirmativo no estaría diciendo nada nuevo"[588]y, por tanto, en este tipo de aproximaciones blandas o flexibles al consentimiento afirmativo no existen elementos que definan el consentimiento de una forma significativamente distinta:

> Podemos reconocer dos grandes versiones de la doctrina del consentimiento afirmativo, la *blanda* o liberal y la *dura* o radical. [...] La versión *liberal* no aporta nada nuevo al concepto hoy vigente de consentimiento en las *normas escritas* ni en su aplicación [...]. El consentimiento afirmativo supone a lo sumo una clarificación *normativa* de esta realidad [...] Esta versión liberal del consentimiento afirmativo propone un cambio meramente formal, contractual, que sólo querría efectivamente clarificar las reglas del juego sexual para que todo el mundo pueda jugar en libertad. No obstante, el único cambio legal sustancial derivado de estas propuestas sería lanzar el mensaje de que los jueces o jurados deben cerciorarse más sólidamente de que la

[586] Ver T. PITCH, *Un derecho para dos. la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003. p. 185.
[587]S. J. SCHULHOFER, Op. cit., p. 669.
[588] A. MALÓN. Op. cit., p. 77.

mujer efectivamente consintió y así lo comunicó. Más de lo que, supuestamente, estarían haciendo ahora"[589].

En sus versiones más suavizadas -como la de Schulhofer, que llega a describir su propuesta como la de un "consentimiento expresivo" más que afirmativo- se trataría de hacer un uso pedagógico de la ley para educar o bien a la sociedad o bien a la judicatura (o a ambas) en la importancia del consentimiento sin que, realmente, se esté ante reformas que supongan ningún cambio radical de su significado. Más bien, al contrario, podríamos estar ante normas que combaten los prejuicios y estereotipos culturales que tienden a no tomar en serio la voluntad de la mujer, tratando de enfrentar el problema de que, aunque las leyes ingresen en el paradigma del consentimiento, la sociedad y determinadas partes de la sociedad especialmente conservadoras (como la judicatura) siguen mirando a las mujeres a través de una moral sexual que hunde sus raíces en la cultura patriarcal. En esta línea van las lecturas de algunos autores norteamericanos[590] sobre la mayoría de los cambios producidos en el contexto estadounidense y en una línea similar argumenta también Castellví Monserrat con respecto a la nueva norma española[591]. Como

[589]A. MALÓN. Op. cit., p. 215.

[590] En esta línea ver J. WITMER-RICH. "Unpacking Affirmative Consent: Not as Great as You Hope, Not as Bad as You Fear", *Texas Tech Law Review*, vol. 49, 2016, también D. TUERKHEIMER "Affirmative Consent". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 13, 441-468, 2016.

[591]Carlos Castellví Monserrat afirma, en este sentido que, con anterioridad a la reforma que introduce la llamada "ley del sólo sí es sí" en España, "nuestro texto punitivo nunca ha exigido un «no» (o una negativa equivalente) para apreciar un acto sexual inconsentido. La prueba de ello son las numerosas sentencias previas a la LO 10/2022 que castigan como actos sexuales inconsentidos los tocamientos sorpresivos; es decir, aquellos actos sexuales realizados sobre una víctima que no ha tenido tiempo de expresar su negativa(9). Teniendo en cuenta que dichos actos nunca se han considerado consentidos (y que a nadie se le ha ocurrido decir que la ausencia de un «no» previo al tocamiento equivale a su consentimiento), debe concluirse que el modelo previo a la LO 10/2022 no presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no»(10); es decir, que dicho modelo no exige necesariamente una negativa para apreciar un acto sexual inconsentido". Sin embargo, el autor concluye que, aunque no haya cambio alguno de paradigma, la nueva norma sí aporta algo (aunque ello no sea el cambio de paradigma que dice aportar), a saber, una exigencia de claridad del consentimiento que tiene determinados efectos (en concreto, según el autor, puede transformar antiguas tentativas en agresiones, algunas antiguas imprudencias en tentativas dolosas y algunas imprudencias sin resultado en agresiones sexuales dolosas y consumadas). Con respecto a esta cuestión considero que es necesario distinguir los requerimientos de un determinado paradigma jurídico o, incluso, de los textos legales, de el modo en el que dichos textos han sido interpretados por la jurisprudencia. En este sentido, aunque determinadas normativas no obliguen a exigir un "no", como afirma el autor, es un hecho que dicha exigencia ha existido por parte de quienes interpretan las leyes y, por tanto, el feminismo tiene razón en señalar ese problema. Otra cuestión, en efecto, es si una tradicional línea de interpretación judicial relacionada con determinados estereotipos se soluciona eficazmente a través de un cambio en el concepto de consentimiento. Ver C. CASTELLVÍ MONSERRAT. "¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual. *Anuario De derecho penal Y Ciencias penales*, *77,* 2025, p. 485.

argumentan unos y otros, esto no implicaría ningún nuevo paradigma y, por lo tanto, en última instancia el consentimiento seguiría siendo un consentimiento negativo.

2.2. El consentimiento como *negociación* sexual recíproca

Ahora bien, si exploramos el debate jurídico podemos encontrar a una serie de autoras y autores que sí apuestan por concebir el consentimiento sexual de una forma más restrictiva o exigente en virtud de la cual esta nueva perspectiva comienza a implicar una mayor distancia con respecto a la conceptualización que la figura del consentimiento adopta en un paradigma moderno del derecho penal (y rige en otros delitos contra la libertad). Michelle Anderson es una de las principales defensoras de lo que se suele denominar un modelo de consentimiento *comunicativo* o *negociado* que tanto ella como los partidarios de este enfoque entienden como una propuesta que supera y trasciende la petición de una afirmación. En este caso lo que la ley exige que se dé de una forma positiva -y lo que sí comienza a distanciar el consentimiento de un mero permiso- es un intercambio comunicativo recíproco por parte de ambos participantes antes de tener sexo o de tener determinadas prácticas sexuales (para Andersen la penetración sexual). Como afirma Patricia Faraldo, este modelo comunicativo busca "la participación activa, con las dos personas dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada. Al enfatizar el diálogo recíproco, el modelo comunicativo anima a las partes a expresar lo que quieren y a prestar atención a lo que quiere su pareja. [...] Hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja, llegando a un acuerdo sobre lo que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba a ella o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía"[592]. En este modelo de consentimiento positivo, aunque sí puede apreciarse que la ley está pidiendo algo más que un "mero consentimiento"[593], el problema es que ese plus

[592] P. FARALDO-CABANA. «Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación", en *Reformas penales en la península ibérica*, María Alcale Sánchez (coord.), Ana Isabel Miranda (coord.), Adán Nieto Martín (coord.), Boletín Oficial del Estado, Colección derecho penal y Procesal penal, 10, 2021. p. 276.

[593] En realidad, la propia ambigüedad del concepto de consentimiento vuelve a emerger cuando desde la defensa del paradigma positivo del consentimiento se defiende la propuesta a veces como el modo de conseguir un verdadero consentimiento y otras veces como el modo de no contentarse solo con el

-del que dependería, precisamente, la diferencia específica para distinguir el modelo-, se apoya en una serie de elementos ("*animar* a los participantes", "*interesarse* por lo que le gustaba a ella" o "si le *parecía* que disfrutaba") que parecen revelar una suerte de *invitación* a proceder de determinada manera mostrando, de nuevo, la intención pedagógica de la ley. Sin embargo, justamente por ello, en la medida en la que se dirigen a producir un cambio en la conducta social, es dudoso que puedan llegar a aportar límites precisos en vez de líneas un tanto borrosas para hacer depender de ellas la imputabilidad penal.

Además de usar el argumento comentado ya sobre el hecho de que la búsqueda de una negativa expondría a las mujeres a un deber de expresar su voluntad sin atender a circunstancias que lo impidan[594], los partidarios de este modelo comunicativo aportan el argumento de que "el consentimiento implica una relación asimétrica entre las partes. El consentimiento supone que una de las partes hace una sugerencia o una solicitud, y la otra tiene dos opciones: aceptarla o rechazarla. En el contexto sexual, implica que el sexo consiste en que una persona (la activa, por definición el hombre) le hace algo a otra (la pasiva, la mujer), que *se deja hacer*"[595]. Esta crítica al consentimiento (en su forma negativa y, por tanto, entendido como permiso o autorización) busca, como dice Faraldo, que la ley no se contente con un mero permiso ante la acción de otro recordando que "las partes no se encuentran en la misma posición"[596]. La intención es que el hombre y la mujer puedan ser "partícipes en la creación de una experiencia mutuamente satisfactoria"[597].

La búsqueda de mutualidad y reciprocidad, como hemos abordamos al final del capítulo precedente, emergen como un asunto de interés para el feminismo en su crítica de una sexualidad heterosexual que objetualiza y cosifica a las mujeres. El problema que presenta, en efecto, el concepto negativo de consentimiento, es que, al ser perfectamente compatible con la disimetría de las partes y con la pasividad de una de ellas, no nos

consentimiento. Anderson cuestiona directamente la categoría de consentimiento como fundamento legal y propone su reemplazo por la "negociación sexual" y el intercambio comunicativo mutuo. Este tipo de uso ambiguo de la noción de consentimiento se evidencia también en posiciones como las mantenidas por P. Faraldo al defender este modelo como un modelo donde "no interesa determinar solo si consintió o no, sino si ambos participaron en la relación como expresión de su libre voluntad". Ver P. FARALDO. Op. cit., p. 278; M. J. ANDERSON. "Negotiating Sex". *Southern California Law Review* 78, no. 1, (2004): 1401-1439.

[594] P. FARALDO. Op. cit. p. 270.

[595] P. FARALDO. Op. cit., p. 273.

[596] P. FARALDO. Op. cit., p. 274.

[597] P. FARALDO. Op. cit., p. 273.

encaminará para estas perspectivas feministas hacia una sexualidad más justa e igualitaria. Como argumentamos ya, asumir que uno de los sujetos tiene un rol pasivo y otro un rol activo, constituye un verdadero problema para el feminismo de la dominación y es uno de los frentes de crítica elaborado por las feministas contrarias a la pornografía. La pasividad o la receptividad (asignada generalmente a las mujeres) había sido planteada por MacKinnon y otras autoras del feminismo radical de la dominación como Andrea Dworkin o Robin Morgan[598] como algo que insertaba ineludiblemente a las mujeres en una relación de desigualdad y, por tanto, de violencia.

En este punto, sin embargo, se abrían grandes desacuerdos feministas, pues recordemos que el sexo BDSM o los roles butch-femme en las comunidades lésbicas (prácticas sexuales, ambas, que implicarían para sus defensoras[599] la posibilidad de consentir al sexo y ocupar, al mismo tiempo, un lugar de pasividad o receptividad) supusieron uno de los puntos de mayor controversia en las llamadas Sex Wars. Por otra parte, la pasividad sexual es uno de los ejes centrales de la teoría queer y ha sido reivindicada por diversos autores[600] como un modo problematizar el poder y habitar la vulnerabilidad, señalando que su identificación con la violencia o la humillación restauran una mirada heterosexista y masculinista de entender el sexo. Para autoras como Janet Halley la doctrina positiva del consentimiento, en su búsqueda de un sexo igualitario, heredaría ese tipo de rechazo a la falta de simetría dentro de la propia práctica sexual. Es la asunción de un premisa no explicitada -que la pasividad en el sexo implica siempre sumisión- la que llevaría a la ley a exigir la participación activa de la mujer a través de la búsqueda de una sexualidad dialogada y negociada por dos sujetos igualmente activos. Como abordamos ya, la pasividad encaja perfectamente dentro de las coordenadas de la libertad negativa, único tipo de libertad que el derecho penal moderno tiene como objetivo proteger, pero es precisamente contra ese paradigma -que pretende configurar el delito

[598] A. DWORKIN. *Our Blood: Prophecies and Discourses on Sexual Politics*. New York: Harper & Row, 1976. Id. *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Perigee Books, 1981, R. MORGAN. "Theory and practice: pornography and rape". En L. Lederer (ed.), *Take back the night: Women and Pornography*. New York: William Morrow & co., 1980.

[599] Sobre la discusión del sadomasoquismo y los roles butch-femme en el interior de la cultura lésbica ver M. NICHOLS. "Sexualidad: cuestiones y teoría en desarrollo". *Nosotras que nos queremos tanto*. no. 8, 1992.

[600] L. BERSANI. *Is the Rectum a Grave? and Other Essays*. Chicago: University of Chicago Press, 2010, T. DEAN, Tim. *Unlimited Intimacy: Reflections on the Subculture of Barebacking*. Chicago: University of Chicago Press, 2009; D. ERIBON. *Réflexions sur la question gay*. Paris: Fayard, 1999; J. E. MUÑOZ, *Cruising Utopia: The Then and There of Queer Futurity*. New York: New York University Press, 2009; J. SAEZ S. y CARRASCOSA. *Por el culo. Políticas anales*. Madrid: Egales, 2011.

sexual de forma sexualmente neutra y concebir la violación como un atentado a la libertad o a la voluntad- contra el que se manifiesta una corriente de feminismo jurídico que impugna las pretensiones de neutralidad de la ley y que apuesta por entender la relación sexual en el marco de un mundo atravesado por la desigualdad de género[601].

Lo que han objetado los autores críticos a esta búsqueda de un sexo permanentemente negociado y recíproco del modelo comunicativo es que la ley, construida sobre el presupuesto de que legisla para mujer y hombres, se aleja de esa desexualización del delito requerida por un derecho penal sexual moderno y empieza a proponer un modelo ético de relación sexual. El problema es que construir un nuevo concepto de consentimiento a partir de la desigualdad de género -es decir, presuponiendo que quienes consienten son las mujeres y significando, por tanto, esa pasividad como una pasividad incompatible con la libertad- introduce una presuposición heterosexista que produce a su vez exclusiones. Una de las principales críticas planteadas por Halley[602] al modelo positivo será precisamente esta; que, transportado a otro tipo de encuentros sexuales no heterosexuales o no normativos, el modelo de consentimiento positivo parece desembocar en una criminalización del sexo que se da por fuera de la norma (por ejemplo formas de encuentros sexuales de la cultura gay como el *cruissing* o el cuarto oscuro).

Otros autores como Malón comparten también este argumento, recordando que, en sus versiones blandas o aparentemente liberales, las doctrinas del consentimiento afirmativo "se presentan a menudo como neutrales desde el punto de vista del sexo de los participantes, pero sus argumentos o propuestas no se sostienen o lo hacen más dificultosamente si no es desde la presuposición de que estamos hablando de un sexo como víctima del otro"[603]. Son precisamente estas premisas latentes, claramente defendidas por MacKinnon pero a menudo poco reconocidas y explicitadas por algunos

[601] Patricia Faraldo afirma que si "el injusto de la violación se centra en la libertad, al tratarse de un acto contrario a la voluntad de la víctima" se piensa la violación desde un modelo cartesiano, ocultando "el papel centra que ocupan en las decisiones humanas las sensaciones, las emociones y la realidad corporal". Según la autora trascender el modelo del consentimiento (negativo) sería una manera de trascender al sujeto voluntarioso que parece carecer de cuerpo y eso implicaría dejar de considerar el ataque sexual un atentado a la libertad o a la voluntad. Ver FARALDO. Op. Cit., p. 272.

[602] Ver J. HALLEY, "The Move to Affirmative Consent". Signs: Journal of Women in Culture and Society 42, no 1. pp. 257-279, 2016.

[603] A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 54.

partidarios del consentimiento positivo, las que han llevado a algunos juristas a identificar en las actuales reformas del consentimiento un "derecho penal identitario"[604].

2.3. El concepto de *mutualidad* en la propuesta de Chamallas

En sintonía con la búsqueda de un sexo comunicativo y recíproco, otras autoras defensoras de una reconceptualización del consentimiento han hecho central la idea de *mutualidad* (mutuality). Defendido también por MacKinnon[605] como signo de un sexo igualitario, este concepto ha sido especialmente reivindicado por Martha Chamallas, que en su influyente texto *Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct*, afirma:

> En los últimos treinta años, la filosofía liberal ha erosionado un modelo tradicional de regulación jurídica que juzgaba la idoneidad de las relaciones sexuales en función del estado civil de las partes. El feminismo cuestiona ahora la tendencia liberal a presumir la idoneidad de la conducta sexual simplemente por la ausencia de denuncia de cualquiera de las partes. Las normas que pretenden fomentar la libertad sexual de las mujeres no pueden juzgar irreflexivamente la idoneidad del sexo por la aquiescencia de cada mujer. [...] Considerar inapropiado el sexo inducido de este modo puede implicar un nuevo ideal positivo de la conducta sexual mutua. Según este punto de vista igualitario, la conducta sexual es mutua y aceptable cuando los motivos que la animan son los deseos de placer sexual o intimidad de las partes.[606]

Esta posición se encaminaría a hacer descansar el carácter mutuo, recíproco e igualitario de la relación sexual en el hecho de que sea mutuamente deseada. Así, esta redefinición del consentimiento exigiría pruebas de un verdadero deseo erótico por ambas

---

[604] J.L. DÍAZ RIPOLLÉS. "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,,* Nº. 21, 2019.
[605] MACKINNON. "Rape Redefined". *Harvard Law & Policy Review,* 10, 431-477, 2016, p. 476.
[606] M. CHAMALLAS, "Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct", *Southern california Law Review, 61 (4), 777-862* de 1988, p. 862.

partes y circunscribiría como válidas sólo aquellas relaciones sexuales donde el placer sexual sea el propio fin del encuentro. De esta forma podrían descartarse como "inmorales e incluso ilícitas, en caso de aplicarse al ámbito legal, las relaciones sexuales que no respondieran a lo que se entiende que es su valor intrínseco, el deseo sexual de tener esa relación, ya fuera buscando el placer, la intimidad o ambas cosas"[607]. En estas versiones del consentimiento positivo o afirmativo, la exigencia de que la relación sexual sea verdaderamente deseada se convierte en un argumento contra el sexo instrumental y, paradigmáticamente, contra el sexo a cambio de dinero (aunque normalmente se deja sin problematizar otro tipo de casos en los que las mujeres, por ejemplo cuando tienen sexo por razones reproductivas, eligen o acceden a tener relaciones sexuales sin que el deseo erótico sea la causa principal[608]). Chamallas defiende explícitamente este requisito cuando afirma que "el buen sexo, en el sentido igualitario, es una conducta no instrumental. El sexo utilizado para propósitos más externos como ganancias económicas, prestigio o poder, es visto como explotador e inmoral, independientemente de que las partes hayan participado voluntariamente en el encuentro"[609]. Como vimos, forma parte esencial de la mirada de MacKinnon este tipo de impugnación cuando señala que "el sexo comercial [...] no es deseado por sí mismo"[610], una objeción secundada por las herederas de este tipo de mirada dentro del feminismo de la igualdad. Ana de Miguel critica en la misma línea la generalización en la sociedad de un tipo de sexo que según la autora reproduce el modelo de la prostitución y que está "desprovisto de elección, de reciprocidad y de emociones. [...] El mandato normativo no es ya desvincular el amor de la sexualidad sino desvincular la sexualidad de la misma atracción sexual. Es el modelo del cuarto oscuro que se atribuye a la sexualidad gay"[611].

De nuevo, se presenta aquí un problema que podemos abordar a partir de lo planteado en el capítulo tercero. Como argumentamos recurriendo a la filosofía del

[607] MALÓN. Op. cit., p. 67.
[608] Las relaciones sexuales que se tienen con fines reproductivos implican muchas veces una elección por parte de las mujeres que no parece ponerse en cuestión, es posible querer sexo sin desearlo intensamente cuando es la vía o el medio para conseguir otra cosa que la mujer quiere, por ejemplo un embarazo. La decisión de las mujeres de usar el sexo instrumentalmente para ser madres parece estar plenamente legitimada cuando se impugna por completo la validez del querer femenino en el ámbito del trabajo sexual bajo el argumento de que no hay placer, deseo o disfrute genuino o de que no son esas las causas fundamentales por las que la mujer tiene sexo.
[609] M. CHAMALLAS. Op. cit., p. 784.
[610] C. MACKINNON. "Rape redefined". *Harvard Law & Policy Review*, 10, 431-477. p. 473.
[611] A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015. p. 144.

derecho kantiana, bajo los principios modernos, la ley debe limitarse a castigar aquello que externamente no coincide con la ley, guardándose muy bien de establecer la licitud de las conductas a partir del carácter ético de los motivos internos de los sujetos. Dentro de este tipo de límites, el derecho penal sexual puede exigir que los sujetos respeten la voluntad de quienes dan o no dan su consentimiento pero no puede exigirles que validen o invaliden dicha voluntad a partir de los motivos íntimos que llevarían a los sujetos a tomar sus decisiones. Ante la emergencia de perspectivas jurídicas que proponen justificar la licitud del sexo solo a partir de sentimientos o deseos eróticos, juristas como Diaz Ripollés han recordado que "la actividad o relación sexual puede tener un fin instrumental, de modo que con ella se persigan fines distintos del placer o el disfrute o que no constituyan estos el objetivo predominante. Al derecho penal solo compete intervenir cuando tal actividad o relación sexual de cierta relevancia no se realiza en libertad ni, en su caso, con consentimiento. La corrección ético-social de esos fines no debería desempeñar papel alguno en la tutela penal"[612].

2.4. El consentimiento *entusiasta* y el consentimiento *verbal*

Las versiones más fuertes del consentimiento positivo son las que exigen de forma más clara la emergencia del deseo femenino a través de un consentimiento que ha de ser *entusiasta* -un término ampliamente utilizado en el contexto americano y empleado también, como vimos, por Catharine MacKinnon[613] en algunos de sus textos-. También existe a veces la petición de que ese consentimiento sea *verbal.* Ambos requisitos demuestran que el consentimiento afirmativo, para suponer un verdadero cambio con respecto a formas precedentes de concebir el consentimiento, debe buscar no tanto una respuesta afirmativa o "positiva", algo que, como hemos comentado ya, puede ser bastante relativo si se interpreta a la luz de un contexto y, por tanto, no aporta suficiente definición para delimitar un modelo. Cuando la doctrina positiva o afirmativa supone un verdadero cambio de modelo y adquiere coherencia interna es cuando consigue efectivamente *definir*, es decir, cuando acota claramente el vago concepto de

[612] J.L. DÍAZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual, Buenos Aires*: Euros editores, 2025, pp. 391-392.
[613] C. MACKINNON. Op. cit. p. 465.

"consentimiento" estableciendo *una determinada forma* (entusiasta, verbal) de consentir. En coherencia con su propio espíritu, esta redefinición del consentimiento, no busca los síes de las mujeres sino que trata de capturar los síes deseantes, los que sean capaces de expresar el deseo activo y no meramente la voluntad de un sujeto de aceptar o rechazar la acción del otro (lo que, como hemos visto, define precisamente el concepto de consentimiento en la regulación penal de un derecho penal que hemos denominado moderno). Estas versiones más radicales desarrollan más explícitamente el espíritu de la doctrina, pues, en efecto, son normas indudablemente *positivas* y ello en virtud de que han dejado se señalar el sexo que *no debe* llevarse a cabo y han pasado a proponer positivamente el tipo de aproximación sexual que *se debe tener*. Sin embargo, es justamente este carácter indudablemente positivo el que las convierte en propuestas difícilmente soportadas por la ley. No han sido llevadas al texto legal en Europa y algunos intentos de ello en EEUU se han topado con debates sobre su constitucionalidad[614]. Tampoco hay acuerdo entre los especialistas acerca de qué estados han recogido en sus legislaciones penales[615] el paradigma positivo o afirmativo ya que, como hemos explicado, las fronteras normativas del modelo son difusas (justamente en ello consiste el propio debate académico y jurídico sobre la definición de "consentimiento positivo"). Se suelen citar los ejemplos de California, Wisconsin, Vermont y New Jersey[616] como los que podrían ser más claros (aunque, incluso en dichos ejemplos la tipificación es dudosa[617]).

[614] Kimberly Ferzan duda de la constitucionalidad de algunas normas de consentimiento afirmativo aprobadas por las universidades. Ver K. FERZAN. "Consent, culpability and the Law of Rape". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 13, 397-439.

[615] Para Tuerkheimer una docena de estados en EEUU pretenden haber incorporado una filosofía positiva del consentimiento pero muchos de ellos pueden suponer pocos cambios con respecto a modelos anteriores. Para Decker y Baroni la mayoría de los estados que han querido implantar el modelo tienen legislaciones contradictorias. Ver J. F. DECKER y P. BARONI. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101 (4), pp. 1081-1169, 2012, D. TUERKHEIMER "Affirmative Consent". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 13, 441-468, 2016. p. 450.

[616] A. MALÓN. Op. cit., p. 85.

[617] California ha sido utilizado como ejemplo y modelo del nuevo paradigma por parte de los expertos, sobre todo porque la reforma del 2014, incluiría la primera definición de consentimiento afirmativo. Ver, por ejemplo, Y. PÉREZ-HERNÁNDEZ. "California define qué es 'consentimiento sexual'." Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana 25 (abril 2017): 113–133. p. Sin embargo, como subraya Tuerkheimer, al mismo tiempo que define el consentimiento como una "cooperación positiva" la ley californiana requiere para la violación la concurrencia de fuerza, violencia, coacción, amenaza o temor a un daño corporal inmediato e ilegal" ver D. TUERKHEIMER "Affirmative Consent". *Ohio State Journal of Criminal Law*, 13, 441-468, 2016. p. 450.

El terreno normativo donde la doctrina positiva del consentimiento sí se ha desplegado sin obstáculos y se ha desarrollado hacia sus versiones más fuertes o más radicales es el contexto de los campus universitarios norteamericanos. "Unas 1400 instituciones de Educación superior han aprobado normas disciplinarias basadas en este modelo. Las que todavía no lo han hecho, reciben una notable presión para hacerlo por parte de organizaciones estudiantiles, gobiernos estatales, del Congreso y de la administración federal -en su momento la de Obama fue especialmente activa en este sentido-"[618]. La doctrina del consentimiento afirmativo, por lo tanto, se despliega fundamentalmente en ese territorio a medio caballo entre la ley y las relaciones privadas interindividuales, en un terreno en el que se puede reglamentar el sexo y se cuenta con la posibilidad de sancionar determinados comportamientos pero, al mismo tiempo, dichas exigencias no tienen que encontrar su acomodo dentro de los ordenamientos jurídicos modernos. Es ahí, en los reglamentos de las instituciones de educación superior, donde se han invertido los mayores esfuerzos políticos, obligando por ley a las universidades a asumir una regulación sexual que, sin embargo, podría ser demasiado exigente para ser trasladada al derecho penal. "En 2014, con el apoyo de activistas feministas, Jerry Brown, gobernador de California, ratificó [...] que todos los centros universitarios que percibían fondos estatales destinados a ayudas económicas para los estudiantes debían acogerse al protocolo del «consentimiento afirmativo» para juzgar si un acto sexual es consentido o no"[619]. Este modelo, dentro del ámbito educativo, es inaugurado por el Antioch College de Ohio, un centro pionero al aprobar en 1996 su *Sexual Offense Prevention Policy*[620] exigiendo un "consentimiento verbal" previo que debe reiterarse "en cada nueva fase de las relaciones sexuales"[621].

El lema "yes means yes" se popularizó en el contexto cultural y activista norteamericano a finales de la primera década de los años dos mil, cobrando especialmente impulso a partir de libros de amplia difusión, como es el caso de *Yes means yes: visions of Female Sexual Power and a World Without rape*, de Jaclyn Friedman y Jessica Valenti, publicado en el 2008. El lema fue recogido más tarde por campañas de

[618] A. MALÓN. Op. Cit., p. 85.
[619] A. SRINIVASAN. *El derecho al sexo*, Barcelona: Anagrama, 2022, pg. 65-66.
[620] Sigue vigente hoy y puede consultarse en la web del centro educativo https://antiochcollege.edu/campus-life/sexual-offense-prevention-policy-title-ix/
[621] El código define así el consentimiento afirmativo: "affirmative Consent means verbally asking and verbally giving or denying consent for all levels of sexual behavior".

distintas organizaciones[622] y, especialmente, de centros educativos y universitarios; en California el proyecto de ley SB 967 para las universidades fue conocido como "Yes is Yes" y en la Universidad de Tennessee se llevó a cabo la campaña "Consent is an enthusiastic "yes"[623]. En España, aunque la popularización de este tipo de mensajes se produce a partir de la ley de reforma del consentimiento aprobada en 2022 (denominada desde el gobierno por sus proponentes "ley del sólo sí es sí"), el slogan principal del consentimiento afirmativo había comenzado a circular, especialmente en el espacio de las redes sociales y el mundo cultural, durante la segunda década de los años dos mil. El libro *La palabra más sexy es sí*, de 2018, constituye un buen ejemplo del tipo de discurso, a caballo entre el activismo y la pedagogía, mediante el que se importa al contexto español los debates y los argumentos que ya han devenido dominantes en la sociedad norteamericana. En esta "guía del consentimiento sexual", su autora Shaina Joy Mach-lus expresa con claridad lo que podríamos entender como una versión dura o radical de la doctrina positiva del consentimiento:

> En este texto, la palabra «consentimiento» muy a menudo va acompañada de la palabra «entusiasta», a fin de subrayar que el consentimiento sexual verdadero siempre se da con entusiasmo. «Consentimiento entusiasta» o «sí entusiasta» significa que todo el mundo tiene muchas, muchas, muchas ganas de participar. [...] El consentimiento no solo guía la habilidad de una persona para entender el deseo de otra, sino que también ayuda a definir qué constituye un abuso. El consentimiento nos aporta una clara definición de violación: la violación es el sexo o la práctica sexual que se lleva a cabo sin ser consentido con entusiasmo y voluntariamente por parte de una persona[624].

