

COX LEIXELARD, Juan Pablo: “Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual. Deseo, voluntad y consentimiento”.
Polít. Crim. Vol. 20 N° 40 (Diciembre 2025), Art. 2, pp. 25-56
<https://politecrim.com/wp-content/uploads/2025/09/Vol20N40A2.pdf>

Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual
Deseo, voluntad y consentimiento

The Ontology and Function of Consent in Sexual Penal Law
Desire, Will, and Consent

Juan Pablo Cox Leixelard
Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad Pompeu Fabra
Universidad Adolfo Ibáñez
juan.cox@uai.cl
<https://orcid.org/0009-0002-3209-9810>

Fecha de recepción: 14/10/2024.
Fecha de aceptación: 09/05/2025.

Resumen

El texto presenta una descripción de las dos concepciones dominantes sobre el consentimiento sexual, y que han marcado lo que en la literatura angloamericana se denomina la pregunta por la ontología del consentimiento. Así, se indaga en la perspectiva actitudinal, que lo entiende primariamente como un estado mental, y en la perspectiva performativa, que lo comprende, en cambio, como una comunicación. Ambas posiciones fijan los ejes sobre los que ha girado la discusión en el mundo anglosajón y sobre los que crecientemente se desarrolla, también, la discusión en el plano continental. Aquí se ofrece una breve caracterización de sus notas distintivas y se indaga en su consagración legislativa. Reparar en esta discusión y en las estrategias legislativas asociadas es especialmente útil dado que el auge de los modelos del consentimiento es una realidad indesmentible y ya es posible apreciar en Chile algunas tímidas repercusiones. Aquí se favorece una concepción performativa del consentimiento, bajo el entendido de que permite satisfacer mejor las funciones que está llamado a desempeñar en el esquema del derecho penal sexual.

Palabras clave: consentimiento, estado mental, comunicación, derecho penal sexual

Abstract

The text presents a description of the two dominant conceptions of sexual consent, which have shaped what is referred to in Anglo-American literature as the question of the ontology of consent. It explores the attitudinal view, which primarily understands consent as a mental state, and the performative view, which, conversely, understands it as a form of communication. Both positions establish the axes around which the discussion in the Anglo-Saxon world has revolved, and upon which the discourse is increasingly developing within

the continental framework as well. A brief characterization of their distinctive features is provided, along with an exploration of their legislative acknowledgment. Engaging with this discussion and the associated legislative strategies is particularly beneficial given that the rise of consent models is an undeniable reality, and some tentative repercussions are already observable in Chile. This text favors a performative conception of consent, on the understanding that it better fulfills the functions it is intended to serve within the framework of sexual criminal law.

Keywords: consent, attitudinal view, performative view, sexual penal law.

Introducción

¿Cuándo podemos decir que se ha consentido y no puramente cedido a los designios e insistencias de otro?¹ ¿Pierde el dominio de su voluntad quien se halla inserto en un esquema de sometimiento que impulsa su sobre obediencia?² ¿Existe un momento mágico que trastoca el sentido de un encuentro sexual, transformando un acometimiento en una interacción incluso realizadora?³ ¿Qué distancia media entre el deseo contenido en lo más profundo de cada uno, la pura impavidez, la negativa que se susurra y la afirmación extasiada?⁴ En fin, ¿qué hacemos cuando consentimos y de qué hablamos cuando hablamos de consentimiento?⁵

Las reformas legales que durante las últimas décadas han venido cambiando la fisonomía del delito de violación están indefectiblemente ligadas a la noción de consentimiento, bajo el entendido de que precisamente su ausencia es la nota distintiva que debiera guiar a la regulación. De allí que la sintética fórmula que ha hecho fortuna como sello característico de estos nuevos aires legislativos apunte justamente a resaltar este aspecto: las distintas variantes

¹ FRAISSE (2017), pp. 73 y ss. Por lo demás, “*dans l’absolu, consentir, c’est bien, mais consentir à plus fort que soi, c’est triste*”. Para la mutación desde un rechazo original hasta una posterior aceptación, al hilo del caso Bamberg, HÖRNLE (2019), pp. 439 y ss.

² GROSS (2019), pp. 53 y ss. Para la génesis del análisis -en el siglo XVI- de la *surobéissance*, parece imprescindible DE LA BOÉTIE (2018), pp. 15 y ss.

³ HURD (1996), pp. 121 y ss.

⁴ Y así, ¿el consentimiento exige comunicación?, ¿puede pensarse una violación sin violador? Luces sobre esto en DOUGHERTY (2015), pp. 224 y ss.; ALEXANDER *et al.* (2016), pp. 655 y ss.; DOUGHERTY, (2019), pp. 387 y ss. La posibilidad de error y la consiguiente negación de atribución de responsabilidad, en el ya clásico HUSAK y THOMAS III, (2001), pp. 86 y ss., y, más recientemente, en BARON, (2018), pp. 429 y ss.

⁵ Parafrasear a Carver puede ser útil aquí: antes de la intervención de su célebre editor Gordon Lish, el cuento que le daba el título a su compilación, mundialmente conocida bajo el rótulo *What do we talk about when we talk about love?* (1981), llevaba por nombre precisamente *Beginners* (2009), porque en cuestiones de amor todos lo seríamos. La configuración de la relación amorosa y el buen sexo como lo opuesto a la violación puede verse en GARDNER (2018), pp. 48 y ss., al tiempo que el peso de las emociones en su configuración en GARDNER (2017), pp. 3 y ss. Para la revisión de la noción de *ideal sex* desarrollada por Gardner, que bajo su concepción como un *teamwork* rebaja la relevancia del consentimiento, CHADHA (2020), pp. 619 y ss.

de *modelos del consentimiento* dominan ahora el escenario regulativo.⁶ Tiende a sostenerse, desde esta perspectiva, que el advenimiento de planes de tipificación anclados en la falta de anuencia de quien resulta genitualmente penetrado sería un logro irrenunciable del avance cultural en materia de reconocimiento de la autonomía sexual de las personas en general, y muy significativamente de las mujeres en particular.⁷

En el ámbito de influencia de la tradición europea continental este papel crecientemente hegemónico del consentimiento como clave hermenéutica de la regulación apenas ha estado acompañado de esfuerzos por esclarecer su sentido y contornos.⁸ Esta orfandad analítica explica que la -por contrapartida- muy intensa discusión angloamericana haya terminado acaparando la atención global. Aquí no abordaré la pregunta por la conveniencia de adoptar un modelo del consentimiento⁹ ni exploraré la distinción entre las variantes en disputa, y que representa un punto especialmente tenso en el panorama internacional.¹⁰ Tampoco analizaré el rol que movimientos sociales como *#MeToo* y otros han desempeñado en la configuración del escenario en el que nos encontramos,¹¹ ni revisaré el potencial efecto que estos y los modelos regulativos pudieran desplegar en la persecución y condena penal.¹²

⁶ Por todos, GREEN (2020), pp. 19 y ss., para la explicación de la relevancia que el consentimiento y su ausencia representan para la construcción de una teoría liberal de la criminalización en el plano de los comportamientos con contenido sexual.

⁷ Considerando al consentimiento desde una perspectiva procedimental, como un instrumento orientado a perfilar los deberes del estado de respetar, proteger y promover el derecho fundamental a la autonomía sexual bajo un esquema de equidad de género, VALENTINER (2021), pp. 703 y ss. Por supuesto, hay múltiples voces contrarias a reconocer la aptitud del consentimiento para operar como bisagra de corrección -jurídica y moral- en un mundo teñido de dominación masculina. Una de las más prominentes ha sido MACKINNON (2016), pp. 431 y ss., enmarcada en perspectivas estructuralistas. Pero también desde el posestructuralismo y el comunitarismo se han modulado críticas (sobre esto, resumidamente, MUNRO (2008), pp. 923 y ss., 929 y ss.). Una mirada global a las críticas en VAVRA (2020), pp. 131 y ss.

⁸ Esta realidad, constatada hace décadas en HÖRNLE (1999-2000), p. 650, no parece haber variado significativamente. Una revisión de la bibliografía en dicho ámbito permite advertir prontamente que la discusión gira en torno a las propuestas confrontadas en el contexto angloamericano. Hay importante evidencia, además, sobre la existencia de una considerable brecha entre la discusión teórica y el modo en el que las personas perciben que consienten o no lo hacen, y esto es aplicable en ambos contextos: SOMMERS (2020), pp. 2232 y ss., 2298 y ss.

⁹ Cuya incorporación en los planes legislativos parece obligada en función al espíritu de los tiempos: COX (2023a), pp. 971 y s. y COX (2023b), pp. 541 y ss.

¹⁰ La bifurcación entre un modelo negativo y uno afirmativo del consentimiento está íntimamente vinculada con una concepción gradual o escalar del consentimiento, por una parte, y con consideraciones políticas en sentido amplio, por otra.

¹¹ Tomando en cuenta consideraciones de filosofía política, SRINIVASAN (2021), pp. 18 y ss., 169 y ss. Una mirada amplia de sus efectos en el funcionamiento del sistema penal en COSSMAN (2021), pp. 17 y ss., 87 y ss. 163 y ss., al tiempo que repercusiones concretas en WEGESTARD y ANDERSSON (2024), pp. 231 y ss. Para los riesgos de establecimiento de una justicia paralela, sintética, HÖRNLE (2021), pp. 833 y ss., 838 y ss.

