

ANUARIO

N°40 · 2024

**Dimensiones jurídico-
penales de una
concepción comunicativa
y gradualista del
consentimiento**

Páginas 35-50

DIMENSIONES JURÍDICO-PENALES DE UNA CONCEPCIÓN COMUNICATIVA Y GRADUALISTA DEL CONSENTIMIENTO

Juan Pablo Cox Leixelard
Universidad Adolfo Ibáñez
juan.cox@uai.cl

RESUMEN

El texto celebra la tesis defendida en la obra de Silvina Álvarez en orden a considerar una concepción robusta y gradualista del consentimiento y argumenta que dicha posición, fuertemente conectada con la también gradualista reconstrucción de la noción de autonomía, se aviene mejor con una concepción performativa. Seguidamente, se repara en que la percepción del consentimiento como reciprocidad y su conexión con las tesis del consentimiento afirmativo entraña riesgos regulativos en el plano jurídico-penal.

PALABRAS CLAVE

consentimiento, autonomía, comunicación, violación

CRIMINAL DIMENSIONS OF A SCALAR AND COMMUNICATIVE CONCEPTION OF CONSENT

ABSTRACT

The text celebrates the thesis defended in Silvina Álvarez's work in order to consider a robust and scalar conception of consent, and argues that this position, strongly connected with the also gradualist reconstruction of the notion of autonomy, is better suited to a performative conception. Next, it is noted that the perception of consent as reciprocity and its connection with the thesis of affirmative consent entails regulatory risks to the criminal law.

KEYWORDS

consent, autonomy, communication, rape

Las líneas que siguen representan un esfuerzo por dialogar con el magnífico libro *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* de Silvina Álvarez. Más específicamente, con su capítulo IV titulado “Sexualidad”. En ese apartado, la autora despliega múltiples reflexiones asociadas a la sexualidad y el consentimiento, abarcando buena parte de las cuestiones nucleares que en la discusión jurídico-penal sobre el moderno derecho penal sexual se han venido produciendo en las últimas décadas. La claridad expositiva que caracteriza al texto, la comprensión que allí se exhibe de problemas complejos, detectando con elegancia las hebras a partir de las cuales construir un argumento amplio que los abarque conjuntamente, en fin, la ausencia de estridencias y la mesura que cruza su indagación, son todos factores que invitan a una conversación. En esos términos la recojo y espero estar, siquiera parcialmente, a la altura.

Casi a mi pesar, paso a restar tensión dramática de inmediato: comparto buena parte de los sugerentes planteamientos de Álvarez. Por supuesto, esto puede desilusionar a potenciales lectores y lectoras, que no encontrarán aquí un enfrentamiento abierto entre posiciones estrictamente opuestas, sino más bien contrapuntos acotados, orientados a intentar perfilar de mejor manera, y desde una perspectiva jurídico-penal, las tesis defendidas en el texto. Concretamente, mi interés está situado en el consentimiento como mecanismo de transformación de posiciones jurídicas y el enfoque de mis planteamientos responde a mi formación disciplinar: desde el derecho penal transito hacia un espectro de consideraciones más amplio. Dado que el capítulo que comento aborda explícitamente ciertas repercusiones penales de los planteamientos desarrollados, creo que mi aproximación es perfectamente complementaria con la allí asumida.

Inicialmente sintetizaré los argumentos centrales del capítulo analizado (I) recordando que el contexto que los ilumina está referido a una cierta concepción del sexo y el género, pero sobre todo del marco en el que se ha desplegado la sexualidad (II). En la medida en que sobre estas cuestiones existe un consenso amplio, seré especialmente breve. Luego abordaré una esquemática reconstrucción de los modelos regulativos del derecho penal sexual moderno, incluyendo una brevísima consideración dogmática y político-criminal asociada (III), para a continuación dar cuenta de ciertos rasgos de la noción de consentimiento (IV). Refiriéndome al sentido de la práctica punitiva estatal, sostendré que un modelo del consentimiento afirmativo parece inadecuado, siendo preferible adoptar uno negativo bajo un esquema de hipótesis diferenciadas que además garantice el

tratamiento independiente de las estructuras de violación (V). Si logro expresar con claridad mis planteamientos debiera poder notarse que, pese al común mar de fondo que los cobijan, en los márgenes se distancian de los defendidos por Silvina Álvarez en su libro.

I. La tesis central del capítulo que comento expresa una defensa de una concepción gradualista del consentimiento (Álvarez, 2021), perfectamente correspondiente con la también gradualista y relacional concepción de autonomía que se sustenta (Álvarez, 2021)¹ y que termina plasmándose en una comprensión de las relaciones sexuales anclada en la noción de mutualidad (Álvarez, 2021).² Este abanico de factores permite nutrir de sentido su referencia a un consentimiento robusto, en la línea modernamente desarrollada por O'Neill de la indeleble formulación kantiana del imperativo de los fines (Álvarez, 2021).