[622] Ver, por ejemplo, la campaña FRIES (Freely given, Reversible, Informed, Enthusiastic, Specific) de la organización Planned Parenthood en colaboración de la app de citas BUMBLE, en 2016

[623] Ver, por ejemplo, la campaña de la Universidad de Tennessee "Consent is an enthusiastic 'yes'" en el curso 2014-2015. Disponible on line.

[624] Shaina Joy Machlus describe muy claramente qué ha de entenderse por un consentimiento "entusiasta" cuando afirma: "Fundamentalmente, el consentimiento consiste en sustituir la suposición por la autonomía. En vez de suponer algo, el consentimiento brinda total autonomía a la otra persona para que tome las decisiones por sí misma. En el consentimiento no se adivina nada, es explícito, entusiasta y claro. Porque leer la mente es una habilidad poco creíble, y en cambio el consentimiento es una forma sencilla y altamente segura de comunicar el deseo. De este modo, asegura que la experiencia sexual sea lo más placentera posible

Como decíamos, este tipo de modelo no se ha trasladado nunca en su versión más pura a la ley penal, aunque de la lectura de algunas de las autoras proponentes de la doctrina positiva, como es M. Chamallas, no se extrae claramente que no sea esa la dirección. Esta autora parece ser consciente de que está convirtiendo el consentimiento -más bien esta determinada concepción del consentimiento- en un estándar demasiado exigente para ser la frontera de los delitos[625] cuando lo reserva para un terreno normativo más acotado, a saber, "la regulación de nuevas áreas de interés jurídico, como las relaciones amorosas en la escuela o en el lugar de trabajo"[626]. Sin embargo, defiende abiertamente un "papel moralizador del Código penal"[627] y reconoce que esta propuesta que ella denomina "igualitaria", está siendo y debe ser "una fuerza significativa que modele la ideología del derecho"[628].

La tesis de Malón es que el consentimiento afirmativo estaría apuntando más a un problema cultural y, especialmente, a un problema pedagógico y educativo, que propiamente jurídico. El problema, sin duda real, se manifiesta de forma especialmente significativa en dos ámbitos principales. Por una parte, el problema aparece en la cultura sexual de los jóvenes y de los adolescentes, a quienes se dirigirían las normas del consentimiento positivo puestas en marcha en los contextos educativos y los campus universitarios. En el ámbito de la juventud, el discurso del consentimiento positivo podría asumir sin mayores problemas (o con menores problemas) su carácter ético y pedagógico pues se trataría de una propuesta para educar, es decir, para proponer a los varones jóvenes que se interesen por el deseo de las mujeres, todo ello asumiendo que unos y otras tienen menos herramientas para contrarrestar la cultura heredada del pasado. Por otra parte, el problema de una cultura patriarcal se manifiesta en la mentalidad de quienes interpretan las leyes, es decir, de los jueces, fiscales y abogados que deben leer contextualmente o interpretar el consentimiento de las mujeres. Lo que el feminismo habría venido a poner sobre la mesa en la denuncia de la cultura de la violación que arranca en los años setenta

para todas las partes involucradas." S. JOY MACHLUS, *La palabra más sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*, Barcelona: Vergara, 2019. Traducción de Núria Curran. Versión Kindle, pg. 22.

[625] Como sostiene Malón no deja de haber una permanente ambigüedad sobre ello. Ver A. MALÓN. Op. cit.,p. 211.

[626] M. CHAMALLAS, "Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct", *Southern california Law Review, 61 (4),* (1988): *777-862*. p. 862.

[627] La autora afirma que "la concepción igualitaria del sexo [...] a menudo demanda una intervención legal activa para regular formas inaceptables de conducta sexual" Ver M. CHAMALLAS, Op. Cit., p. 783

[628] M. CHAMALLAS, Op. cit, p. 862.

es un problema real y persistente. "Las personas que tenían que iniciar el proceso judicial y desarrollarlo hasta el veredicto final, al igual que sucedía en el conjunto de la sociedad, reflejaban en sus actuaciones los muchos y extendidos prejuicios y estereotipos que había sobre los sexos, las relaciones sexuales y las violaciones"[629].

Sin embargo, tanto en el ámbito de la juventud como en el de la judicatura lo que se pondría quizás de relieve, más que la potencia de las leyes, es su debilidad para abordar transformaciones estructurales de la sociedad. En gran parte, lo que demuestran algunos de los casos judiciales que se vuelven más simbólicos a partir de declaraciones de jueces y abogados o de sentencias, es que el aparato judicial puede ser un sistema enemigo de las mujeres con independencia de las leyes. Para las mujeres, demostrar haber sido víctimas de la violencia sexual implica tener que superar unos prejuicios de la sociedad que están presentes en las salas judiciales[630]. La doctrina del consentimiento positivo trataría de abordar este preciso problema intentando conducir o encaminar correctamente la interpretación judicial a partir de reformas en la definición del consentimiento que puedan estrechar ese margen interpretativo y orientar correctamente los casos menos evidentes o más susceptibles de ser afectados por los prejuicios y los estereotipos[631].

---

[629] MALON. Op. cit., p. 41

[630] La mayoría de reformas del consentimiento que se dan hoy en los países europeos vienen propuestas ante casos judiciales mediáticos que golpean fuertemente el sentir social. En muchos de ellos, el problema del machismo de la judicatura (las declaraciones machistas de jueces o abogados en los juicios) puede confundirse con la cuestión, diferente, de cómo está planteada la ley. Algunos autores señalan la importancia de no confundir dos problemas que, en tanto que obedecen o pueden obedecer a causas diferentes, requieren soluciones diferentes. El problema de una cultura sexual patriarcal nos expone a la posibilidad de que, aún con leyes apropiadas, pueda seguir existiendo machismo y prejuicios patriarcales en quienes deben aplicar dichas leyes. Por otra parte, aun asumiendo que una reforma de la ley puede tener efectos pedagógicos para la judicatura, es un camino arriesgado y quizás, a la larga contraproducente, pretender abordar problemas de raíz cultural, educativa o pedagógica con políticas penales. Emprender una vía por la cual la política penal deviene una herramienta de la política feminista para transformar la sociedad es, sin duda, una estrategia penalista que encontraría, dentro de la propia tradición feminista, muchas detractoras. En esta línea van las críticas planteadas por Ferzan, Gruber o Halley. Ver, por ejemplo, J. HALLEY, «The Move to Affirmative Consent», *Signs*. Journal of Women in Culture and Society, vol. 42, núm. 1, (2016).

[631] Como se ha señalado reiteradamente en el debate académico, la doctrina positiva del consentimiento, no está pensada para los casos más graves (casos que, o bien están ya cubiertos por las leyes o estarían necesitados de mejoras que no tienen que ver con la falta de un consentimiento positivo), sino para "casos intermedios en la zona gris"[...] Situaciones en las que los estereotipos sexistas [...] serían si cabe más importantes, uno diría que esenciales, a la hora de entender lo sucedido" y que nos sitúan ante el problema de la pervivencia de prejuicios patriarcales que envuelven al conjunto de la sociedad y que no necesariamente se reproducen en o a través de las leyes o, al menos, no sólo a través de ellas. Ver MALÓN. Op. cit., p. 39. Esta perspectiva es reconocida también por parte de la doctrina feminista partidaria de las reformas. Ver FARALDO. Op. cit., p. 275. Autores como J. Antonio Ramos Vázquez señalan cómo, en coherencia con la dimensión cultural y estructural del problema, es muy posible que, con posterioridad a la reforma que introduce la Ley Orgánica 10/2022 "el error de tipo adquiera una relevancia que antes no tenía, siendo una vía de salida para el previsible choque entre nuestra actual cultura sexual y la pedagogía social

Es precisamente esto lo que ha llevado a los críticos de la doctrina positiva del consentimiento a señalar que se está pretendiendo abordar un problema real con soluciones probablemente equivocadas[632]. El problema, sería que "aferrada a su versión jurídica la doctrina del consentimiento afirmativo oscurece y enreda sus interesantes implicaciones de cara a la convivencia sexual"[633]. Esto, por supuesto, no quiere decir que las leyes no puedan tener efectos pedagógicos (quizás, incluso, es que ni siquiera pueden dejar de producirlos). Tampoco implica que algunos de esos efectos pedagógicos que las reformas actuales del consentimiento están produciendo no sean positivas, sobre todo si sirven para impulsar ciertos cambios en la interpretación judicial y en la mentalidad de los jueces, abogados y fiscales, algo que, por otra parte, han sostenido algunas feministas[634] y que, dada la importancia del problema, ampliamente documentado, no es una cuestión nada desdeñable.

Autores como Malón o Gruber plantean, sin embargo, la pregunta de si realmente se quieren asumir todos los riesgos que implica convertir la ley penal en instrumento central del cambio cultural y alertan sobre los efectos contraproducentes de una vía rápida que puede estar prometiendo una falsa solución de facilidad. Su propuesta no es negar el problema sino recordar que encomendar a las leyes penales un problema ético y pedagógico es pedirle a la ley más de lo que puede y debe hacer. Confundir el plano moral-pedagógico y el legal implica, necesariamente, redibujar los límites y el sentido del derecho penal. Es cierto que la doctrina del consentimiento positivo, al ser transportada a las leyes -es decir, al tener que negociar con los principios del derecho penal moderno-, se queda en una especie de versión blanda de sí misma, una versión diluida que muchas

que la ley pretende". Ver J. A. RAMOS VÁZQUEZ. "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, (2023).

[632] En esta línea se sitúan autoras como Janet Halley o Aya Gruber, que señalan que, en la medida en la que se defiende el uso del castigo como herramienta feminista de transformación, las nuevas políticas sobre el consentimiento sexual se inscriben dentro de un auge general de la política carcelaria en EEUU. Ambas autoras recuerdan que ampliar los poderes punitivos del Estado siempre recae selectiva y desigualmente sobre determinadas poblaciones (hombres negros, de clases trabajadoras y personas que no se ajustan a las expectativas y normas de género). Halley o Gruber son probablemente las autoras que exponen la crítica antipunitiva al paradigma del consentimiento afirmativo en su forma más dura. Sin embargo, también autoras como Alcoff, Louise de Toit o Tamar Pitch detectan un abuso de la vía penal, como apuntaremos más adelante.

[633] MALÓN. Op. cit., p. 33.

[634] M. L. MAQUEDA ABREU. "La jurisprudencia penal y el consentimiento sexual de las mujeres: una lección bien aprendida". *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu* / coord. por Antoni Llabrés Fuster, Antoni Gili Pascual, Carmen Tomás-Valiente Lanuza, Eduardo Ramón Ribas, Lucía Martínez Garay, Javier Guardiola García, Clara Viana Ballester, Jorge Correcher Mira. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, págs. 851-865.

veces no implica cambios radicales a nivel legislativo. Sin embargo, la tesis de Malón es que "esa versión débil encierra el germen de su versión fuerte, más dura y exigente; una que [...] va más allá del consentimiento en un sentido liberal y sin cuyas premisas y objetivos todo lo anterior no tiene demasiado sentido"[635]. También autoras como Kimberly Ferzan señala este problema cuando apunta a que "el estándar del "sólo sí es sí" amenaza con difuminar la línea que separa el consentimiento de la demanda, empleando en última instancia la ley criminal en servicio de una conducta virtuosa e ideal en lugar de limitarse a prohibir la ilegal"[636].

Esta búsqueda de una *voluntad deseante* implica, necesariamente, el borrado de una serie de distinciones y límites que hemos venido argumentando y a las que hemos dedicado especialmente el capítulo precedente. Si aceptamos los razonamientos ya expuestos habría que asumir que difuminar ciertas distinciones y límites compromete la coherencia de la lo que hemos llamado derecho penal moderno. Como sostiene ric Fassin las propuestas de consentimiento positivo de los campus universitarios estadounidenses se tratan de "un reglamento que impone una norma de conducta, un código de buenas maneras que dicta una etiqueta"[637] y, en ese sentido, en efecto "Antioch invierte la libertad negativa del feminismo liberal en una libertad positiva"[638]. La pregunta es si dicha propuesta, que podría tener sentido como una propuesta ética dentro de una sociedad que quiere educar a los jóvenes o proponer nuevas reglas de comportamiento, puede caber dentro de los límites de la ley penal. Las propuestas que pretenden *positivizar* el consentimiento "facilitan que la ley entre a proteger la libertad sexual positiva de las personas, en especial de las mujeres, asegurándose de que el acusado, efectivamente no solo respetó la libertad negativa de la denunciante, sino la autenticidad de su consentimiento y los motivos del mismo [...] Esa es la dirección a la que apunta el dedo del consentimiento afirmativo. [...] El problema con la protección de la libertad (sexual) positiva [...] no es donde empieza sino que no sabemos dónde puede acabar"[639].

El problema señalado no es menor. Entendido desde el paradigma del derecho penal moderno y los principios que lo rigen, el consentimiento positivo es, literalmente,

---

[635]A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 184.
[636] K. FERZAN, Op. cit., p. 399.
[637] É. FASSIN. *Le sexe politique. Genre et sexualité au miroir transatlantique*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009. p. 181.
[638] É. FASSIN. Op. cit., p.179.
[639] A. MALÓN. Op. cit., p. 235.

una contradicción en los términos. Consentir es, necesariamente, un acto negativo que levanta una prohibición y autoriza a otro a realizar determinada acción sobre uno mismo. Es precisamente esta naturaleza negativa -el hecho de que el consentimiento sea nada más que un permiso- el que resguarda la sexualidad de toda posible injerencia de las leyes para establecer un sexo normativo. La negatividad del consentimiento es lo que impide que un Estado pueda proponer o prescribir positivamente una sexualidad correcta o buena, es decir, que pueda pasar de establecer el sexo que los ciudadanos *no pueden tener* a determinar el sexo de que los ciudadanos *deben tener*. Como argumenta Malón, "la doctrina del consentimiento afirmativo no es sino un paso intermedio en un proceso más largo; [...] aspira a acercar la norma real, nada menos que mediante el Código penal, a una norma *deseada*"[640].. El espíritu de la doctrina positiva del consentimiento sólo puede ser comprendido mirando no el dedo, sino la dirección en la que apunta y esto convierte el actual debate jurídico del consentimiento sexual en un debate enormemente complejo y que queda envuelto en una cierta confusión cuando se mantiene dentro de los razonamientos meramente jurídicos. Las concretas reformas que son hoy objeto de debate político en distintos países de Europa deben ser leídas e interpretadas a partir de los argumentos puestos en juego por el feminismo desde los años setenta. Es desde esta perspectiva filosófica, ética y política desde la que las modificaciones legales y penales de las dos últimas décadas aparecen dentro de un cuadro más amplio. Es, por lo tanto, esta concepción del consentimiento como deseo -que como evidenciaba ya la propuesta de Pineau se desplaza hacia el sexo *deseable*- la que late por detrás de unas reformas que no siempre suponen cambios altamente significativos a nivel jurídico pero que vienen acompañados de un discurso cuya idea implícita es que la ley debe buscar el deseo de las mujeres o que el derecho penal no debe contentarse con exigir un sexo meramente permisible[641]. El problema de la doctrina positiva es que es una propuesta ética que, al traducirse en propuestas jurídico penales, no puede ser pacíficamente encajada en el derecho penal moderno o en el modo en el que el derecho moderno concibe el derecho penal.

[640]A. MALÓN. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020. p. 218.
[641]A. MALÓN. Op. cit, p. 68.

3. La oscuridad del paradigma del consentimiento positivo

Como decíamos al comienzo de este capítulo, uno de los rasgos distintivos del discurso que suele acompañar a las propuestas de consentimiento positivo, sean legislativas o no, es la insistencia en que el consentimiento es algo fácilmente expresable, fácilmente comprensible y, en definitiva, fácilmente transportable a la comunicación entre dos personas en la medida en la que le asiste una extrema transparencia. Como afirma la jurista Aya Gruber, "el consentimiento claro es la norma"[642], pero ello, paradójicamente contrasta frontalmente con el hecho de que, según la autora, la introducción de esta nueva doctrina ha generado una enorme confusión en el campo jurídico. En su influyente artículo *Consent Confusion*, de 2016, la autora relata así el estado de la cuestión en el contexto legal estadounidense:

> Hace décadas, las reformistas feministas se concentraron en pasar de definir la violación como sexo mediante la fuerza a definirla como sexo no consentido en un esfuerzo por ampliar la responsabilidad penal en el ámbito sexual. Sin embargo, este cambio resultó insatisfactorio para muchas activistas que sostenían que quienes tenían que aplicar las decisiones, desde posiciones sesgadas o equivocadas, aplicaban mal la norma, dejando fuera de la regulación relaciones no queridas. Las activistas, mediante las normas de consentimiento afirmativo, instaron a hacer llegar a los agentes jurídicos a la conclusión "correcta" sobre lo que constituye una violación. Sin embargo, presentar esta reforma revolucionaria como una forma mejor de dar el consentimiento, ocultó las presuposiciones y compromisos normativos que subyacen a las ideas de los reformadores sobre lo que es la conclusión correcta. El "sexo no consentido" es a menudo un sustituto de diversas opiniones acerca de lo que se considera un comportamiento sexual inaceptable o dañino (sexo en estado de embriaguez, sexo sutilmente forzado, relaciones

[642] A. GRUBER, "Consent Confusion". *Cadorzo Law Review* 38, no. 2, (2016). pp. 416-417.

> sexuales insuficientemente comunicativas, sexo duro, etc). Hoy día la reforma positiva del consentimiento ha producido un monstruo. La rápida proliferación de leyes, políticas y estudios que definen el consentimiento sexual ha producido un terreno legal marcado por la incertidumbre, la contradicción y los juicios de valor ocultos"[643].

Lo que subraya Gruber es la existencia de una enorme confusión producida, fundamentalmente por el hecho de que, bajo el discurso oficial de la claridad del consentimiento afirmativo, se oculta más bien una falta de claridad de la ley con respecto a lo que realmente se propone. Esa dirección ética en la que apunta la doctrina del consentimiento positivo no es un objetivo explícita o claramente reconocido. Y es esta falta de claridad de una ley que pretende hacer algo que no dice, la que produce, inevitablemente, una realidad jurídica confusa. La autora sostiene que definiendo la violación como un sexo *no consentido positivamente* en lugar de como un sexo forzoso o no voluntario, "la prohibición de una amplia categoría de sexo (sexo sin un sí) evolucionó un tanto subrepticiamente bajo la bandera de la prevención de una categoría más estrecha y menos controvertida (sexo obligado)"[644]. Gruber analiza la oscuridad de la nueva noción de consentimiento a partir de la problemática sobre el carácter *interno* o *externo* del mismo. Sin duda, este es uno de los focos o nudos donde se concentra parte del debate que se está dando hoy entre juristas[645]. Mientras algunas posiciones señalan que el consentimiento es la *manifestación externa* de la voluntad[646], otras apuntan a la naturaleza interna del consentimiento, concibiéndolo como un *sentimiento o estado mental del sujeto* o generando la distinción entre un consentimiento interno y un consentimiento externo[647].

---

[643] A. GRUBER. Op. cit., p. 419.

[644] A. GRUBER. Op. cit., p. 420.

[645] Para ver cómo se plantea la problemática de lo externo/interno en relación a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ver J. A. RAMOS VAZQUEZ, "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, 2023. págs. 230-255.

[646] En esta línea, por ejemplo, se pronuncia el CGPJ cuando afirma que "el consentimiento no puede ser un estado mental inaccesible para los demás, sino que debe exteriorizarse de algún modo que lo haga reconocible". Ver Informe legislativo del Pleno del CGPJ sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Ponentes: Roser Bach Fabregó, Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre. Año 2021, 217.

[647] Esta es la línea seguida por el Ministerio Fiscal, en su circular sobre la Ley Orgánica 10/2022 cuando apunta a que "el consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros. Su existencia, al igual que el dolo, no es susceptible de ser

Como si estuviera siendo tensado a la vez hacia dos direcciones diferentes, el consentimiento parece tener que responder, por una parte, a los requisitos de la voluntad -remitiendo a un querer que debe ser exteriorizado a través de actos claros y concluyentes- y, por otra parte, a un deseo íntimo e interior justamente independiente de la actuación externa del sujeto. Gruber apunta a esta confusión que existe de fondo cuando afirma que bajo el rótulo de consentimiento afirmativo se hace referencia a una serie de términos como sexo "deseado", "querido", "voluntario" o "acordado"[648] que se intercambian a menudo y que, sin embargo, pueden significar cosas muy distintas. "Las personas pueden tener relaciones no deseadas por voluntad propia, o pueden querer pero no desear el sexo"[649].

Lo que emerge aquí es una ambigüedad que tiene que ver con la tesis central de esta investigación. Si, como quiero sostener, las complejidades del consentimiento sexual remiten, en el fondo, al problema de la relación entre la voluntad y el deseo, las distintas conceptualizaciones o delimitaciones del concepto de consentimiento implican diversos modos de poner en relación estos términos. Como hemos venido diciendo ya, la doctrina positiva o afirmativa consiste en una redefinición del concepto de consentimiento que, en la dirección de promover un sexo más justo e igualitario, aspira a poder hacer del deseo erótico recíproco una condición del consentimiento. La cuestión que no puede dejar de plantearse, por sus grandes consecuencias jurídicas y políticas, es la de que redefinir de este modo desiderativo el consentimiento desde la ley penal, autorizaría al derecho a adentrarse en la búsqueda de una sexualidad ética y no sólo lícita. Lo que señala el análisis de Gruber es que, lejos de tener una discusión honesta y franca sobre una cuestión así de decisiva y relevante, la contradicción y la ambivalencia oscurecen los debates sobre el consentimiento. Y ello, precisamente, porque introducir a medias o moderadamente esta positivización del consentimiento -en sus "versiones blandas" diría Malón- no puede sino generar un derecho penal confuso, un derecho que se orienta hacia nuevos objetivos pero que, a la vez, no asume lo que eso supone dejar atrás (el paradigma de la libertad sexual).

---

aprehendida de forma objetiva, pudiendo elaborarse hipótesis razonables acerca de su concurrencia a la vista de los indicios recabados. De ahí que sean concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente." Ver Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, p. 16.

[648] A. GRUBER. Op. cit., p. 423.

[649] Ibid.

En la medida en la que el modelo de la violación violenta no ha sido definitivamente desterrado de las legislaciones[650], algunas de las reformas legislativas de la actualidad pueden contener modificaciones que van en la dirección de consolidar la modernización del derecho penal sexual, pues explicitan el principio de la voluntad[651], amplían el concepto de fuerza y resitúan el papel de los medios comisivos[652]. Pero ello, entonces, no

[650] Para un estudio sobre hasta qué punto el requisito de la resistencia física sigue existiendo en el contexto norteamericano ver J. F. DECKER y P. BARONI. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101, 4, (2012).

[651] La reforma presentada y aún en estos momentos en discusión en Francia (Proposition de loi modifiée par le Sénat visant à modifier la définition penale du viol et des agressions sexuelles. 17e législature, n° 1604. Registrada el 19 de junio de 2025) va en esta dirección. Su función no es introducir un paradigma diferente al de la libertad sexual sino hacer más claro su compromiso con el mismo. Al explicitar que el sexo ha de ser voluntario o consentido, este tipo de reformas hacen a las leyes más claras en cuanto a sus principios. Ver C. SERRA. *La doctrine du consentement*. Paris: La Fabrique Éditions. 2025. p. 18.

[652] Así considero que deben ser interpretados algunos de los aspectos de la reforma aprobada en 2022 en España (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, 7 de septiembre de 2022). Me refiero, en particular a la unificación de los delitos de agresión y abuso que lleva a cabo la Ley Orgánica 10/2022. Como sostiene Bardavío Antón, es la consideración de la violación como un delito contra la libertad lo que justificaba para una parte de la doctrina hacer indiferente el medio comisivo para entender vulnerada la libertad sexual y es ese argumento el que se invoca para justificar este aspecto particular de la reforma. En la legislación española la ausencia de consentimiento era un principio claramente reconocido por el texto legal con anterioridad a la reforma; se nombraba explícitamente en el antiguo delito de abuso sexual (que especificaba en el art. 181.1 que aún "sin violencia o intimidación" los actos se realizaban "sin consentimiento") y se entendía presupuesta en el antiguo delito de agresión sexual, pues esa ausencia de consentimiento venía inferida o deducida de la presencia de violencia o intimidación. En ese sentido, el delito sexual (tanto la agresión sexual como el abuso sexual) se definía siempre por una falta de consentimiento. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de enero de 2023 (ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar) "siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento". Sin embargo, como ha señalado una parte de la doctrina feminista, en la medida en la que la "violación", recogida en el art. 179, quedaba necesariamente vinculada a la agresión sexual, técnicamente no se consideraban violaciones algunas penetraciones sexuales que se daban sin el consentimiento de la víctima y sin violencia e intimidación. Esos ataques sexuales pasaban a ser denominados "abusos" y, aun cuando tenga sentido considerar que un ataque con violencia sea un ataque más grave o más lesivo, se argumentó que es apropiado nombrar como "violación" toda penetración sexual no consentida, con independencia de cuáles sean los medios comisivos. La reforma, al dirigir todas las antiguas figuras al concepto de "agresión", independiza más claramente el ataque sexual de la presencia de la violencia y la intimidación, lo cual es enteramente coherente con los principios de un derecho penal sexual moderno. (Existe aquí una posible discusión técnica sobre cómo recuperar una graduación de la gravedad a la que también servía la distinción entre agresión y abuso, cuestión que ha dado lugar a grandes debates e, incluso, a una reforma posterior de la ley, pero en la que no entramos aquí por distanciarnos del asunto que nos ocupa). La pregunta sería, entonces, ¿en qué sentido la nueva reforma se separaría de un paradigma moderno y de una conceptualización del delito como un delito contra la libertad, es decir, en qué sentido superaría una conceptualización negativa del consentimiento? Como sostiene Bardavío Antón, es la consideración de la violación como un delito contra la libertad lo que justificaba para una parte de la doctrina hacer indiferente el medio comisivo para entender vulnerada la libertad sexual y es ese argumento el que se invoca para justificar este aspecto particular de la reforma. Si hay un giro hacia un concepto positivo de consentimiento (tal y como defienden sus proponentes) no viene exigido por la unificación de los delitos de agresión y abuso, algo que puede ser defendido sin pretender cambiar la definición de consentimiento en un sentido positivo o afirmativo. Para una discusión sobre esta cuestión ver M. ALCALE SÁNCHEZ, "Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021," *Revista Sistema penal Crítico*, n.º 2 (2021): 158–176. p. 27. Cf. C. BARDAVÍO ANTÓN, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual

sería cambiar de paradigma sino profundizar en la implantación del consentimiento definido dentro de los términos del derecho penal sexual moderno y, por tanto, de un consentimiento necesariamente negativo.

Las mismas leyes parecen pretender, por una parte, continuar una tarea inacabada (modernizar el derecho penal sexual) y, por otra parte, emprender una nueva dirección. Este segundo propósito se pone de manifiesto en el intento de ofrecer lo que se suele presentar como nuevas definiciones de consentimiento sexual que muchas veces son defendidas por sus proponentes como "positivas" o "afirmativas" [653]. En la línea de otras reformas europeas, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se ha presentado como una ley que viene a definir o a redefinir el consentimiento cuando establece que "sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona"[654]. Las tesis de Gruber parecen confirmarse nuevamente pues, allí donde la ley viene a prometer la clarificación del consentimiento es donde introduce aquello que ha generado mayor confusión, dudas y choque de interpretaciones. Algunos actores judiciales, ante esta modificación, han señalado que no supone ningún cambio en la manera de entender el consentimiento y que, por tanto, se trataría de una definición superflua o innecesaria[655]. Algunos autores apuntan

---

de las leyes del 'solo sí es sí': ¿legislando a martillazos?," en *La reforma de los delitos sexuales*, coord. Gemma Martínez Galindo. Barcelona: Bosch, 2023. 85–130. p. 92-92.

[653] El asunto, de nuevo, vuelve a ser confuso. La mayoría de las "nuevas" definiciones son importadas, con leves cambios, de la definición del consentimiento propuesta en el Convenio de Estambul que, sin embargo, no se refiere en ningún momento a la necesidad de definir el consentimiento en términos positivos o afirmativos. En su artículo 36 el Convenio insta a los países a tipificar como delito el sexo no consentido entendiendo que "el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. Ver Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, Estambul, 11 de mayo de 2011, Boletín Oficial del Estado núm. 137, 6 de junio de 2014.

[654] Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, 7 de septiembre de 2022. Artículo 178.