¹² Contra lo que pudiera pensarse, y pese a que la evidencia es todavía incompleta, la extensión punitiva que la adopción de un modelo del consentimiento genera no parece traducirse necesariamente en un aumento de las condenas por violación. En Alemania, donde el modelo del *no means no* (*Nein heißt Nein*) se introdujo en 2016, las tasas de denuncia y condena se han mantenido estables o incluso descendiendo (al menos en la criminalidad entre alemanes: KÖLBEL (2021), pp. 817 y ss., 823 y ss., teniendo en cuenta las varianzas metodológicas que impone la modificación estructural del § 177 StGB). En Suecia, en cambio, la incorporación de una regulación

Todas estas cuestiones, centrales, son aquí preteridas.¹³ En cambio, valiéndome de la rica discusión angloamericana dedico estas páginas a indagar en la denominada ontología del consentimiento, esto es, abordo la pregunta por su estructura conceptual, cuya respuesta permite reconocer paradigmáticamente dos grandes opciones. Para enfrentar adecuadamente el asunto comenzaré reseñando muy brevemente la relevancia que entraña esta exploración (1), para luego identificar las tesis actitudinales, que lo conciben como un estado mental (2), y contraponerlas con las posiciones performativas, que en cambio lo entienden como una comunicación (3), bajo el entendido de que, si bien es posible reconocer construcciones híbridas, reparar en estos extremos permite bosquejar los contornos más visibles de la discusión. El talante predominantemente descriptivo de estos apartados lo complemento luego (4) con una revisión algo más concreta del modo en el que la distinción cobra relevancia regulativa, tomando como ejemplos los sistemas legislativos que pueden aquí considerarse de referencia. A continuación (5) examino brevemente el panorama doméstico, centrándome en lo dispuesto en los artículos 366 inciso tercero y 494 ter del Código Penal, sobre abuso y acoso sexual, respectivamente, así como en el artículo 2° de la Ley 21.369, sobre acoso sexual en el ámbito de la educación superior, para finalmente analizar lo propuesto en el Proyecto de nuevo Código Penal sometido a tramitación legislativa en Chile. Todo esto en el entendido que esta incipiente regulación -y la también naciente discusión teórica asociada- se vería enriquecida teniendo a la vista las coordenadas teóricas y legislativas que se han desarrollado fuera de nuestras fronteras. Concluyo (6) mostrando que las funciones que el consentimiento desempeña en la regulación jurídico-penal de los delitos sexuales avalan decantarse por las tesis performativas.

1. Notas sobre una creciente hegemonía regulativa

El abandono -siquiera superficial-¹⁴ del modelo regulativo anclado en las coordenadas favorecidas por el derecho común conforme a su basamento escolástico abrió las puertas a la noción de consentimiento como bisagra de tipicidad.¹⁵ En efecto, el presupuesto de la ilicitud

inspirada en el modelo *only yes means yes* sí parece haberlas aumentado: WEGERSTAD (2021), pp. 734 y ss., 739.

¹³ Este trabajo se inserta en una investigación más amplia, en la que intento hacerme cargo de esos tópicos. La aproximación es, aquí, conscientemente mutilada.

¹⁴ La distinción entre cambios superficiales y estructurales en este apartado puede revisarse en COX (2018), pp. 667 y ss., 672 y ss., para el delito de violación, con antecedentes en COX (2016), pp. 348 y ss., para ese delito y el de posesión de pornografía infanto-juvenil.

¹⁵ Opero aquí simplificando muy significativamente las nociones de derecho común y de escolástica, por supuesto. Una reconstrucción amplia y especialmente distintiva de estas cuestiones puede revisarse en BRUNDAGE (1990), que sigue siendo la obra de referencia. El modo en que fue fraguando la visión cristiana de la sexualidad bajo la escolástica puede revisarse en WIESNER-HANKS (2010), pp. 39 y ss., 51 y ss., y sus efectos en la disciplina sexual en DABHOIWALA (2012), pp. 27 y ss., 77 y ss. Un brillante análisis en FOUCAULT (2018), pp. 9 y ss., pero sobre todo 52 y ss. La consagración de registros delictivos de diversa

penal se construía en aquel esquema a partir del desacoplamiento entre la conducta sexual desplegada y un cierto modo ordenado de desempeñarse, que incluía referencias a consideraciones naturales y racionales, entre las que no jugaba una posición determinante el consentimiento.¹⁶ Y así, en ese escenario un comportamiento consentido entre adultos podía ser igualmente delictivo.

El advenimiento de los ideales ilustrados marcó la consagración de la ausencia de consentimiento como piedra angular de la tipicidad, aunque restringida a unas específicas modalidades de configuración. En los casos de penetración, y según la fórmula magníficamente sistematizada por Feuerbach, solo resultaba punible la interacción no voluntaria que adoptara una fisonomía violenta, por una parte, o una puramente no consentida, por la otra, pero siempre y cuando se canalizara bajo la forma de un determinado modo o circunstancia comisiva.¹⁷ Con matices, la por momentos rocambolesca evolución de los planes legislativos estatales durante el intenso periodo codificador transcurrido durante el siglo XIX fue plasmando este modelo, aun cuando en alguna medida sin un genuino compromiso con el ideal ilustrado.¹⁸ Así, la desconfianza generalizada en el ejercicio de la sexualidad humana¹⁹ característica del modelo erigido en el marco del derecho común tendió a mutar, en los códigos penales de los siglos XIX y XX y muy significativamente en su reconstrucción teórica y en su aplicación judicial, en una desconfianza especificada en la agencia sexual femenina, homosexual y de menores de edad.²⁰

índole que además mutaron fluidamente, en CRAWFORD (2007), pp. 147 y ss., 155 y ss., 166 y ss., 177 y ss., en una exposición muy sintética.

¹⁶ Una caracterización esquemática del modelo en AQUINO (1994), 4, 2-2, q.153, a.2, q.154, a.1: el registro de comportamientos lujuriosos es, así, extenso (q.154, a.2-11).

¹⁷ FEUERBACH (1847), §§ 263 y ss.

¹⁸ Y así, entonces, podría hablarse con propiedad de una cierta pervivencia del ideal medieval en los textos de la codificación: BASCUÑÁN (2013), pp. 407 y ss., 415 y ss. Por supuesto, dada la distinción discursiva entre un *dispositif d'alliance* y un *dispositif de sexualité* expuesta magistralmente en FOUCAULT (2014a), pp. 140 y ss., centrarse exclusivamente en el devenir legislativo penal para evaluar la valoración de la sexualidad al interior de la sociedad yerra, al menos parcialmente, de blanco, pues favorece excesivamente la reconstrucción de la *hypothèse répressive* en desmedro de la *hypothèse constitutive du désir*.

¹⁹ Con la voz “sexualidad” apunto a una experiencia variable, en los términos propuestos en FOUCAULT (2014b), pp. 9 y ss. La expresión “desconfianza”, a su turno, permite distinguir el objeto de referencia del mentado bajo la noción de “represión”, como puede extraerse de FOUCAULT (2014c), pp. 55 y ss.

²⁰ En cuanto a las mujeres, se hizo muy evidente que unas reglas aparentemente neutras terminaron en la práctica otorgando preponderancia a la libertad sexual de realización masculina por sobre la libertad sexual de exclusión femenina: así, en este plano, COX (2023a), pp. 867 y ss. 870. Por lo demás, esto no es sino un caso particular de un fenómeno global, cuya exposición ya canónica puede verse, resumida, en SMART (1992), pp. 34 y ss., dando cuenta de una periodización que distingue fases concretadas en los epítomes “el derecho es sexista”, “el derecho es masculino” y “el derecho tiene género”. La síntesis penal en LARRAURI (2021), pp. 10 y ss. La negación de la autonomía sexual para prácticas homosexuales puede verse, en clave comparativa, en COX (en prensa, 2025a). De otra parte, respecto de los impúberes y crecientemente también respecto de los menores púberes, se ha ido perfilando un esquema punitivo volcado en proteger su intangibilidad o su exclusión de contextos sexuales con cargo de reducir o incluso neutralizar su libertad de realización sexual: COX (2016), pp. 343 y ss., 355 y ss.

En parte respondiendo precisamente a la muy insatisfactoria posición de las mujeres es que durante los últimos años han venido sucediéndose en nuestro horizonte de referencia reformas legislativas orientadas a reconocerles igual autonomía sexual que a los hombres. La vía escogida para lograrlo ha pasado por ampliar el registro de comportamientos punibles, adoptándose planes legislativos que concretan los ahora conocidos como *modelos del consentimiento*.²¹ Su nota distintiva consiste en incriminar conductas sexuales (puramente) no consentidas, en términos que la ausencia de consentimiento opera ya no solo como una condición necesaria de la tipicidad, sino que, también, como condición suficiente. Con antecedentes en variadas reformas estadounidenses,²² fue la *Sexual Offences Act* del Reino Unido,²³ de 2003, la que marcó un punto de inflexión en los marcos regulatorios europeos.²⁴ En el panorama continental, empero, la adopción de estos modelos tardó todavía en materializarse, hasta que, entre otros,²⁵ Alemania lo introdujo en 2016²⁶ y España en 2022.²⁷

²¹ Aunque algunas de las reformas se hayan desencadenado por sucesos concretos especialmente perturbadores, lo cierto es que es posible reconocer falencias estructurales en la legislación vigente hasta el siglo XX. Destacando este punto, HÖRNLE (2018a), pp. 122 y ss., distinguiendo entre el frenesí político y social generado al hilo del movimiento *#MeToo* y las verdaderas deficiencias de la legislación.