En otro plano, en el texto se postula una concepción comunicativa del consentimiento (así, en la p. 122, apuntando a que representa la “manifestación libre y genuina [...] de la intención de una persona”), aunque luego, al hilo del análisis de las aportaciones de Hurd (una férrea defensora de las tesis actitudinales), esa tesis parece explicarse en razón de consideraciones probatorias, que recomendarían adoptar las posiciones que en la discusión angloamericana se rotulan como performativas, no obstante primariamente el consentimiento referiría a un estado mental (Álvarez, 2021).³

II. El marco en el que se insertan las reflexiones sobre el consentimiento recién esbozadas viene dado por la sexualidad (Álvarez, 2021), en unos términos tales que se engarza muy adecuadamente con las nociones de vida privada e intimidad, ejes del libro. Insisto, este es un libro espléndido. Mirando bajo su mejor luz la literatura más renombrada del canon y aportando siempre agudas precisiones, Álvarez comprende a la sexualidad como culturalmente teñida (2021), lo que le permite explicitar aquello que desde antaño se vislumbra: en ella se juega el poder y la sumisión de las mujeres (aquí, conforme con MacKinnon). En la estela de las luminosas evidencias aportadas al debate por Pateman y Nussbaum (Álvarez,

1 En conexión con los planteamientos de Gauthier.

2 Ahora, de la mano de las posiciones célebremente defendidas por Lacey, y compatible con la aproximación visible en los últimos trabajos de Gardner: p. 129, que traslada el eje analítico desde el consentimiento hacia el consenso como reciprocidad.

3 Por cierto, la tesis de Álvarez (2021) se distancia de la de Hurd en orden a que asume, en correspondencia con su anclaje relacional, la imposibilidad de reducir el consentimiento a un estado mental aséptico o aislado, y más bien lo inserta en un flujo.

2021), en efecto, asume que la delimitación histórica-social-cultural determina que la aproximación y vivencia de la sexualidad sea distinta en hombres y mujeres (Álvarez, 2021), como consecuencia de los diversos roles que unos han forjado y a otras se les han asignado. Esto repercute en el apartado tercero del capítulo (Álvarez, 2021), de la mano de un análisis del modo en que se comunica y ejecuta el consentimiento (Álvarez, 2021), que toma muy en cuenta estas asimetrías y los correspondientes mitos contruidos a su alrededor (precisando, de paso, la muy influyente tesis de Pineau) (Álvarez, 2021).

Entre este marco analítico y las concepciones que del consentimiento se defienden y resumi en el apartado anterior, se aprecia una sólida coherencia, que brinda un gran poder explicativo y también persuasivo. En esto juega un papel muy significativo el que la autora no opere mostrándonos un producto teórico ya acabado que podamos tomar o dejar, sino que nos hace partícipes de su rico proceso reflexivo. Así, en vez de una prestidigitadora que nos sorprende, abrumándonos con una habilidad que no somos capaces de seguir, Silvina Álvarez nos hace protagonistas de su derrotero y nos guía con amabilidad y sin rastros de pedantería. Como lector agradezco este talante del libro, el cual, por desgracia, no es especialmente frecuente.

III. En el plano de la regulación jurídico-penal, y desde los modelos ilustrados, el consentimiento es una piedra angular de los planes legislativos. Abandonado el modelo del derecho común, en el que la legitimidad de los comportamientos sexuales venía dada por su correspondencia con el canon del orden natural y racional y, en el que correlativamente, la presencia o ausencia de consentimiento desempeñaba un rol muy marginal,⁴ los delitos sexuales se han venido concibiendo básicamente como interacciones no consentidas.

Desde la decisión ilustrada de Feuerbach (1841)⁵ se asumió regulativamente una protección asimétrica de la libertad sexual, en la que solo los menoscabos a su dimensión de exclusión configurarían algún delito sexual, conminado severamente, y en cambio menoscabos a su dimensión de realización darían cuenta de un delito

4 El modelo del derecho común, profundamente influido por la teología moral escolástica, ofrecía una aproximación represiva de la sexualidad, en la que la disposición a desplegarla, incluso por parte de adultos, no avalaba su corrección moral o jurídica (De Aquino [1994] para la concreción del modelo; Foucault [2014] para una célebre versión de la *hypothèse répressive*).

5 Es bien sabido que, en su tratado de derecho positivo, Feuerbach concreta pero también altera su propio presupuesto abstracto de la pena proporcionada, que había formulado un año antes en su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Así, en el *Lehrbuch* especifica a los delitos sexuales como delitos de desplazamiento.

contra la libertad, conminado mucho menos intensamente. Así, con diferencias aquí irrelevantes, las regulaciones surgidas durante el movimiento codificador y ampliamente modificadas bajo el reformismo del último tercio del siglo pasado concibieron a los delitos sexuales como involucramientos no consentidos en distintas clases de interacciones sexuales. La ausencia de consentimiento operaba, empero, como una condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad: los supuestos de hecho de las disposiciones legales incluían referencias a determinadas modalidades comisivas, que debían entenderse como canalizaciones de la falta de consentimiento. Se trataba, de esta forma, de modelos de ausencia de consentimiento reglada o tasada, que requerían su estricta configuración bajo esa forma para la afirmación de la tipicidad, no bastando la pura inexistencia de acuerdo o anuencia.