[655] En este sentido, se subraya que estas reformas no aportarían ningún elemento realmente nuevo a la propia definición de consentimiento que operaba ya en el derecho penal sexual y que no es otra que la que lo refiere a la voluntad. Las legislaciones europeas remiten el consentimiento a la "voluntad" y a su manifestación externa, más concretamente, a una voluntad "cognoscible" (Portugal), "aparente" (Alemania), "exteriormente perceptible" (Eslovenia) o "manifestada mediante actos" (España), es decir, un querer que debe evidenciarse exteriormente. En esta línea interpretativa, el CGPJ consideró en su momento, al pronunciarse sobre la introducción de la definición de consentimiento que incorporaba el proyecto de ley presentado por el gobierno, que ésta no introducía ninguna novedad. Así, el Consejo argumentó que "la definición proyectada de consentimiento sexual resulta innecesaria" puesto que "resulta suficientemente significativa la definición de consentimiento ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española ("manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente")". Ver Informe legislativo del Pleno del CGPJ sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la

a que el problema consiste en que la aportación que hace la ley española no parece ser exactamente una definición de consentimiento (o de serlo sería una definición circular) sino más bien una petición añadida de claridad[656]. El mensaje de que el consentimiento ha de ser "claro", "evidente" o incluso "inequívoco"[657] -términos que suelen acompañar al consentimiento en las leyes europeas más recientes- parece emitir un mensaje pedagógico exhortando a la ciudadanía a ser transparente en su comunicación sexual. Ahora bien, el problema, precisamente, es que seguiría estando pendiente la pregunta acerca de qué significa un consentimiento claro o evidente, pregunta que, de no ser contestada claramente por las leyes (dando criterios concretos y rígidos acerca de cómo debe ser pedido y prestado el consentimiento) sigue haciendo del consentimiento algo que debe ser interpretado a partir de casos concretos y de contextos[658]. Esa búsqueda de la claridad no deja de parecer un cierto *desideratum* de la ley, expresado a través de textos legales que parecen[659] abrir la puerta a una forma más exigente de pedir el consentimiento[660] pero que, al mismo tiempo, no llegan a concretarse en una exigencia clara o precisa. En algunas leyes europeas (como es el caso de Finlandia o Suecia) las

Libertad Sexual. Ponentes: Roser Bach Fabregó, Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre. Año 2021.

656 Como afirma C. Castellví Monserrat "cuando el artículo 178.1 in fine CP dice que "sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente [...]", la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se ha manifestado libremente el qué? Y, obviamente, la respuesta es "el consentimiento", que quedaría exactamente igual de definido (o indefinido) que antes. Como prosigue el autor: "en realidad, el artículo 178.1 *in fine* CP dice lo siguiente: "sólo se entenderá que hay consentimiento cuando el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso expresen de manera clara la voluntad de la persona". Precisamente por ello, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento (pues no puede definirse una palabra con esa misma palabra), sino que añade un requisito" para que el consentimiento *se exprese de manera clara.* Ver C. CASTELLVÍ MONSERRAT. Op. cit., p. 495.

657 El Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual, presentado por el Ministerio de Igualdad, enero de 2020, art. 178.1. incluía una propuesta de redefinición del consentimiento que exigía que éste fuera manifestado "por actos exteriores concluyentes e inequívocos", una versión que fue después rebajada y sustituida por una redacción final incluida en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual menos exigente donde se exigía que el consentimiento fuera manifestado mediante "actos que, en atención a las circunstancias, expresen de manera clara la voluntad de la persona".

658 En esta línea J.A. RAMOS VÁZQUEZ. "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, (2023) pp. 230-255.

659 Si empleo la palabra "parecer" es, precisamente, para subrayar la ambigüedad del asunto. Que una petición de "claridad" (única novedad que introduciría la Ley 10/2022 sobre el consentimiento) implique un cambio de paradigma en la conceptualización del consentimiento parece cuanto menos discutible. Es a partir del discurso que ha acompañado a la reforma o de la interpretación que hace el Ministerio Fiscal en su Circular 1/2023, de 29 de marzo, que cabe interpretar que el sentido del texto es exigir un consentimiento entendido en los parámetros del modelo positivo anglosajón.

660 Ver Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, p. 16.

nuevas "definiciones" del consentimiento sexual parecen recomendar ciertas formas concretas de expresar el consentimiento sugiriendo consentimientos verbales[661], mientras, al mismo tiempo, renuncian a imponerlos, emitiendo un mensaje ambivalente y confuso -que no se sabe si proscribe o prescribe conductas- a caballo entre una ley negativa (que solo pretende prohibir) y una ley positiva (que quiere promover o proponer)[662].

Como hemos explicado ya, el diagnóstico de Gruber es que detrás de la confusión que rodea a las leyes del consentimiento positivo está una política penal que no asume explícitamente sus propios propósitos. Las leyes, forzadas a encajar con principios contrapuestos, dan lugar a una regulación opaca e incongruente[663]. Es esta la razón de que los argumentos a favor del consentimiento positivo sean a veces contradictorios[664]. Y es también lo que explicaría la indefinición que rodea permanentemente al concepto de consentimiento pero, por extensión, a otros conceptos fundamentales.

La noción de fuerza o de resistencia, dentro de la gramática del consentimiento afirmativo, parecen tener límites especialmente borrosos y son utilizadas para abarcar desde la lucha física contra el agresor hasta cualquier forma de oposición, disentimiento, muestra de rechazo, desacuerdo o expresión externa de una voluntad negativa[665]. La

---

[661] Finlandia, tras su reforma de 2023, establece que "la voluntariedad debe expresarse verbalmente, por comportamientos o de otra forma". Suecia, tras la reforma aprobada en 2022, estableció que "al evaluar si una participación es voluntaria o no, se debe prestar especial atención a si la voluntariedad se ha expresado a través de palabras, o acciones o de otras maneras". Ver Asociación Mujeres Juristas Themis, *El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Buenas prácticas y estrategia para combatir la violencia sexual desde la perspectiva de género* (Palma: Instituto Balear de la Dona, 2018).

[662] Sin duda, introducir el requisito de que el consentimiento fuese verbal sí supondría una clara redefinición del consentimiento y ello, precisamente, porque establecería rígidamente qué ha de entenderse por consentir "positivamente" más allá de todo contexto.

[663] En esta línea, algunos autores, señalan el carácter internamente contradictorio de las legislaciones norteamericanas ver J. F. DECKER y P. BARONI. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101 (4), pp. 1081-1169, 2012.

[664] Otra de las confusiones o contradicciones que rodean al consentimiento positivo tiene que ver con la relación que estas propuestas de reforma penal mantendrían con las normas y convenciones sociales vigentes. Por una parte se pueden encontrar argumentos que defienden que redefinir el consentimiento ligándolo a formas comunicativas o consensuales sería adaptar la ley a una norma social ya realmente existente. Así, castigar el sexo no comunicativo implicaría castigar a una minoría que es perfectamente capaz de comprender este requisito y que es plenamente responsable de saltárselo. Por otra parte, al insistir en las ventajas de hacer pedagogía social a través de las reformas del consentimiento afirmativo parece reconocerse justamente lo contrario: que es el conjunto de la sociedad el que tiene sexo dentro de parámetros culturales que deben cambiar. En este caso, señalan algunos críticos, se estaría asumiendo el castigo como mecanismo de transformación de los sentidos comunes, lo que supone asumir que se castiga por motivos de pedagogía social -en cierta forma, que se castiga de una forma ejemplarizante- a personas que actúan de determinado modo por estar educadas en una norma errónea. Sobre esta cuestión ver

[665] La imprecisión con la que aparece a menudo este concepto resulta llamativa si tenemos en cuenta el problema del que venimos, problema al que, supuestamente, el consentimiento venía a hacer frente. Hemos

presuposición de fondo es que es igual de injusto esperar una lucha violenta por parte de las mujeres que esperar una muestra de disconformidad y ello, además, con independencia del contexto y de la situación particular. Lo que se produce, por tanto, es una redefinición de la fuerza -es decir, una expansión-, que viene necesariamente exigida por la redefinición del consentimiento y su progresivo alejamiento de la voluntad[666]. Si dentro de las coordenadas de un paradigma negativo del consentimiento el sexo no consentido es sinónimo de sexo involuntario y viceversa, en el paradigma del consentimiento positivo se produce un desencaje entre ambas cosas. El sexo llevado a cabo *contra la voluntad* de la persona ya no coincidiría con el sexo *sin consentimiento*, que sería un criterio más exigente y, por lo tanto, requeriría algo más. Por supuesto toda la cuestión, el verdadero

dedicado muchas las páginas a demostrar que ha sido precisamente el derecho patriarcal -y una peculiar ordenación de los delitos sexuales a partir del modelo de la violación violenta-, el que ha prosperado a través de un concepto ambiguo de fuerza. No se comprendería nada del modelo jurídico del que venimos, tan persistente a lo largo de la historia, sin distinguir la fuerza, en sentido amplio, de la violencia (o fuerza física contra las personas). De hecho, la salida de dicho paradigma pasa, justamente, por exigir que lo que el delito sexual entiende como forzoso sea al menos tan amplio como lo que cualquier delito contra la libertad ha incluido dentro de su ámbito. La injusta exigencia de resistencia que el derecho penal contemporáneo les ha seguido haciendo a las mujeres se constata precisamente allí donde se demuestra que el derecho moderno, al mismo tiempo que entiende que hay muchos modos de forzar la voluntad de un sujeto -por ejemplo, en el delito de coacciones-, parece no estar dispuesto a entender la fuerza en un sentido igualmente amplio cuando se trata de delimitar el ataque sexual. Como subraya Gruber, desde las décadas de 1970 hasta la de 1990, la crítica del feminismo se dirigió contra legisladores o tribunales que "definían la fuerza de forma restringida para prohibir las relaciones sexuales forzadas con violencia, pero permitían una amplia variedad de relaciones sexuales forzadas de otro modo". La exigencia era ampliar el ámbito de los delitos sexuales y "algunas jurisdicciones lo hicieron ampliando la fuerza para incluir más situaciones, por ejemplo, la coacción "emocional" o "moral". Esta línea la secunda la judicatura española, por ejemplo, a través de la Fiscalía en su Circular: El concepto de «consentimiento sexual» ha experimentado una importantísima evolución en la doctrina y la jurisprudencia española. La necesidad de oponer resistencia activa por parte de la víctima como factor determinante de la ausencia de consentimiento, exigida por el tipo de agresión sexual, fue afortunadamente preterida en favor de nuevos criterios que pasaron a admitir que el carácter no consentido del acto puede ser revelado de cualquier otra forma (vid. SSTS 457/2022, de 11 de mayo; 828/2021, de 29 de octubre; 422/2021, de 19 de mayo; 664/2019, de 14 de enero). Circular, 18. Dicha ampliación de la fuerza se entendió como algo que iba justamente de la mano de la centralidad del consentimiento puesto que todo sexo no consentido era un sexo forzoso, es decir, realizado, como rezaba el libro de Susan Brownmiller, contra la voluntad de la persona. Dentro de esas coordenadas el sexo inconsentido era sinónimo de sexo involuntario y viceversa. Lo que introduce el paradigma del consentimiento positivo es un desencaje entre ambas cosas, el sexo llevado a cabo *contra la voluntad* de la persona ya no coincidiría con el sexo *sin consentimiento*, que sería un criterio más exigente y, por lo tanto, requeriría algo más. Por supuesto toda la cuestión, el fondo del asunto, descansa en qué consiste ese "algo más", algo que quizás sería esperable encontrar especificado en una nueva definición del consentimiento comúnmente aceptada por la doctrina.

[666] En los delitos contra la libertad se entiende que la voluntad y la fuerza -lo voluntario y lo forzoso en términos aristotélicos- se niegan el uno al otro y, por tanto, se delimitan mutuamente. Como afirma MacKinnon "La fuerza anula la autonomía, al igual que la negación de la autodeterminación es coercitiva. [...] cualquiera que mantenga relaciones sexuales sin quererlo ha sido *coaccionado* por algo, del mismo modo que alguien que ha mantenido relaciones sexuales porque quería no ha sido coaccionado en el sentido convencional. C. MACKINNON. *Are women human? : and other international dialogues* 2006, Publisher Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 237-238.

fondo o misterio del asunto, descansa en qué consiste ese "algo más"[667] que, como hemos venido sosteniendo, pretende ser el deseo y que no puede sino alejar la violación del paradigma jurídico que rige la comprensión de los delitos contra la libertad.

4. La crítica de MacKinnon al paradigma del consentimiento positivo

A lo largo de las páginas precedentes hemos ido señalando la influencia de las ideas y las tesis de MacKinnon en la doctrina positiva del consentimiento. Sin embargo, como vamos a ver, esta autora hace una contundente crítica al concepto de consentimiento positivo que es, quizás, una de las mayores demostraciones de la contradicción que recorre internamente a esta propuesta. Desde posiciones opuestas a las de Gruber, podemos decir que MacKinnon comparte el diagnóstico sobre la incongruencia de la doctrina positiva del consentimiento y también sobre las razones de la misma. Esta no se trata de una crítica cualquiera sino de la objeción de quien es ampliamente reconocida como la "gran inspiradora de las reformas legales en los delitos de violación desde los años ochenta"[668]. Janet Halley, en su texto *The move to affirmative consent* sintetiza las dos tesis en las que descansa, a su modo de ver, la deuda que el paradigma positivo tiene con las tesis del feminismo de la dominación. Por una parte, afirma Halley, "la fuerza[669] o la amenaza de la fuerza, dejarían de ser relevantes para pensar la violación y dicho viejo requisito "se satisfaría con las circunstancias coercitivas de la vida cotidiana"[670]. Por otra parte, "el requisito de no consentimiento se sustituiría por el de falta de deseo"[671]. También las tesis de Malón y de Gruber parecen poder sustentar este análisis de Halley. En efecto, cabe decir que los dos presupuestos sobre los que se apoya la búsqueda de un consentimiento positivo son la identificación de la fuerza con el poder y la identificación

[667] Dicho elemento, en la medida en la que sería, precisamente el elemento del que dependería la diferencia entre la doctrina positiva y la negativa, debería ser la diferencia específica a partir de la que construir una nueva definición del consentimiento unánimemente aceptada por la doctrina. Sin embargo, dicha definición unánimemente admitida no existe, siendo justamente esta cuestión la que es objeto de debate.
[668] A. MALÓN, Op. cit., p. 49.
[669] Recordemos, como hemos venido argumentando, que no se debe confundir fuerza en sentido amplio con violencia (o fuerza física sobre las personas).
[670] J. HALLEY, "The Move to Affirmative Consent". *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 42, no 1. pp. 257-279, 2016. p. 3.
[671] Ibid.

del consentimiento con el deseo. Y, según lo que había sido argumentado en el segundo capítulo de esta investigación, podemos entender por qué la teoría elaborada por MacKinnon permite iluminar el sentido de fondo y la dirección en la que apunta la transformación del concepto de consentimiento.

La primera de las identificaciones que hemos señalado -entre la fuerza y el poder- explica la irrelevancia y el carácter confuso que adquiere el concepto de fuerza dentro del nuevo paradigma del consentimiento. Lo que queda al otro lado del consentimiento afirmativo, lo que se pretende dejar fuera, no es la fuerza sino el poder. Consentir afirmativamente -ya sea mediante negociaciones recíprocas, síes verbales o afirmaciones entusiastas-, pretende ser un modo de escapar de relaciones sexuales atravesadas por el poder, entendiendo que son difícilmente separables de la violencia. Es precisamente la ubicuidad de ese poder la que justifica uno de los dos grandes argumentos sostenidos por quienes defienden abandonar el paradigma negativo del consentimiento, a saber, que éste obligaría a las mujeres a expresar su voluntad negativa en situaciones en las que no puede hacerlo (y que, se entiende, por lo tanto, que no serían contempladas al introducir la exigencia de que no existan *vicios de la voluntad*)[672]. Según los defensores de una redefinición positiva del consentimiento, entendido en su significación negativa, el consentimiento no permitiría entender "aquellos casos en los que la víctima calla por miedo durante la agresión"[673]. Sin embargo, para comprender las leyes, hay que explicitar sus presupuestos. La cuestión central es si esa imposibilidad de expresar una voluntad o consentimiento negativo está condicionada a ciertas circunstancias (que, por tanto, habría que delimitar) o si es una imposibilidad que debe ser asumida incondicional y definitivamente (verdadera asunción implícita que opera sin ser reconocida). En efecto, como hemos argumentado sobradamente, el paradigma del consentimiento negativo presupone la posibilidad de la negativa[674] y, por tanto, el legislador, partiendo de dicha

[672] En esta línea argumenta Patricia Faraldo cuando afirma que "la construcción de la violación en torno a la manifestación de la ausencia de consentimiento obliga a la víctima a decir que no o a expresar esa negativa de alguna forma". Ver FARALDO. Op. cit., p. 270.

[673] En esta línea M. NUSSBAUM, Martha Nussbaum. *Ciudades de la soberbia*. Barcelona: Paidós, 2022. p. 118.

[674] Como afirma el Consejo General del Poder Judicial "el modelo del veto o del no exige del sujeto pasivo una aportación comunicativa a fin de poder apreciar el delito: debe expresar de algún modo la voluntad contraria al acto". De este modo en supuestos de situaciones ambiguas o silencio, no concurriendo ninguna de las circunstancias específicamente tipificadas en el artículo 177.2, deberá estimarse que no existe delito" Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021. p. 200.

posibilidad, debe entender que si las mujeres no son capaces de expresar su disconformidad, deben ser evaluadas las circunstancias y el contexto. Si el derecho debe volver en esa dirección su atención es porque se debe imputar responsabilidad penal a un sujeto que, aun en situaciones que impiden a las mujeres consentir con libertad, no obstante realiza actos sexuales sobre ellas. Es posible, por tanto, que una mujer quede paralizada por el miedo, pero el legislador ha de partir de la presuposición de que las mujeres no se quedan paralizadas sin razón y que, por tanto, han de existir causas objetivas y externas de esa ausencia de respuesta. De otro modo, si no es esta la presuposición, se estaría defendiendo que el derecho parta de la presuposición de que las mujeres son sujetos que, con independencia de la realidad concreta y el contexto, son incapaces de expresar lo que quieren[675], lo cual solo puede conducir a asumir la imposibilidad generalizada del consentimiento. A lo que debe resistirse el legislador en un paradigma negativo del consentimiento es a asumir que la mujer es un sujeto incapaz de comunicar su voluntad *con independencia del contexto* y, por lo tanto, de modo general e incondicional. La elección de uno u otro modelo depende de sus presupuestos: en uno se presupone que, en ciertos contextos, las mujeres (como los hombres) no pueden decir que no, en otro se presupone que las mujeres (sólo las mujeres), más allá de toda condición objetiva, nunca pueden decir que no. Elegir la primera opción implica considerar que lo que impide a las mujeres expresar su voluntad es eso a lo que podemos llamar "fuerza", elegir la segunda conlleva abandonar el marco de la fuerza para sustituirlo por algo a lo que debemos más bien llamar "poder".

La infalible crítica que formulará MacKinnon al paradigma positivo del consentimiento consiste en subrayar que, si bien los defensores de la nueva norma han

[675] El modelo negativo del consentimiento no está limitado para comprender que una mujer quede "psicológicamente bloqueada por el shock o el miedo", argumento empleado por Faraldo para abandonar el no es no. Tampoco está limitado para comprender la ausencia de una negativa cuando la mujer "es incapaz de expresarse, resistir o huir por su estado etílico, el consumo de drogas o cualquier otra sustancia limitante", cuestiones que quedan amparadas cuando las legislaciones, en una comprensión amplia de la fuerza, exigen que concurran todos los requisitos del consentimiento, descartan todos los posible vicios de la voluntad y aportan una amplia variedad de posibles medios para cometer el delito. La cuestión relevante es que un modelo negativo de consentimiento debe partir de la presuposición de que dicho miedo o parálisis de las mujeres no se produce de la nada sino por razones objetivas que pueden y deben ser consideradas como parte del contexto. Es precisamente por ello por lo que ese tipo de legislaciones deben dirigir la atención no hacia el interior del deseo de la mujeres sino a la exterioridad circundante, a las circunstancias y al contexto en el que tiene lugar la relación sexual. Ver P. FARALDO-CABANA "'Solo sí es sí': hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación." En *Reformas penales en la Península Ibérica. A "jangada de pedra"?* M. ALCALE SÁNCHEZ (coord.) Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. p. 270.

asumido ya sus premisas -que no es posible esperar un "no" de las mujeres en un mundo patriarcal-, no han llegado consecuentemente a las conclusiones que se exigen ya de forma necesaria. Si la coacción, como defiende MacKinnon debe incluir "las circunstancias de coacción social", si la fuerza se ha expandido hasta coincidir con el poder, la doctrina del consentimiento afirmativo, para ser coherente consigo misma, debe, "apostarlo todo al problema de la fuerza y renunciar en última instancia al criterio del consentimiento"[676]. Esto es lo que intenta (sin conseguirlo) la nueva perspectiva positiva que, como afirma Malón, más que rechazar el concepto de fuerza, la redefine y la amplía "como algo tan ubicuo, tan omnipresente, tan estructural e interiorizado por hombres y por mujeres en su socialización, que solo un consentimiento afirmativo realmente explícito e inequívoco, podría, tal vez, ser considerado indicio de un consentimiento auténtico. Quizás ni eso"[677].

Y esa es, precisamente, la mala noticia que viene a traer MacKinnon, que, en efecto, ya no sirve ni eso. En *Violación redefinida* la autora comenta los intentos de reformar el concepto de consentimiento señalando que "se han añadido palabras -muchas palabras- para intentar convertir el consentimiento en la garantía significativa de libertad sexual [...] injertando términos prefijados como positivo, [...] afirmativo"[678]. La autora señala que "puede parecer un paso en la dirección correcta. [...] Desde el punto de vista de la desigualdad de sexos, considerar que las relaciones sexuales en las que una mujer no acepta afirmativamente son violación es una mejora [...] Pero proteger del escrutinio de la desigualdad todas las situaciones en las que una mujer dice que sí es como decir que cualquiera que firma un contrato está en una relación de igualdad [...] La pornografía está llena de síes"[679]. Para MacKinnon, mientras el paradigma positivo del consentimiento se mantenga en un estado de contradicción interna -es decir, mientras no se decida a asumir que las premisas sobre las que se asienta le debería llevar a invalidar el concepto de consentimiento- corre el riesgo de incurrir en el mayor de los errores. Y en esto MacKinnon tiene indudablemente la razón: "sí" no siempre significa sí, no puede significarlo. Como afirma Schulhofer, "en situaciones dominadas por la disparidad de poder, simplemente decir sí no significa que yo haya adoptado libremente una elección

[676] A. MALÓN. Op. cit., p. 182.
[677] Ibid.
[678] MACKINNON. "Rape Redefined". *Harvard Law & Policy Review,* 10, 431-477, 2016, p. 460-461.
[679] Ibid.

sexual"[680]. La contradicción interna que recorre el paradigma positivo del consentimiento es que pretende validar los síes de las mujeres en un mundo en que, según ha asumido, no serían posibles los noes. MacKinnon, con toda razón, señala esta posición como insostenible y advierte contra todos los peligros que comportaba el contrato sexual para las mujeres. En un mundo donde no se puede decir que no, lo más peligroso es pedirle un sí a las mujeres. Era ese, en efecto, el principal argumento de Pateman: que en condiciones en las que no se puede decir que no, ningún sí puede ser validado y que esa trampa es a la que abre la puerta el contrato.

MacKinnon reconoce las buenas intenciones de los defensores de un cambio hacia un modelo positivo y entiende que para los mismos "el concepto de consentimiento basa su atractivo social en el supuesto de que sustituye al deseo"[681], sin embargo, recuerda a sus partidarios que, mientras sigamos en un marco "liberal" estaremos atrapados en el problema del liberalismo. La propuesta es, por tanto, asumir que hay que abandonar los límites que el derecho moderno impone y eso significa, exactamente, una "jurisprudencia feminista" que haga emerger el género de los sujetos en vez de tratarles meramente como individuos. Es eso, en última instancia, lo que significa concebir la violación como un problema de *desigualdad* (o de discriminación) y no como un ataque a la libertad o a la voluntad individual. "El énfasis en la falta de consentimiento como elemento definitorio de la violación considera el delito fundamentalmente como una privación de la libertad sexual, una negación de la autodeterminación individual. Por otro lado, el *énfasis* en la coacción como elemento definitorio considera la violación fundamentalmente como un delito de desigualdad, ya sea de fuerza física o de otro tipo, de estatus o de relación. […] Las definiciones de violación basadas en la coacción *ven el poder* —la dominación y la violencia—. [...] Mientras que las definiciones de consentimiento tienden a enmarcar los mismos acontecimientos como interacciones atomísticas entre individuos, las definiciones de coacción son más expresamente sociales, contextuales y colectivas, en el

[680] Es decir, la claridad que aporta el lema "no es no" no puede ser aportada por el "sí es sí". Pues si bien tiene sentido reclamar desde el derecho la validez de todo no -es decir que todo no, *con independencia del contexto,* sea tomado como una prueba negativa de voluntad-, es sumamente peligroso reclamar la validez de todo sí -no todo sí, con independencia del contexto puede ser tomada como una prueba positiva de voluntad-. En esta línea argumenta Schulhofer cuando afirma que "por todas las razones expuestas por la profesora MacKinnon, "sí" no significa siempre sí. Ver SCHULHOFER. "Reforming the Law of Rape". *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 35, 2017. 335-352. p. 342.
[681] MACKINNON. Op. cit., p. 457.

sentido de que se basan en el grupo"[682]. La propuesta, por lo tanto, es clara y sincera: se trata de superar el marco del derecho moderno[683] ampliando el concepto de fuerza (o coacción) para poder combatir desigualdades de poder estructurales. Si los defensores del consentimiento afirmativo quieren impugnar la falsa neutralidad de las leyes hechas desde el punto de vista masculino[684], el derecho debe partir de la desigualdad de los sexos y tratar a los sujetos individuales como miembros de un grupo inserto en una determinada estructura social[685]. En definitiva, para MacKinnon, el deseo no puede ser el argumento para restituir la validez de los contratos sexuales -es decir, de los síes particulares- sino para establecer desde la ley los límites del sexo lícito a partir de lo que las mujeres (todas las mujeres) desean o, más bien, *desearían*, estableciendo así el carácter violento, degradante, humillante o agresivo de determinadas prácticas sexuales al margen del criterio del consentimiento.

Considero que esta intervención de MacKinnon debe ser atentamente escuchada en la medida en la que la autora, desde una gran honestidad intelectual, desarrolla los argumentos con extrema coherencia. En los términos que proponemos en esta investigación esta crítica de MacKinnon representa una demostración de que, si el consentimiento abandona su atadura a la voluntad y se encamina hacia el deseo, se abren a su vez dos posibilidades. La primera es la de buscar ese consentimiento deseante dentro de la gramática de un derecho penal sexual moderno, allí donde el consentimiento ha de ser siempre individual e intransferible. La segunda asume el establecimiento de una ética sexual o moral colectiva que delimite el sexo deseable (justo, igualitario) desde el

[682] C. MACKINNON, *Are women human? : and other international dialogue*s. Publisher Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 237-238.

[683] Recordemos que concebir la violación como un delito contra la persona y no como un ataque a la honestidad femenina había abierto la puerta a una descualificación sexual del delito. Dentro del paradigma del consentimiento las leyes empezarán a conceptualizar el ataque sexual como algo que también pueden cometer las mujeres y como algo que también pueden sufrir los hombres. Sin embargo, para MacKinnon, "los derechos abstractos dan autoridad a la experiencia masculina del mundo" y, por lo tanto, esta neutralidad de la ley sexual, lejos de entenderse como un progreso, no es sino el modo de seguir legislando desde y para los intereses masculinos, aunque ahora de un modo más invisible y encubierto. C. MACKINNON. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995. p. 445.

[684] Así argumenta, por ejemplo, Faraldo en P. FARALDO-CABANA. "Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales", en *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* / coord. por Silvia Rodríguez-López, María-Ángeles Fuentes-Loureiro; Patricia Faraldo-Cabana (dir.), María Acale Sánchez (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

[685] En los términos de MacKinnon "la cuestión básica sería: ¿participa tal práctica en la subordinación de las mujeres a los hombres o no forma parte de ella? [...] En la medida en que la ley feminista encarna el punto de vista de las mujeres se dirá que su ley no es neutra, pero tampoco lo es la ley actual". C. MACKINNON. Op. cit., p. 445-446.

derecho. MacKinnon argumenta que la única versión coherente con el feminismo radical y la voluntad de combatir las estructuras de poder, es la que abandona definitivamente el marco del "liberalismo" e impugna la validez de los contratos sexuales y los síes particulares. Solo a partir de la asunción de criterios normativos asumidos colectivamente -y no, por tanto, a partir de una negociación entre individuos- se pueden invalidar determinados síes que la ley debe poder invalidar -entre ellos el sí de la trabajadora sexual o el sí de la mujer masoquista- con independencia de lo que particular e individualmente digan las mujeres. Y eso significa dejar definitivamente atrás el criterio del consentimiento.