²² El proceso reformista en Estados Unidos comenzó a materializarse con la modificación del Código Penal de Michigan en 1975. Sobre el movimiento global de modificaciones en los estados de la unión, CARINGELLA (2009), pp. 1 y ss. Estas primeras modificaciones influyeron en la adopción de un modelo del consentimiento en Canadá, en 1985 (§§ 271 y ss., con una definición de consentimiento en el § 273.1-1). Los mejores análisis sobre la introducción de la regla y su funcionamiento siguen siendo VANDERVORT (2012), pp. 395 y ss., y VANDERVORT (2013), pp. 143 y ss. La regla canadiense, por lo demás, influyó en la *Sexual Offences Act* del Reino Unido de 2003: TEMKIN y ASHWORTH (2004), pp. 328 y ss., 332, nota 30.

²³ Para el caso paradigmático de la violación, la regla fundamental está contenida en el artículo 1 (1) (b), con una definición de consentimiento en el artículo 74.

²⁴ Tuvo influencia inmediata en la *Sexual Offences Act* de Irlanda del Norte, de 2008, y en la de Escocia, de 2009. En ambas se consagra la ausencia de consentimiento, sin más, como factor crucial de la tipicidad.

²⁵ Los códigos penales de Suecia, Bélgica y Portugal también adoptaron el modelo. Suecia lo hizo en 2018 (artículo 1 del Capítulo 6 de la Segunda Parte del Código Penal), y la discusión influyó en la adopción del modelo en Islandia, en 2018 (artículo 194, del Capítulo XXII del Código Penal general), y en Dinamarca, en 2021 (artículo 216 del Capítulo 24 del Código Penal). En Bélgica la reforma se introdujo en 2022, incluyéndose una nueva sección, que incorpora una consideración general de la falta de consentimiento (artículo 417/7.1 del Código Penal) y, también, una definición (artículo 417/5). En Portugal (artículo 163 del Código Penal, bajo la reforma de 2019) se contempla una ampliación radical de los medios comisivos (artículo 163.3 en relación con el número 1), que decanta en un modelo del consentimiento.

²⁶ Por medio de una modificación al § 177 StGB, alentada por organizaciones feministas y una cierta comprensión de la forma de cumplir los deberes asociados a la ratificación del Convenio de Estambul. La gravitación de este factor en la reforma puede revisarse en KEMPE (2018), pp. 22 y ss., 46 y ss., con referencias a la discusión parlamentaria en pp. 245 y ss.

²⁷ A través de la Ley Orgánica 10/2022, que entre otros muchos cambios modificó los Capítulos I, II y II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal.

Los casos *Olugboja*,²⁸ *Kölner Silvesternacht*²⁹ y *La Manada*³⁰ posibilitaron, por medio de la exhibición de las miserias humanas, resaltar las miserias legislativas. El impresionante efecto comunicacional del movimiento #MeToo, surgido con ocasión del escándalo *Weinstein*,³¹ mostró que las víctimas también podían ser personas poderosas, alcanzándose así un componente transversal en las demandas reivindicativas de las mujeres, que terminaron volviéndose globales y en definitiva cuajaron en una efervescencia social que aupó al movimiento por las reformas: de distintas maneras todos estos casos desnudaron un malestar profundo que también tocaba al diseño de la ley penal, y por tanto su modificación se volvió un objetivo medular. En este plano el rechazo se centró en la canalización de la falta de consentimiento que el modelo ilustrado y luego el de la codificación requieren como marcas de la ilicitud, pues implica dejar fuera del campo penal³² comportamientos (ahora) considerados inaceptables.

La fisonomía de las nuevas descripciones legales viene marcada, así, por la inclusión de prohibiciones de interacciones sexuales no consentidas, sin requerirse la afirmación de modo comisivo alguno.³³ En esos términos, la identificación de qué permite calificar una relación como consentida y qué determina en cambio que no lo es, se volvió ineludible, pues de ello depende la tipicidad. Esto es, la presencia o ausencia de consentimiento delimita nuestras

²⁸ 1982 QB 320. Un análisis en GARDNER, S. (1996), pp. 275 y ss.

²⁹ La particularidad del caso de la nochevieja en Colonia, de 2015, es que prácticamente no se tradujo en sentencias, pese al reporte de casi 650 víctimas de comportamientos sexuales no consentidos. Los hechos influyeron decididamente en la nueva fisonomía del § 184 j StGB (para la crítica, RENZIKOWSKI (2021), 184 j, nm. 8 y 9, con referencias a la comisión investigadora de los hechos del Landtag NRW-Drs. 16/14450).

³⁰ STS 344/2019, ponente Polo García, casando la SAP de Navarra 38/2018, ponente Cobo Sáenz. Un análisis del caso, previo a la sentencia del Tribunal Supremo, en FARALDO y ACALE (2018), pp. 11 y ss.

³¹ *The People of the State of New York against Harvey Weinstein*, 2018, resuelto por el juez James Burke, de la *Supreme Court, New York County* (11.3.2020). Con todo, la resolución fue revertida por el máximo tribunal del estado de Nueva York (*New York Court of Appeals*) con fecha 25.4.2024. En 2023 fue nuevamente condenado, ahora en Los Ángeles (*Los Angeles Superior Court*, resuelto por la jueza Lisa Lench, con fecha 23.2.2023). Aunque es común identificar en octubre de 2017 el advenimiento del movimiento, su rastro lleva a 2006 y al incansable afán activista de Tarana Burke en Myspace.

³² En realidad, la estrechez de la regulación genera diversos efectos, que operan en también distintos planos. Aquí interesa destacar que ella puede traducirse, por ejemplo, en que el comportamiento no consentido sea jurídico-penalmente irrelevante (como en Chile, allí donde no se afirma que una cierta amenaza es constitutiva de una intimidación en los términos del artículo 361 N°1 del Código Penal, por ejemplo). Pero también puede provocar que la conducta no consentida sea captada por una figura típica que no tenga el peso simbólico socialmente requerido (como en el célebre caso *La Manada*, cuya primera sentencia condenó por los delitos contenidos en el otrora en vigor artículo 181 del Código Penal español -a título de abusos sexuales- y no por el artículo 179 -a título de violación, en tanto agresión sexual-). Sobre esto, COX (2019), pp. 310 y ss.

³³ En alguna medida, si se quiere, el modelo de la codificación también se construye sobre hipótesis de falta de consentimiento. Pero claro, selecciona instancias específicas que, en mayor o menor medida, captan los casos paradigmáticos en que ello puede sostenerse. Es por eso que algunos autores sostienen por ejemplo que el Código Penal español consagraba, al menos desde 1995, un modelo del consentimiento: así, PÉREZ DEL VALLE (2023), pp. 73 y s. Su aproximación toma en cuenta la referencia al elenco de hipótesis cubiertas por las prohibiciones, y a partir de allí puede sostener que el caso español era distinto al alemán. En una línea análoga, remarcando la idea de ausencia de consentimiento válido, CUERDA (2018), pp. 103 y ss., 124 y ss.

recíprocas posiciones jurídicas y el marco de derechos y deberes que nos debemos al interior de la comunidad.³⁴

Tal vez precisamente porque las figuras típicas incluían hasta hace muy poco referencias a instancias paradigmáticas de ausencia de consentimiento es que en la tradición europea continental apenas se ha abordado algún análisis estructural sobre el consentimiento sexual.³⁵ En cambio, ha proliferado el abordaje dogmático orientado a ubicar sistemáticamente al consentimiento dentro de los engranajes de la teoría del delito, sea como una causa de atipicidad o bien como una de justificación, extrayendo de allí unas consecuencias por lo demás muy modestas.³⁶ Como contrapartida, en el ámbito angloamericano la discusión sobre lo que se ha dado en denominar *ontología del consentimiento*³⁷ ha sido especialmente vigorosa y ha terminado influyendo en las todavía tímidas aproximaciones continentales. En ese marco se reconocen dos grandes perspectivas sobre lo que el consentimiento es, una actitudinal y otra performativa. Su revisión es tarea de los próximos acápites.

2. La mirada actitudinal

Una triada de formidables autores ha dado forma a la consideración del consentimiento como un estado mental: aunque puede reconocerse a muchos otros, Hurd,³⁸ Alexander³⁹ y Westen⁴⁰

³⁴ El papel del consentimiento bajo el esquema *Hohfeldiano* de relaciones legales y poder, en DSOUZA (2021), pp. 3 y ss., con antecedentes en DSOUZA (2014), pp. 491 y ss. Sirve por lo demás como marco teórico del desarrollo que ofrece en DSOUZA (2022), pp. 1192 y ss.

³⁵ Una excepción curiosa puede apreciarse en Francia. El Código Penal no adopta allí un modelo del consentimiento (artículos 222-22-1 y 222-23), pero en los últimos años se ha debatido muy intensamente respecto de cómo conceptualizarlo, destacándose en el plano sexual LE MAGUERESSE (2021a), pp. 14 y ss.; sintetizando la centralidad del consentimiento en LE MAGUERESSE (2021b), pp. 613 y ss. En el marco de una teoría emotivo-racional del derecho, más amplio, CHRISTELLE (2023), pp. 3 y ss. Una reflexión que incorpora una dimensión política en LE GOAZIOU (2019), pp. 98 y ss., compatible con IACUB (2009), pp. 37 y ss.

³⁶ Paradigmático en la forma de análisis, ROXIN (2003), § 13, nm. 1 y ss. Entre las excepciones, MAÑALICH (2009), pp. 104 y ss., indagando finamente en la estructura conceptual del consentimiento, con repercusiones sistemáticas en MAÑALICH (2019), pp. 35 y ss., 44 y ss. Incluso trabajos orientados precisamente a diseccionar el rol y funcionamiento del consentimiento en el derecho penal tienden a omitir la cuestión nuclear de cómo concebirlo estructuralmente (y siguen, aunque parcialmente, la discusión angloamericana cuando se aproximan a ello): para el caso suizo, pero con pretensiones de generalización, MONA (2017), pp. 16 y ss.