Este rodeo contextual lo hago para clarificar que esos modos comisivos terminaban delimitando la fisonomía de los delitos. Por ejemplo, en Alemania, los modos comisivos de la violación fueron, hasta 2016, estrictamente coactivos: solo la penetración genital valiéndose de fuerza o intimidación podía subsumirse en el tipo de violación del § 177 StGB (Müttig, 2010). Y hasta 1997 se requería, para dicha subsunción, que la persona carnalmente accedida no fuera la cónyuge del penetrador, pues se asumía la cláusula Hale (al igual que en Estados Unidos, tesis incluso favorecida en el *Model Penal Code*. En Francia, por ejemplo, la intensa discusión jurisprudencial se zanjó recién con la ley de 4.4.2006, que modificó el artículo 222-22 CP: puntos muy visibles de la discusión en Borillo, 2009). Mientras en España el escenario era similar en cuanto a la imagen coactiva de la violación, en Chile el panorama fue considerablemente más amplio en el plano legal, aunque la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de ofrecer una reconstrucción estrecha de esas modalidades (Cox, 2019). En uno y otro caso era fácil advertir que la legislación y su interpretación cuajaba en un notorio desconocimiento de la agencia sexual femenina, en términos que su libertad de exclusión sexual pesaba bastante menos que la libertad sexual de realización de los varones (Cox, 2018): el contexto asimétrico de dominación y sumisión que ha impregnado la sexualidad es una mancha que tiñe más allá de lo que vemos en un primer vistazo y puede ser potenciado por las propias víctimas. (Sobre el fenómeno de la *surobéssance*, con una clara dimensión política, Gros, 2019).

En parte contra esas consecuencias han reaccionado las reformas que pueden apreciarse ahora por doquier, mediante la incorporación de “modelos del

consentimiento”, esto es, de programas regulativos en los que la ausencia de consentimiento cuenta como condición necesaria y suficiente de la tipicidad objetiva. Estos cambios son sensibles a las consideraciones sobre la sexualidad que Álvarez reseña tan bien y que resumí apresuradamente en el punto II, y responden a una evolución cuyo primer eslabón implica abandonar el modelo coactivo, al tiempo que el segundo supone hacer lo propio con el modelo tasado.

Que las legislaciones exijan la concurrencia de una determinada modalidad de falta de consentimiento, como sigue haciéndose en Chile, o que se satisfagan con su ausencia, como ocurre, entre otras partes, en el Reino Unido, Alemania, Suecia o recientemente en España, no altera que ese elemento pase a integrar la descripción del supuesto de hecho. En efecto, la disposición legal pertinente⁶ incluye la concreta descripción de la modalidad requerida o de la pura ausencia de consentimiento como un factor que compone el denominado tipo objetivo del delito, de manera tal que debe ser conocido por el autor para que pueda imputársele subjetivamente.⁷ En este punto discrepo (en los márgenes) de la afirmación de Álvarez (2021), en orden a que, si una parte ha expresado de alguna manera su negativa, no se admiten ulteriores interpretaciones sobre sus estados mentales que pudieran alterar ese escenario, siempre y cuando se hubiera estado en posición de conocer dicha negativa. Esto es curioso porque la imputación subjetiva aquí relevante se predica respecto del acusado, y entonces es en relación suya que habrá que determinar si plausiblemente erró sobre la presencia de consentimiento, para lo que, indagar en estados mentales de la posible víctima, es *prima facie* irrelevante. En otras palabras: la defensa de un acusado no debiera exhibir interés por indagar en los estados mentales de quien denuncia, y por eso la exclusión de esa posibilidad erra el blanco: por supuesto que no es no. La pregunta pertinente aquí no es si la relación fue consentida o no, sino que si puede imputársele al acusado el conocimiento de su ausencia, bajo el patrón de atribución subjetiva de responsabilidad. A menos que lo que se quiera sea abandonar el régimen doloso de la imputación ordinaria, reconocer la posibilidad de un error de tipo es irrenunciable.⁸ Por supuesto, una afirmación negativa es un

6 Para el caso de la violación, el artículo 1(1) SOA del Reino Unido, el § 177 StGB alemán, el Ch. 6 § 1 y 2 del CP sueco o el nuevo artículo 178 del CP español, entre otros tantos ordenamientos que adoptan el modelo.

7 Dicha inclusión determina, además, que la ausencia de consentimiento deba ser probada por la acusación: es un elemento objetivo del tipo o, en la tradición angloamericana, un elemento de la ofensa. Sobre esto, con mucha claridad y vinculándolo con la definición de consentimiento, Bergelson (2014) y, en líneas amplias, Green (2020).