5. La inesperada vuelta del contrato

A partir de esta crítica de MacKinnon se puede comprender la reaparición de una identificación entre el consentimiento y el contrato en los actuales discursos del consentimiento. Como sostiene MacKinnon, en la doctrina del consentimiento positivo, emerge necesariamente una forma contractualista del consentimiento que en los términos de un derecho penal moderno, como argumentan Garcia, no se da mientras se entienda el consentimiento como un permiso. Al mismo tiempo, permite comprender que esa aproximación entre el consentimiento y el contrato se produce por tratar de perseguir una identificación entre el consentimiento y el deseo que MacKinnon sí comparte como horizonte (aunque defienda que hay que buscarla por una vía normativa). Como se evidencia en las posiciones de teóricas del consentimiento positivo como Pineau o Chamallas, existe, como punto de partida, una insatisfacción con lo que la ley penal puede prometer dentro de un paradigma jurídico penal moderno. Estas autoras buscan aquello que el consentimiento negativo, en efecto, no puede ofrecer, a saber, la mutualidad, la reciprocidad o el cuidado por el deseo de la otra persona. El problema consiste precisamente en que, al buscarlo dentro de la propia esfera jurídica y de un derecho penal moderno (o "liberal" en la terminología de MacKinnon), se reencuentran con lo que el derecho moderno tiene que ofrecer y eso no es sino el contrato. Como argumenta Garcia, si hay un acuerdo jurídico que es recíprocamente positivo, que implica compromisos mutuos entre las partes y que no requiere de un sujeto activo y otro pasivo porque ambos

agentes son activos, esa es la figura del contrato[686]. Los análisis de Gruber sobre los puntos principales de controversia donde se condensan los debates actuales permiten sostener la misma idea: que positivizar el consentimiento es contractualizarlo. De ahí que, bajo el paradigma del consentimiento afirmativo, el consentimiento sexual se defina mediante términos tan propios de la retórica jurídica contractual y mercantil ("mutualidad" o "negociación") y de ahí que la figura del consentimiento parezca tener que absorber algunas características que definen a esta institución jurídica en el derecho civil y privado y que han sido siempre consideradas demasiado rígidas y estrictas para ser transportadas al ámbito penal[687].

Esta deriva contractualista nos conduce a las versiones más liberales (o neoliberales) del concepto y ello explica la crítica que una serie de autoras están haciendo a unos discursos del consentimiento que, bajo la pretensión de una inverosímil transparencia, parecen aspirar a convertir el deseo mismo en el objeto de un contrato. Esta es la crítica que plantea Katherine Angel contra lo que ella misma describe como un poderoso discurso que hace descansar en la clarificación del deseo, la validez del consentimiento. "En los últimos años han aflorado dos requisitos para el sexo satisfactorio: consentimiento y autoconocimiento. En el terreno sexual, donde el concepto de consentimiento es el rey supremo, las mujeres deben tomar la palabra…y deben tomar la palabra con respecto a lo que quieren. También deben, por tanto, saber qué es lo que quieren"[688]. Angel cuestiona así un discurso que parece prometer a las mujeres placer, satisfacción y felicidad -lo que la autora denomina *buen sexo*- a partir de acuerdos contractuales. "El énfasis en la expresión clara del deseo -en saber lo que una quiere, en expresar el consentimiento entusiasta"[689], en definitiva, esta equiparación del consentimiento con la claridad absoluta "carga el peso de la interacción sexual satisfactoria en el comportamiento de la mujer, en lo que ella quiere, en lo que pueda

[686] Manon Garcia identifica el consentimiento "activo" con el contrato. M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 36.
[687] La búsqueda de formas verbales para el consentimiento sexual supone un distanciamiento con respecto al acuerdo alcanzado en la doctrina penal de adoptar una teoría de la dirección intermedia (entre la teoría de la declaración de voluntad y la teoría de la declaración de la voluntad) que, según Mir Puig "exige (sólo) que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos en el derecho civil", ver S. MIR PUIG, *Fundamentos de derecho penal y Teoría del delito*. Barcelona: Editorial Rappertor, 2019. p. 228.
[688] K. ANGEL. *El buen sexo mañana. Mujer y deseo en la era del consentimiento*. Barcelona: Alpha Decay, 2021. p. 19.
[689] K. ANGEL. Op. cit., p 27.

saber y decir sobre sus deseos, en su capacidad para ejercer un yo sexual seguro de sí mismo garante de que el sexo sea mutuamente placentero"[690]. La contrapartida de exigir a los hombres que antes de tener ninguna aproximación sexual conozcan el deseo íntimo de la mujer es que se traslada a ellas la obligación de saber expresar nítidamente lo que desean. Angel cuestiona la coherencia de un discurso que parece muy consciente de las dificultades de decir que no, pero que, sin embargo, se muestra ingenuamente confiado en la facilidad de decir que sí. Pero, sobre todo, la autora se pregunta acerca de cuál es el sujeto presupuesto por unos discursos que parecen abocarnos a una relación sexual absolutamente programada y donde no parece poder tener lugar la contingencia y la incertidumbre. Angel detecta el surgimiento de un sujeto masculino y neoliberal bajo la exigencia de que las mujeres conozcan y gobiernen sus deseos y critica esa exigencia como una condición inaceptable que debe ser rechazada por parte de las mujeres. "Resulta tentador insistir en que son las propias mujeres quienes gobiernan sus deseos; que saben categóricamente lo que desean. Pero ¿acaso alguien se gobierna a sí mismo? [...] las mujeres no se gobiernan a sí mismas, y no porque, a diferencia de los hombres, tengan dificultades para detectar sus deseos "auténticos", sino porque nadie, quizás especialmente en lo tocante al sexo, se gobierna a sí mismo. Y además, ¿por qué debería la mujer conocerse a sí misma para estar a salvo de la violencia?"[691].

Para la autora el problema del modo en el que el consentimiento se abre paso en la reflexión actual sobre la sexualidad es que presupone un sujeto del saber al que debe asistirle una inverosímil auto trasparencia, un sujeto que ha de conocer sus deseos *antes* de la interacción sexual. Puesto que la comunicación de ese querer -eso que llamamos hoy "consentimiento"- debe preceder al encuentro mismo, se exhorta a las mujeres (destinatarias de este discurso) a prever su deseo, a saberlo de antemano, a conocerlo con independencia de la relación con los demás, a exponerlo, a declararlo, a acordarlo. El problema es que "no siempre sabemos lo que queremos [...] La retórica del consentimiento implica que el deseo está ahí, a la espera, perfectamente formado en nuestro interior, listo para que lo saquemos. Pero nuestros deseos surgen de la interacción, no siempre sabemos lo que queremos, a veces descubrimos cosas que no sabíamos; a veces descubrimos lo que queremos solo cuando lo hacemos"[692]. Lo que se anula en los

[690] K. ANGEL. Op. cit., p. 22.
[691] K. ANGEL. Op. cit., p. 119.
[692] K. ANGEL, Op. cit., pp. 55-56.

nuevos términos de este paradigma positivo del consentimiento es la vulnerabilidad y la interdependencia de un sujeto que no desea de forma independiente y que, al contrario, requiere del otro para incluso descubrir (algo de) su propio deseo.

Esta crítica a la transparencia del deseo es formulada por otras autoras como Butler, Leguil o Garcia, que señalan también el carácter masculino de un sujeto que puede desear sin necesitar ser afectado por el otro. La idea de poder intercambiar el deseo antes de que se inicie el encuentro "se basa en un modelo masculinista del deseo, concebido como una excitación sexual ya presente que buscaría encontrar el modo de desfogarse"[693]. También Alexandra Kohan, desde un feminismo en diálogo con el psicoanálisis, plantea esta misma crítica cuando advierte que los actuales discursos del consentimiento parecen retrotraernos a una "época prefreudiana". "Ciertos discursos actuales producen diversas formas de negación del inconsciente y de aquello que del erotismo no es controlable, aquello que del cuerpo es exceso. Esos discursos van configurando los modos en que la época concibe las relaciones amorosas y presuponen un *sujeto de la voluntad*. Se pretende que no haya opacidad en el cuerpo, en el erotismo, en el lenguaje y en las relaciones con los otros"[694].

Si no hay opacidad, y si -como se promete- puede depender de los sujetos que no la haya, el consentimiento, en efecto, parece poder garantizar un buen sexo y el mal sexo tiene siempre un culpable, que, como Angel advierte, puede ser también la mujer. "Al pedir a la mujer que descubra, conozca y confiese sus deseos reprimidos, contraponemos el autoconocimiento a la represión, la transparencia a la opacidad. Si una mujer no conoce ni manifiesta sus deseos es, a todos los efectos prácticos, culpable de su propia represión…y también de la coerción que otros ejerzan sobre ella"[695]. Si hay opacidad, si el deseo no puede convertirse en eso que el derecho le pide a la voluntad, entonces el deseo ha de separarse del consentimiento. "Todo esto no significa que debamos tirar por la borda el consentimiento: es fundamental y es el mínimo más básico, pero no puede cargar con el peso de todos nuestros deseos de emancipación. Debemos ser claras en cuanto a sus limitaciones. El consentimiento, -acceder a mantener relaciones sexuales- no

[693] M. GARCIA, Op. cit., p. 237.
[694] A. KOHAN, "Eros: una resistencia política a la vigilancia y el disciplinamiento", en M. LAMAS y M. PALUMBO, *Deseo y conflicto. Política sexual, prácticas violentas y victimización*. México: Fondo de Cultura Económica, 2023. p. 219 (la cursiva es mía).
[695] K. ANGEL, Op. cit., pp. 116-117.

debe fusionarse con el deseo sexual, el disfrute o el entusiasmo. Y no porque debamos resignarnos al sexo insatisfactorio, sino precisamente porque no debemos hacerlo"[696].

Esta misma preocupación por la identificación entre el consentimiento y el deseo -y este mismo intento de separarlos- caracteriza la posición de Joseph Fischel. En su libro *Screw Consent*. *A better politics of sexual justice*, Fischel aborda los límites que los actuales discursos del consentimiento, ligados a una estrategia legalista, presentan de cara a poder construir una mayor justicia sexual. El autor, que defiende la insuficiencia del consentimiento para abordar lo que considera una necesaria reflexión ética sobre la sexualidad, se aleja de la que considera que es la inercia cultural de nuestros tiempos, a saber, tratar de remediar la debilidad del consentimiento engrosando el concepto y convirtiéndolo en un contenedor cada vez más abarcante. Su crítica se dirige contra esa asociación, hegemónica hoy en el contexto estadounidense, entre consentimiento y placer, una asociación que lleva a sus portavoces más entusiastas a defender, que el consentimiento sexual puede garantizar un buen sexo o, incluso, "un sexo increíble"[697]. Fischel se preocupa por el modo en el que dichos discursos hablan hoy a los jóvenes y configuran la propia experiencia sexual de las personas[698]. A través de una política educativa en la que gobiernos e instituciones norteamericanos han invertido ingentes recursos se traslada el mensaje de que "el consentimiento entusiasta, del que podemos inferir deseo, no solo es el punto de partida para el placer sexual, sino que prácticamente lo garantiza"[699]. La desafortunada contrapartida de esta promesa es "la codificación cultural del sexo no deseado entusiastamente como agresión"[700]. "Me temo que cuanto más equiparemos el consentimiento con el deseo, el placer o el entusiasmo, más se sentirán los estudiantes agredidos sexualmente cuando el sexo no salga bien o cuando no sea tan espectacular como esperaban. El sexo aceptable, del que nos arrepentimos, no entusiasta y desagradable se experimentará retroactivamente como agresión si el no

[696] K. ANGEL. Op. cit., p. 48.
[697] S. J. MACHLUS, *La palabra más sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*. Vergara. 2019. Versión Kindle, p. 27.
[698] Fischel advierte que "en el momento actual de la política sexual -llamémoslo el Momento del Consentimiento- corremos el riesgo de convertir el consentimiento en deseo, en placer, no (todavía) como una cuestión de ley o política [...] sino como una cuestión de retórica política y, muy posiblemente, de experiencia fenomenológica", J. FISCHEL. *Screw Consent. A better politics of sexual justice*. California: University of California Press, 2019, p. 3.
[699] J. J. FISCHEL, *Screw Consent: A Better Politics of Sexual Justice*. Oakland: University of California Press, 2019. p. 2.
[700] J.J. FISCHEL. Op. cit., p. 4.

arrepentimiento, el entusiasmo, el placer y la condición de tener que ser "mejor que OK" se conceptualizan culturalmente como ingredientes necesarios para el consentimiento"[701]. La intención del autor es tratar de separar lo que cada vez se encuentra más confundido, recordando que se puede consentir a experiencias no agradables o placenteras y que se puede disfrutar con un sexo no consentido. "Independientemente de cómo definamos el elemento "entusiasta" del "consentimiento entusiasta" es simplemente falso que el consentimiento entusiasta, -o, en realidad [...], cualquier consentimiento- sea necesario para que una experiencia sea placentera. [...] podemos consentir al azar o de forma ambivalente a un sexo fantástico y consentir fantásticamente a un sexo decididamente aburrido"[702].

Estas críticas de Fischel, Kohan o Angel muestran el asunto que venimos abordando en esta investigación desde una nueva perspectiva. Habíamos planteado ya que la identificación del consentimiento con el deseo puede conducir a ciertos feminismos (nos referimos a las posiciones prohibicionistas de la pornografía y del trabajo sexual fundamentadas en las posiciones teóricas de MacKinnon) a la negación de la validez de la voluntad femenina a través del requisito de que el querer femenino sea "algo más" que una mera aceptación voluntaria. Esta condición de que el querer femenino sea una voluntad necesariamente deseante puede, por tanto, limitar los poderes de la mujer como sujeto jurídico. El problema, no obstante, puede plantearse desde el otro lado, a saber, el que se pregunta por las consecuencias que esa identificación con la voluntad supone para el deseo.

Como afirma MacKinnon, si el deseo femenino no es convocado como fundamento para el establecimiento de una norma general de lo que es deseable y lo que no -como proponen Pinau o MacKinnon-, es decir, si ha de ser pensado como un deseo individual de cada mujer y no como una normatividad colectiva, entonces debe ser un deseo plenamente comunicable y expresable *antes de la propia relación sexual*. Es aquí donde la propuesta de ligar el consentimiento al deseo deriva hacia una concepción del encuentro sexual en términos de contrato. El consentimiento implica entonces a un sujeto que, en vez de limitarse a conceder una mera autorización revocable, debe ser capaz de

[701] J.J. FISCHEL Op. cit., p. 19.
[702] J.J. FISCHEL Op. cit. p. 2.

prever satisfacciones y placeres. Y nos deslizamos entonces hacia un peligroso escenario en el que las promesas se aproximan a las obligaciones: si "la persona no recibe la experiencia sexual concreta que esperaba ha sido, en cierto modo, perjudicada, engañada de un bien al que se siente con derecho"[703]. Como afirma Ann Cahill, comentando la propuesta contractualista de Belliotti[704], "si los encuentros sexuales son esencialmente contractuales, entonces es concebible imaginar una situación en la que una persona, al cumplir con su parte del contrato, exija razonablemente a la otra que cumpla con la suya"[705]. La identificación entre el sexo insatisfactorio y el sexo no consentido que señalan Fischel o Angel no puede sino deslizarse hacia la idea de un "derecho al sexo" o -en este caso- un derecho a determinado sexo, consecuencia inevitable de la positivación del derecho en la esfera sexual[706].

Al convertir el deseo en el criterio que debe buscar el derecho y obligarle a insertarse en el entramado de la ley, debe convertirse en un deseo transparente, autoconsciente, un deseo que se sabe, que se puede expresar con claridad y que, en la medida en la que debe ser previsto, debe mantenerse el tiempo o, incluso, debe poderse asegurar. Si el contractualismo reaparece por la vía menos esperada es porque, bajo los discursos del consentimiento positivo, el deseo, desprovisto de opacidad, parece poder convertirse en una infalible voluntad. El deseo, obligado a encajar con el consentimiento, se convierte necesariamente en un deseo voluntarioso impelido a responder a las demandas -de independencia, autonomía, transparencia, consciencia, saber, identidad- que se le hacen a la voluntad. De este modo, lo que parece ser una apertura a lo desiderativo y gozoso -el consentimiento entusiasta- se revela, paradójicamente, como

[703] A. CAHILL. Op. cit., pp. 182-183.
[704] Ver R. A. BELLIOTTI. *Sexual Morality*. Totowa, NJ: Rowman and Littlefield, 1979.
[705]A. CAHILL. Op. cit., pp. 182-183.
[706] Considero que algunos de los actuales debates jurídicos que se abren dentro del paradigma afirmativo -como el estatuto del engaño en el consentimiento sexual- emergen en parte por la inevitable aproximación de la figura del consentimiento sexual a un marco conceptual más próximo al contrato donde se plantea la posibilidad de asumir la validez y el carácter jurídicamente vinculante de las promesas sexuales hechas por ambas partes. Creo que bajo estas claves hay que entender los actuales intentos de reconsiderar el engaño como medio comisivo de la agresión sexual. Como afirma J. A. Ramos Vázquez en un interesantísimo texto "si aceptamos que el engaño es un vicio del consentimiento que anula el contrato sexual, ¿por qué no aceptamos la obligación de cumplir el contrato por ambas partes? ¿por qué no aplicamos la máxima de que los contratos no pueden quedar librados a la interpretación y voluntad de sólo una de las partes? Y la respuesta a esta y a otras aporías es, sencillamente, que la metáfora del contrato refleja pésimamente la realidad de las interacciones sexuales". Ver J. A. RAMOS VAZQUEZ, "El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento", en J. R. AGUSTINA (coord.) *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 167-177.

una constricción del deseo, que tiene que encajar no sólo con las expectativas de transparencia y claridad sino también con los requisitos morales de ser un deseo virtuoso. ¿Al fin y al cabo en qué otra presuposición podría descansar la pretensión de que una interacción sexual entusiastamente deseada fuera respetuosa, amable y afectuosa sino en la idea de que el deseo es garantía de eticidad? Como señalan Fischel y Angel, identificar el consentimiento con el deseo puede oscurecer la vivencia de desear algo a lo que no se consiente o no se quiere consentir e, incluso, puede trasladar al sujeto un sentimiento de culpa por experimentar una incongruencia entre ambas cosas cuando el mensaje es que deben ser la misma.

De nuevo, son las presuposiciones filosóficas de determinada teoría feminista (de MacKinnon) las que dotan de sentido la propuesta del consentimiento positivo, pues sólo bajo la asunción de los términos en los que el feminismo de la dominación entiende el deseo femenino, tiene sentido identificar el consentimiento con el deseo. Dicha equiparación descansa en la idea de que el deseo femenino es diferente del deseo masculino y que, mientras el deseo de los hombres vuelve inseparable el sexo de la violencia, el deseo erótico de las mujeres está esencialmente ligado al afecto, al cuidado y al amor. Es así como, dándole la palabra a ese tipo de erotismo femenino, bajo los términos de una concepción feminista que, como ha señalado Raquel Orborne[707], asigna a las mujeres un deseo romántico, pretendemos civilizar el sexo. La presuposición oculta es que las mujeres no pueden desear entusiastamente algo incivilizado, irrespetuoso, agresivo o atroz. Una vez más, por tanto, llegamos a una premisa que, si bien opera de forma encubierta dentro del paradigma positivo, ha sido nítidamente explicitada por MacKinnon, una autora que es con mucha justicia reconocida -tanto por seguidoras como por críticas- por la honestidad y coherencia de su pensamiento.[708]

Como argumentamos en el capítulo tercero, si se quiere proteger al consentimiento sexual de devenir un contrato sexual hay que mantenerlo restringido a la figura del permiso y otorgarle una naturaleza estrictamente negativa, lo que debería llevarnos, como demanda Angel, a ser conscientes de sus límites y de todo lo que el

[707] Ver R. OSBORNE. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002.

[708] "Si el sexo es igualitario [...] lo que lo hace íntimo, interactivo, conmovedor, comunicativo, cálido, personal y amoroso es la mutualidad, la reciprocidad, el respeto, la confianza, el deseo, así como a veces, la esperanza de volar a la luna y la determinación compartida de escapar de las ataduras de las convenciones y nadar juntos contra la corriente, no la aquiescencia unilateral ni la obediencia ritualizada ni el intercambio de sexo por otros tesoros" C. MACKINNON. "Rape redefined", *Harvard Law & Policy Review*, 10 (2) 2016. p. 489.

consentimiento *no puede* garantizar. Si, por el contrario, se quiere convertir el consentimiento en un acuerdo positivo, entonces hay que asumir dos consecuencias. En primer lugar, que, como advierte MacKinnon, eso significa volver válidos y vinculantes los síes, transportándonos de nuevo al problema frente al que ya había alertado Carole Pateman. El consentimiento positivo es el intento de dar solución al problema expuesto por MacKinnon (la pasividad y objetualización de las mujeres y la ausencia de mutualidad en una sexualidad heterosexual). Sin embargo, recurriendo a la forma jurídica de asegurar la mutualidad entre dos sujetos del consentimiento -que no es sino el contrato- dicha "solución" se precipita en el problema que ya había sido señalado por Pateman[709]. Retorna así un tipo de consentimiento extremadamente liberal y, en efecto, contractual, es decir, un consentimiento que quiere dar validez a los síes independizando dicha validez del consentimiento de que estos síes vengan resguardados siempre por la posibilidad permanente de la negativa y, por lo tanto, por las condiciones (externas) de posibilidad de la negación. En segundo lugar, ese consentimiento contractual, que se adentra en el escenario de los compromisos mutuos y las promesas, exige al sujeto conocer de antemano lo que no puede aun conocer, restaurando un sujeto liberal enteramente inverosímil y exponiendo a las mujeres -o, quizás (ahí está la trampa) precisamente a las mujeres- a ser responsables de promesas de deseo por cumplir o culpables de promesas de deseo incumplidas[710]. Para salvarnos de los peligros señalados por Pateman -la contracción de deberes y obligaciones sexuales- y no restaurar un sujeto inverosímil de la voluntad -que conoce de antemano su deseo- el consentimiento ha de poder tener una

[709] En este punto es llamativa, por inconsistente, la posición defendida por Rosa Cobo cuando, contraponiendo dos modelos de consentimiento en el actual panorama jurídico –"el consentimiento como disposición bilateral y el consentimiento como permiso unilateral"- considera que el primero no vulnera la libertad sexual. Este tipo de posición es incompatible con la posición de Pateman (que este feminismo dice defender) y, por supuesto, con las advertencias de MacKinnon (autora que también pretende seguir esta corriente feminista). La confusión entre el consentimiento en el derecho penal y el contrato es evidente cuando la autora asocia el consentimiento como permiso unilateral con la crítica de Pateman a la prostitución. Este tipo de posición impide comprender lo que implican las distintas figuras del consentimiento en la ley y acaba por volver incomprensible la propia crítica de Pateman que, tanto al criticar la prostitución como el matrimonio, está criticando un contrato sexual que, en la medida en la que es precisamente bilateral, implica deberes y obligaciones para las mujeres (los deberes conyugales en el caso del matrimonio). Ver R. COBO. *La ficción del consentimiento.* Madrid. Catarata, 2024. p. 60-61.

[710] Esto es lo que, expresado en sus propios términos, detecta Gruber cuando afirma que para el consentimiento sexual "el marco contractual es a la vez excesivo e insuficiente. Podría dictar que el acuerdo sexual obtenido mediante engaño, contaminado por la intoxicación o que no cumpla las formalidades, no es válido, lo que daría lugar a leyes excesivamente amplias. Al mismo tiempo, los principios contractuales podrían permitir a los acusados obtener el consentimiento sexual aprovechando el miedo, la inseguridad o la falta de poder de negociación, siempre que ese comportamiento no equivalga a la coacción que vicia un contrato. Ver A. GRUBER, "Consent Confusion". *Cardozo Law Review* 38, no. 2, 2016. p. 417.

forma no recíproca, es decir, ser un permiso unilateralmente retirable y no un compromiso mutuamente exigible. El consentimiento, por tanto, en la esfera sexual, no puede nunca ser un contrato, no debe serlo. Y eso, que nos devuelve de nuevo al marco negativo, revela la insuperable insuficiencia de la ley para abordar lo que el feminismo espera y no debe dejar de esperar del sexo.

6. El consentimiento como *ficción*

La opacidad ligada al cuerpo, al erotismo y al deseo que Angel quiere poner sobre la mesa es reivindicada por autoras como Drucilla Cornell, Clotilde Leguil o Louise du Toit, que exploran también el concepto de consentimiento a partir de una concepción del sujeto en diálogo con el psicoanálisis. También Butler pone en juego esta perspectiva, defendiendo una posición desde la cual la autora abordará el consentimiento sexual como concepto que reclama y autoriza un papel a la ley penal pero mostrará también una dimensión ética del consentimiento que excede y desborda el ámbito legal. En la línea de autoras como Garcia o Leguil, Butler no le regala la palabra consentimiento al ámbito jurídico en exclusiva, su aportación de una "visión relacional del consentimiento" pretende que "nos aproximemos a este marco legal críticamente, entendiendo por esto interrogar las presuposiciones y efectos de ese discurso, de tal modo que informen y excedan su semántica legal"[711]. Es desde una reflexión eminentemente ética del consentimiento -que Butler no pretende transportar al terreno del derecho penal-, desde donde, no obstante, se puede iluminar tanto la necesidad como los límites de la ley en el ámbito de la sexualidad. Este gesto de Butler es similar al de Clotilde Leguil, cuya aportación se mantiene dentro de una reflexión ética de las relaciones eróticas y amorosas, que tampoco en este caso la autora pretende transportar al terreno jurídico y al concepto legal de consentimiento, pero que, sin embargo, puede encerrar algo revelador: "podría

[711] J. BUTLER. "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley". Traducción de Laura Contrera, Florencia Gasparín, Lucas Morgan y Nayla Vacarezza (2018), extraído del *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 21, nº2 (2011). p. 4.

ser que el consentimiento en el ámbito del amor dijera la verdad de todo consentimiento"[712]. Lo que se revelaría es, precisamente, el carácter ilusorio de una ficción que el marco jurídico pone a operar y que el propio derecho no puede someter a discusión -Leguil habla, en particular, de la imposibilidad del "consentimiento informado" que se le presupone ficticiamente al paciente médico- pero que, en el terreno erótico y amoroso muestra toda su precariedad.

> No hay consentimiento esclarecido. Eso mismo es lo bello del consentimiento. El consentimiento conlleva un elemento de enigma, de desposesión de sí, que va acompañado de una ignorancia extrema acerca de lo que se consiente. Un despojamiento, incluso. El consentimiento, como acto del sujeto, es una apertura al otro, un riesgo asumido en dejar que el otro cruce la frontera de la propia intimidad. En esto el consentimiento es siempre un salto. Sin saber, confío en el deseo del otro. Sin saber, creo en su palabra. Sin saber, confío en su deseo. Esta oscuridad del consentimiento, este sí que no se basa en el conocimiento, sino en una relación con el deseo, es también lo que le da su brillo. Esta no transparencia hacia uno mismo es lo que le da al consentimiento su valor y me revela que puedo decir sí sin poder fundamentarlo en la razón. De donde surge el consentimiento auténtico es del misterio que puedo llegar a ser para mí mismo cuando estoy atravesado por un deseo[713]

Butler comparte la perspectiva de que el discurso legal del consentimiento se asienta sobre un sujeto de la voluntad o un sujeto "plenamente volitivo" independiente, autónomo y autosuficiente que es ficticiamente presupuesto como anterior al encuentro social y como estable a lo largo del mismo. Para el derecho, el sujeto es responsable de sus actos porque sabe a qué consiente y porque, bajo los términos de esa *fictio iuris*- sigue siendo el mismo sujeto antes y después de consentir. Butler somete a crítica este sujeto de la voluntad despojado de toda opacidad, es decir, ajeno al no saber que introduce el deseo. El consentimiento sexual muestra especialmente bien cómo aquello a lo que se

[712] C. LEGUIL. *Ceder no es consentir. Un abordaje clínico y político del consentimiento*. Barcelona: Ned Ediciones, 2023. p. 43.
[713] C. LEGUIL. Op. cit., p. 39.

consiente, el encuentro sexual, puede hacer que el sujeto cambie durante el transcurso del consentimiento[714] o, precisamente, como efecto del acto de consentir. Así, Butler, como hacen también Leguil o Angel, pone en cuestión el sujeto clásico de la voluntad a partir de la reivindicación del cuerpo y de la vulnerabilidad y opacidad que éste introduce. Hay que asumir que "el yo se entrega a una cierta transformación no completamente conocible de antemano mediante su acto de consentimiento"[715] y que "es también a veces transformado precisamente por lo que sucede en virtud de su consentimiento"[716]. Esto, obviamente, implica que *consentimos sin saber* lo que pasará y que, por tanto, estrictamente hablando, no sabemos a qué estamos consintiendo cuando consentimos[717]. Olvidar que ese individuo presuntamente voluntarioso que el consentimiento jurídico presupone es una ficción, que esa anterioridad del sujeto es una presuposición, nos conduce a creer realmente que es posible crear la propia relación social a partir de contratos. Esto es, precisamente lo que pretenden las formas más inverosímiles de contractualizar el sexo. "Podemos, como intentaron hacer las reglas de conducta sexual del Antioch College, hacer de cada acto sexual algo discutible entre dos personas por adelantado y una cuestión resuelta relativa al consentimiento antes de embarcarse en cualquier tipo de contacto. En momentos así, la ley ha permeado el encuentro sexual, la ley ha empapado nuestro discurso"[718].

Butler, sin embargo, al tiempo que afirma que determinada concepción del consentimiento pueda acabar derivando en una asfixiante contractualización del sexo, se

---

[714] Butler afirma que "no siempre sabemos qué tipo de sexo obtendremos cuando acordamos tener sexo [...]. Una persona puede ponerse a disposición de un encuentro sexual que pasa a rechazar, o incluso encontrarse a él o ella misma en el medio de una relación sexual que resulta ser sorprendentemente buena o sorprendentemente mala" J. BUTLER. Op. cit., p. 30-31.

[715] J. BUTLER. Op. cit., p. 3.