³⁷ La expresión puede mover a confusión, pues pareciera sugerir que aquello que el consentimiento sea lo sería con cierta independencia del esquema conceptual y lingüístico aplicado a describirlo. Y así, la labor dogmática asociada sería muy parecida a la que despliega un arqueólogo que escarba y elimina la tierra en busca de que aparezca un objeto. Por el contrario, el consentimiento exhibe una dependencia muy intensa del marco cultural en el que se desenvuelve. Con todo, la fórmula se ha afianzado a partir de 2003, fecha de la primera edición de la obra de Alan Wertheimer, que por lo demás sigue marcando los contornos del debate: WERTHEIMER (2013), pp. 144 y ss.

³⁸ HURD (1996), pp. 121 y ss. Consecuencias de la fuerza normativa del consentimiento así concebido en HURD (2018), pp. 44 y ss.

³⁹ ALEXANDER (1996), pp. 165 y ss., ALEXANDER (2014), pp. 102 y ss.

⁴⁰ WESTEN (2016), pp. 25 y ss.

han diseñado por separado y articulado conjuntamente⁴¹ la presentación más consistente de la *attitudinal view*.⁴² Fue precisamente Heidi Hurd quien con extrema pulcritud y sencillez propugnó, en un texto que pronto se volvió célebre, las líneas centrales de la cualificación del consentimiento como un poder mágico capaz de operar profundas transformaciones, modificando la moralidad de una conducta ajena -transformando un acto incorrecto en uno correcto- o permitiendo a otro ejecutar un acto incorrecto -dando derecho a otro a realizar un acto incorrecto sin transformarlo en correcto-:⁴³ en uno y otro extremo, agrega, el consentimiento alteraría las obligaciones y permisiones que colectivamente determinan la corrección de las acciones de los demás.⁴⁴

De esta forma deja engarzada la comprensión del consentimiento con la de la autonomía,⁴⁵ pues precisamente entiende a esta última como el poder de crear nuestra propia legislación moral en función de nuestros deseos. En la medida en que la relevancia normativa del consentimiento viene dada por ser expresión de la autonomía, entonces no queda sino que reconocerlo como ejercicio de nuestra voluntad. Esto es, como un estado mental.⁴⁶ En palabras de Hurd, ese estado mental no se identificaría ni con las sensaciones ni los humores, sino que daría cuenta de lo que, siguiendo a Brentano, cabría calificar como un estado intencional dotado de contenido proposicional.⁴⁷

La tesis de Hurd contempla dos factores que deben articularse para sostener que una persona consiente el acto de otra. Por una parte, ella debe tener la intención de aquello que la otra debe exhibir como *mens rea* para ser responsable para el caso en que no concurriera el consentimiento (esto es, el elemento material del *actus reus*, salvo por la falta de consentimiento) y, por otra parte, la acción que debe realizar quien sería

⁴¹ ALEXANDER *et al.* (2016), pp. 655 y ss.

⁴² Hasta donde alcanzo a ver, la expresión se acuñó por primera vez en este contexto en MCGREGOR (1994), p. 253, quien por lo demás defiende una posición performativa: MCGREGOR (2007), pp. 116 y ss.

⁴³ HURD (1996), pp. 123 y s. En la primera modalidad se sitúan sus famosos ejemplos: el consentimiento logra que un traspaso se transforme en una cena festiva, un hurto en un regalo o una apropiación comercial del nombre y la imagen de otra persona en una biografía. En la misma dirección, se postula que el consentimiento transforma un secuestro en unas vacaciones: WESTEN (2016), p. 15. Con algo de ironía y mucho escepticismo se rechaza esta aproximación, pues ni la cena ni un regalo o una biografía serían tales *por* el consentimiento: TADROS (2016), p. 214. Lo mismo cabe decir de las vacaciones. Una respuesta, mediada por una referencia a Dempsey, en HURD (2018), p. 48, nota 7.

⁴⁴ HURD (1996), pp. 124.

⁴⁵ Por supuesto, la multiplicidad de concepciones sobre la autonomía puede enturbiar el análisis. Lo que fuere, la íntima conexión entre ella y el consentimiento está suficientemente reconocida en la literatura. Por todos, puede verse, en el plano sexual, GREEN (2020), pp. 19 y ss., 25 y ss.

⁴⁶ HURD (1996), pp. 124 y s. Que el consentimiento exprese nuestra autonomía implica, en otras palabras, que en ella cabe reconocer la fuente de su poder transformador: p. 121.

⁴⁷ HURD (1996), p. 125 y ss. Distinguiendo luego entre intenciones *de re* e intenciones *de dicto*, defiende que el consentimiento aquí relevante opera en el segundo sentido, esto es, como una actitud proposicional referida a un acto específico y no como una disposición general: interesa menos el consentimiento a un acto (*to an act*) que el consentimiento al acto (*to the act*) que se evalúa. Seguidamente, en un ejercicio mantenido de especificación que pasa por ajustar una tesis de la identidad (pp. 127 y ss.) y una de la descripción (pp. 133 y s.), propone su tesis detallada de la identidad (*fine-grained identity thesis*, p. 134). Consentir es elegir (p. 126).

responsabilizado en caso de no concurrir el consentimiento debe coincidir con la descripción que la consintiente hace de ella.⁴⁸

Precisamente el contenido del acto mental bifurca las aguas entre estos autores, pues Westen lo comprende como uno de aquiescencia con la conducta,⁴⁹ y en cambio Alexander como la renuncia al derecho que se ostenta en orden a que la conducta no ocurra.⁵⁰ Ello no les impide asumir conjuntamente que con independencia de la descripción del contenido actitudinal que cada uno defiende, el consentimiento está constituido precisamente por una actitud que no requiere ser comunicada para alterar la moralidad de la conducta de una tercera persona.⁵¹ En esta línea, Hurd luego indica que comprende al consentimiento como un poder capaz de crear y destruir obligaciones en un abrir y cerrar de ojos (“*in the blink of an eye*”), permitiéndole a los agentes cambiar su panorama moral y crear sus propias leyes morales con su sola voluntad.⁵²

Así, en su concepción nuestra mera decisión crea o destruye derechos y obligaciones ajenos.⁵³ Y eso es precisamente lo que caracterizaría a los agentes morales autónomos, más allá de que la comunicación de esa intención pueda desempeñar un papel probatorio relevante.⁵⁴ Pero claro, esa función probatoria y la consecuente opción por incluir legalmente una regla al respecto debiera analizarse según consideraciones de coste-beneficio que escapan a la concepción del consentimiento que se defiende.⁵⁵ En este punto se hace imposible obviar una cuestión central: el esfuerzo especulativo de Hurd, tal y como ella misma destaca desde el inicio, se construye desde una perspectiva preferentemente moral, ajena al ejercicio de juicios

⁴⁸ HURD (1996), p. 134.

⁴⁹ WESTEN (2016), pp. 25 y ss., 50 y s.

⁵⁰ ALEXANDER (1996), pp. 165 y ss., ALEXANDER (2014), pp. 107 y s.: no se puede pretender el acto de otro, esgrime para descartar la posición de Hurd, ni se trata simplemente de aceptarlo, para hacer lo propio con la de Westen. Su posición, así, es intermedia a la de ambos.

⁵¹ ALEXANDER *et al.* (2016), p. 655, HURD (1996), p. 137.

⁵² HURD (2018), p. 52.

⁵³ Por supuesto, esta idea puede complejizarse, tal como muestra Dsouza bajo una cierta concepción de las relaciones entre los intervinientes. Siguiendo a Hohfeld, distingue entre conexiones de *right-duty*, *privilege-no-right*, *power-liability* y de *immunity-disability*: DSOUZA (2014), pp. 491-492, DSOUZA (2021), pp. 3-9. Para las tablas del esquema original, que pretende precisamente desambiguar el uso común de la expresión “derecho”, HOHFELD (1923), pp. 30 y ss. Un análisis preciso en DUARTE D’ALMEIDA (2016), pp. 554 y ss. Una notación de la estructura del consentimiento bajo la consideración de su gramática en KLEINIG (2009), pp. 5 y ss.

⁵⁴ Así, ALEXANDER (2014), p. 102, en tanto la comunicación representaría una pura evidencia del consentimiento; así, también, en ALEXANDER *et al.* (2016), p. 660.

⁵⁵ HURD (1996), pp. 137 y s. En sus términos, la adopción de una doctrina del *actus reus* del consentimiento, y no una puramente centrada en la *mens rea* asociada, dependerá de consideraciones estratégicas referidas a los riesgos inherentes a cada opción, en todo caso independientes de la definición de consentimiento. Como se muestra en SCHULHOFER (2023), pp. 57 y ss., el análisis pivota sobre los riesgos de sobre inclusión y sub-inclusión.

descriptivos sobre el modelo legal y está orientado, antes bien, a proponer vías para su construcción.⁵⁶

Por supuesto, la disociación entre el consentimiento y su comunicación no implica que las conductas (mentalmente) no consentidas acarreen necesariamente responsabilidad en quien las ejecuta, pues si cree que obra consentidamente podrá evaluarse su conducta como incorrecta (representando su obrar un *wrongdoing*) pero carecerá de culpabilidad (obrará sin *culpability*).⁵⁷

Precisamente esta distinción y la complementaria bifurcación legal entre ilícitos en los que la ausencia de consentimiento forma parte de la ofensa, operando entonces como un engranaje inculpatario, e ilícitos en los que la ausencia de consentimiento es un elemento de la defensa, operando correlativamente como un engranaje exculpatorio, lleva a Bergelson, en un análisis parcialmente compatible con el de Westen,⁵⁸ a sugerir un uso diferenciado de los modelos explicativos de la ontología del consentimiento. Así, en los delitos en los que la ausencia de consentimiento es integrante de la ofensa (esto es, en casos en los que el acto es *prima facie* moralmente neutro y es justamente la ausencia de consentimiento la que lo tiñe de incorrección) la presencia, siquiera actitudinal o mental de consentimiento, impide la configuración del ilícito. Este sería el caso de la violación. Por el contrario, en los supuestos en los que la ausencia de consentimiento opera como factor defensivo generador de exculpación, como eventualmente en las lesiones e incluso en la producción de muerte ajena, se requerirá acudir a una dimensión performativa o comunicativa.⁵⁹

La defensa de Bergelson de una concepción actitudinal del consentimiento que no obstante otorga una función relevante a la dimensión expresiva, ya no solo debido a su rol probatorio sino que también en atención a la fisonomía de la propia estructura del delito de que se trate, abre las puertas a la revisión de las tesis performativas.