8 Y de allí la clásica paradoja sobre una violación sin violador (rape without rapist) expuesta por Husak y Thomas (2001). Abordar posibilidades de imputación imprudente, como en Noruega (para el consentimiento) o Bélgica (para la edad), puede ser una medida adecuada para lograr finalidades punitivas más amplias.

poterosísimo indicio para excluir dicha posibilidad, pero no ostenta un carácter absolutamente impediendo.

Tal vez seguir aquí a Hurd (Álvarez, 2021) es un doble paso en falso. Por una parte, porque la concepción del consentimiento que se defiende no prejuzga definitivamente el régimen de imputación subjetiva (y en Hurd la referencia a la *mens rea* es deudora de su comprensión sobre el consentimiento como un estado mental), y por otra, porque la tesis actitudinal sustentada por Hurd es reconocidamente problemática en el mundo jurídico-penal. En efecto, en su famoso artículo de 1996 entremezcla (muy significativamente) los planos jurídico y moral en unos términos que bajo el estándar europeo continental del moderno derecho penal resultan difíciles de aceptar. Así, pese a que analiza la posición del consentimiento en la configuración de un ilícito (Álvarez, 2021), apela en definitiva a consideraciones referidas a la moralidad de los actos involucrados para sostener su evaluación, desentendiéndose de su significación jurídico-penal (Hurd, 1996). Al hilo de su análisis de las relaciones sexuales, con una cuádruple muda que no expresa su anuencia, queda en evidencia que su tesis actitudinal no tiene repercusión jurídico-penal y, en cambio, sí moral (Hurd, 1996):⁹ sería ese estado mental el que transformaría la moralidad de la conducta de otra persona. Posición que, por cierto, se rechaza en el texto que comento (Álvarez, 2021). Más allá de la plausibilidad de la tesis,¹⁰ desde el punto de vista legal, la transformación que interesa primariamente es la que determina variaciones en la posibilidad de atribuir responsabilidad, y está antes vinculada a la específica regulación que a nuestras percepciones morales, que son aquí solo marginalmente relevantes.¹¹

En su texto, Álvarez (2021) ofrece un colofón argumentativo que justificaría no calificar las negativas ni indagar en si efectivamente son genuinas manifestaciones de falta de conformidad con la interacción sexual. Se trataría, indica, de una consideración garantista que aquí se impondría y que, por lo demás, estaría

9 La facilidad con la que distribuye valoraciones morales es, por lo demás, impactante.

10 Tadros ha sido muy elocuente negándola, precisamente porque la magia moral a la que alude Hurd poco indica sobre el sentido de aquello que debe concurrir para calificar un hecho en determinada dirección (2016). Comentando un caso asimilable propuesto por Bergelson, Green nos recuerda no soslayar el estado mental del hipotético agresor, que habitualmente queda fuera de consideración (2020).

11 Por de pronto, una tesis como la de Hurd debiera llevar a concluir, jurídico-penalmente y desde una perspectiva estrictamente material, que, si el estado mental de la persona es concurrente con la interacción, entonces y aunque nada exprese, el acometimiento que padece representaría, también materialmente, una tentativa inidónea, pues se trataría de un acto incapaz de menoscabar el bien jurídico bajo la concepción dominante de la lesividad. No quiero introducir aquí la variable del riesgo típicamente relevante/jurídico penalmente desaprobado como factor de la imputación objetiva de la conducta, pues se concentra en puntos muy vinculados con la teoría general del delito que nos alejarían del núcleo de esta discusión.

asociada a evitar riesgos de indefensión de la presunta víctima (Álvarez, 2021). En materia penal, empero, las garantías afloran en primerísimo lugar como prerrogativas de los (potenciales) acusados frente al poder punitivo estatal, que es comprendido como una fuente de riesgos necesitada de control. Aquí parecen especialmente gravitantes las garantías dimanantes de los principios de legalidad formal y de culpabilidad material (como proporcionalidad retrospectiva). Precisamente, una comprensión garantista referida a la práctica del castigo exige no clausurar la opción de devaluar, desde la perspectiva del imputado, el peso que una negativa manifestada genera en su representación de los hechos.¹² Por supuesto, “su” representación de los hechos es un constructo intersubjetivo y depurarlo de los sesgos masculinizantes que han guiado las pautas de corrección social imperantes es imprescindible: por escasos que sean los casos en que la falsa creencia sea razonable,¹³ descartarla de entrada implica abandonar una regla nuclear de los sistemas jurídicos. Por lo demás, la carga de la prueba pesa sobre la acusación.

IV. En el fragor de las reformas, aceleradas en todo el mundo por casos tristemente célebres y por la presión organizada por lograr cambios que faciliten superar un amargo estado de cosas,¹⁴ tiende a evaporarse la distinción analítica entre la concepción de consentimiento que se defiende y la específica fisonomía que adopte la legislación que consagra un modelo estructurado sobre su pura ausencia.