[716] Como dice la autora "el consentimiento es a menudo concebido como un acto discreto que un individuo ejecuta y que se basa en la presunción de un individuo estable, entonces, ¿qué pasa con ese marco si mantenemos la perspectiva de que el yo que consiente no necesariamente permanece igual en el curso de su consentimiento? En otras palabras, el yo se entrega a una cierta transformación no completamente conocible de antemano mediante su acto de consentimiento? Más aún, ¿si el yo entra en una relación social en virtud de su consentimiento es también a veces transformado precisamente por lo que sucede en virtud de su consentimiento? ¿Cómo explicamos el hecho de que algunas veces el yo que consiente experimenta un cambio en el curso de su consentimiento? J. BUTLER. Op. cit., p. 3.

[717] En palabras de Butler "no somos competentes para conocer todas las consecuencias futuras de las relaciones sexuales a las cuales decimos sí, o a las cuales consentimos voluntaria o ambivalentemente. No somos nunca enteramente activos, conocedores y competentemente predictivos en esos momentos. Nos abrimos, a veces, a pesar de nosotros, a un futuro que no podemos controlar completamente, más allá de que podemos encauzar, dirigir e intentar darle forma de un modo u otro con nuestras mejores habilidades". J. BUTLER. Op. cit., p. 37.

[718] J. BUTLER. Op. cit., p. 38.

resiste a rechazar el concepto de consentimiento, reivindicando un sentido posible del mismo que debe ser conservado y defendido frente a dos modos distintos de invalidarlo. Uno de esos dos caminos, que Butler denomina "paternalismo regulatorio" consiste en considerar que "el sujeto es incapaz de hablar y que la ley debe hablar en su lugar"[719]. Esta perspectiva asumiría que el carácter falso e ideológico del consentimiento descansa en el hecho de depositar en los sujetos una libertad individual que no existe[720]. Hemos visto ya, a través de la discusión de Butler con MacKinnon por qué la autora de *El género en disputa*, se niega a asumir esa posición por la que el consentimiento es concebido, más que como una ficción, como una *mentira*. En su texto *Consentimiento sexual. Algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley* Butler se ocupa de discutir con otro modo de invalidar el consentimiento que, al menos aparentemente, razona desde postulados diferentes. Se trata de la posición que Butler llama "libertaria", posición que impugna toda legitimidad del Estado para regular la sexualidad, entendiendo que el consentimiento, un dispositivo colonizado por la ley para disciplinar y criminalizar el sexo, implica una ilegítima restricción del deseo. Butler emprende aquí una discusión con la posición defendida por Foucault y otros intelectuales franceses al rechazar la penalización de las relaciones sexuales con menores de quince años a partir de una edad legal de consentimiento sexual[721].

---

[719] J. BUTLER. Op. cit., p. 25.

[720] Una postura que a mi juicio caracteriza tanto las posiciones de MacKinnon como las de algunas representantes del feminismo de la igualdad. En las posiciones de Rosa Cobo o Ana de Miguel, la libre elección es descrita por ésta última como "un mito", como algo que no existe, lo que implica concebir el consentimiento, más que una ficción, como una mentira. Ver A. DE MIGUEL. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015.

[721] En esta cuestión, de nuevo, la posición defendida por algunas voces del feminismo de la igualdad no permite comprender correctamente el problema del consentimiento. Rosa Cobo sostiene la sorprendente afirmación de que hacer de la voluntad el criterio del consentimiento (en detrimento del deseo) sería un invento del *libertarismo sexual*. Así, la autora defiende que el imaginario sadiano y las posiciones libertarias apuestan por un consentimiento que "se construye como voluntad" o que "deposita el consentimiento en la voluntad del individuo". Emprendiendo este camino la autora llega a afirmar que "la voluntad como argumento de legitimidad abre la puerta [...] al sexo con menores". La posición es, desde luego, sorprendente, en primer lugar, por atribuir a posiciones contemporáneas caracterizadas por su rechazo a la norma una conceptualización del consentimiento como voluntad que forma parte nuclear del derecho mismo (desde sus orígenes) y, por supuesto, de la modernidad y la Ilustración que el feminismo de la igualdad dice no querer impugnar sino reivindicar. Más sorprendente, si cabe, es atribuir a Foucault y a los libertarios la defensa de este sujeto de la voluntad. La filosofía sadiana no es una filosofía de la voluntad sino más bien del deseo. Así mismo, Foucault repele la figura del consentimiento (que entiende, además, como ligada necesariamente al contrato) y la repele, precisamente, a partir de una reivindicación del deseo y del placer. Como sostiene Butler, "tanto Foucault como Hocquenghem pensaron que los contratos no tienen lugar en la vida sexual y que el consentimiento invariablemente pertenece al discurso legal del contrato". Precisamente la cuestión de las relaciones sexuales con menores revela que es la voluntad (entendida como facultad ligada a la razón y la autonomía del sujeto que se adquiere con la madurez) y no el deseo (que, como afirma el psicoanálisis, existe desde la etapa infantil) la que debe ser el criterio del

Probablemente nada revela de forma más evidente el carácter ficticio del consentimiento legal[722] como el hecho de que a partir de determinado momento en la vida las personas adquieren la capacidad de consentir. Si se rechaza la idea de que ese cambio jurídico viene acompañado o, más bien, precedido, por un cambio sustancial real y repentino del sujeto -algo que parece bastante razonable rechazar-, estamos obligados a asumir el carácter artificioso de esta convención que es la mayoría de edad misma. La edad del consentimiento fija un momento muy preciso -decidido a través de un acuerdo social o político- a partir del cual la sociedad empieza a hacer *como si* el sujeto pudiera otorgar su consentimiento. Todo el aparato jurídico participa solemnemente en esta performance social y lo hace presuponiendo un sujeto de la voluntad o, como dice Butler, un sujeto "plenamente volitivo".

> En los términos del liberalismo político clásico, los individuos son presentados como seres intencionales y volitivos que, sobre todo, tienen la capacidad para celebrar contratos de naturaleza tanto económica como política y de honrar esos contratos. Esta presuposición legal de un individuo discreto con autonomía perspicaz y deliberada es crucial para todas las formas del contrato económico y para la posibilidad de elaborar e implementar leyes que hagan a los individuos responsables de los bienes y servicios contratados o responsables, en efecto, de hechos criminales. El aparato legal que sostuvo el funcionamiento económico del mercado y de un régimen de ley penal requirió de una idea operativa de un sujeto plenamente volitivo[723].

Butler sostiene que para comprender la complejidad del consentimiento sexual es necesario trascender esa semántica legal y "repensar el consentimiento en relación con

consentimiento en un sentido jurídico. Si algo revela la posición foucaultiana, que sólo acepta la noción de consentimiento si se considera que el niño "consiente" porque tiene deseo, es el peligro que supone identificar el consentimiento con el deseo. Para esta discusión ver J. BUTLER. Op. cit., p. 14.; R. COBO. *La ficción del consentimiento sexual*. Madrid: Catarata, 2024. p. 38, 41, 59.

[722] Butler en este texto no establece una distinción entre consentimiento y contrato dentro de la esfera jurídica, sino que diferencia un sentido legal de consentimiento (o de contrato) y un significado ético o "relacional" de consentimiento.

[723] J. BUTLER. Op. cit., p. 23-24.

otro grupo de términos que no pueden ser enteramente constreñidos dentro de ese tipo de lenguaje legal y su supuesto individualismo"[724]. En esta línea Butler va a proponer una "visión relacional del consentimiento" por fuera de los marcos legales y es precisamente desde este abordaje no jurídico pero sí necesariamente ético del encuentro sexual que puede comprenderse cuál es la propuesta butleriana para pensar un sujeto verosímil del consentimiento. Digamos que, frente al sujeto plenamente volitivo, sujeto cuya voluntad no aparece oscurecida o atravesada por ningún deseo, Butler, en efecto, reivindica el no saber y la opacidad que acompaña a la sexualidad misma y pone, por tanto, de manifiesto, el carácter ficticio de ese sujeto que preexiste al encuentro social y se mantiene igual a sí mismo en el curso del consentimiento. Ahora bien, podría considerarse que, siendo una ficción, el consentimiento es una ficción necesaria y que, por tanto, conviene no confundir las ficciones con las mentiras o falsedades. "El consentimiento trae consigo una dimensión de fantasía, con lo cual no quiero decir que se trate de un error o de una falsedad"[725]

En esta dirección se encamina también la interesante la aportación que hace la filósofa sudafricana Louise du Toit, que recupera las tesis expuestas por Drucilla Cornell en *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harrasment* para iluminar la que le parece la cuestión de fondo: " cómo la ley concibe al sujeto femenino"[726]. Cornell retoma el estadio del espejo de Lacan para subrayar la idea de que el yo, aquello que unifica una experiencia corporal fragmentada y dispersa y la dota de continuidad y coherencia, es un espejismo, una *ficción*. Ficción no significa, de nuevo, mentira, y mucho menos convierte aquello que es ficticio en algo innecesario o prescindible. El bebé, en la perspectiva lacaniana, dependerá de que los demás le proporcionen, de modo especular, la confirmación de su identidad proyectada y su integridad corporal[727]. A través del espejo o de la mirada especular de los demás, el niño entiende que *tiene un* cuerpo. Esta, que es una ficción, pues nuestros cuerpos no nos pertenecen o no nos pertenecen nunca del todo, es la ficción que ha de presuponer, necesariamente, el consentimiento.

[724] J. BUTLER. Op. cit., p. 27.
[725] J. BUTLER. Op. cit., p. 34.
[726] L. DU TOIT. "The contradictions of consent in rape law". *South African Review of Sociology* 39(1), 2008. 140-155. p. 146.
[727] D. CORNELL. *The Imaginary Domain: Abortion, Pornografhy, and Sexual Harassment*, New York & London: Routledge, 1995. p. 39.

> El yo completo, intacto, claramente delimitado y que se da por sentado en gran parte de la teoría liberal es, por tanto, una *ficción*, un espejismo, aunque no por ello deja de ser una ficción o un espejismo absolutamente *necesario*, distinto y crucialmente diferente de la realidad de la desorganización corporal y la confusión emocional. Es la ficción que los seres humanos necesitamos para individualizarnos y para poder *empezar* a actuar de forma autónoma, coherente y responsable. Esta ficción es, por tanto, una condición necesaria para la lógica del consentimiento; es una condición necesaria para alcanzar (siempre provisionalmente y por la gracia de otros que otorgan y confirman esa identidad ficticia) el grado de mismidad que la ley exige de nosotros"[728].

Las ficciones, se oponen a las mentiras tanto como se oponen a las verdades. Que la ficción que está implicada en el consentimiento no sea una verdad significa que el yo imagina como completada una unidad que nunca es completa y que, además, requerirá de la mirada de los otros para seguir siendo proyectada. "Necesito que todas las personas con las que me encuentro me confirmen que *no* soy mi cuerpo, reducible a él, sino que soy dueño de mi cuerpo, que lo trasciendo, que soy un sujeto"[729]. Para du Toit esta apropiación de la teoría lacaniana[730] para el feminismo permite pensar un sujeto "frágil, temporal e intersubjetivamente constituido"[731] a partir del cual puede comprenderse lo que du Toit quiere señalar: que "la violación y la ley tradicional sobre la violación socavan las condiciones de la subjetividad sexual de las mujeres y, por tanto, del

[728] L. DU TOIT. Op. cit., p. 148-149.
[729] Ibid.
[730] Como dice du Toit "la mismidad no está separada del cuerpo, como la tradición platónica nos quiere hacer creer; la integridad corporal reflejada y anticipada es más bien central y fundamental para nuestra experiencia continua de nosotros mismos como sujetos". Esta posición lacaniana y hegeliana, dice du Toit, no se mantiene dentro de la tradición platónica que opone radicalmente el alma al cuerpo, pues la mismidad del sujeto no puede darse independientemente del cuerpo. La identidad que reivindican Cornell y Lacan requiere el cuerpo, en tanto que es una experiencia de integridad precisamente *corporal* De este modo, la perspectiva lacaniana abre la posibilidad de entender una *diferencia* que no necesita restaurar los términos de las jerarquías clásicas y permite comprender al sujeto sin negar su carácter corporal, dependiente y relacional. DU TOIT. Op. cit., p. 149.
[731] DU TOIT. Op. cit., p. 141.

consentimiento"[732]. Es justamente esa construcción de un yo que requiere la intersubjetividad la que es permanentemente minada, dice du Toit, por una cultura de la violación que, por una parte, "obliga a la mujer a acatar y participar en la reducción de su ser a una materialidad bruta y fuerza su sentido del yo a un espacio imaginario en el que no es más que un cuerpo"[733]. Pero también es socavada por una ley patriarcal que exige a la mujer "plena agencia" a través de la reclamación de devenir un sujeto masculino enteramente propietario de su cuerpo. "Según ese modelo el "yo" como tal permanece intacto durante la violación, aunque se viole el "cuerpo" sexual"[734].

En esta manera de plantear el problema del consentimiento sexual que hace du Toit vuelve a emerger el problema que hemos venido señalando, a saber, que el modo en el cual la violencia sexual funciona en una sociedad patriarcal (y en un derecho penal patriarcal), atrapa a las mujeres en una doble posibilidad que no es sino un doble callejón sin salida. Si las opciones son o bien quedar enteramente anuladas como sujetos o bien devenir sujetos a costa de quedar escindidos de su cuerpo, la cultura patriarcal destruye justamente la subjetividad sexual de las mujeres a través de una exigencia de escindirse o separarse de sí mismas. Du Toit se opone tanto a la radical oposición entre el yo y el cuerpo[735] como a la disolución o anulación de una diferencia entre ambos de la que depende el propio sujeto[736]. La argumentación de la autora enlaza con lo que hemos venido exponiendo a lo largo de esta investigación y que reaparece permanentemente, desde el análisis que hicimos de la figura de Lucrecia, como una suerte de disyuntiva fatal. La ley sexual parece atrapar a las mujeres en una alternativa imposible si las opciones son o bien quedar anuladas como sujetos de un querer vinculante para la ley o bien tener que convertirse en sujetos inverosímiles, justamente en ese sujeto masculino construido desde la oposición de la razón y el cuerpo o de la voluntad y el deseo. Para du Toit el problema de la violación nos enfrenta de lleno al problema del sujeto y a la

[732] DU TOIT. Op. cit., p. 141.
[733] DU TOIT. Op. cit., p. 147.
[734]DU TOIT. Op. cit., p. 151.
[735] "El modelo de propiedad asume que el yo está esencialmente separado del cuerpo y lo gobierna y lo utiliza para sus propios fines. Según este modelo, el yo como tal pertenece intacto durante la violación, aunque se viole el cuerpo sexual. Ser violada significa, dentro de este marco legal, que la propiedad sexual del cuerpo se utiliza sin permiso". DU TOIT. Op. cit., p. 151
[736]Si la diferencia subsiste es porque la autora no convierte el yo en una ficción irrelevante. El yo no es el cuerpo sino la ficción de su unidad. De hecho, la autora explica la violación precisamente como un deshacer del yo, es decir, como un convertir a la mujer en un mero cuerpo. No se puede hacer justicia a la naturaleza particular del daño de la violación, que debe ser entendido como un deshacer del yo, sin reivindicar algún sentido posible -y verosímil- a esa identidad que requiere el sujeto.

necesidad de escapar de los términos en los que la ley, como sostiene Pateman, excluye e incluye al mismo tiempo a las mujeres, anulando en ambos casos su posibilidad de devenir sujetos sexuales. Desde la consciencia de que es necesario rechazar tanto la negación de la subjetividad o el carácter de sujeto de las mujeres como la obligación de convertirse en el sujeto tal y como ha sido construido por la cultura patriarcal, se abre la posibilidad de pensar de forma verosímil el consentimiento, reconociendo *tanto su necesidad como sus límites*. Se trataría de entender, por una parte, la necesidad de una cierta ficción de identidad, manteniendo, por otra parte, la consciencia del carácter ficticio de esa imagen que el sujeto necesita tener de sí mismo.

La crítica que Butler dirige a Foucault debe ser puesta en relación con este mismo problema, pues, en un gesto que guarda relación con el que lleva a cabo du Toit, Butler va a defender tanto el carácter ficticio del consentimiento (frente al contractualismo liberal) como su necesidad, y esto último no solo contra las posiciones de MacKinnon, sino también contra un libertarismo que impugna la figura del consentimiento negando, precisamente (al igual que el contractualismo liberal) la opacidad que introduce el cuerpo y el deseo. Lo que Butler va a poner de relieve es que la impostación liberal e inverosímil de un sujeto de la voluntad sin cuerpo y la defensa libertaria de un deseo que es ya libre y que no requiere ningún consentimiento, acaban llegando inesperadamente al mismo lugar. Como expone Éric Fassin[737], Foucault rechaza la penalización de las relaciones sexuales con menores de edad bajo el argumento de que se pretende "proteger al niño de sus propios deseos"[738]. El autor de *Historia de la sexualidad* parece sostener una tesis anti liberal cuando afirma que el niño es un ser deseante y, sin embargo, la noción de deseo puesta en juego por el autor le conduce inevitablemente a restaurar un sujeto tan inverosímil como el sujeto volitivo liberal. Butler viene a sacar a la luz que Foucault afirma la falsedad del consentimiento desde la "presunción libertaria de que el niño tiene una reserva de libertad sexual disponible en todo momento"[739]. En la reivindicación del deseo del niño que hace Foucault, el autor asume que "el sujeto tiene una relación completamente lúcida y transparente con el deseo y la decisión"[740] y de este modo el niño

[737] Ver É. FASSIN. "Somnolencia de Foucault: violencia sexual, consentimiento y poder". *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, 26(76), 2008. 165–177.
[738] Ver M. FOUCAULT, "La loi de la pudeur", entrevista con Jean Danet y Guy Hocquenghem, France-Culture, 4 de abril de 1978 (Recherches, núm. 37, "Fous d'enfance", abril de 1979), en Dits et écrits III, 1976-1979, París, Gallimard, texto 263, pp. 80-91.
[739] J. BUTLER. Op. cit., p. 18.
[740] J. BUTLER. Op. cit., p. 25.

se convierte en "un pequeño liberal, equipado epistemológicamente con una ventana traslúcida que se abre al dominio del verdadero deseo"[741]. Éric Fassin señala también esta paradójica deriva liberal de Foucault cuando puntualiza que, al pretender que el problema del consentimiento se resuelve simplemente preguntando y escuchando al niño, "Foucault se adhiere por esta ocasión a una definición liberal del consentimiento: sí es sí, incluso para un niño"[742]. El deseo infantil, libre de oscuridades, aparece presentado como una reserva prístina e incontaminada de libertad y, bajo estos presupuestos, poco separa al sujeto volitivo y racional del sujeto de un deseo que es ya en sí mismo libre.

Si se anula la diferencia entre la voluntad y el deseo, ambas cosas desaparecen en la fusión. Convertir el deseo en un deseo transparente es tener una perspectiva voluntariosa del deseo, como lo es transportar al deseo esa ficción de que el sujeto, como el individuo propietario, *tiene* o *posee* un deseo con anterioridad al encuentro con los demás. Podemos llamar a ese querer "deseo", "voluntad" o "consentimiento", pero, si se despoja al deseo de aquello que justamente impide al deseo identificarse con la voluntad, (su opacidad) ya ha sido borrada esa diferencia. Y entonces, como sostiene Butler, "dentro de un estricto punto de vista libertario cada acto de deseo es un implícito acto de elección"[743]. Si ambos sujetos son igual de inverosímiles es porque ambos parecen ilimitados, desprovistos de la finitud que implica tanto el proceso psíquico como la formación social, las normas y las estructuras de poder. Frente a la inverosimilitud del sujeto del libertarismo (que es libre cuando sigue su deseo sin límites) o del sujeto del liberalismo (cuya elección es siempre libre por ser la elección racional de un sujeto no limitado por el deseo), Butler defiende una concepción *relacional* del consentimiento. Ésta hace posible una distancia entre el deseo y la elección -o, como hemos venido planteando en esta tesis, una diferencia entre el deseo y la voluntad- que, justamente en la medida en la que mantiene la diferencia misma, hace necesarios ambos planos del sujeto.

Un sujeto sexual verosímil es un sujeto tanto de voluntad como de deseo. Es esa distancia la que se abre "cuando uno quiere lo que uno no elige, o cuando uno elige lo que uno no llega a desear demasiado"[744]. Sin hacer emerger esa posibilidad -que el deseo

[741] J. BUTLER. Op. cit., p. 25.
[742] É. FASSIN. Op. cit., p. 166.
[743] J. BUTLER. Op. cit., p. 19.
[744] Ibid.

no coincida con la voluntad o la voluntad no coincida con el deseo- no se comprende el problema del consentimiento, es decir, el hecho de que la sexualidad misma implica un no saber sobre qué o cómo uno desea y que es precisamente en esas condiciones en las que uno debe decidir[745].

Butler muestra que es posible alejarse de las tentaciones de depositar la libertad en una inverosímil voluntad sin límites de un sujeto sin deseo, pero también de la posición libertaria (igualmente inverosímil) de un deseo que es ya libre antes de cualquier decisión. Así, se sitúa al sujeto sexual en la intersección de ambos planos, como un sujeto cuyo deseo no es fruto de su decisión, pero tampoco el resultado de una configuración perfecta del poder, es decir, como un sujeto que, sin ser propietario o dueño de su deseo, *puede hacer algo* con su deseo. También Braidotti ha defendido la insuperabilidad de esta diferencia cuando afirma que "la distinción entre voluntad y deseo resulta útil porque separa niveles cualitativos diferentes de experiencia"[746]. La crítica al sujeto masculino autoconstruido que opone su razón a su cuerpo y niega la existencia del deseo, debe hacer emerger el carácter mutable y contradictorio del querer humano. Pero reivindicar que el sujeto tiene deseo no implica negar la esfera de la decisión. "El deseo no es el único componente del sujeto nómada, sino que forma parte de una compleja interacción que también incluye el factor de la voluntad. Si el sujeto nómada se ve impulsado por el deseo de articular y experimentar la alteridad, también se caracteriza por la capacidad de actuar sobre ese deseo"[747]. Como afirma Ann Cahill, "la visión del sujeto como interfaz de la voluntad con el deseo es, por lo tanto, el primer paso en el proceso de replanteamiento de la subjetividad"[748].

Es precisamente esa concepción de la libertad sexual que presupone un sujeto de deseo y de voluntad la que justifica la protección del menor mediante la edad del consentimiento. Pues, como sostiene Butler, "sí podemos y debemos hablar de más o menos madurez en lo que respecta a las decisiones sexuales"[749]. Esa madurez que requiere el consentimiento no es la madurez para desear eróticamente o para experimentar placer

[745] La autora señala que "es importante distinguir entre sexo que no resultó ser de la manera en la que uno imaginó, esto es, que falló en satisfacer cierta imagen o fantasía del sexo, o inclusive una fantasía del consentimiento, del sexo que fue impuesto unilateralmente y claramente contra la voluntad de uno mismo". J. BUTLER. Op. cit., p. 30.
[746] R. BRAIDOTTI, *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada.* Barcelona. Gedisa. 2004. p. 4
[747] A. CAHILL, *Rethinking Rape*, Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 74.
[748] Ibid.
[749] J. BUTLER, Op. cit., p. 27.

y, por tanto, el consentimiento no requiere solamente que el niño sea un ser deseante. Hay *sujeto sexual* cuando alguien puede negociar con su deseo. También Leguil introduce esta perspectiva al recordar que el consentimiento nunca es la vía de entrada a aquello que ha sido decidido y asegurado de antemano, es, más bien, un salto a lo desconocido por el que el propio sujeto se pone en riesgo a sí mismo. Es precisamente esta naturaleza incierta del consentimiento que se abre allí donde existe la opacidad la que revela la dimensión profundamente ética que implica realmente el consentimiento. En ese terreno ético, en efecto, podemos entender que el encuentro sexual pasa por un "sí", por hacer una promesa, por un acto de confianza, pero en este punto estamos ya fuera de los dominios de la ley y si seguimos llamando a eso "consentimiento", dicho consentimiento es un consentimiento ético y no un consentimiento jurídico. "Necesitamos pensar en el "sí" menos como un acto de consentimiento según un modelo legal, que como un ofrecimiento, una exploración, un ensayo, una manera de prestarse a una experiencia de la que no se puede decir por adelantado si será buena o mala"[750]. Es precisamente el hecho de ser un sujeto de deseo atravesado por la opacidad lo que lleva a entender el consentimiento como un salto que arroja al sujeto hacia lo desconocido. Consentir implica en este sentido ponerse en riesgo, exponerse a lo que vendrá, a lo que no se puede saber de antemano. Y es precisamente ese riesgo el que no permite anular la esfera de la decisión y del carácter necesariamente individual e intransferible de la misma. Hace falta esperar a que un yo que pueda decidir porque hace falta que el sujeto pueda decidir correr el riesgo de ponerse en riesgo a sí mismo. En definitiva, es la opacidad que implica la sexualidad y no su carácter transparente, lo que justifica la convención jurídica de una edad del consentimiento. La figura del consentimiento sirve para proteger a los menores de edad de un riesgo, pero, al mismo tiempo, sirve también para otorgar a las mujeres adultas el derecho de correrlo. Para las mujeres, la figura jurídica del consentimiento es una herramienta jurídica que delimita solo la violencia. Separar la violencia del sexo, defender el derecho a no estar expuestas a ese peligro, es una condición necesaria para poder correr otros riesgos que son, en cambio, inseparables a la sexualidad y que las mujeres tienen que ser libres de explorar.

[750] J. BUTLER. Op. cit., p. 36.

CONCLUSIONI

Il problema affrontato in questa ricerca è stato posto in modo particolarmente penetrante dalla filosofa Ann Cahill. L'autrice, raccogliendo una preoccupazione condivisa da molte altre femministe, sottolinea quanto sia importante che il femminismo non dimentichi il carattere incarnato del soggetto, e si chiede fino a che punto tale incarnazione possa trovare spazio nella grammatica giuridica di una legge penale che presuppone un soggetto del consenso sempre identico e trasparente a sé stesso. Cahill sostiene che "il soggetto incarnato della teoria femminista è radicalmente discontinuo, poiché non esiste un nucleo astratto dell'essere che persista attraverso i cambiamenti corporei"[751]. "Nel collocare le esperienze corporee proprie delle donne al centro di quel processo che è la soggettività, le teoriche femministe dimostrano efficacemente che 'l'unità trasparente dell'io' è un'illusione"[752]. In effetti, come abbiamo argomentato all'inizio di questa ricerca, il femminismo ha messo in evidenza che il volere è molto meno coerente, unitario e permanente di quanto un pensiero occidentale egemonico e tradizionale abbia affermato, elevandolo a ideale di soggettività. Avere un corpo è, come afferma Braidotti, un ostacolo alle pretese di identità e trasparenza del classico soggetto maschile della modernità. "L'idea del soggetto come processo significa che non è più possibile supporre che egli/ella coincida con la propria coscienza, ma che il soggetto deve essere pensato come un'identità complessa e molteplice, come il luogo di interazione dinamica del desiderio con la volontà, della soggettività con l'inconscio"[753]. Lo stupro, in quanto attacco a un soggetto corporeo, colpisce una dimensione del soggetto particolarissima, un'"integrità del soggetto", dice Cahill, che non può essere compresa dal diritto. L'autrice coglie il nocciolo della questione quando osserva che la struttura del giuridico, nel comprendere lo stupro a partire da una definizione generale, non riesce a coglierlo come esperienza incarnata, poiché "quando affrontiamo lo stupro come esperienza del soggetto incarnato, si mina l'universalità dell'esperienza dell'atto di stupro"[754]. Il problema è proprio che il diritto necessita di definizioni generali e, così come semplifica lo stupro in categorie astratte e generali, semplifica anche il soggetto stesso e

[751] A. CAHILL. *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 109.
[752] A. CAHILL. Op. cit., p. 110.
[753] R. BRAIDOTTI. *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*. Barcelona. Gedisa. 2004. p. 40.
[754] A. CAHILL. Op. cit., p. 114.

il suo volere. Dobbiamo allora concludere che le leggi non debbano dire nulla sullo stupro? Se non è questa la conclusione che vogliamo assumere, allora la domanda è quella che ponevamo all'inizio: fino a che punto un soggetto incarnato può entrare nella grammatica della legge? Quanto possono, il corpo e il desiderio, non essere travolti dall'ingresso delle donne nei quadri giuridici moderni in cui si inscrive il soggetto della volontà?

La risposta che offro in questa ricerca potrebbe risultare deludente per chi si aspetta di trovare nel diritto un abito confezionato su misura per tutti i problemi che il sesso ci pone. Lungi da ciò, sostengo che il concetto di consenso sia un continente in cui la sessualità viene inserita a forza e con difficoltà, restando inevitabilmente disallineata o disarticolata. Il sesso rivela – e per questo è un tema filosofico di grande rilievo – in modo particolarmente illuminante un'oscurità, poiché mette in evidenza il non sapere che avvolge il desiderio, il carattere contingente e imprevedibile dell'incontro con l'altro e i confini sfumati della propria identità. Il diritto, tuttavia, non può operare a partire da un'identità mutevole, non può convalidare giuridicamente un volere contraddittorio o ambivalente e non può risolvere le incertezze di un soggetto che ignora il proprio desiderio. Ha dunque bisogno di una finzione di unità, di un'illusione di continuità, di una fantasia di coscienza che, sebbene debba esser messa in discussione e interrogata dai femminismi, non può essere superata all'interno della grammatica giuridica. Ciò comporta due grandi conseguenze.