3. El consentimiento como comunicación

⁵⁶ HURD (1996), p. 122, nota 1. Con todo, difícilmente puede aceptarse que su aproximación distinga genuinamente ambos planos, como intenta mostrarse en COX (en prensa, 2025b): al discurrir sobre la posible consideración de un análisis en clave objetiva del consentimiento al hilo del caso *Regina v. Morgan* termina entremezclándolos. Clarísima en la necesidad de separar los planos morales, políticos y legales, DEMPSEY (2023), pp. 11 y ss., 17 y ss.

⁵⁷ Muy sintético, ALEXANDER (2014), pp. 102 y s. En un supuesto tal, el agente satisfará el *actus reus* de la violación pero no la *mens rea*: HURD (1996), p. 136. A la inversa, el acto (mentalmente) consentido que el agente cree no consentido habilitará para la responsabilidad por una tentativa (*attempt liability* por concurrir *culpability* y no genuino *wrongdoing*: p. 138, nota 16). Las combinaciones posibles y sus efectos en ALEXANDER *et al.* (2016), p. 659. Un escenario más detallado en BERGELSON (2023), pp. 44 y s.

⁵⁸ WESTEN (2016), pp. 111 y ss.

⁵⁹ BERGELSON (2014), pp. 177 y s.; BERGELSON (2023), pp. 37 y ss.: con todo, aunque ella defiende una consideración primariamente actitudinal del consentimiento, asume también que la comunicación debe ser tomada en cuenta en cualquier proceso penal (p. 47), descartando en todo caso que la dimensión expresiva opere como una presunción de derecho (*mandatory presumption*), lo que la aparta de Schulhofer, por ejemplo.

Frente a la consideración del consentimiento como un estado mental se agrupan quienes defienden una concepción performativa, apreciándolo en cambio como una comunicación. Operan, así, centrando su atención en la función normativa de atribución de responsabilidad derivada de la interacción sexual no consentida. En tanto esa función está preferentemente ligada a quien funge como posible agresor, terminan desplazando el foco de estudio desde los estados mentales de una posible víctima hacia la interacción expresiva entre ambos. En los precisos -y preciosos- términos de Geneviève Fraisse, el consentimiento es un acto íntimo pero jamás solitario.⁶⁰

Fue tal vez McGregor quien primero y de manera más influyente articuló en el plano del derecho penal sexual una representación performativa del consentimiento (*performative view*), según la cual este consiste en un acto provisto de fuerza ilocucionaria y que se lleva a cabo en un marco convencional.⁶¹ Siguiendo la estela de Feinberg,⁶² defiende entonces que consentir es una forma de comportarse. Por supuesto, en tanto comunicación no estaría circunscrito a la emisión de unas determinadas palabras, sino que abriría sus posibilidades expresivas a gestos, conductas o silencios que en el contexto circunstancial en el que surgen o se aprecian significarían la autorización o el permiso a realizar algo, transformando las relaciones morales o legales entre los implicados.⁶³

Entronizar una dimensión comunicativa como estructurante del consentimiento no supone, con todo, despojar de cualquier relevancia a los estados mentales, por una parte, ni exigir una genuina y completa imbricación informativa entre los intervinientes, por la otra. Reparar en el proyecto de perfilamiento del consentimiento más ambicioso que pueda reconocerse en la tradición angloamericana puede ser especialmente útil para esclarecer ambos extremos. Tom Dougherty, un converso que primero defendió una perspectiva subjetivista en clave actitudinal⁶⁴ y que muy pronto la abandonó para abrazar tesis performativas, ha emprendido un colosal programa de perfilamiento sobre el consentimiento en los planos moral y jurídico,

⁶⁰ FRAISSE (2017), p. 17: “*Le consentement est un act intime, mais jamais solitaire. Il implique un rapport, mouvement de dire «oui» à autrui, ou de se dire «oui», ensemble*”.

⁶¹ MCGREGOR (2007), p. 116, 125 y ss., siguiendo aquí la clasificación propuesta por Austin. Justamente su consideración estrictamente convencional será puesta en duda en DOUGHERTY (2024a, en prensa y que generosamente me ha permitido revisar), pp. 131 y ss.

⁶² FEINBERG (1986), pp. 172 y ss. Junto a Jules Coleman, Joel Feinberg fue el supervisor doctoral de McGregor y sin duda su obra influyó decididamente en la de ella. A su turno, es obvio que su concepción está a su vez influida por KLEINING (1982), pp. 93 y ss.

⁶³ MCGREGOR (2007), p. 128. Destacando que no debe caricaturizarse la posición performativa reduciéndola a expresiones verbales o desprovistas de contextualización, WERTHEIMER (2013), pp. 146 y ss., 152 y ss., ofreciendo su clásico análisis basado en casos hipotéticos, DOUGHERTY (2015), pp. 228 y ss. y SCHULHOFER (2023), p. 62 y ss., entre muchos que defienden esta aproximación.

⁶⁴ Así en DOUGHERTY (2013), pp. 734 y s. Crítico en DOUGHERTY (2019a), pp. 389 y ss.

con especial atención a su ontología y alcance,⁶⁵ sus condiciones de validez y su operatividad,⁶⁶ así como también a sus funciones.⁶⁷

En cuanto al valor que quepa asignar a los estados mentales involucrados, en líneas generales se defiende que su pura consideración no basta para configurar un genuino consentimiento, y de allí la diferencia crucial con las posiciones revisadas en el apartado anterior, pero tanto quienes defienden tesis estrictamente performativas como quienes respaldan posiciones híbridas les atribuyen relevancia.⁶⁸ la comunicación justamente expresaría estados mentales.⁶⁹

Conviene aquí advertir que suele distinguirse entre posiciones puramente comunicativas y posiciones híbridas, en términos que estas últimas requerirían tanto un estado mental como una expresión concordante para dar lugar al consentimiento, mientras que las primeras solo exigirían el elemento comunicativo.⁷⁰ En esos términos, en realidad una tesis híbrida es una variante performativa.

⁶⁵ La amplísima colección de textos que sobre esto publicó desde 2013 terminó cuajando, en alguna medida, en DOUGHERTY (2021a), donde disecciona tres planos analíticos (actitudinal, comunicativo y probatorio bajo un deber de información, que operan combinadamente: pp. 24 y ss., 54 y ss., 102 y ss.). Este libro no supuso el fin de sus reflexiones en este plano, pues algunos artículos posteriores siguen girando, aunque tangencialmente, en estos márgenes: así, DOUGHERTY (2022), pp. 393 y ss. y DOUGHERTY (2024b), pp. 9 y ss.

⁶⁶ Aquí sus intereses se materializaron también en otros artículos, publicados a partir de 2021, aunque con múltiples antecedentes. En líneas generales, este trabajo se concreta en DOUGHERTY (2024a), libro en el que desarrolla una noción escalar o gradualista del consentimiento y de su posible erosión coercitiva.

⁶⁷ DOUGHERTY (2021b), pp. 319 y ss., en relación con una variedad de efectos posibles.

⁶⁸ Un caso límite es el que representa Victor Tadros. En su defensa de una concepción performativa del consentimiento postula que es una acción, por cierto, pero que está completa ya con el intento de comunicarse (*"consent is an act that requires an attempt to communicate"*): TADROS (2016), pp. 205 y ss. Bajo esa premisa, él mismo reconoce que la frontera con las tesis mentales o actitudinales puede ser muy difusa (p. 207), y lo muestra para el caso de quien cree que puede comunicarse telepáticamente (p. 209). Vuelve sobre esto en TADROS (2022), pp. 432 y ss., y no puede sino reconocerse que su posición es consistente con la vaguedad que le atribuye a la noción de consentimiento y que aconsejaría no considerarlo la pieza central de la regulación en el plano de los delitos sexuales: TADROS (2006), pp. 515 y ss. Para una crítica del consentimiento como un (puro) intento de comunicación, DOUGHERTY (2019b), pp. 409 y ss., 422 y s. Así, entonces, la diferencia entre posiciones actitudinales y performativas recae en si se requiere o no comunicación: DOUGHERTY (2015), pp. 230 y ss.

⁶⁹ Esto parece obvio, por lo demás. Por todos, WERTHEIMER (2013), pp. 147 y ss., ARCHARD (2018), pp. 176 y s. Muy sintético, GREEN (2020), p. 28. Esto va además perfectamente en línea con la representación más amplia de un consentimiento válido, al modo expuesto por WESTEN (2016), p. 179. Clarificando que una versión performativa requiere también la intención de consentir, MCGREGOR (2007), pp. 125 y ss., 131.