En cuanto al consentimiento, sigo la sobrecogedora expresión de Fraisse: “*le consentement est un acte intime, mais jamais solitaire*” (2017, p. 17) —que sea un acto íntimo, pero jamás solitario, parece corresponderse muy bien, además, con la tesis defendida en el capítulo que comento—. Con esto marco mi posición escéptica frente a las tesis actitudinales, que lo perciben como un estado mental. En la intensa discusión angloamericana se ha puesto especial atención en esclarecer lo que denominan ontología del consentimiento, reconociéndose muy significativamente dos extremos, marcados por las posiciones actitudinales y las performativas, y un amplio espectro intermedio cubierto por variaciones que con mayores o menores énfasis se sitúan entre ellas.¹⁵

12 Estoy consciente de que aquí se vuelve crucial reparar en los mitos y confusiones destacados por Pineau (1989), con cuyo análisis, por lo demás y en líneas generales, concuerdo. Esos mitos son abordados por Álvarez (2021).

13 Así, Baron (2018, pp. 429), aunque respecto del caso de Anna Stubblefield, que obedece a otro paradigma.

14 Sobre esto Hörnle (2015) y ella misma para abordar problemas presentes y futuros (2021).

15 Dentro de cada posición extrema es posible reconocer, también, múltiples variantes. Paradigmática es la discusión entre Hurd y Alexander, que no les ha impedido reunir fuerzas contra las posiciones performativas

La concepción relacional de la autonomía y el consentimiento que defiende tan ilustradamente Silvina Álvarez (deudora de su también notable libro de 2018), se aviene mucho mejor con una concepción performativa o comunicativa. Ello es muy visible en sus referencias a que este es una manifestación —libre o genuina— de una intención (2021) o de una voluntad (2021), en términos que en el ámbito jurídico se lo identificaría con acciones o una “conducta observable” (2021, p. 124). Por lo demás, su defensa del consentimiento como un engranaje inserto en el juego de las relaciones sexuales comprendidas bajo el prisma de la mutualidad y la reciprocidad, en las que el consentimiento se construye en función del contexto y los estados mentales de los demás (2021), no puede ser correctamente configurado como un acto estrictamente interno.¹⁶

Reparar en la función que el sistema jurídico le asigna al consentimiento en tanto poder de transformación normativa, desaconseja identificarlo con un estado mental. Entregar la distribución y modificación de nuestras posiciones jurídicas,¹⁷ esto es, del haz de derechos y obligaciones que ostentamos y nos debemos al interior de una comunidad a los vaivenes de estados mentales, no necesariamente expresados, es altamente implausible como representación del modo en el que operan los engranajes del sistema jurídico (Mañalich, 2009). En efecto, bajo una concepción actitudinal habría de asumirse que un puro estado mental entraña la anulación situacional de la respectiva norma de conducta inferida como hipótesis invertida de la descripción del supuesto de hecho formulada en la disposición.¹⁸ En un escenario así, no me parece que la preferencia por un modelo comunicativo del consentimiento descansa o esté ligado a “la necesidad y dificultad probatoria asociada a nociones que, como esta, refieren a un estado mental del sujeto” (Álvarez, 2021, p. 124). La comunicación no representa, a mi juicio, un factor adicional que se agrega al consentimiento para facilitar su prueba: es un componente de la noción jurídica (jurídico-penal) de consentimiento.

de Dougherty (Alexander et al., 2016). Entre los muchos defensores de tesis performativas es posible reconocer autores igualmente conspicuos: por todos, Wertheimer (2013). Por contrapartida, en el escenario europeo continental la discusión ha sido escasa, y recientemente se aprecia un interés que en todo caso reproduce las coordenadas de la polémica en la tradición angloamericana: Vavra (2020).

16. Que el consentimiento interno es un oxímoron debiera alertarnos sobre lo inconveniente de seguir la nomenclatura propuesta por Schulhofer (1998) para denotar los actos cubiertos por las prohibiciones penales: dado el posible desacoplamiento entre los actos deseados y los consentidos, y entre sus opuestos, aludir a unwanted sex para describirlos es terreno fértil para equívocos profundos.

17. Un análisis del consentimiento en relación con la estructura conceptual propuesta por Hohfeld en Dsouza (2021), con antecedentes en Dsouza (2014).

18. Quizá las palabras, nuevamente, nos pueden ayudar. Que en la discusión angloamericana este asunto se ventile bajo el rótulo de “ontología del consentimiento” debiera servirnos como alerta metodológica. La tarea conceptual y dogmática no está aquí orientada a descubrir la sachlogische Strukturen del consentimiento, como si de una labor arqueológica se tratara. Antes bien, está dirigida a (re)construir una noción que sea operativa bajo las reglas descriptivas y adscriptivas que integran el diseño del modelo punitivo en funcionamiento.