La prima riguarda la necessità di assumere i limiti stessi del diritto. Anche se può esistere un'incoerenza, una pluralità o un conflitto all'interno del soggetto, il diritto deve procedere come se il soggetto sapesse ciò che vuole, validando una volontà che deve essere espressa esternamente. Può e deve riconoscere come valido quel volere solo a determinate condizioni anch'esse esterne, imponendo una serie di requisiti minimi – delle condizioni del consenso – che permettano di distinguere un valido consenso da una resa di fronte alla forza. Al di là di questa sfera esterna, la legge presenta tuttavia un limite nel poter indagare l'interiorità dei soggetti, i loro sentimenti, le emozioni, i conflitti psichici o affettivi. Ciò implica che, come afferma Santiago Alba Rico, la distanza tra i due concetti filosofici che attraversano questa ricerca – la volontà e il desiderio – non può essere ricucita[755]. "Tra la volontà e il desiderio c'è e ci sarà sempre una distanza e un

[755] S. ALBA RICO. *Todo el pasado por delante.* Madrid: Catarata, 2017. pp. 156-165.

potenziale disaccordo che, impossibile da dissolvere definitivamente, dovrà essere risolto *caso per caso* con molta attenzione, ma sempre a partire dal presupposto che, laddove non ci sia accordo, è la volontà quella che conta"[756]. L'autore riprende così un tema già evidenziato in questa ricerca da studiosi come Angel, Fischel o Butler. Il fatto che tra desiderio e volontà esista un'inesauribile differenza significa che si può acconsentire a ciò che non si desidera e si può desiderare ciò a cui non si acconsente. Convalidare giuridicamente il consenso dei soggetti implica, quindi, convalidare ciò che un soggetto vuole anche se non lo desidera. Ciò comporta il riconoscere che i soggetti possono acconsentire a esperienze che, forse, pur non sapendolo, non saranno piacevoli o soddisfacenti, o non corrisponderanno a ciò che si aspettavano, poiché acconsentire, come afferma Butler, significa gettarsi nell'ignoto. In questa tesi sostengo che comprendere il soggetto in modo incarnato significa assumere che il consenso implichi un rischio, e che questo è il rischio dal quale la legge non deve proteggere i soggetti, almeno quelli maggiorenni e, quindi, le donne. Non vi è alcuna libertà sessuale possibile per le donne se si pretende di proteggerle dalla sessualità stessa.

La seconda conseguenza è che, tuttavia, se le donne non possono essere protette *dalla legge* dai rischi intrinseci al sesso, devono invece essere protette *dalla legge*, almeno da una certa versione della legge che non solo è possibile, ma che è stata ostinatamente *reale*. In queste pagine ho voluto mostrare che la storia del reato sessuale ci dimostra come il principale sostenitore della violenza contro le donne sia stato proprio il diritto sessuale. Le donne si sono guadagnate il diritto a essere soggetti di volontà soltanto attraverso il sacrificio dei loro corpi, quando le Lucrezie determinate si immolano e diventano anime o esseri spirituali distruggendo, letteralmente, la loro stessa integrità corporea. Per controllare il corpo femminile la legge ha separato e contrapposto il soggetto femminile al proprio corpo in due modi interdipendenti e solidali. Da un lato, negando il corpo attraverso una sadica nozione di volontà assoluta e incondizionata. Dall'altro, invalidando il consenso sessuale delle donne cercando la verità nel loro corpo, poiché, come ricorda Alba Rico, è proprio la cultura dello stupro ad aver negato la volontà femminile "auscultando segni desiderativi e consensi corporei nel corpo della vittima che ha detto 'no'"[757]. Una cultura sessuale patriarcale parte dal presupposto che la volontà

[756] S. ALBA RICO. Op. cit., p. 158.
[757] Ibid.

femminile sia affetta da un deficit di verità, da una falsità connaturata. Per questo il volere femminile deve essere verificato, doppiamente convalidato, controllato attraverso un surplus di autenticità. In questa ricerca ho voluto segnalare che c'è qualcosa di comune tra l'esigenza patriarcale che chiede alle donne di dimostrare di avere una vera volontà attraverso resistenze kamikaze e suicide, e l'esigenza che le donne dimostrino di avere una "vera volontà" attraverso consensi entusiasti e desideranti. La domanda è: perché le donne sono sottoposte a questo severo esame di veridicità al quale, evidentemente, non sono sottoposti gli uomini? Ritengo che l'unica nozione di consenso sessuale che può essere convalidata sia quella che protegga le donne da questa trappola. La legge non deve chiedere alle donne né di fornire prove speciali ed eccezionali della "veridicità" dei loro no, né di offrire garanzie supplementari dell'autenticità desiderante dei loro sì, e il femminismo deve denunciare che la legge imponga tali requisiti eccezionali quando si tratta di convalidare il volere dei soggetti femminili. Ritengo che sia possibile un uso della nozione di consenso che non comporti queste inaccettabili esigenze, e che per questo occorra accettare che il diritto operi a partire da finzioni e non da "vere" volontà o da "veri" desideri. In effetti, il consenso è una finzione e, pertanto, dobbiamo poter acconsentire anche se non conosciamo il nostro desiderio.

La difesa che propongo di un *soggetto verosimile del consenso* ha effetti giuridici, poiché propongo proprio di respingere una determinata concettualizzazione del consenso che esige volontà rigide e che intrappola le donne in contratti irrevocabili. Non si tratta di rendere il consenso desiderante, cioè di trasformare la volontà in desiderio, ma di fare in modo che la nostra volontà non sia incompatibile con il desiderio o che lo sia il meno possibile. Se il consenso viene inteso come un contratto, allora, come afferma Alcoff, "consentire a un rapporto sessuale può essere inteso come l'impegno a compiere un atto o a fornire un bene – in questo caso, prestare un servizio –, sia ora, sia in un momento futuro. Tuttavia, in relazione al sesso posso impegnarmi a compiere l'atto sessuale, ma non posso impegnarmi a mantenere un desiderio o uno stato d'animo. Gli impegni non possono garantire un desiderio […] Un consenso verbale non può assicurare che il mio stato di eccitazione sessuale o di desiderio continui a sussistere per tutto il periodo concordato. I sentimenti sessuali non sono soggetti a tale grado di prevedibilità, di

controllo e di costanza"[758]. Ciò che Alcoff esprime con queste parole è l'idea che il desiderio non possa mai essere l'oggetto di un accordo contrattuale e che "gli approcci contrattuali alle relazioni sessuali possono portare il consenso a un'alienazione, l'alienazione del proprio corpo, dei propri sentimenti e delle proprie preferenze"[759]. Il contratto, nella misura in cui comporta una serie di doveri irrevocabili, obbliga il soggetto a diventare il soggetto di una volontà di ferro. Nel sottolineare il carattere mutevole di un volere desiderante, Alcoff afferma giustamente che l'idea di volontà che presuppone ogni contratto sessuale si trasforma in un modo per schiacciare un desiderio del soggetto, che resta sadicamente impossibilitato in nome della propria volontà.

In questa ricerca sostengo che la distinzione tra contratto e permesso apre uno spazio per difendere un ruolo del diritto e per convalidare giuridicamente il volere delle donne in una forma che possa essere compatibile con il desiderio. Il rifiuto del contratto implica, come afferma Tamar Pitch, limitare le competenze del diritto penale, poiché si tratta di proibire al diritto di imporre ai soggetti – come Lucrezia impone a sé stessa – di diventare vittime della propria volontà. Un consenso non contrattuale presuppone un soggetto più verosimile nella misura in cui riconosce giuridicamente una volontà alla quale non si impone l'esigenza di essere un volere retto e immutabile, un volere auto-trasparente. Si tratta, al contrario, di poter conservare in ogni momento la possibilità di muoversi, di ritirarsi, e che, in ogni momento, "il soggetto mantenga la possibilità di esercitare […] la capacità di revocare"[760]. Difendere una concettualizzazione negativa del consenso porta a conseguenze giuridiche importanti nell'ambito dei dibattiti femministi sulla sessualità, poiché apre una prospettiva all'interno della quale certi dibattiti attuali possano essere affrontati in modo più promettente. La critica al contratto comporta implicazioni di vasta portata non solo in relazione al dibattito sulla violenza sessuale e sulla configurazione del reato di stupro, ma anche in altre controversie femministe, come la regolamentazione del lavoro sessuale, le pratiche sadomasochiste, la gestazione per altri o il ricorso a determinate tecniche di riproduzione assistita.

[758] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. pp. 178-181.
[759] L. M. ALCOFF. Op. cit. pp. 178-179.
[760] C. BARDAVÍO ANTON, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿Legislando a martillazos?" en G. MARTINEZ, *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024. p. 98.

In questo senso, la mia ricerca è affine alla posizione sostenuta da Tamar Pitch quando l'autrice difende un "diritto flessibile"[761]. Infatti, Pitch sostiene da un lato la necessità di mantenere il diritto in termini che potremmo definire moderni, ma, al tempo stesso, insiste sulla necessità di limitarne le competenze, impedendo l'ingresso di una logica contrattuale in tutti quegli ambiti legati al corpo delle donne, alla sessualità e alla riproduzione. Ciò comporta, di conseguenza, la necessità di esplorare formule di depenalizzazione in materie come la riproduzione o il lavoro sessuale senza che ciò implichi adattare tali pratiche alla logica del contratto. Nel campo del lavoro sessuale, la riflessione qui proposta si distanzia tanto dalle posizioni di Catharine MacKinnon quanto da quelle di Carole Pateman e mostra che sono proprio le prospettive femministe costruite sull'indistinzione tra consenso e contratto ad aver oscurato i termini di questo dibattito. Da tali posizioni si accusa ripetutamente i femminismi pro-diritti di voler contrattualizzare il sesso e si associa la difesa del consenso delle lavoratrici sessuali a una proposta che condurrebbe alla possibilità di rivendicare da parte dello Stato (o dei privati) doveri o obblighi sessuali per le donne.

L'esempio legislativo della Nuova Zelanda, dove le lavoratrici stesse hanno partecipato attivamente alla redazione della legge approvata nel 2003 per depenalizzare il lavoro sessuale, rivela invece qualcosa di molto diverso e mette in evidenza che è possibile esplorare modalità di regolamentazione e legislazione senza ricadere nella grammatica del contratto. La Legge di Riforma della Prostituzione della Nuova Zelanda[762], nella sua sezione 17, stabilisce in maniera esplicita che le lavoratrici sessuali hanno "il diritto di rifiutarsi in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo di fornire o continuare a fornire servizi sessuali" e afferma espressamente che il pagamento per tali servizi non equivale a un pagamento per il consenso[763]. In altre parole, il modello neozelandese sottolinea la necessità di mantenere un concetto negativo di consenso. Sono state le stesse lavoratrici a spingere perché la legge includesse esplicitamente il loro diritto a dire di no, rafforzando così una nozione di consenso non contrattuale come garanzia

[761] Ver T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003.
[762] New Zealand, *Prostitution Reform Act 2003*, Public Act No. 28 (Wellington: New Zealand Parliament, 2003).
[763] G. ABEL y L. ARMSTRONG, *Trabajo sexual con derechos: Una alternativa de despenalización*. Barcelona: Virus Editorial, 2022. p. 33.

indispensabile della loro libertà sessuale[764]. Rinunciare a questo carattere negativo — cioè, scollegare il consenso dalla possibilità effettiva di dire di no — equivarrebbe ad ammettere che le lavoratrici sessuali possano essere stuprate nell'ambito del loro lavoro.

Tale questione non è cruciale soltanto nel campo del lavoro sessuale, ma anche in altri ambiti che, sotto il paradigma positivo del consenso, non possono essere affrontati in modo appropriato e garantista. Recentemente la Corte di Strasburgo ha emesso una sentenza con cui condanna la Francia per aver convalidato il consenso di una donna in un contratto sadomasochista, affermando che "non si può ritenere che un contratto preventivo esima dall'esigenza di consenso al momento dell'atto sessuale, poiché il consenso, per sua natura, è revocabile"[765]. Questo tipo di casi giuridici dimostra l'importanza di difendere una nozione di consenso sempre revocabile, nozione per cui il "contratto sadomasochista" può essere considerato dalla legge soltanto una finzione erotica ma mai un patto giuridicamente vincolante. Il compito che questa ricerca individua è dunque quello di esplorare quali possibilità apra la legislazione per depenalizzare determinate pratiche sessuali senza che ciò conduca a una concettualizzazione positiva e contrattuale del consenso. Ritengo che questa linea di ricerca giuridica sia uno degli sviluppi della tesi che dovrà essere approfondito in studi futuri.

*****

Un altro spazio che questa tesi intende aprire riguarda una riflessione etica sul sesso. Condivido con Manon Garcia l'idea che l'attuale discussione sul consenso ci stia ponendo di fronte a due problemi diversi e che confonderli potrebbe impedirci di affrontarli con successo. Nei termini di Garcia, che riserva un uso etico alla nozione di consenso[766], stiamo attribuendo a questo concetto due compiti: "da una parte dovrebbe, negativamente,

[764] Ciò che la legislazione neozelandese garantisce è che il contratto stipulato dalle lavoratrici sessuali può comprendere aspetti relativi al luogo in cui viene esercitata l'attività, al tempo investito o ad altre condizioni materiali, ma non costituisce un contratto sessuale in senso stretto, ovvero non è il sesso stesso ad essere contrattualizzato come obbligo.

[765] La Corte ha concluso che la Francia aveva violato i propri obblighi ai sensi degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divieto di trattamenti inumani o degradanti e diritto al rispetto della vita privata) non disponendo di un quadro giuridico adeguato e trattando il "contratto sessuale" come valido per annullare le denunce di violenza. Cfr. *Corte europea dei diritti dell'uomo, E.A. c. Francia,* sentenza del 4 settembre 2025.

[766] Nei termini utilizzati da Garcia, che attualizza la distinzione kantiana tra legalità e moralità, la distinzione tra un'accezione giuridica e un'accezione etica del consenso è proprio la distinzione tra una concezione negativa e una concezione positiva del concetto.

permetterci di lottare efficacemente contro le violenze sessuali, in particolare offrendo uno strumento utile per distinguere tra sesso e stupro; dall'altra dovrebbe consentirci, positivamente, di pensare nuove modalità di relazioni amorose e sessuali più giuste, più paritarie e, probabilmente, più piacevoli in generale"[767]. Per Garcia, separare il piano giuridico da quello etico è la condizione affinché il femminismo possa aspirare a un sesso non solo negativamente consensuale, ma anche positivamente desiderato: un'aspirazione che lei considera, come me, necessaria e irrinunciabile, ma che non può essere perseguita attraverso la legge. "Che il diritto penale debba pronunciarsi solo su ciò che costituisce un crimine non significa che la morale consista semplicemente nell'astenersi dal fare ciò che è proibito"[768]. Ritengo, come l'autrice, che sia proprio questo compito etico, che si apre solo al di là di ciò che è meramente permesso, a dover condurre le femministe a sfuggire alla tentazione di cercare un nuovo ordine sessuale paritario attraverso il sistema giudiziario[769]. Se è necessario definire e delimitare la nozione di consenso è perché è proprio l'ambiguità semantica del concetto a produrre l'illusione di poter compiere quel passaggio, ma, come ricorda Garcia, "non sarà il diritto a permetterci di accedere a una conversazione sessuale necessaria per una vita sessuale non solo morale ma anche piacevole e soddisfacente"[770]. Il problema di confondere la moralità con la legalità non è soltanto che ci porta a pensare che ogni male o danno debba essere un reato, ma anche che ci porta a non riconoscere il male morale se non è certificato dalla legge.

Il prezioso contributo di Clotilde Leguil ci ricorda che, in ambito sessuale, un incontro negativo non è semplicemente (o non necessariamente) un rapporto poco divertente: può comportare anche un danno profondo e un trauma distruttivo per il soggetto, e questo precisamente nella misura in cui le relazioni sessuali espongono sempre ogni soggetto a un rischio. Nella misura in cui facciamo sesso in questo mondo, le nostre relazioni sessuali continuano a essere attraversate da una cultura sessuale patriarcale, ed è proprio questo che espone in particolare le donne non solo a danni che sono reati, ma anche a danni che non lo sono. Aprire una conversazione etica sulla sessualità significa ricordare alla nostra società che il fatto che molti di questi danni non siano tipizzati dalla

[767] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 106.
[768] M. GARCIA. Op. cit., pagg. 226-227.
[769] M. GARCIA. Op. cit., p. 240.
[770] M. GARCIA. Op. cit., p. 249.

legge non implica che non siano una questione politica che riguarda il femminismo e la società nel suo complesso.

La modernizzazione del sesso, che ha investito le società occidentali alla fine del XX secolo, e la promessa di liberare la sessualità, ha nascosto certe trappole per le donne proprio nella misura in cui ha chiuso lo spazio per una riflessione etica sulla sessualità. Una delle tesi più interessanti di Agustín Malón, a cui aderisco, è che il sesso e l'erotismo umano rivelino i limiti del progetto moderno. In particolare, perché determinate questioni sessuali (tra cui quella del consenso sessuale e, in particolare, le età del consenso) mettono a nudo le cuciture di una società che ha preteso di risolvere ogni problema attraverso il diritto. È questa stessa società che ha voluto modernizzare il sesso non soltanto tramite una secolarizzazione del diritto, ma anche attraverso una completa demoralizzazione del sesso. Ciò che segnala Malón è che questa svalutazione morale della sessualità ha comportato l'idea che tutto ciò che era acconsentito fosse, per questo, moralmente permesso. "Una concezione delle relazioni sessuali intese come una sfera della vita umana senza troppe implicazioni morali o esistenziali"[771] ha trasformato il sesso in una questione legata al mero piacere, dove qualunque approccio etico era rifiutato come moralismo. Probabilmente è proprio questo movimento di chiusura – per cui, oltre ciò che è proibito, non ci sarebbe più nulla da discutere – a produrre la situazione a cui oggi reagiamo, restando però intrappolati nei suoi stessi termini, cioè volendo affrontare l'immoralità con il diritto. La domanda che pone Malón è quale sia il posto di un'etica sessuale contemporanea e se il sesso e l'erotismo implichino relazioni umane che rivestano una qualità etica particolare. È proprio questa domanda, su cui i femminismi hanno molto da dire, che non può trovare spazio se non recuperiamo una sfera etica del sesso al di là delle competenze delle leggi, dei giudici e dei tribunali.

In questo senso, sono consapevole che la mia ricerca apre uno spazio che, al tempo stesso, non percorre né attraversa, e indica un compito ancora in sospeso. È, tuttavia, un compito già avviato, poiché, dopo questo lavoro di ricerca, posso affermare che una delle scoperte è stata constatare che, al di sotto del controverso dibattito giuridico e legale sul

[771] «Una concezione dei rapporti sessuali intesi come una sfera della vita umana senza troppe implicazioni morali o esistenziali» ha trasformato il sesso in una questione legata al piacere sessuale, in cui qualsiasi approccio etico era rifiutabile in quanto moralismo. La domanda che l'autore pone è quale sia il posto di un'etica sessuale contemporanea e se il sesso e l'erotismo implichino relazioni umane che rivestono una qualità etica speciale. Vedi A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea. Aspectos pedagógicos y límites.* Valencia: Tirant Humanidades, 2016. p. 77.

consenso, esiste anche un altro tipo di conversazione. Autrici come Linda Martín Alcoff, Katherine Angel, Joseph Fischel, Clotilde Leguil o Judith Butler stanno portando alla luce una necessaria discussione etica sulla sessualità che non sembra trovare spazio in una società che ha affidato troppe cose al diritto penale. Il mio contributo è stato quello di difendere la legittimità e la necessità di questo tipo di riflessione sulla sessualità e, per farlo, ho dovuto innanzitutto impostare il problema per poter delimitare i suoi diversi ambiti. In futuro spero di poter approfondire quella riflessione etica nella quale credo che oggi, dal campo del femminismo, si stiano sollevando le questioni più rilevanti e i dibattiti più necessari. La mia ricerca sostiene che la sutura della differenza tra volontà e desiderio non solo trascina l'etica all'interno del diritto, ma, invadendo con gli strumenti giuridici il territorio di una possibile etica della sessualità, fa fallire il progetto sul quale il femminismo dovrebbe concentrare i suoi maggiori sforzi. Guardare il problema da questa angolazione richiede di addentrarsi in terreni molto più instabili di quelli delle leggi, ma da questa più ampia considerazione dipende il fatto che la "libertà sessuale" delle donne possa essere qualcosa di più di una libertà meramente negativa, ossia una semplice protezione dall'aggressione e dalla violenza. Se il femminismo ha bisogno di servirsi della legge per lavorare all'emancipazione sessuale delle donne, occorre chiedersi *fino a che punto e per quale scopo* debba servirsene, e se determinati usi – o abusi – della legge non rischino di chiudere (più che aprire) quello spazio di esplorazione del desiderio che una cultura patriarcale ha sempre negato alle donne. Come dice Angel, "dobbiamo articolare un'etica sessuale che non pretenda disperatamente di tenere a bada l'incertezza del sesso. Un'etica del sesso degna di questo nome deve ammettere la vaghezza, l'opacità e l'ignoranza"[772].

Sebbene il risultato della mia ricerca possa sembrare deludente per coloro che sperano di poter riporre maggiori aspettative nel diritto penale sessuale, essa rappresenta anche la rivendicazione dell'esistenza di un ruolo necessario della legislazione nel campo della sessualità. Il sesso costituisce un limite per la legge, ma non rende impossibile ogni sua presenza. Il consenso, nei termini in cui è stato difeso qui, è imprescindibile per proteggere le donne dalla violenza, e questo rappresenta una condizione necessaria

[772] K. ANGEL, *Tomorrow Sex Will Be Good Again: Women and Desire in the Age of Consent.* London: Verso, 2021. p. 57.

affinché le donne possano esplorare la sessualità e addentrarsi in un territorio che trascende la logica del consenso. Come afferma Butler, "un determinato contesto legale fornisce la condizione in base alla quale i presupposti giuridici del consenso e del contratto vengono messi in discussione"[773]. Abbiamo bisogno del consenso per poter andare oltre il consenso.

*****

Infine, la mia ricerca, proprio per i limiti che rivendica per il diritto, richiede l'introduzione di una dimensione politica nella questione del consenso. Proprio perché sostengo che il diritto penale non sia lo strumento adeguato per affrontare le relazioni strutturali di potere e disuguaglianza, ritengo che sussista un compito politico in sospeso al di là della politica penale. In un mondo diseguale, alcuni soggetti sono meno liberi di altri, e questo, senza dubbio, anche nella sfera della sessualità. Le donne non possono essere libere quanto gli uomini se sono escluse dalla vita pubblica, recluse nella sfera privata o collocate in condizioni di disuguaglianza economica. Ma se il patriarcato o le relazioni capitalistiche di sfruttamento non possono essere trasformati tramite il diritto penale, è un errore affidare alla legge penale la soluzione di tali problemi.

Il diritto penale, per sua stessa natura, può agire solo in senso negativo: si limita a fissare divieti, a sanzionare determinate condotte, a proteggere uno spazio minimo di libertà negativa. L'esperienza storica dimostra, inoltre, che il diritto penale tende a rafforzare le relazioni di dominio, a produrre esclusioni e a consolidare la violenza dello Stato, più che a rendere possibile una vera trasformazione sociale. Affidare al diritto penale la soluzione dei problemi di disuguaglianza strutturale significa, dunque, adottare una strategia destinata a fallire, che sposta sul piano giuridico questioni la cui radice è politica, economica e culturale. Proprio perché il diritto penale può garantire soltanto una libertà negativa, si apre un campo che necessariamente il femminismo deve affrontare.

L'emancipazione a cui il femminismo aspira esige di uscire dai ristretti quadri del diritto, dalla sua negatività e dalla sua logica immunitaria, ossia dalla concezione secondo

[773] J. BUTLER. "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", Traduzione di Laura Contrera, Florencia Gasparín, Lucas Morgan e Nayla Vacarezza (2018), tratto da *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 21, nº2 (2011). p. 39.

la quale la libertà di alcuni si ottiene a scapito di quella degli altri. Il femminismo, nella sua dimensione politica più radicale, deve aspirare a una libertà che non si riduca all'assenza di costrizione, una libertà che non si garantisca unicamente invocando maggiore protezione penale contro gli abusi, e che non si conquisti attraverso codici, tribunali e sentenze.

La difesa di un concetto più ambizioso di libertà implica che la libertà delle donne – e anche la loro libertà sessuale – ci chiami a una lotta politica contro la disuguaglianza, al di là della politica penale. Questa emancipazione delle donne richiede un progetto politico collettivo capace di trasformare le strutture stesse della società attraverso politiche sociali, economiche e culturali. In questo senso, il compito del femminismo è aprire un orizzonte politico in cui la libertà sia necessariamente una libertà condivisa, ossia un contesto in cui la libertà di alcuni sia condizione della libertà degli altri. È quindi soltanto al di là dei limiti angusti del diritto penale – e del concetto giuridico di consenso – che si gioca la battaglia politica per un'autentica emancipazione.

CONCLUSIONES

El problema que aborda esta investigación ha sido planteado de forma especialmente penetrante por la filósofa Ann Cahill. La autora, recogiendo una preocupación compartida por tantas otras feministas, señala la importancia de que el feminismo no olvide el carácter encarnado del sujeto y se pregunta hasta qué punto esa encarnación puede tener cabida en la gramática jurídica de una ley penal que presupone un sujeto del consentimiento idéntico a sí mismo y auto transparente. Cahill sostiene que "el sujeto encarnado de la teoría feminista es radicalmente discontinuo, ya que no existe un núcleo abstracto del ser que persista a través de los cambios corporales"[774]. "Al situar las experiencias corporales propias de las mujeres en el centro del proceso que es la subjetividad, las teóricas feministas demuestran eficazmente que la "unidad transparente del yo" es una ilusión"[775]. En efecto, como argumentamos al comienzo de esta investigación, el feminismo ha venido a poner sobre la mesa que el querer es mucho menos coherente, unitario y permanente de lo que un pensamiento occidental hegemónico y tradicional ha convertido en ideal de subjetividad. Tener cuerpo es, como afirma Braidotti, un obstáculo para las pretensiones de identidad y transparencia del clásico sujeto masculino de la modernidad. "La idea del sujeto como proceso significa que ya no es posible suponer que él/ella coincida con su propia conciencia, sino que ha de pensarse como una identidad compleja y múltiple, como el sitio de interacción dinámica del deseo con la voluntad, de la subjetividad con el inconsciente"[776]. La violación, en tanto que ataque a un sujeto corporal, ataca a una dimensión particularísima del sujeto, a una "integridad del sujeto", dice Cahill, que no puede ser comprendida por la ley. La autora apunta justo al corazón del problema cuando señala que la estructura de lo jurídico, al entender la violación a partir de una definición general, no puede comprender la violación como una experiencia encarnada, pues "cuando abordamos la violación como una experiencia del sujeto encarnado, se socava la universalidad de la experiencia del acto de violación"[777]. El problema es, precisamente, que el derecho requiere de definiciones generales y, al igual que simplifica la violación en categorías abstractas y generales,

[774]A. CAHILL. *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001. p. 109.
[775]A. CAHILL. Op. cit., p. 110.
[776] R. BRAIDOTTI. *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*. Barcelona. Gedisa. 2004. p. 40.
[777]A. CAHILL. Op. cit., p. 114

simplifica al propio sujeto y su querer. ¿Nos debe llevar esto a la conclusión de que las leyes no deben decir nada sobre la violación? Si no es esta la conclusión que queremos asumir entonces la pregunta es la que planteábamos en las páginas iniciales como pregunta de la investigación: ¿Hasta qué punto un sujeto encarnado puede entrar en la gramática de la ley? ¿Cuánto puede el cuerpo y el deseo no ser arrasados al entrar las mujeres en los marcos jurídicos modernos en los que se inscribe el sujeto de la voluntad?

La respuesta que doy en esta investigación puede ser decepcionante para quienes pretendan encontrar en el derecho un traje hecho a medida de los problemas que nos plantea el sexo. Lejos de ello, defiendo que el concepto de consentimiento es un continente en el que la sexualidad tiene que ser insertada a la fuerza y con dificultad, quedando inevitablemente desencajada o descoyuntada. El sexo -y por esto es un importante asunto filosófico- revela de una forma especialmente esclarecedora una oscuridad, pues pone de manifiesto el no saber que envuelve al deseo, el carácter contingente e imprevisible del encuentro con los otros y los límites difusos de la propia identidad. El derecho, sin embargo, no puede operar a partir de una identidad cambiante, no puede validar jurídicamente un querer contradictorio o ambivalente y no puede resolver las incertidumbres de un sujeto que desconoce su propio querer. Necesita, por tanto, una ficción de unidad, una ilusión de continuidad, una fantasía de consciencia que, en efecto, debe ser cuestionada e interrogada por los feminismos pero que, a la vez, no puede ser superada dentro de la gramática legal. Esto implica dos grandes consecuencias.