⁷⁰ La imagen clásica de la tripartición en WERTHEIMER (2013), pp. 144 y ss. Aunque en un comienzo defendió que una tesis performativa podía prescindir de una dimensión intencional, ahora defiende que un consentimiento válido la requiere. Para una combinación de ambas dimensiones, interna y externa, bajo la lógica de una transacción consensual (*consent transaction* escalonado en tres niveles), GRUBER (2016), pp. 421 y ss.

Más precisamente, y en los términos propuestos por Dougherty, el consentimiento involucraría una expresión de voluntad⁷¹ referida al comportamiento de otra persona, y podría operar tanto como una directiva cuanto como un permiso.⁷² Sea bajo una u otra modalidad estaría conceptualmente desacoplado del deseo del otorgante -pudiéndose consentir en una práctica no querida-⁷³ y podría por lo demás expresarse no solo a través de fórmulas teñidas de sentido convencional, abriéndose espacio a una comunicación cargada de inferencias idiosincráticas.⁷⁴

De otra parte, y aunque en este extremo se aprecia una intensa controversia, para materializarse no exigiría la conformación de un específico estado mental en el receptor⁷⁵ que sea perfectamente coincidente con el contenido proposicional de un específico estado mental del otorgante. Descartado como un oxímoron un consentimiento privado, la comunicación que fluye del entrelazamiento de los intervinientes puede no corresponderse cabalmente con sus estados mentales. Por lo demás, si se acepta que pueden reconocerse supuestos de engaños no invalidantes del consentimiento, entonces esta conclusión es inexorable.⁷⁶

En líneas generales, las tesis performativas han sido mayoritariamente acogidas en el marco de la literatura de raigambre continental. Esto es sobre todo visible en la obra de quienes con más ahínco han explorado en Alemania y España los cambios legislativos de los últimos años, pero también en la de quienes han explorado desde una perspectiva más amplia este punto.⁷⁷

⁷¹ Expresión que debe ser deliberada: DOUGHERTY (2024a), pp. 113 y ss. Problemas referidos a un eventual consentimiento omisivo y a posibles ambigüedades en PALLIKKATHAYIL (2019), pp. 2 y ss., así como otros asociados a un hipotético consentimiento puramente negligente en BOLINGER (2019), p. 192.

⁷² DOUGHERTY (2024a), pp. 118 y ss., 123 y ss. Entiende que el consentimiento se enmarca en una estructura de justificación interpersonal, según el derrotero trazado por Scanlon (pp. 103 y ss.)

⁷³ Por todos, GREEN (2020), pp. 30 y ss., BARON (2018), pp. 430 y ss. y GRUBER (2016), p. 423. De allí lo desafortunada de la fórmula popularizada por Schulhofer (*Unwanted sex* como indicativo de aquello a prohibir).

⁷⁴ DOUGHERTY (2024a), pp. 131 y ss., rechazando un *just convention principle*: el consentimiento puede articularse pragmáticamente (p. 133), lo que da lugar a un *default just convention principle*. Esta modificación seguirá variando, dando lugar a otros principios: *simple evidence principle* (pp. 135 y ss.) y *actual reliable evidence principle* (pp. 138 y ss.), para decantar finalmente en un *due diligence principle* (pp. 144 y ss.).

⁷⁵ Los intervinientes en una interacción sexual fungen recíprocamente como otorgante y receptor del consentimiento: CHADHA (2020), pp. 624 y ss., rechazando el argumento metafísico propuesto por Gardner.

⁷⁶ La idea de que todo engaño invalida el consentimiento, defendida con claridad por HERRING (2002), pp. 193 y ss. y DOUGHERTY (2013), pp. 717 y ss., 727 y ss. en el plano angloamericano y por VAVRA (2018), pp. 613 y ss. en el alemán, debe rechazarse. Entre muchos, buenas razones pueden verse en LIBERTO (2017), pp. 127 y ss., y una síntesis en COCA (2023), pp. 442 y s. Un tratamiento espléndido de un supuesto de *stealththing* -a partir de la STS 603/2024- puede apreciarse en el trabajo dialogante de una verdadera pléyade penal española: GILI (2024), pp. 463 y ss., COCA (2024), pp. 478 y ss., CASTELLVÍ (2024), pp. 488 y ss. y VALVERDE-CANO (2024), pp., 501 y ss., apuntando tanto consideraciones sobre la resolución del tribunal como relativas a las vías por las que se arriba a ella.

⁷⁷ Entre las primeras, puede verse HÖRNLE (2018b), pp. 238 y ss. y VAVRA (2020), pp. 127 y ss. para Alemania, y, entre muchos, FARALDO (2021), pp. 276 y ss. y RAMOS (2023), pp. 238 y ss. para España. Entre los segundos, MAÑALICH (2009), pp. 104 y ss., calificando de implausible que un puro estado mental sea capaz de anular situacionalmente la norma. Desde una perspectiva de la protección de la vida privada

4. El modelo de las legislaciones

La contraposición entre concepciones actitudinales y performativas no ha estado restringida a disputas doctrinarias circunscritas a salones universitarios. Como se adelantó, en los últimos años se han sucedido múltiples reformas en el derecho penal sexual de los países que integran nuestro horizonte de referencia, y justamente en ellas se han materializado estas distintas opciones. Así, puede sostenerse correctamente que algunos ordenamientos consagran visiones actitudinales del consentimiento y otros, en cambio, visiones performativas o comunicativas. Con más precisión: las descripciones de supuestos de hecho cuya verificación habilita para la imposición de penas integran, bajo los modelos del consentimiento, ora referencias a una concepción actitudinal, ora a una concepción performativa. Empero, trazar una distinción clara entre unas y otras descripciones es considerablemente más arduo de lo que pudiera creerse.

Entre las legislaciones de la tradición continental el modelo español representa un caso paradigmático de tipificación basado en una concepción comunicativa del consentimiento. En el artículo 178 del Código Penal se consagra sin ambages un modelo del consentimiento afirmativo según el cual éste solo se entenderá concurrente cuando “se haya manifestado [...] mediante actos que [...] expresen de manera clara la voluntad de la persona”.⁷⁸ Asumiendo también un modelo performativo pero ceñido a su vertiente negativa, en el parágrafo 177 (1) del StGB alemán se consagra asimismo una exigencia comunicativa. En sus términos, la hipótesis básica allí contenida determina la punibilidad de las acciones sexuales realizadas “contra la voluntad reconocible” de la otra persona.⁷⁹

Que se aluda tanto a la voluntad como a su reconocibilidad, en un mismo nivel, lleva a Hörnle a entender que éste sería, tal vez, el único modelo regulativo genuinamente

destaca muy nítidamente la tesis comunicativa y gradualista del consentimiento defendida en ÁLVAREZ (2021), pp. 119 y ss., 125 y ss. Esta posición performativa es, también, defendida en ROXIN y GRECO (2020), § 13, nm. 106 y 106a en el contexto del tratamiento de los casos de engaño. El análisis más amplio de esos casos, asumiendo en definitiva que la de consentimiento no es una noción técnica, en KEßLER (2022), pp. 15 y ss.

⁷⁸ Esta variante del “solo sí es sí” no debe caricaturizarse como una exigencia de la formulación lingüística de un “sí”. Justamente el que se aluda a que se manifieste mediante actos descarta la reducción a palabras como vías de expresión. Así, RAMÓN y FARALDO (2023), pp. 82 y ss., en disputa con ÁLVAREZ GARCÍA (2022), pp. 4 y ss. En la misma línea, DEL MORAL (2023), pp. 115 y ss. Es mérito de parte de la doctrina española destacar que el artículo 178 no entrega una definición de consentimiento sexual, sino que impone un requisito para que determine la atipicidad de un acto sexual: CASTELLVÍ (2024b), pp. 495 y ss.

⁷⁹ La primera parte de la disposición reza así: “*Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*”. Para la historia de la tramitación legislativa puede verse el informe de la comisión de reforma (*Abschlussbericht der Reforkommission zum Sexualstrafrecht-2017*, pp. 37 y ss., 293 y ss. y 1016 y ss. para la opinión de la profesora Hörnle). El texto se aparta de la regla del artículo 36 (1) de la Convención de Estambul y no apunta simplemente a una actuación no consentida (*nicht einverständlich*), precisamente en atención a la distinción germana entre *Einwilligung* y *Einverständnis*: HÖRNLE (2023a), pp. 146 y ss.: la estructura del *Nein heißt Nein* que ilumina la figura de *sexual Übergriff* no queda bien representada con fórmulas como *nicht einverständlich* u *ohne Einwilligung*.

híbrido, pues abarcaría en su núcleo y con gravitación equivalente tanto una perspectiva actitudinal como una performativa.⁸⁰ Por mi parte, entiendo que una estructura tal da cuenta de una variante performativa, bajo la consideración de que las vertientes híbridas, en definitiva, lo son.

La nueva regulación belga, adoptada en 2022 y objeto de críticas por su indeterminación, favorece también una interpretación en clave comunicativa.⁸¹ Más incierta es, a mi juicio, la forma en que debe comprenderse la regulación sueca, dado que a un núcleo actitudinal se agrega inmediatamente una fórmula performativa complementaria como vía interpretativa.⁸²

En el otro extremo, en el Reino Unido la regulación vigente desde 2003 descarta referencias a factores comunicativos y define al consentimiento como una aceptación por elección u opción:⁸³ aunque la regla es ambigua, tiende a entenderse en clave actitudinal.⁸⁴ Con todo, en el amplio contexto angloamericano es la regulación estadounidense la más interesante de revisar. Lo es no solo porque allí es donde con más ahínco se ha discutido sobre el consentimiento sexual, sino que principalmente porque los delitos sexuales no representan crímenes federales,⁸⁵ y por tanto las trepidantes modificaciones legislativas estatales ofrecen un generoso abanico de testeo.⁸⁶ A falta de un criterio único, y pese a una cierta dispersión, es evidente que la gran mayoría de los estados ha optado por un modelo comunicativo del consentimiento, e incluso entre aquellos pocos que en principio siguen

⁸⁰ Así, HÖRNLE (2023b), p. 243.