Lo que fuera, seguramente lo distintivo del texto en este punto no debe asociarse con esta discusión por momentos excesivamente centrada en detalles que abonan una cierta circularidad. No. Creo que, en cambio, conviene reparar en que en el libro se despliega aquí una argumentación muy convincente en pos de articular una noción densa de consentimiento. Vuelvo sobre mi comentario inicial: como lector agradezco la impresionante capacidad de la autora para exponer con precisión y pulcritud sus ideas. Dado que además estas son sofisticadas y exhiben una genuina concepción y no una pura yuxtaposición de la inabarcable información que circunda este tópico, solo puedo expresar mi sincera admiración. Quisiera agregar, con todo, que en la configuración de un concepto robusto de consentimiento veo un cierto riesgo para el adecuado funcionamiento del derecho penal bajo su comprensión actual.

Por supuesto, el riesgo que vislumbro no está asociado a la paradoja que implica que, en el marco de un libro que se hace cargo de la necesidad de un verdadero reconocimiento de la agencia de las mujeres en el ámbito de la sexualidad, la reproducción y la violencia, se recurra, aunque sea lingüísticamente, a una noción kantiana de consentimiento. En efecto, como en *El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en Kant convive el maestro de la famosísima formulación del imperativo de los fines, imbricada a su turno con la bifurcación entre dignidad y precio que ha iluminado por siglos la teorización occidental sobre múltiples aspectos de nuestro modo de estar en el mundo, con el autor severo que atribuye el cuerpo moral a los varones, quienes detentarían la razón y representarían lo sublime, y confina a las mujeres al mundo de la imaginación, pues encarnarían la belleza y carecerían de virtud genuina. Entre unos y otros no habría una pura diferencia de géneros (*Geschlecht*), sino de especie (*Gattung*), avalando y reformulando, estética y moralmente, una bifurcación entre humanidades cuyos devastadores efectos se perciben hasta hoy (Kant, 2012 [1764]).¹⁹ Sé que no es en este sentido que se recoge aquí su legado, y por eso esto no pasa de ser una diatriba. El riesgo al que apunto está, en mi percepción, en otra parte.

19 La inclusión en la tercera crítica (1913[1790]) de la imaginación como facultad, y sus relaciones con el gusto y sobre todo con la sensibilidad y el entendimiento hacen difícil precisar su alcance y el modo en el que esta bifurcación de géneros/especies se proyecta. El desarrollo que años después ofrece en su filosofía práctica no logra remover la desconfianza: Kant (1920 [1797], §§ 24 y ss.) establece que, si bien hay entrega, opera bajo la conversión recíproca en cosa: *Denn der natürliche Gebrauch, den ein Geschlecht von den Geschlechtsorganen des anderen macht, ist ein Genuß, zu dem sich ein Teil dem anderen hingibt. In diesem Akt macht sich ein Mensch selbst zur Sache (§ 25).* Por lo demás, la temprana tesis de Kant (1764) es luego visible en la obra filosófico-jurídica de Hegel: en sus Principios de la filosofía del derecho brinda un tratamiento del matrimonio que representa una precisa puesta en funcionamiento de las premisas kantianas (2004).

La robustez que busca Álvarez (2021) la encuentra, en buena medida, en la idea de consenso como reciprocidad. El respeto y la consideración mutua que nos debemos debiera decantar en una comprensión de la sexualidad como participación conjunta (Álvarez, 2021). De la mano de O'Neill sostiene que el sentido genuino del consentimiento implica "tomar en cuenta a la otra persona, sus propósitos, deseos o intereses [...]" (p. 121), en términos tales que para conocer las intenciones del otro en un contexto de intimidad habrá que "activar habilidades morales para el respeto, la consideración y, tal vez, la generosidad, la compasión o el amor" (p. 122).²⁰ Aquí resuenan las palabras de Fraise, para quien el consentimiento funge como un decir, pero sobre todo como un sentir juntos, significativamente distinto de aceptar o ceder (Fraise, 2017). Por supuesto, esta imagen del consentimiento calza muy bien con la concepción relacional de la autonomía y favorece tomar en consideración la gradualidad que cabe reconocer respecto de uno y otra, aspecto fundamental a la hora de diseñar las reglas y sobre todo al momento de aplicarlas.²¹

No es evidente, empero, que una versión así de robusta del consentimiento pueda y deba operar en toda su extensión en el campo jurídico-penal aquí pertinente.

V. Conceptualmente, no cabe reconocer una irrestricta conexión entre la noción de consentimiento que se defienda y el específico modelo regulatorio del derecho penal sexual que se adopte. Pero sí cabe sostener que, mientras más exigente sea el umbral que deba satisfacerse para considerar concurrente un consentimiento válido, mayor será la presión correlativa por incluir un modelo del consentimiento afirmativo como eje legislativo. Esta es, intuyo, la opción favorecida en el texto. Aunque no se explicita en esos términos,²² la imagen robusta de un consentimiento basado en la mutualidad y la reciprocidad, que considera los deseos e intenciones del otro debiera, en fin, "dar cabida a una mejor protección de la libertad sexual, basada en una adecuada indagación en los intereses y preferencias de los

²⁰ Con nota a O'Neill.