La primera de ellas tiene que ver con la necesidad de asumir los límites mismos del derecho. Aunque pueda existir una incoherencia, una pluralidad, un conflicto en el querer del sujeto, el derecho debe proceder como si el sujeto supiera lo que quiere, validando un querer que debe ser expresado externamente. Puede y debe reconocer como válido ese querer sólo bajo ciertas condiciones igualmente externas, imponiendo una serie de mínimos -unas condiciones del consentimiento- que permitan distinguir el consentimiento válido de la cesión ante la fuerza. Más allá de esa esfera exterior, la ley tiene, sin embargo, una limitación para indagar sobre la interioridad de los sujetos, sus sentimientos, sus emociones y sus conflictos anímicos o psíquicos. Eso implica que, como señala Santiago Alba Rico[778], la distancia entre los dos conceptos filosóficos que recorren

[778] S. ALBA RICO. *Todo el pasado por delante.* Madrid: Catarata, 2017. pp. 156-165. Este texto, como se plantea en la introducción es el inicio de una larga conversación filosófica con su autor que ha sido fundamental para las ideas desarrolladas a lo largo de esta investigación.

esta investigación -la voluntad y el deseo- no puede pretender suturarse. "Entre la voluntad y el deseo hay y siempre habrá una distancia y un potencial desacuerdo que, imposible de disolver de manera definitiva, tendrá que ser resuelto *en cada caso* con mucho cuidado, pero siempre a partir del presupuesto de que, allí donde no haya acuerdo, es la voluntad la que cuenta"[779]. El autor trae a colación un asunto ya subrayado en esta investigación por autores como Angel, Fischel o Butler. Que entre el deseo y la voluntad exista una inextinguible diferencia quiere decir que se puede consentir aquello que no se desea y que se puede desear aquello que no se consiente. Validar jurídicamente el consentimiento de los sujetos implica, por tanto, validar lo que un sujeto quiere incluso aunque no lo desee. Eso implica reconocer que los sujetos pueden consentir a experiencias que, quizás, aún cuando no lo sepan, no serán placenteras y satisfactorias o no serán aquello que esperaban, pues consentir, como afirma Butler, implica arrojarse a lo desconocido. En esta tesis defiendo que entender al sujeto de forma encarnada significa asumir que el consentimiento implica un riesgo y que ese es el riesgo del que la ley no debe proteger a los sujetos, al menos los sujetos mayores de edad y, por lo tanto, a las mujeres. No hay ninguna libertad sexual posible para las mujeres si se pretende proteger a las mujeres de la sexualidad misma.

La segunda consecuencia es que, sin embargo, si bien las mujeres no pueden ser protegidas *por la ley* de los riesgos consustanciales al sexo, sí debe ser protegidas *de la ley,* al menos de una versión de la ley que no es solo posible sino que ha sido obstinadamente *real*. En estas páginas he querido evidenciar que la historia del delito sexual nos demuestra que el principal abogado de la violencia contra las mujeres ha sido la propia ley sexual. Las mujeres sólo se han ganado el derecho a ser sujetos de voluntad a través del autosacrificio de sus cuerpos, cuando las Lucrecias voluntariosas se inmolan a sí mismas y devienen almas o seres espirituales justamente destruyendo, literalmente, su propia integridad corporal. Para controlar el cuerpo femenino la ley ha separado y enfrentado al sujeto femenino a su propio cuerpo de dos modos que son interdependientes y solidarios. Por una parte, negando el cuerpo a través de una sádica noción de voluntad absoluta e incondicional. Por otra parte, invalidado el consentimiento sexual de las mujeres buscando en su cuerpo la verdad, pues, como recuerda Alba Rico es justamente la cultura de la violación la que ha negado la voluntad femenina "auscultando signos

[779] S. ALBA RICO. Op. cit., p. 158.

desiderativos y consentimientos corporales en el cuerpo de la víctima que ha dicho 'no'"[780]. Una cultura sexual patriarcal parte de la presuposición de que la voluntad femenina está aquejada de un déficit de verdad, de una falsedad que viene de serie. Es por ello que el querer femenino debe ser verificado, doblemente validado, comprobado a partir de un plus de autenticidad. En esta investigación he querido señalar que hay algo compartido en la exigencia patriarcal de que las mujeres demuestren tener una verdadera voluntad a través de resistencias kamikazes y suicidas y la exigencia de que las mujeres demuestren tener una "verdadera voluntad" a través de consentimientos entusiastas y deseantes. La pregunta es por qué las mujeres están sometidas a este exigente examen de veracidad al que, desde luego, no se somete a los hombres. Defiendo que la única noción de consentimiento sexual que puede ser validada es una por la cual las mujeres queden protegidas de esa trampa. El derecho no debe pedir a las mujeres ni que den pruebas especiales y excepcionales de la "verdad" de sus noes ni que aporten garantías extras de la autenticidad desiderativa de sus síes y el feminismo debe denunciar que la ley imponga esos especialísimos requerimientos cuando se trata de validar el querer de los sujetos femeninos. Considero que existe un uso posible de la noción de consentimiento que puede no venir acompañado de estas inaceptables exigencias y que para ello hay que aceptar que el derecho opera a partir de ficciones y no de "verdaderas" voluntades o de "verdaderos" deseos. En efecto, el consentimiento es una ficción y, por tanto, debemos poder consentir aunque no conozcamos nuestro deseo.

La defensa que hago de un *sujeto verosímil del consentimiento* tiene efectos jurídicos pues propongo, justamente, rechazar una determinada conceptualización del consentimiento que exige voluntades rígidas y que atrapa a las mujeres en contratos irretirables. No se trata de que el consentimiento sea deseante, es decir que la voluntad deba convertirse en deseo, pero sí se trata de que nuestra voluntad no sea incompatible con el deseo. Si el consentimiento se entiende como un contrato entonces, como afirma Alcoff, "consentir la relación sexual puede, entonces, entenderse como un compromiso de realizar un acto o entregar un bien -en este caso, prestar un servicio-, bien sea ahora, bien sea en algún momento del futuro. Sin embargo, en relación con el sexo puedo comprometerme a realizar el acto sexual, pero no puedo comprometerme a mantener un deseo o un humor. Los compromisos no pueden prometer un deseo. [...] un

[780] S. ALBA RICO. Op. cit. p. 158.

consentimiento verbal no puede asegurar que mi estado de excitación sexual o de deseo continuará en pie durante el periodo contratado. Los sentimientos sexuales no están sujetos a este grado de predictibilidad, de control y de constancia"[781]. Lo que Alcoff expresa con estas palabras es la idea de que el deseo no puede ser nunca el objeto de un acuerdo contractual, y que "los abordajes contractuales de las relaciones sexuales pueden involucrar el consentimiento de una alienación, la alienación del propio cuerpo, de los propios sentimientos y de las propias preferencias"[782]. El contrato, en la medida en la que implica una serie de deberes irrevocables, obligan al sujeto a convertirse en el sujeto de un querer de hierro. Al afirmar el carácter voluble de un querer deseante, Alcoff afirma con razón que la idea de voluntad que presupone todo contrato sexual se convierte en una manera de aplastar un querer o un deseo del sujeto que queda sádicamente imposibilitado en nombre de su propia voluntad.

En esta investigación defiendo que la distinción entre el contrato y el permiso abre un espacio para defender un papel al derecho y validar jurídicamente el querer de las mujeres de una forma que pueda ser compatible con el deseo. El rechazo del contrato implica, como afirma Tamar Pitch, limitar las competencias del derecho penal, pues se trata de prohibir al derecho que pueda imponerles a los sujetos, como Lucrecia se impone a sí misma, convertirse en víctimas de su propia voluntad. Un consentimiento no contractual presupone un sujeto más verosímil en la medida en la que reconoce jurídicamente una voluntad a la que no le impone la exigencia de ser un querer recto e inamovible, un querer auto transparente. Se trata, al contrario, de poder conservar en todo momento la posibilidad de moverse, retirarse, y que, en todo momento, "el sujeto mantenga la posibilidad de ejercer [...] la capacidad para esa revocación"[783]. Defender una conceptualización negativa del consentimiento lleva a consecuencias jurídicas importantes en el terreno de los debates feministas sobre la sexualidad pues considero que abre una perspectiva dentro de la cual ciertos debates actuales pueden ser abordados de una manera más prometedora. La crítica al contrato comporta implicaciones de gran alcance no solo en relación con el debate sobre la violencia sexual y la configuración del

[781] L. M. ALCOFF. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019. pp. 178-181.
[782] L. M. ALCOFF. Op. cit., pp. 178-179.
[783] C. BARDAVÍO ANTON, "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del "sólo sí es sí": ¿Legislando a martillazos?" en G. MARTINEZ, *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024. p. 98.

delito de violación, sino también en otras controversias feministas, tales como la regulación del trabajo sexual, las prácticas sadomasoquistas, la gestación subrogada o el recurso a determinadas técnicas de reproducción asistida. En este sentido, mi investigación guarda afinidad con la posición defendida por Tamar Pitch cuando la autora defiende un "derecho flexible"[784]. En efecto, Pitch sostiene, por un lado, la necesidad de mantener el derecho en unos términos que podríamos caracterizar como modernos, pero, al mismo tiempo, insiste en la necesidad limitar las competencias del derecho imposibilitando la entrada de una lógica contractual en todos aquellos ámbitos vinculados con el cuerpo de las mujeres, la sexualidad y la reproducción. Ello comporta, de forma consecuente, la necesidad de explorar fórmulas de despenalización en materias como la reproducción o el trabajo sexual sin que ello suponga adaptar tales prácticas a la lógica del contrato. En el terreno del trabajo sexual, la reflexión aquí propuesta se distancia tanto de las posiciones de Catharine MacKinnon como de las de Carole Pateman y muestra que son precisamente las perspectivas feministas construidas desde la indistinción entre el consentimiento y el contrato las que han oscurecido los términos de este debate. Desde dichas posiciones se acusa reiteradamente a los feminismos proderechos de pretender contractualizar el sexo y se asocia la defensa del consentimiento de las trabajadoras sexuales con una propuesta que conduciría a la posibilidad de reclamar por parte del estado (o de los particulares) deberes u obligaciones sexuales a las mujeres.

El ejemplo legislativo de Nueva Zelanda, donde las propias trabajadoras del sexo participaron activamente en la redacción de la ley aprobada en 2003 para despenalizar el trabajo sexual, revela, sin embargo, algo muy distinto y pone de manifiesto que es posible explorar modos de regulación y de legislación, sin recaer en la gramática del contrato. Ley de Reforma de la Prostitución de Nueva Zelanda[785], en su sección 17, establece de manera explícita que las trabajadoras sexuales tienen "el derecho a negarse en cualquier momento y por cualquier motivo a proporcionar o continuar proporcionando servicios sexuales y afirma de manera explícita que el pago por dichos servicios no equivale a un pago por el consentimiento"[786]. Es decir, el modelo neozelandés subraya la necesidad de

[784] Ver T. PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003.
[785] New Zealand, *Prostitution Reform Act 2003*, Public Act No. 28 (Wellington: New Zealand Parliament, 2003).
[786] G. ABEL y L. ARMSTRONG, *Trabajo sexual con derechos: Una alternativa de despenalización*. Barcelona: Virus Editorial, 2022. p. 33.

mantener un concepto negativo de consentimiento. Son las propias trabajadoras quienes han asegurado que la ley recoja explícitamente su derecho a decir que no, reforzando así una noción de consentimiento no contractual como garantía indispensable de su libertad sexual[787]. Renunciar a dicho carácter negativo —esto es, desvincular el consentimiento de la posibilidad efectiva de decir que no— supondría asumir que las trabajadoras sexuales pueden ser violadas como parte de su trabajo.

Esta cuestión no es solo crucial en el campo del trabajo sexual sino también en otros asuntos que, bajo el paradigma positivo del consentimiento, no pueden ser abordadas de forma apropiada y garantista. Recientemente el Tribunal de Estrasburgo ha emitido una sentencia en la que condena a Francia por validar el consentimiento de una mujer en un contrato sadomasoquista afirmando que "no puede considerarse que un contrato previo exime de la exigencia de consentimiento en el momento del acto sexual, pues el consentimiento por su naturaleza es revocable"[788]. Este tipo de casos jurídicos demuestra la importancia de defender una noción del consentimiento siempre revocable, noción por la cual el "contrato sadomasoquista" solo puede ser considerada por la ley una ficción erótica pero nunca un pacto jurídicamente vinculante. La tarea que se apunta, por tanto, en esta investigación es la de explorar qué posibilidades abre la legislación para despenalizar determinadas prácticas sexuales sin que ello conduzca a una conceptualización positiva y contractual del consentimiento. Considero que esta línea de investigación jurídica es una de las aperturas de la tesis que debe ser ampliamente profundizada en futuras investigaciones.

*****

[787] Lo que la legislación neozelandesa garantiza es que el contrato suscrito por las trabajadoras sexuales puede abarcar aspectos relativos al lugar en que se ejerce la actividad, al tiempo invertido o a otras condiciones materiales, pero no constituye un contrato sexual en sentido estricto, es decir, no es el sexo mismo lo que queda contractualizado como una obligación.

[788] El Tribunal concluyó que Francia había incumplido sus obligaciones bajo los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tratos inhumanos o degradantes y derecho al respeto de la vida privada) al no tener un marco legal adecuado y por tratar el "contrato sexual" como válido para anular denuncias de violencia. Ver *European Court of Human Rights*, *E.A. v. France*, sentencia del 4 de septiembre de 2025.

Esta tesis pretende abrir el campo para una reflexión ética del sexo. Comparto con Manon Garcia la idea de que la actual discusión sobre el consentimiento nos está poniendo ante dos problemas diferentes y que confundirlos podría llevarnos a no poder enfrentar exitosamente ninguno de los dos. En los términos de Garcia, que reserva un uso ético a la noción de consentimiento[789], estamos depositando dos tareas en este concepto: "por una parte debería, negativamente, permitirnos luchar eficazmente contra las violencias sexuales, en particular aportando un instrumento útil para distinguir entre sexo y violación, por otra parte debería permitirnos, positivamente, pensar nuevas modalidades de relaciones amorosas y sexuales más justas, más paritarias y, probablemente, más placenteras en general"[790]. Para García, separar el plano jurídico del ético es la condición de que el feminismo pueda aspirar a un sexo no solo consentido negativamente sino positivamente deseado, una aspiración que considera, como yo, necesaria e irrenunciable pero que no puede ser emprendida por la ley. "Que el derecho penal deba pronunciarse solo sobre aquello que es un crimen no significa que la moral consista simplemente en abstenerse de hacer lo que está prohibido"[791]. Considero, como la autora, que es precisamente esta tarea ética, que se abre solo más allá de lo meramente permitido, la que debe llevarnos a las feministas a huir de la tentación de buscar un nuevo orden sexual paritario a través del sistema judicial[792]. Si es preciso definir y acotar la noción de consentimiento es porque es precisamente la ambigüedad semántica del concepto la que está produciendo la ilusión de poder hacer ese pasaje, pero, como recuerda Garcia, "no será el derecho el que nos permitirá acceder a una conversación sexual necesaria para una vida sexual no solamente moral sino placentera y satisfactoria"[793]. El problema de confundir lo moral con lo legal no es solamente que nos lleva a pensar que todo daño o mal ha de ser un delito, sino que nos lleva a no reconocer el mal moral si no está certificado por la ley. La valiosa aportación de Clotilde Leguil viene a recordar que, en el terreno de la sexualidad, un mal encuentro no es simplemente (o no necesariamente) un sexo poco divertido, puede implicar también un daño profundo y un trauma destructivo

[789] En los términos empleados por Garcia, que actualiza la distinción kantiana entre legalidad y moralidad, la distinción entre una acepción jurídica y una acepción ética del consentimiento es, justamente, la distinción entre una concepción negativa y positiva del concepto.
[790] M. GARCIA. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022. p. 106.
[791] M. GARCIA. Op. cit., p. 226-227.
[792] M. GARCIA. Op. cit., p 240.
[793] M. GARCIA. Op. cit., p. 249.

para el sujeto y ello, precisamente, en la medida en la que relaciones sexuales exponen siempre a un riesgo a todo sujeto. En la medida en la que tenemos sexo en este mundo nuestras relaciones sexuales siguen atravesadas por una cultura sexual patriarcal y eso expone especialmente a las mujeres no solo a daños que son delitos sino también a daños que no lo son. Abrir una conversación ética sobre la sexualidad implica recordar a nuestra sociedad que el hecho de no estar tipificados en la ley no implica que muchos de esos daños no sean un asunto político que compete al feminismo y al conjunto de la sociedad.

La modernización del sexo que llegó a las sociedades occidentales a finales del siglo XX y la promesa liberar la sexualidad encerró ciertas trampas para las mujeres justamente en la medida en la que clausuró el espacio para una reflexión ética de la sexualidad. Una de las tesis más interesantes de Agustín Malón, a la que me adhiero, es que en el sexo y el erotismo humano revelan los límites del proyecto moderno. Especialmente porque determinadas cuestiones sexuales (entre ellas la cuestión del consentimiento sexual y, en particular, las edades del consentimiento) exponen las costuras de una sociedad que ha pretendido zanjar todos los problemas mediante el derecho. Es esa sociedad la que ha querido modernizar el sexo a partir no solo de una secularización del derecho sino de una completa desmoralización del sexo. Lo que señala Malón es que esa descualificación moral de la sexualidad implicó la idea de que todo lo que era consentido era directamente permisible moralmente. "Una concepción de las relaciones sexuales entendidas como una esfera de la vida humana sin demasiadas implicaciones morales o existenciales"[794] convirtió el sexo en una cuestión vinculada al mero placer donde cualquier abordaje ético era rechazable como moralismo. Probablemente es ese movimiento de clausura -por el que, más allá de lo prohibido no habría nada que discutir- el que produce que hoy respondamos a él pero permaneciendo atrapados en sus términos, es decir, queriendo enfrentar la inmoralidad con el derecho. La pregunta que plantea Malón es cuál es el lugar de una ética sexual contemporánea y si el sexo y el erotismo implican relaciones humanas que revistan una cualidad ética especial. Es precisamente esa pregunta, sobre la que los feminismos tienen mucho que decir, la que no puede tener lugar si no rescatamos una esfera ética sobre el sexo más allá de las competencias de las leyes, los jueces y los tribunales.

[794] A. MALÓN. *Ética sexual contemporánea. Aspectos pedagógicos y límites*. Valencia: Tirant Humanidades, 2016. p. 77.

En este sentido soy consciente de que mi investigación abre un espacio que, al mismo tiempo, no recorre ni atraviesa y que apunta a una tarea pendiente. Es, no obstante, una tarea ya comenzada pues, después de este trabajo de investigación puedo decir que uno de los descubrimientos ha sido constatar que, por debajo del controvertido debate jurídico y legal sobre el consentimiento, existe también otro tipo de conversación. Autoras como Linda Martin Alcoff, Katherine Angel, Joseph Fischel, Clotilde Leguil o Judith Butler están poniendo sobre la mesa una necesaria discusión ética de la sexualidad que no parece encontrar su hueco en una sociedad que ha encomendado demasiadas cosas al derecho penal. Mi contribución ha sido defender la legitimidad y la necesidad de ese tipo de reflexión sobre la sexualidad y, para ello, he tenido que ordenar un problema de cara a poder delimitar sus diferentes ámbitos. Para el futuro, espero poder profundizar en esa reflexión ética en la que creo que se están exponiendo hoy, desde el campo del feminismo, las cuestiones más relevantes y los debates más necesarios. Mi investigación defiende que la sutura de la diferencia entre la voluntad y el deseo no solo precipita la ética dentro del derecho sino que, al invadir el territorio para una posible ética de la sexualidad con los aparatos de la ley, hace fracasar el proyecto en el que más esfuerzos debe poner el feminismo. Mirar el problema desde este otro ángulo requiere adentrarnos en arenas mucho más movedizas que las leyes pero de esta ampliación del problema depende que la "libertad sexual" de las mujeres pueda ser algo más que una libertad meramente negativa, es decir una mera protección frente a la agresión y la violencia. Si el feminismo necesita servirse de la ley para trabajar en la emancipación sexual de las mujeres, es preciso preguntarse *hasta dónde y para qué* debe servirse de la ley para tal objetivo y si determinados usos -o abusos- de la ley no pueden cerrar (más que abrir) ese espacio de exploración del deseo que una cultura patriarcal siempre ha negado a las mujeres. Como dice Angel, "tenemos que articular una ética sexual que no pretenda desesperadamente mantener a raya la incertidumbre del sexo. Una ética del sexo digna de ese nombre tiene que admitir la vaguedad, la opacidad y el desconocimiento"[795].

Aunque el resultado de mi investigación pueda resultar decepcionante para quienes esperan poder depositar más esperanzas en el derecho penal sexual, es también

---

[795] K. ANGEL, *Tomorrow Sex Will Be Good Again: Women and Desire in the Age of Consent.* London: Verso, 2021. p. 57.

la reivindicación de que existe un papel necesario de la legislación en el campo de la sexualidad. El sexo supone un límite para la ley pero no imposibilita toda comparecencia de la ley. El consentimiento, en los términos en los que ha sido defendido aquí, es imprescindible para proteger a las mujeres de la violencia y ello es una condición necesaria para que las mujeres puedan explorar la sexualidad y adentrarse, precisamente, en un territorio que trasciende la lógica del consentimiento. Como afirma Butler, "un cierto contexto legal provee la condición bajo la cual las presuposiciones legales del consentimiento y del contrato son puestas en entredicho"[796]. Necesitamos del consentimiento para poder ir más allá de él.

*****

Por último, mi investigación, por los propios límites que defiende para el derecho, requiere introducir una dimensión política en el problema del consentimiento. Precisamente en la medida en que sostengo que el derecho penal no es la herramienta adecuada para enfrentar las relaciones estructurales de poder y desigualdad, considero que subsiste una tarea política pendiente más allá de la política penal. En un mundo desigual, algunos sujetos son menos libres que otros y ello, qué duda cabe, también en la esfera de la sexualidad. Las mujeres no pueden ser igual de libres que los hombres si están excluidas de la vida pública, recluidas en el ámbito privado o situadas en condiciones de desigualdad económica. Pero si el patriarcado o las relaciones capitalistas de explotación no pueden ser transformados por vía del derecho penal, resulta un error confiar a la ley penal la resolución de estos problemas. El derecho penal, por su propia naturaleza, sólo puede actuar negativamente: se limita a fijar prohibiciones, a sancionar determinadas conductas, a proteger un espacio mínimo de libertad negativa. La experiencia histórica demuestra, además, que el derecho penal tiende a reforzar relaciones de dominación, a producir exclusiones y a consolidar la violencia del Estado, antes que a habilitar una auténtica transformación social. Confiar al derecho penal la solución de los problemas de

[796] J. BUTLER. "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", Traducción de Laura Contrera, Florencia Gasparín, Lucas Morgan y Nayla Vacarezza (2018), extraído del *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 21, nº2 (2011). p. 39.

desigualdad estructural supone, por tanto, una estrategia condenada al fracaso, que desplaza al campo jurídico problemas cuya raíz es política, económica y cultural. Precisamente porque el derecho penal sólo puede garantizar una libertad negativa, se abre un campo que necesariamente el feminismo debe abordar. La emancipación a la que aspira el feminismo, exige salir de los estrechos marcos del derecho, de su negatividad y de su lógica inmunitaria, es decir, de la consideración de que la libertad de unos es restada por la libertad de otros. El feminismo, en su dimensión política más radical, debe aspirar a una libertad que no se reduzca a la ausencia de coacción, una libertad que no se garantizada únicamente al exigir más protección penal frente a los abusos y que no se consigue a través de códigos, tribunales y sentencias.

La defensa de un concepto más ambicioso de libertad implica que la libertad de las mujeres —y también su libertad sexual— nos convoca a una lucha política contra la desigualdad más allá de la política penal. Esa emancipación de las mujeres requiere de un proyecto político colectivo capaz de transformar las estructuras mismas de la sociedad a través de políticas sociales, económicas y culturales. En este sentido, la tarea del feminismo es la de abrir un horizonte político en el que la libertad sea necesariamente una libertad compartida, es decir, donde la libertad de unos sea condición de la libertad de los demás. Es, por tanto, sólo más allá de los límites estrechos del derecho penal -y del concepto jurídico de consentimiento- donde se libra la batalla política por una auténtica emancipación.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer a mis directoras, Joana Masó Illamola y Nuria Sánchez Madrid, su acompañamiento durante todo este proceso. Gracias por haberme acompañado desde una permanente colaboración entre ambas. Gracias por sus imprescindibles consejos y valiosos comentarios, por su lectura atenta y por su generosa disposición para ayudarme hasta el final del camino. Quiero agradecer a todo el equipo de profesoras e investigadoras que conforman ADHUC el haberme acogido durante estos años en Barcelona. Ha sido un placer formar parte de este espacio. Gracias a Helena González por su trato, siempre tan franco y tan directo y, a la vez, siempre tan cariñoso. Gracias a Rosa Rius por todas sus horas dedicadas a ayudarme a poner en claro las ideas de esta tesis desde su labor en el Laboratorio de ADHUC. Su seguimiento, tan constante como afectuoso, delicado y respetuoso, fue enormemente importante para mí.

Quiero agradecer a Àngels Vivas su generosidad a la hora de comentar conmigo, desde su saber experto, algunas cuestiones jurídicas vinculadas a esta tesis. Gracias también por haberme dado la oportunidad de asomarme a algunos de los debates jurisprudenciales que ocupan a quienes deben interpretar y aplicar las actuales legislaciones. Gracias, por supuesto, a Carme Guil, por su inspiradora defensa tanto del derecho como de sus necesarios límites. Gracias por haber compartido conmigo -ya muchas veces y de muchas maneras-, las razones por las que es necesario hacer del derecho penal un territorio menos rígido y hostil para las mujeres, pues ese deseo compartido recorre y alimenta esta tesis. Gracias a Víctor Correas Sitjes, por su gran interés por cambiar la práctica jurídica desde dentro, por su actitud de escucha y por contestar a mis preguntas y repreguntas tantas veces con suma generosidad.

Gracias a José Antonio Ramos por compartir conmigo algunos interrogantes y rompecabezas jurídicos desde su pasión por el derecho. Gracias a Agustín Malón, por sus valiosos planteamientos y por haberlos compartido conmigo desde la máxima generosidad. Gracias a Ana Valero, a Paz Lloria, a María Luisa Maqueda, a Eduardo Santos y a Paz Francés por los intercambios que hemos tenido estos años. Quiero agradecer también a Fausto Giumetti su lectura atenta y sus comentarios expertos sobre el derecho romano. Gracias a Fabio Ciaramelli, por su amable acogimiento en Nápoles y por su interés y disponibilidad para dialogar sobre estas ideas. Agradezco mucho a Francesca Scamardella haber impulsado la publicación de un libro a partir del debate de

algunas ideas contenidas en esta investigación en Italia. Gracias a Virginia Amorosi, a Alessandro Arienzo, a María Florencia Gonzalez Leone, a Maria Della Volpe, a Piero Marino y a Salvatore Prinzi por haber participado de ese debate con tanto interés. Gracias a Éric Fassin, por acogerme en París y por haber tenido conmigo un generoso intercambio de ideas al comienzo de esta investigación.

Gracias a Jordi Gracia por su apuesta por publicar algunas de estas ideas en El País. Estoy también enormemente agradecida a Isabel Obiols y a Silvia Sesé, por haberme animado y acompañado para publicar en Anagrama *El sentido de consentir,* un adelanto breve de algunas de las ideas aquí desarrolladas que ha abierto las puertas a muchas discusiones valiosas y fructíferas para esta tesis. Gracias también a Stella Magliani-Belkacem por apostar decididamente y con toda su convicción -que es mucha- por el debate de estas ideas en Francia a través de La Fabrique. Gracias a Clotilde Leguil, por nuestras charlas juntas, tanto en público como en privado, porque han sido siempre muy enriquecedoras. Gracias a Pepe Ema, por sus consejos y comentarios al inicio de esta andadura, pero sobre todo por haber abierto la puerta, con una breve y aguda reflexión suya de hace muchos años, a algunas de las preguntas que me he dedicado a pensar en esta tesis. Gracias a Jorge Alemán y a Fabiana Rousseaux, por nuestras conversaciones sobre consentimiento y psicoanálisis.

Por último, gracias a los amigos más cercanos. Gracias a Tati, Emma, Leyre, Julio y Adrià por ser tan buenos amigos en estos años de tanto trabajo y revoluciones vitales. A Julio, por sus propuestas y por leer con mucha atención algunos capítulos; y a Adrià y Tati, por todas las horas de conversación en las que he aprendido y me he divertido tanto. Gracias a Lluís por sus comentarios a una primera versión abreviada de esta tesis. A Mireia, por acompañarme tanto en una parte de esta aventura. A Cristina y a todas y cada una de las compañeras de Alianzas Rebeldes por hacer que muchos de los debates feministas que recorren esta tesis sean una apuesta colectiva por pensar juntas. Gracias a Miki, por estar siempre ahí codo con codo frente a lo que venga. Gracias a Saso, por sus lecturas, su escucha, sus propuestas, sus cuidados, gracias por ser el mejor consejero y el mejor compañero de aventuras. Por último, gracias a Santiago Alba, tanto por sus luminosos textos -que son los que más han despertado en mí el deseo de pensar la pregunta filosófica por la voluntad y el deseo- como por haber sido un verdadero amigo intelectual. Esta tesis no existiría sin todas esas larguísimas conversaciones que nos han ocupado

durante años y en las que hemos explorado juntos muchas de las intuiciones y preguntas que recorren estas páginas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, G. y ARMSTRONG, L., *Trabajo sexual con derechos: Una alternativa de despenalización*. Barcelona: Virus Editorial, 2022.