⁸¹ Puede verse, aquí: ALIÉ (2022), 80 y ss., 85 y ss. y HENRION (2022), pp. 15 y ss. Para una contextualización del papel del consentimiento, ofreciendo un vistazo global a la reforma, VANDERMEERSCH (2023), pp. 9 y ss.

⁸² Como puede apreciarse en el artículo 1, del Capítulo 6, del Código Penal. Tal vez parte de la ambigüedad obedezca a que la propuesta inicial de la comisión se decantaba por un modelo comunicativo, y el gobierno finalmente optó por uno primariamente actitudinal: LERNSTEDT y KAGRELL (2023), pp. 163 y ss., 174 y s. Aunque defienden un modelo preferentemente mental, lo cierto es que la regla legal sugiere acudir a parámetros comunicativos para verificar si la interacción es o no consentida.

⁸³ Artículo 74 de la Sexual Offences Act de 2003, sosteniendo que “*a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*”, lo que debe ponerse en contacto con la definición de violación como supuesto de penetración “no consentida” del artículo 1 (1) (b).

⁸⁴ Puntos opacos pueden verse en HERRING (2023), pp. 126 y s. y antes en el influyente TEMKIN y ASHWORTH (2004), pp. 332 y ss., lo que se agudiza teniendo a la vista las presunciones de los artículos 75 y 76. Incluso desde antes de la entrada en vigor de la ley los tribunales ya aceptaban una configuración actitudinal: *Regina v. MacFall* (1994) y *Regina v. Malone* (1998), apartándose de *Regina v. Morgan* (1976). Con todo, también se la ha interpretado en el marco de un modelo comunicativo: LACEY *et al.* (2012), pp. 476 y ss., 510 y ss. Por lo demás, y contra lo que pudiera asumirse en un primer vistazo, la regulación canadiense, que sirvió de inspiración a la de Inglaterra y Gales, calza mejor con una concepción comunicativa del consentimiento: artículo 273.1 (1) del Código Penal.

⁸⁵ En el contexto militar sí hay regulación federal: U.S. Code, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47, Subchapter X, § 920, artículo 120 g (A), (B) y (C). Fuera de ese ámbito, también existe legislación federal para casos concretos en determinados territorios: U.S. Code, Title 18, Part I, Chapter 109A, § 2241 y ss. (§ 2242 (3) para el abuso sexual no consentido).

⁸⁶ Un panorama global de las reformas legales en CARINGELLA (2009), pp. 12 y ss.

parámetros preponderantemente actitudinales es posible reconocer una ineludible dimensión comunicativa, sea al definirlo o al delimitar su aplicación.⁸⁷

Si bien no tiene fuerza legal, el Model Penal Code ha jugado un rol fundamental en el escenario regulativo de Estados Unidos. Los últimos borradores aprobados por el American Law Institute en 2021 y 2022, referidos al consentimiento en el § 213, refuerzan un marcado compromiso con las posiciones performativas, pese a que puedan también rastrearse elementos actitudinales.⁸⁸

5. La situación doméstica

Es sabido que la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal chileno está anclada en un modelo en que si bien la ausencia de consentimiento es un factor crucial de la tipicidad, no es empero estrictamente determinante. Puede decirse, así, que representa una condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad objetiva, en la medida en que se requiere para esta que la falta de consentimiento válido cuaje en alguna de las modalidades comisivas descritas en los artículos 361 y 363 del Código Penal.⁸⁹ Tímidamente, con todo, se han venido incorporando disposiciones que explicitan una cierta apertura a la consagración de alguna variante de un modelo del consentimiento. Por desgracia, se trata de innovaciones aisladas que no parecen responder a una reflexión común que permita articularlas sistemáticamente.

Aquí quisiera destacar, muy brevemente y en primer término, las modificaciones introducidas por la Ley 21.153, de 3.5.2019,⁹⁰ originalmente orientada a combatir el acoso

⁸⁷ Es el caso de Iowa y Nevada, pero también el de New York y Nebraska. Un escenario amplio puede verse en SCHULHOFER (2023), pp. 55 y ss.

⁸⁸ Artículo 213.0 (2) (e), tomando en cuenta no solo (i), sino también (ii) y (iv). Así, si bien en (i) se lo asocia a algún elemento mental (“[Consent] means a person’s willingness to engage in a specific act...”), en (ii) se expresa “consent may be express or it may be inferred from behavior -both action and inaction- in the context of all circumstances”, al tiempo que en (iv), luego de tratar cuestiones asociadas a la competencia para consentir en (iii), se indica que “a clear verbal refusal -such as ‘No’, ‘Stop’, or ‘Don’t’- establishes the lack of consent or the revocation or withdrawal of previous consent”. El American Law Institute acordó el Model Penal Law en 1962, y durante los últimos años (desde 2012) ha venido articulando reflexiones referidas al artículo 213, que regula los delitos sexuales. Esas reflexiones han dado lugar a seis borradores (*tentative drafts* de 2014, 2016, 2017, 2020, 2021 y 2022), cuyos memorándums han estado a cargo de Stephen J. Schulhofer como *Reporter* y de Erin Murphy como *Associate Reporter*, salvo en el *Tentative Draft 6*, en que esta última no participó. En ellos se analizan cuestiones referidas tanto a las definiciones y descripciones típicas adoptadas, como consideraciones procedimentales y vinculadas a reglas de evidencia, así como, en fin, a consecuencias colaterales.

⁸⁹ La descripción dominante del modelo regulativo en RODRÍGUEZ (2022a), pp. 190 y ss., 225 y ss., 264 y ss. Una explicación en COX (2023b), pp. 531 y ss. Esta es la situación típica para el caso de interacciones con mayores de 14 años. Respecto de los menores impúberes, en cambio, se asume que a su respecto nunca concurre un consentimiento válido y las interacciones sexuales con ellos son siempre punibles, sin requerirse la afirmación de algún modo comisivo (más allá de lo dispuesto en la Ley 20.084).

⁹⁰ En el origen de su tramitación se reconocen dos mociones parlamentarias, cada una de las cuales agrupaba a parlamentarios representantes de un amplio espectro político (boletines 7.606-07, de 27.4.2011, y 9.936-07, de 18.3.2015). Ambas mociones fueron luego refundidas y tramitadas conjuntamente, tal como se indica en el Oficio N°12.251, de 23.12.2015, de la Cámara de Diputados. También se le atribuye una connotación rupturista en este plano en SANTIBÁÑEZ (2020), pp. 424 y ss.

sexual callejero. Al fragor de la discusión parlamentaria terminó dibujándose un escenario dual en que algunos casos de acoso sin contacto corporal quedaron descritos como una falta en el nuevo artículo 494 ter del Código Penal, precisamente bajo el rótulo de acoso sexual, y otros supuestos, en los que media tal contacto, se incluyeron como una nueva hipótesis típica de los abusos sexuales del artículo 366 del Código Penal.⁹¹ En uno y otro caso las descripciones de los supuestos de hecho apuntan explícitamente a la ausencia de consentimiento de la víctima.

Así, el nuevo inciso final del artículo 366 del Código Penal dispone como medio comisivo de los abusos sexuales el “...empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima...”.⁹² El acoso sexual constitutivo de falta bajo el artículo 494 ter del Código Penal supone la realización de un acto de significación sexual en lugares públicos o de libre acceso público capaz de provocar unos ciertos efectos, ejecutado “...sin mediar el consentimiento de la víctima...”. Durante la tramitación legislativa se alcanzó a aprobar en general por la Cámara de Diputados un nuevo artículo 366 sexies, que describía la realización de una acción sexual con contacto corporal ejecutada “contra la voluntad” de una persona (Historia de la Ley, pp. 78 y ss.), lo que ya se había descartado en el Segundo Informe de Comisión Especial (Historia de la Ley, p. 124).

Como se ve, la referencia legal a la falta de consentimiento de la víctima no permite identificar un compromiso regulativo con alguna noción de consentimiento, actitudinal o performativa, pues está desprovista de cualquier contexto explicativo que favorezca una u otra concepción. Y así, y más allá de las críticas que puedan formularse a estas modificaciones -y muy especialmente al nuevo inciso tercero del artículo 366 del Código Penal, alcanzando incluso dudas razonables respecto de si incorpora o no una variante de modelo del consentimiento-⁹³ lo cierto es que la pregunta por el modo en el que se lo comprende legalmente sigue abierta.

⁹¹ Esto operó agregándose un nuevo inciso final al artículo 366, que rompió con la construcción simétrica vigente desde 1999, según la cual los medios comisivos de los abusos sexuales contra púberes podían ser únicamente los de la violación (artículo 366, inciso primero, en relación con el artículo 361) o los del estupro (artículo 366, inciso segundo, en relación con el artículo 363). La nueva hipótesis es distinta de las contenidas en esas disposiciones y solo es pertinente respecto de los abusos del artículo 366 del Código Penal.

⁹² Las relaciones entre la actuación sorpresiva y la puramente sin consentimiento no están plenamente esclarecidas. Una descripción de variados problemas, ofreciéndose también posibles soluciones, en MAYER y VERA (2023), pp. 62 y ss. Lo que fuera, en mi opinión la actuación sorpresiva podía anteriormente subsumirse en la hipótesis de aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponerse (del artículo 361 N°2 del Código Penal), como por ejemplo sostuvo Santibáñez durante la tramitación del proyecto de ley (Historia de la Ley, pp. 42 y ss., 107 y ss.). Para una interpretación amplia de la incapacidad de oponerse, entre otros, OXMAN (2015), pp. 96 y ss., SANTIBÁÑEZ (2020), pp. 426 y ss., MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 196 y ss., y ESCOBAR (2023), pp. 178 y ss. En general, esta posición es consistente con la defensa de un modelo del consentimiento.