²¹ En este punto, solo me cabe lamentar que en el texto no se explore con algo más de detalle el rol que el engaño debiera desempeñar en la validez del consentimiento (en la p. 139, nota 19 se menciona muy escuetamente, aunque tengo claro que no es el objeto del libro... pero no puedo desconocer que me hubiera gustado conocer la opinión de su autora). Si en la tradición angloamericana puede apreciarse mayor disposición a incluirlo como factor de incriminación (Dougherty, 2013), en la tradición europea continental el escepticismo es considerable (Vavra, 2018; Eisele, 2019).

²² Asumo que la misteriosa expresión de Álvarez (2021) respecto de que "superado el 'no es no' [...] hay que desentrañar las cuestiones en torno al 'sí es sí'" (p. 120) no materializa, por sí misma, que se decante por este último como horizonte regulativo. Por lo demás, no aprecio por qué habría de considerar superada la fórmula del consentimiento negativo, y tampoco logro detectar por qué habría que concluirlo a partir de las cavilaciones inmediatamente previas de la autora, que apuntan, en cambio, a otorgar una cierta función de clausura a la negativa. En realidad, allí mostraba puramente que si la negativa cierra el espacio del cuestionamiento, el sí no lo logra (sobre esto último estoy plenamente de acuerdo).

participantes en las relaciones sexuales” (Álvarez, 2021, p. 145). Esta perspectiva, a su turno, se enmarcaría en un proyecto amplio de adopción de medidas pedagógicas y de cambio de pautas relacionales (Álvarez, 2021). Esta es, precisamente, la estrategia que predominó en Suecia para la adopción y posterior implementación de un modelo del consentimiento afirmativo en 2018 (Wegerstad, 2021). Tiendo a discrepar de la conveniencia de seguir estas pautas y plasmar un sistema del “(solo) sí es sí”.

Quizá ha sido Tatjana Hörnle quien, desde la óptica jurídico-penal, ha resumido mejor las razones más poderosas para oponerse y que podrían sintetizarse en el colapso de la distinción entre el plano moral y el plano jurídico: el deber de monitorear y evaluar las intenciones y reacciones de la otra persona puede ser considerado un deber moral en el marco de una relación de amor y cuidado mutuo (Hörnle, 2018), pero el sexo no está restringido a ese tipo de relaciones, y deja entrever un potente moralismo querer reconducirlas a ese registro.²³ Es obvio que la legislación encarna compromisos morales, pero las consecuencias de diseñar la regulación penal a partir de la identificación de modos moralmente correctos de desplegar la sexualidad que sintetizan ideales de vida buena y cuidado de sí han marcado muy desfavorablemente la historia del derecho penal sexual. Entre lo moralmente inaceptable y la aspiración moralmente perfeccionista existe un amplio espectro de opciones. El modelo del consentimiento negativo parece reflejar adecuadamente el estándar de los deberes que pueden exigirse bajo amenaza de pena.

No debe perderse de vista que lo que está en juego aquí no es solo la valoración de la interacción sexual llevada a cabo. En efecto, no se trata solo de indicarle a quien se ha desentendido del sentir de su *partenaire* que ha sido desconsiderado, sino de imputarle responsabilidad penal por uno de los crímenes más detestables que puedan reconocerse en cualquier sistema jurídico, para seguir la fórmula de Feinberg (1987). Con esa perspectiva a la vista, fijar el umbral típico en la desconsideración frente a negativas expresas, comunicadas por cualquier medio, no parece una restricción punitiva desmesurada.²⁴

23 Los riesgos para garantías materiales y procedimentales básicas que al alero de algunas coordenadas del movimiento *#MeToo* se han podido reconocer, también han sido evaluadas por Hörnle (2021). Por supuesto, esos riesgos, que también se nutren de un fuerte sentido moral, deben canalizarse sin renunciar al innegable valor del movimiento y al poder emancipatorio que ha supuesto.

24 Desde una perspectiva dogmática, además, el modelo del consentimiento negativo calza mejor con la consideración de la norma de conducta como habilitante de un reproche jurídico-penal en función de la identificación precisa —bajo legalidad— de un estándar de comportamiento. El modelo del consentimiento afirmativo construido sobre la preocupación por el otro plantea, en términos considerablemente más difusos, dicho estándar

Por supuesto, la adopción de un modelo tal debe preocuparse de establecer un sistema escalonado de infracciones, estando a la base el caso de interacción puramente no consentida, pero debiendo considerarse hipótesis calificadas por la concurrencia de factores agravantes. Esto no solo es coincidente con la concepción gradual de la autonomía y el consentimiento, sino que también evita tácticas judiciales de acomodo fácil a la inercia cultural que fomenta la impunidad, y disminuye sensiblemente la banalización de los casos especialmente graves (Cox, 2019). Un modelo así concebido debe también, en mi opinión, reservar hipótesis aisladas para la violación, que resguarden también su *nomen iuris* como piedra simbólica para los acusados, las víctimas y la comunidad (Cox, 2019). No desconozco que plantear en este tiempo un modelo así puede ser impopular, en la medida en que adheriría a posiciones no suficientemente evolucionadas y progresistas. Con todo, confío en que da cuenta de una opción plausible que ayuda a controlar los riesgos moralizantes, que suelen traducirse en una representación desconfiada de la sexualidad que termina generando una excesiva restricción de la libertad de realización en aras a lograr garantizar la libertad de exclusión. Desprovista del sentido místico que le atribuyó, hago mía aquí la fórmula de Hölderlin: pero donde hay peligro, crece lo que nos salva (Hölderlin, 1808, p. 79).²⁵

y, por tanto, desdibuja los contornos del específico deber, repercutiendo así en la precisión de la prohibición. Sobre esto, Hörnle (2018).