ALBA RICO, S., *Todo el pasado por delante.* Madrid: Catarata, 2017.

————. *De la moral terrestre entre las nubes*. Logroño: Pepitas de Calabaza, 2023.

ACALE SÁNCHEZ, M., "Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma." *Igualdades,* 5 (2021): 467-485.

————."Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio de 2021", *Revista Sistema Penal Crítico*, n.º 2 (2021): 158–176.

ALCOFF, L. M. *Violación y resistencia: Cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Buenos Aires: Prometeo Libros, 2019.

ALEMÁN, J., *Breviario político de psicoanálisis*. Barcelona: Ned Ediciones, 2023.

ALTUZARRA ALONSO, I., "El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual" *Oñati socio-legal series*, Vol. 13, Nº. Extra 6, 1, (2023): 318-346.

ÁLVAREZ MEDINA, S., "La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual." *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 47 (2023): 349-380.

AMORÓS, C., *Feminismo e imaginarios de la globalización: apuntes para una agenda feminista global*. Granada: Comares, 2025.

————. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos, 1985 (reed. 1991).

————. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias… para las luchas de las mujeres.* Madrid: Cátedra, 2005.

————. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad.* Madrid: Cátedra, 1997.

————. *Vetas de Ilustración. Reflexiones sobre feminismo e Islam*. Madrid: Cátedra, 2009.

ANDERSON, E. S., “Mujeres y contratos: no hay nuevo acuerdo”, *Anacronismo e irrupción: Revista de teoría y filosofía política clásica y moderna* 11, n. 20 (2021)

ANDERSON, M. J., “Negotiating Sex”. S*outhern California Law Review* 78, no. 1, (2004).

ANGEL, K., *Tomorrow Sex Will Be Good Again: Women and Desire in the Age of Consent.* London: Verso, 2021.

ARISTÓTELES. *Ética Eudemia*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

————. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASÚA BATARRITA, A., “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en LAURENZO COPELLO, P., MAQUEDA ABREU, M. L. y RUBIO CASTRO, A., *Género, violencia y derecho.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. pp. 143-143.

————. “Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales”, en *El nuevo código penal desde una perspectiva de género,* Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998. pp. 45-101.

BAKER, K. K. y OBERMAN, M., “Women’s Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century.” S*tudies in Law, Politics, and Society,* 69 (2016).

BARDAVÍO ANTON, C. “Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del “sólo sí es sí”: ¿Legislando a martillazos?” en MARTINEZ, G. *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024.

————. *Las sectas en derecho penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2016.

BARJOLA, N., *Microfísica sexista del poder. El caso Alcàssery la construcción del terror sexual*. Barcelona: Virus, 2018.

BATAILLE, G., *El erotismo*. Madrid: Siruela, 2009 [1957].

BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1962.

————. *¿Hay que quemar a Sade?* Trad. Francisco Sampedro. Madrid: Antonio Machado, 2002.

BELLIOTTI, R. A. *Sexual Morality*. Totowa, NJ: Rowman and Littlefield, 1979.

BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza, 2001.

BERSANI, L. *Is the Rectum a Grave? and Other Essays*. Chicago: University of Chicago Press, 2010.

BLANCO PICABIA, A. "Psiquiatría y patología de la voluntad" en *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual*. *Psiquiatría y ley.* MEDINA, A, MORENO, M. J., LILLO, R. Y GUIJA, J. A. (editores). Documentos Córdoba, Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, 2013.

BRAIDOTTI, R., *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada.* Barcelona. Gedisa. 2004.

————. *Lo posthumano*. Barcelona: Gedisa, 2015.

BRANCATO, S., "Masculinidad y etnicidad: las representaciones racistas y el mito del violador negro", en *Nuevas masculinidades*, Marta Segarra y Ángels Carabí, Barcelona: Icaria, 2000.

BRESCIA, G., "Vis grata puellis. Fortuna di un pregiudizio: il 'caso' di Lucrezia", en D. CERRATO, C. COLLUFIO, S. COSCO, M.M. CLAVIJO (edd.), *Estupro, Mitos antiguos & violencia moderna. Homenaje a Franca Rame*. Sevilla: Arcibel, 2014.

————. "Elena e l'alibi della violenza (Ovidio, Heroides 16–17)". Revista de Estudios de las Mujeres 2 (2014) 237-255.

BROWN, W., *Estados del agravio: Poder y libertad en la modernidad tardía*. Madrid: Lengua de Trapo, 2019.

BROWNMILLER, S., *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*. Barcelona: Editorial Planeta, 1981

BRYDEN, D. P. y LENGNICK, S., "Redefining Rape." *Buffalo Criminal Law Review* 3, no. 2 (2000).

BUENO ARÚS, F., "El consentimiento del paciente". En MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. *Derecho Médico*, volumen I. Madrid: Tecnos, 1986.

BUTLER, J., *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010.

————. *El género en disputa*, Barcelona: Paidós, 2007.

————. *Excitable Speech. A Politics of the Performative*. Nueva York, Routledge, 1997.

————. *Los sentidos del sujeto*. Barcelona: Herder, 2016.

————. *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*. Valencia: Cátedra, 2001.

————. *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*. London: Verso, 2004

————. *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del siglo XX.* Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

————. "Consentimiento sexual, algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", Traducción de Laura Contrera, Florencia Gasparín, Lucas Morgan y Nayla Vacarezza (2018), extraído del *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 21, nº2 (2011)

————. "Une éthique de la sexualité: harcèlement, pornographie, prostitution", Vacarme, Nº 22, (2003)

CAHILL, A. J., "Recognition, Desire, and Unjust Sex." *Hypatia* 29, n.º 2 (Spring 2014): 303-319

————. *Rethinking Rape*. Ithaca: Cornell University Press, 2001.

CALIFIA, P. "A Secret Side of Lesbian Sexuality." *The Advocate* (27 de diciembre de 1979). Reimpreso en *Public Sex: The Culture of Radical Sex*. San Francisco: Cleis Press, 2000.

CARTER, A., *La mujer sadiana (The Sadeian Woman: An Exercise in Cultural History)*. Traducción de Graziella Baravalle. Barcelona: Edhasa, 1981.

CASTELLVÍ MONSERRAT, C., "¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual". *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, 77 (2025)

CAVARERO, A., *Inclinaciones. Crítica de la rectitud*. Barcelona: Fragmenta Editorial, 2022.

CERRATO, D., "La cultura dello stupro: miti antichi e moderni". En M.ª E. Jaime de Pablos (coord.), *Epistemología feminista: mujeres e identidad*. Sevilla: Arcibel, 2011, pp. 432–449.

CHAMALLAS, M., "Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct." *Southern California Law Review* 61, no. 4 (1988)

CHANG KCOMT R., *El consentimiento en el derecho penal: análisis dogmático*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

CIARAMELLI, F., "Il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali", en F. Scamardella (a cura di), *Forme del consenso: quale legge sulla violenza di genere?* Napoli: Editoriale Scientifica, 2025, pp. 17–22.

CIXOUS, H., *Le rire de la Méduse*. Paris: Editions Gallimard, 2024.

CLARAMUNT RODRÍGUEZ, S., "La mujer en el Fuero de Cuenca". *En la España Medieval* 2 (1982).

COBO, R. *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Madrid: Ediciones Cátedra (Colección Feminismos), 1995.

————. La ficción del consentimiento sexual. Madrid: Catarata, 2024.

COCA VILA, I., "Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual." *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2023): 430-466.

CORNELL, D. *Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*. New York/London: Routledge, 1991.

————. *The Imaginary Domain: Abortion, Pornografhy, and Sexual Harassment*, New York & London: Routledge, 1995.

CUBA ABARCA, D. "El dolo ¿vicio de la voluntad o del consentimiento? (fundamento de su aplicación en el derecho civil chileno)". *Temas de Derecho* (Colección, enero 2009-diciembre 2012) pp. 57-65.

CÓRDOBA DE LA LLAVE, R., *El instinto diabólico. Agresiones sexuales en la Castilla medieval*. Córdoba: Universidad de Córdoba, 1994.

DAVIS, A. *Dones, raça i classe*. Manresa: Tigre de paper, 2022.

DE MIGUEL, A. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra, 2015.

DEAN, T. *Unlimited Intimacy: Reflections on the Subculture of Barebacking*. Chicago: University of Chicago Press (2009)

DECKER J. F. y BARONI, P. "No" Still Means "Yes": The Failure of the "Non-Consent" reform movements in American Rape and Sexual Assault Law. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 101 (4), (2012) pp. 1081-1169.

DELEUZE, G., *Presentación de Sacher-Masoch: Lo frío y lo cruel*. Buenos Aires: Amorrortu, 2016.

DESPENTES, V., *Teoría King Kong*. Barcelona: Penguin Random House, 2028.

DOMÈNECH, A., *El eclipse de la fraternidad: Una revisión republicana de la tradición socialista*. Barcelona: Crítica, 2004.

DRIPPS, D. A., "Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent". *Columbia Law Review*, 92(7), (1996) 1780–1809.

DU TOIT, L., "The Contradictions of Consent in Rape Law." *South African Review of Sociology* 39, no. 1 (2008)

DWORKIN, A., *Our Blood: Prophecies and Discourses on Sexual Politics*. New York: Harper & Row, 1976. Id. *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Perigee Books, 1981.

DÍAZ RIPOLLÉS, J. L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*,Nº. 21 (2019)

————. *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*. Buenos Aires: Euros Editores, 2025.

ECHEVERRY ENCISO, Y. “Voluntad y conocimiento como presupuestos del dolo en materia penal.” *Revista Científica Guillermo de Ockham* 7, n.º 1 (enero–junio 2009): 123–151.

ERIBON, D. *Réflexions sur la question gay*. Paris: Fayard, 1999.

ESPOSITO, R. *Inmunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2019.

————. *Política y negación. Por una filosofía afirmativa*. Buenos Aires: Amorrortu, 2020.

ESTRICH, S. “Rape”. *The Yale Law Journal*, 95 (6), pp. 1087-1184, 1986.

FARALDO-CABANA, P., “Razones para una reforma del delito de violación en España”. En FARALDO-CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (pp. 157–183). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

————. “‘Solo sí es sí’: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación.” En *Reformas penales en la Península Ibérica. A “jangada de pedra”?* ALCALE SÁNCHEZ, M. (coord.) Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021.

————. “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en : un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España En FARALDO-CABANA, P., ACALE SÁNCHEZ, M. (Dires.), *La Manada: un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

FASSIN, É. “La sexualité politisée.” En *Le sexe politique: Genre et sexualité au miroir transatlantique*. Paris: Éditions de l’EHESS, 2009.

————. “Somnolence de Foucault. Violence sexuelle, consentement et pouvoir.” Prochoix , “Harcèlement contre consentment”, núm. 21, verano de (2002): pp. 06-119.

FEDERICI, S., *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.

FERZAN, K. K., “Consent, Culpability, and the Law of Rape.” *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016).

FIORI, R., “Materfamilias”. *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* 96–97 (1993–1994), pp. 455–498.

FISCHEL, J.J. *Screw Consent: A Better Politics of Sexual Justice* . Oakland: University of California Press, 2019.

FLORES-MILLER, G. "El concepto de la voluntad libre en la Introducción a los Principios de la filosofía del derecho de G.W.F. Hegel", Pensamiento y Cultura,Vol. 16-1, Mexico, Junio de 2013 , pp. 18-40.

FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber.* México: Siglo XXI, 1977.

————. *Historia de la sexualidad II: El uso de los placeres*. México: Siglo XXI, 1987.

————. "La loi de la pudeur." Recherches 37 (1979).

FRAISSE, G. *Del consentimiento*. Santiago de Chile: Ediciones Palinodia, 2011.

————. *La diferencia de los sexos*. Buenos Aires: Manantial, 1996.

FRASER, N. "Beyond the Master/Subject Model: Reflections on Carole Pateman's The Sexual Contract." *Social Text*, no. 37 (1993): 173-181.

FREUD, S., *Más allá del principio de placer*. Obras completas, vol. 18. Buenos Aires: Amorrortu, 2003 [1920].

————. *Obras completas. Vol. XI: Cinco conferencias sobre psicoanálisis, Un recuerdo infantil de Leonardo da Vinci y otras obras* (1910). Buenos Aires: Amorrortu, 2001.

FRISTER, H. *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 4ª edición alemana por Marcelo A. Sanchinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GARCIA. M. *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*. Torino: Enaudi, 2022.

GARCÉS VÁSQUEZ, P. A., "Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación." *Revista Nuevo Derecho* 10, n.º 15 (2014): 71-98.

GARCÍA VÁSQUEZ, V. A., "Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación", *Nuevo Derecho* 10, núm. 15 (2014), pp. 89-98.

GILI PASCUAL, A., "'Stealthing'. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual." *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 135 (2021): 85-134. Madrid: Dykinson.

GIUMETTI, F., "Vis Grata Puellae: persistencia actual de un antiguo estereotipo (breve historia de la violencia sexual de Ovidio a "la Manada")" en RIDROM. 33.2 (2024), pp. 230-269.

————. “Breve historia de la violenciasexual: desde puella vacilante de Ovidio a la Manada”, en J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, V. SALDAÑA ORTEGA, M. MARTÍN MORO (direct.), *El papel de los derechos de la mujer en el Derecho Romano. Evolución histórica hasta nuestros días*, Madrid: Dykinson, 2025.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “¿Existe una noción ‘constitucional’ de consentimiento? Del consentimiento como pacto al consentimiento como libertad de decisión”, *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas,* 10, 2 (2025): 2-32

GRUBER, A. “Consent Confusion.” *Cardozo Law Review* 38, no. 2 (2016).

HALBERSTAM, J. *El arte queer del fracaso*. Barcelona/Madrid: Egales, 2018.

HALLEY, J., “The Move to Affirmative Consent.” *Signs* 42, no. 1 (2016).

HEGEL, G. W. F. *Principios de la filosofía del Derecho*. 2ª edición. Barcelona: Edhasa, 1999

HERCOVICH, I. *El enigma de la violación sexual*. Buenos Aires: Biblioteca de las mujeres, 1997.

HOOKS, B. “Reconstructing black masculinity”, en *Black looks: Race and representation*, Nueva York, Routledge, 1992, DAVIS, A., *Violación, racismo y el mito de violador negro*, en *Dones, raça i classe*, Tigre de paper, Manresa, 2022.

ILLOUZ, E., *El fin del amor: Una sociología de las relaciones negativas*. Madrid: Katz, 2020.

IRIGARAY, L. *Espéculo de la otra mujer.* Madrid: Akal, 2007.

IÑIGO CARROZA, E. “El consentimiento de la víctima. hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 75 (2022): 167-204.

JAKOBS, G., “Consumación material en los delitos de lesión contra la persona: al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial,” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* Granada, núm. 04-13, 2002.

JOY MACHLUS, S. *La palabra más sexy es sí. Una guía de consentimiento sexual*. Vergara. 2019.

KANT, I. *Crítica de la razón práctica*. Traducido por Emilio Miñana Villagrasa y Manuel García Morente. Salamanca: Sígueme, 1994.

————. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente; cuidado editorial de Juan Miguel Palacios. Madrid: Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País (Cátedra «García Morente»), 1992; reimpresión de 1994.

————. *La metafísica de las costumbres*. Traducción de Adela Cortina y Jesús Conill. Madrid: Tecnos, 2005.

KOHAN, M. "Eros: una resistencia política a la vigilancia y el disciplinamiento." En LAMAS, M., y PALUMBO (Ed.) *Deseo y conflicto. Política sexual, prácticas violentas y victimización*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2023.

KRAMER, H. y SPRENGER, J. *Malleus Maleficarum o el martillo de las brujas*. Traducción de CORTÉS, L., Madrid: Ediciones Akal, 2004.

LAMAS, M., *Acoso: ¿denuncia legítima o victimización?* México: Fondo de Cultura Económica, 2022.

————. *Deseo y conflicto: género, feminismo y poder*. México: Taurus, 2002.

LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*. 2.ª ed. Madrid: Trotta, 2018.

LEGUIL, C. *Ceder no es consentir. Un abordaje clínico y político del consentimiento.* Barcelona: Ned Ediciones, 2023.

LEÓN RODRÍGUEZ, M. E., *Amorós: la razón patriarcal (textos, contextos y pretextos)*. Tesis doctoral, Facultad de letras, Departamento de Filosofía, Universidad de Costa Rica, 2006.

LIBER IUDICIORUM, *El Libro de los Juicios*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015.

LIVIO, T., *Historia de Roma desde su fundación I-III.* Trad. VILLAR VIDAL, J. A.; Barcelona/Madrid: RBA – Gredos, 2023 (Biblioteca Clásica Gredos).

LOWENKRON, L. " Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual". *Cadernos Pagu*, 45, (2015). 225-258.

LUCREZI, F. *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano.* Studi sulla "Collatio" *II*, Torino: G. Giappichelli, 2004.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., SALDAÑA ORTEGA, V., MARTÍN MORO, M. (direct.), *El papel de los derechos de la mujer en el derecho Romano. Evolución histórica hasta nuestros días*. Madrid: Dykinson, 2025.

MACAYA, L., *Contra el feminismo punitivo. Herramientas para destruir la casa del amo*, artículo en *Catalunya Plural.*

MACKINNON, C. A., *Are women human? : and other international dialogues.* Publisher Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

————. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

————. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, 1995.

————. *Le Viol redéfini: Vers l'égalité, contre le consentement*. Paris: Flammarion (Climats), 2023.

————. "Rape Redefined." Harvard Law & Policy Review 10, no. 2 (2016).

————. "Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination". New Haven: Yale University Press, 1979.

————. Women's Lives, Men's Laws. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

MALÓN, A., Ética sexual contemporánea: aspectos pedagógicos y límites. Valencia: Tirant Humanidades, 2016.

————. *La doctrina del consentimiento afirmativo. Origen, sentido y controversias en el ámbito anglosajón*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2020.

MAQUEDA ABREU, M. L. "La jurisprudencia penal y el consentimiento sexual de las mujeres: una lección bien aprendida". En *Estudios penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, pp. 851-865.

————. "Las "caras oscuras" del consentimiento sexual de las mujeres". *Igualdades.* Año nº 6, Nº 10 (2024) pp. 289-317

MARCUS, S. "Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory and Politics of Rape Prevention," en *Feminists Theorize the Political*, eds. J. BUTLER y J. W. SCOTT, New York: Routledge, 1992, 385–403.

MARTÍN FERNÁNDEZ, A. "Estudio jurisprudencial en la toma de decisiones: validez del consentimiento". En *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual*. Psiquiatría y ley. A. MEDINA, M. J. MORENO, R. LILLO Y J. ANTONIO GUIJA (editores). Documentos Córdoba. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental. 2013.

MARTÍNEZ GALINDO, G., (dir.) *La reforma de los delitos sexuales*, VVAA, Barcelona: J. B. Bosch Editor, 2024. pp. 85-130.

————. "La reforma de los delitos sexuales: su motivación y el cambio de paradigma (de la honestidad al consentimiento)", en *La reforma de los delitos sexuales*. Barcelona: Bosch Editor, 2024.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. *Derecho médico*, volumen I. Madrid: Tecnos, 1986.

MATHIEU, N. C. "Quand céder n'est pas consentir. Des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes, et de quelques-unes de

leurs interprétations en ethnologie ". En *L'Anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*. Côté-femmes Editions. Paris, 1991.

MAYNEZ, E. G., "Doctrina aristotélica de la imputación" , *Diánoia*, vol. 18, no. 18, (1972)

MCGINN, T. A. J., *Prostitution, sexuality and the law in ancient Rome*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1998.

MESTRE, R., "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos." En *Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago*, I. H. FERNÁNDEZ (coord), Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008

MILLET, K., *Política sexual*. Madrid: Cátedra, 2010.

MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*. Barcelona: Editorial Rappertor, 2019.

MORGAN, R. "Theory and practice: pornography and rape". En L. Lederer (ed.), *Take back the night: Women and Pornography*. New York: William Morrow & co., 1980.

MUÑOZ, J. E., *Cruising Utopia: The Then and There of Queer Futurity*. New York: New York University Press, 2009.

NEIRA, H., "Los motivos de Lucrecia. Una consideración filosófica sobre la violación y el darse muerte". *Ideas y valores: Revista Colombiana de Filosofía*, ol. 72, Nº. 183, (2023).

NICHOLS, M., "Sexualidad: cuestiones y teoría en desarrollo". *Nosotras que nos queremos tanto*. no. 8, 1992.

NUSSBAUM, M., *Ciudades de la soberbia. Agresión sexual, responsabilización y reconciliación*. Barcelona: Paidós, 2022.

OKIN, S. M., Feminism, the individual, and Contract Theory: The Sexual Contract (1990). Reseña de *The Sexual Contract*, de C. PATEMAN, *Ethics* 100, n.3 (1990)

OSBORNE, R. *Apuntes sobre violencia de género*, Bellaterra, Barcelona, 2009.

————. *La construcción sexual de la realidad*. Madrid: Cátedra, 2002.

OVIDIO, *Arte de amar*. Trad. Vicente Cristóbal López. Madrid: Gredos (Textos Clásicos), 2024.

PATEMAN, C. *El contrato sexual*. Madrid: Editorial Menéades, 2019.

————. "Women and Consent." Political Theory, 8, 2 (1979) 149–168.

PINEAU, L. "Date Rape: A Feminist Analysis." *Law and Philosophy* 8, no. 2 (1989).

PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.* Madrid: Trotta, 2003.

POPOVA, M., *Consentimiento sexual*. Madrid: Cátedra, 2021.

PRADA, N. "¿Qué decimos las feministas sobre la pornografía? Los orígenes de un debate." *La Manzana de la Discordia* (2010).

PULEO A. H. (ed.), *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII.* VV.AA. Barcelona: Anthropos, 1995.

PULEO A. H. *Dialéctica de la sexualidad. Género y sexo en la filosofía contemporánea*. Madrid: Cátedra, 1992

————. "El patriarcado: ¿una organización social superada?" Temas para el debate, nº 133 (diciembre 2005)

————. "Patriarcado." En AMORÓS, C. (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*. Estella: Verbo Divino, 1995.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Y., "California define qué es 'consentimiento sexual'." *Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana*, n.º 25 (2017): 113-133.

————. "Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género." *Revista Mexicana de Sociología* 78, n.º 4 (2016): 741-767.

RAMOS VAZQUEZ, J. A. "Algunos problemas conceptuales y epistemológicos del consentimiento sexual en la llamada ley "sólo sí es sí". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 34, (2023) pp. 230-255.

————. "El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento", en J. R. AGUSTINA (coord.) *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023. 167-177.

RASCHEL, E. *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*. Thèse, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 25 novembre 2014. LGDJ, Collection Thèses (nº 62).

ROBINSON, P. *La modernización del sexo*, Villalar, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ MAGDA, R.M. "Consentir o desear", el País, 22 de mayo de 2023

RODRIGUEZ ORTIZ, V. *Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI-XVIII).* Tesis Doctoral. Universidad de Almería, 2003.

————. *Historia de la violación: Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*. Madrid: Consejería de Educación y Cultura, Comunidad de Madrid (Biblioteca Académica), 1997.

ROSSI, G. "Los tratamientos de lo involuntario en las Éticas de Aristóteles: una cuestión de métodos". *Revista Ideas y valores*, vol. l xi · n.o 150, Bogotá (diciembre de 2012).

ROUSSEAU, J. J. *Emilio o de la educación*, Alianza Editorial 1998.

ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

RUBIN, G. *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, en VANCE, C. S., (Ed.) *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, Madrid: Talasa Ediciones, 1989.

SAN AGUSTÍN, *Ciudad de Dios,* libro I. Madrid: Gredos, 2007.

SANTOS DE TORREGROZA, L., "Consentimiento, deseo sexual y voluntad en la definición de la violación: una perspectiva crítica." *Isegoría*, No. 71 (julio-diciembre 2024).

SANYAL, M., *Violación. Aspectos de un crimen, de Lucrecia al #MeToo*, Penguin Random House, Barcelona, 2019.

SAUVÉ, S., *Aristotle on the Voluntary*. The Blackwell guide to Aristotle´s Nicomachean Ethics. KRAUT, R. (ed.). Oxford: Blackwell, 2006. págs. 137-157.

SCAMARDELLA, F. (a cura di), *Forme del consenso: quale legge sulla violenza di genere?* Napoli: Editoriale Scientifica, Collana: Ricerche giuridiche, (2025).

SCHULHOFER, S. J. *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.

————. "Reforming the Law of Rape". Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice, 35, 2017. 335-352.

————. "The Feminist Challenge in Criminal Law". University of Pennsylvania Law Review, 143, 2151-2207. 1995.

————. "Consent: What It Means and Why It´s Time to Requiere". *The University of the Pacific Law Review*, 47, (2016) 665-681.

SEGATO, R. "La estructura de género y el mandato de violación", en *Las estructuras fundamentales de la violencia*,Madrid: Prometeo, 2017.

SERRA, C. *El sentido de consentir*. Barcelona: Anagrama, 2024.

————. GARAIZABAL, C. y MACAYA, L. (coord.), *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad.* VVAA. Madrid: Catarata, 2021

SHAPIRO, F. R., "The Most-Cited Legal Articles of All Time." *The Journal of Legal Studies* 29, no. 1 (2000): 409–426.

SOTOMAYOR TRELLES, J. E., "El problema del mal moral y del consentimiento en la violación sexual: un análisis filosófico." *Derecho PUCP*, n.º 88 (2022): 71-95.

SPRINGORA, V., *El consentimiento*. Barcelona: Lumen, 2020.

SRINIVASAN, A. *El derecho al sexo*. Barcelona: Anagrama, 2022.

SÁEZ, J. y CARRASCOSA, S. *Por el culo. Políticas anales*. Madrid: Egales, 2011.

TANGY, L. "Le sens du consentement dans l'oeuvre de Judith Butler", *Tracés* 14 (2008)

TORRES FERNÁNDEZ, M. E. "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)", en AGUSTINA, J. R. (Coord.) *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.

————. "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)", en en AGUSTINA, J. R. (Coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona: Atelier, 2023.

TUERKHEIMER, D., "Affirmative Consent." *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016) pp. 441-468.

TUIL, K., *Las cosas humanas*. Barcelona: Adriana Hidalgo Editora, 2024.

VALERO HEREDIA, A., *La libertad de la pornografía*. Sevilla: Athenaica Ediciones, 2022.

VANCE, C. S. *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Talasa Ediciones, 1989.

VEGAS AGUILAR, J. C., "Contenidos y vicios del consentimiento en la Ley del 'solo sí es sí'." *Cuadernos de Res Publica en Derecho y Criminología*, n.º 4 (abril de 2024).

VERGÈS, F. *Una teoría feminista de la violencia. Por una política antirracista de la protección*. Madrid: Akal, 2022.

VIGARELLO, G. *Historia de la violación: Siglos XVI-XX*. Madrid: Cátedra, 1999.

WITMER-RICH, J., "Unpacking Affirmative Consent: Not as Great as You Hope, Not as Bad as You Fear", *Texas Tech Law Review*, vol. 49, 2016.

ZEUMER, K. (ed.), *Leges Visigothorum (Liber Iudiciorum)*. Monumenta Germaniae Historica, Hannover–Leipzig, 1902 (reimp. 1973).

ZIGA, I., *Devenir perra*, Editorial Melusina, 2009.

DOCUMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

EQUALITY NOW, *Rape as a Grave & Systematic Human Rights Violation & Gender-Based Violence Against Women*. Informe, 2020. Disponible en: https://www.equalitynow.org

JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA, Comisión Penal. "Comunicado ante el proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual". Madrid, 16 de febrero de 2021.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, "Comunicado sobre la reforma de las agresiones y abusos sexuales". Madrid: GEPC.

Informe del Parlamento Europeo *Definitions of rape in the legislation of EU Member States*. EPRS. Lead author Ionel Zamfir. Members' Research Service. PE 757.618- January 2024

CONSEJO DE EUROPA, GREVIO, *Primer informe de evaluación: España*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2020.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011, Boletín Oficial del Estado núm. 137, 6 de junio de 2014

Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual, presentado por el Ministerio de Igualdad, enero de 2020,

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215, 7 de septiembre de 2022

Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, aprobado por el Pleno del CGPJ, 25 de febrero de 2021.

Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal), *Sentencia n.º 603/2024, de 14 de junio de 2024* (Recurso de casación n.º 6243/2021). Ponente: Antonio del Moral García. ECLI: ES:TS:2024:3418.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 25 de abril de 1959.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 13 de octubre de 1990.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). *Sentencia*, 4 de mayo de 1998.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal). Sentencia, 29 de noviembre de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia 154/2002, de 18 de julio, FJ 9

Código penal español decretado por las Cortes en 1822. Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

Código Penal francés, art. 222-23

Proposition de loi visant à modifier la définition pénale du viol et des agressions sexuelles, n° 842. Asamblea Nacional Francesa, martes 21 de enero de 2025.

Código Pena italiano, art. 609-bis

Sexual Offences Act 2003 (UK), sec. 1

Alemania, *Strafgesetzbuch* (Código Penal), § 177, en la versión vigente tras la Ley de 4 de noviembre de 2016 (BGBl. I S. 2460).

New Zealand, *Prostitution Reform Act 2003*, Public Act No. 28 (Wellington: New Zealand Parliament, 2003)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *M.C. v. Bulgaria*, nº 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *E.A. v. France*, nº 30556/22, sentencia del 4 de septiembre de 2025.