25 Wo aber Gefahr ist, wächst/Das Rettende auch, en su poema Patmos.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, A., Hurd, H. y Westen, P. (2016). Consent does not require communication: a reply to Dougherty. *Law and Philosophy*, 35, 655-661. <http://www.jstor.org/stable/44980859>

Álvarez, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Marcial Pons.

Baron, M. (2018). Sexual consent, reasonable mistakes, and the case of Anna Stubblefield. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15(2), 429-449. <http://hdl.handle.net/1811/85821>

Bergelson, V. (2014). The meaning of consent. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 12, 171-180. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3228804>

Borillo, D. (2009). *Le droit des sexualités*. Presses Universitaires de France.

Cox, J. P. (2019). El *nomen iuris* 'violación' como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres. *Ius et Praxis*, 25(3), 307-332. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300307>

Cox, J. P. (2018). Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla. *Política Criminal*, 13(26), 657-681. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200657>

De Aquino, T. (1994). *Suma de teología* (Vol. IV, parte II-II, L. Gómez Becerro, Trad.). Biblioteca de Autores Cristianos.

Dougherty, T. (2013). No way around consent: a reply to Rubinfeld on 'Rape-by-deception'. *The Yale Law Journal Online*, 123, 321-334.

Dsouza, M. (2021). The power to consent and the criminal law. *UCL Research Papers*, 4, 1-27. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3787374>

Dsouza, M. (2014). Undermining prima facie consent in the criminal law. *Law and Philosophy*, 33(4), 489-524. <https://doi.org/10.1007/s10982-013-9188-z>

Eisele, J. (2019). Dreizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§ 174-§ 184j). En A. Schönke y H. Schröder (Eds.), *Strafgesetzbuch*. C. H. Beck.

Feinberg, J. (1987). *The moral limits of the criminal law. I. Harm to others*. Oxford University Press.

Feuerbach, P. J. A. (1841). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. George Fridrich Heyer's Verlag.

Foucault, M. (2014). *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*. Gallimard.

Fraisse, G. (2017). *Du consentement*. Seuil.

Green, S. P. (2020). *Criminalizing sex. A unified liberal theory*. Oxford University Press.

Gros, F. (2019). *Désobéir*. Flammarion.

Hegel, G. W. F. (2004). *Principios de la filosofía del derecho* (Trad. J. L. Bernal). Editorial Sudamericana.

Hölderlin, F. (1808). *Patmos*. Leo Freiherrn von Seckendorf (editor).

Hörnle, T. (2021). Evaluating #MeToo: the perspective of criminal law theory. *German Law Journal*, 22, 833-846. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.34>

Hörnle, T. (2018). Rape as non-consensual sex. En A. Müller y P. Schaber (Eds.), *The Routledge handbook of the ethics of consent* (pp. 235-246). Taylor & Francis.

Hörnle, T. (2015). Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (4), 206-216.

Hurd, H. (1996), The moral magic of consent. *Legal Theory*, 2(2), 121-146. <https://doi.org/10.1017/S1352325200000434>

Husak, D. y Thomas III, G. (2001). Rapes without rapists: consent and reasonable mistake. *Noûs*, 35, 86-117. <https://doi.org/10.1111/0029-4624.35.s1.4>

Kant, I. (2012), *Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*. Im Insel-Verlag. (Trabajo original publicado en 1764).

Kant, I. (1920), *Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Grossherzog Wilhelm Ernst Ausgabe. (Trabajo original publicado en 1797).

Kant, I. (1913), *Kritik der Urteilskraft*. Druck und Verlag von Georg Reimer. (Trabajo original publicado en 1790).

Mañalich, J.P. (2009). *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*. Nomos.

Müttig, Ch. (2010). *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB) Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*. De Gruyter.

Pineau, L. (1989). Date rape: a feminist analysis. *Law and Philosophy*, 8(2), 217-243. <https://doi.org/10.1007/BF00160012>

Schulhofer, S. (1998). *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*. Harvard University Press.

Tadros, V. (2016). *Wrongs and Crimes*. Oxford University Press.

Vavra, R. (2020). *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*. Nomos.

Vavra, R. (2018). Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 611-618.

Wegerstad, L. (2021). Sex must be voluntary: sexual communication and the new definition of rape in Sweden. *German Law Journal*, 22 (5), 734-752. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.32>

Wertheimer, A. (2013). *Consent to sexual relations*. Cambridge University Press.