⁹³ Desde un punto de vista sistemático, la ubicación de esta nueva variante de abusos sexuales determina que no sea aplicable a los abusos calificados del artículo 365 bis ni sea tampoco pertinente la modalidad comisiva respecto de conductas constitutivas de penetración genital. Su posición determina, de paso, que ya no quepa argüir en favor de una modalidad sorpresiva como materialización de una incapacidad de oposición en los términos del artículo 361 N°2 del Código Penal. Conceptualmente representa además una solución cuando

Un caso sintomático de aproximación legislativa irreflexiva es visible en la Ley 21.197, de 3.2.2020, que modifica la Ley 19.712. El nuevo artículo 40 P de esta regula las funciones y atribuciones del Comité Nacional de Arbitraje Deportivo, que incluye conocer las solicitudes de revisión presentadas ante resoluciones de tribunales de honor y otras comisiones de ética. Entre los casos susceptibles de pronunciamiento están los referidos a procedimientos por discriminación, maltrato, acoso y abuso sexual. Estos últimos se describen (artículo 40 P N°5, c y d) en términos de interacciones “no consentidas”. Pero respecto del supuesto de abuso sexual se agrega “en los términos establecidos en los artículos 366 y 366 bis del Código Penal”, que, como se sabe, precisamente exigen que la falta de consentimiento adopte una fisonomía específica para afirmar la tipicidad (para los púberes).

También merece la atención el Proyecto de nuevo Código Penal sometido a tramitación legislativa en el Congreso Nacional,⁹⁴ que dispone una en cierto punto paradójica apertura al reconocimiento de la falta de consentimiento como factor determinante de la descripción legal de los delitos sexuales. En efecto, en el artículo 215⁹⁵ se establece el delito de atentado sexual, consistente en realizar una acción sexual con otra persona o hacerla tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo, obrando “contra la voluntad” de quien la padece.⁹⁶ El modo en el que se lo incluye en el sistema de los delitos del título genera incertidumbre y cabría esperar una mejor integración con el resto de los supuestos sometidos

menos curiosa, si se repara en que la ausencia de consentimiento tendría como correlato penológico una menor desvaloración que los restantes casos de ausencia de consentimiento válido reunidos en los artículos 361 y 363, con proyección homogénea en los abusos sexuales del artículo 366. Sobre todo esto, muy brevemente, RODRÍGUEZ (2022b), pp. 123 y s. y COX (2023b), pp. 536 y s. Por lo demás, tal como luego desarrollaron extensamente MAYER y VERA (2023), pp. 69 y ss., es controvertido que la alusión a “otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima”, como hipótesis alternativa al “empleo de sorpresa”, dé cuenta de una pura ausencia de consentimiento como condición necesaria y suficiente de tipicidad objetiva.

⁹⁴ Se inició la discusión y votación en particular del proyecto, contenido en el boletín 14.795-07, en primer trámite constitucional y con urgencia simple, en la sesión 172 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, de 13.3.2024. La Comisión acordó, en 2023, que la tramitación se concentre primero en el análisis de la parte general, siguiendo estrictamente la secuencia del articulado.

⁹⁵ Los delitos contra la integridad sexual están regulados en el Título III del Libro II del Proyecto. En lo nuclear, las figuras típicas se distribuyen en tres párrafos: § 1. Atentados sexuales (artículos 215 a 219), § 2. Atentados sexuales contra niños, niñas o adolescentes (artículos 220 a 227), y § 3. Molestia sexual (artículos 228 a 229). El artículo 215 inicia así la regulación de los atentados sexuales, que incluye también al abuso sexual (artículo 216), al abuso sexual mediante penetración no genital (artículo 217), a la violación (artículo 218) y variantes imprudentes de cualquiera de los hechos subsumibles en el párrafo (atentado sexual imprudente, artículo 219). Estas disposiciones deben ponerse en relación con el artículo 40 N°1, que entrega una definición de acción sexual.

⁹⁶ Se trata de una disposición inédita, que no cuenta con respaldo en el Proyecto de nuevo Código Penal presentado a tramitación legislativa en 2014 (boletín 9274-07) ni en el Anteproyecto de 2015. Su origen tampoco está en el trabajo de la comisión técnica que entregó al Ministerio de Justicia un Anteproyecto en 2018 y debe rastrearse, en cambio, en sede ejecutiva.

a prohibición,⁹⁷ pero indudablemente aporta luces sobre la adopción de un modelo del consentimiento. La luminosidad, empero, deja al descubierto algunos puntos problemáticos.

En efecto, los dos extremos de la fórmula proyectada -“contra” y “voluntad”- entrañan intensos desafíos interpretativos. En cuanto a lo primero, con buen sentido la literatura nacional ha comprendido que los comportamientos prohibidos en el plano de los delitos sexuales implican actuaciones no consentidas, sin que sea necesario que se actúe contra la voluntad o el consentimiento de la víctima. Ello es por lo demás obligado si se repara en que alguna de las modalidades comisivas supone que la víctima se halle privada de sentido.⁹⁸

Configurar como base de un modelo del consentimiento una hipótesis de actuación contra la voluntad de la víctima y no contemplar correlativamente supuestos de puro silencio o paralización de esta, o de alcoholización parcial, por ejemplo, es altamente problemático. Entre otras cosas, porque deja fuera del espectro penal precisamente buena parte de los casos que han alimentado la demanda social por reformas. Este fue, por cierto, un riesgo que enfrentó e intentó sortear la modificación alemana de 2016.⁹⁹

De otra parte, la referencia a la voluntad sugiere un cierto compromiso con las tesis actitudinales, en desmedro de las performativas, que precisamente requieren que ese estado mental intencional sea comunicado. Y es que aunque está abierta a lo externo, como el deseo,¹⁰⁰ la voluntad da primaria cuenta de un registro interno de la personalidad que puede o no transmitirse, en buena medida debido al ejercicio de un dominio sobre sí.¹⁰¹ Justamente

⁹⁷ Pues no parece bien lograda la graduación propia de un sistema escalonado de infracciones. En efecto, el delito de atentado sexual está llamado a operar como figura residual respecto de los abusos sexuales y la violación, delitos que requieren la concurrencia de las circunstancias comisivas plasmadas en el artículo 216, que por desgracia reúnen indiferenciadamente hipótesis coactivas y abusivas. Y así, entonces, una penetración genital (artículo 217) que concurriendo alguna circunstancia descrita en el artículo 216 daría lugar a una violación será subsumible, no obstante, en el supuesto del atentado sexual del artículo 215 de no concurrir. Pero ni tendrá el rótulo de violación, lo que parece muy inadecuado culturalmente -COX (2019), pp. 307 y ss., 317 y ss.- ni llevará aparejada una pena consistente con el desvalor del acto: no cabe ni mucho menos apreciar continuidad penológica entre la libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años de los atentados y la prisión de 6 a 12 años de la violación. El riesgo de banalización regulativa en un plano tan sensible como este debe evitarse a toda costa, lo que por supuesto también aconseja una revisión del § 3 sobre molestia sexual. Este desalentador panorama puede favorecer otra interpretación posible, también descorazonadora: el atentado sexual no cubriría hipótesis de penetración genital, que por tanto no serían punibles sin la afirmación de medios comisivos determinados y se centraría por tanto en acciones sexuales de menor entidad.

⁹⁸ Por todos, RODRÍGUEZ (2022a), pp. 190 y ss., alertando que es incorrecto describir el modelo vigente como uno que exige una actuación “contra la voluntad” de la víctima.

⁹⁹ Lo que exige poner en relación el § 177 (1) StGB con el (2).

¹⁰⁰ Las conexiones que quiepa predicar entre el deseo y la voluntad han sido objeto de una muy intensa discusión, por cierto. Cuánto de animalidad y cuánto de cultura se entremezclan en sus deslindes fija una tensión permanente que se aprecia incluso en el lenguaje: mientras el *Begierde* alemán está predominantemente anclado en el apetito animal, el *désir* francés está indefectiblemente teñido de humanización social, lo que de seguro ha influido en la recepción francesa, a partir de Kojève e Hyppolite, del Hegel de la Fenomenología.

¹⁰¹ Aquí, crucial, FOUCAULT (2014b), pp. 85 y ss., en su análisis de la *enkrateia* griega. El control sobre el deseo y el placer marcan así una nota distintiva de una cierta ética del cuidado que ha determinado la discusión francesa del último siglo. Una nota amplia sobre los términos del debate en BUTLER (2012), pp. 105 y ss. Para una consideración del deseo sexual como acto intencional, NUSSBAUM (2009), pp. 81 y ss.

la reforma alemana acompañó la referencia a la voluntad con una exigencia de reconocibilidad, que ratifica el talante comunicativo de la opción legislativa¹⁰² y a la vez enfrenta los inconvenientes que supone requerir típicamente una actuación contraria a un estado mental eventualmente no expresado ni perceptible.

Situada fuera del ámbito jurídico-penal, la regulación sobre acoso sexual, violencia y discriminación de género en el plano de la educación superior contenida en la Ley 21.369, de 15.9.2021,¹⁰³ merece aquí siquiera un mínimo comentario. La propuesta inicial pivotaba sobre la consideración del acoso sexual como expresivo de un comportamiento “no consentido”, que tardíamente mutó en la fórmula finalmente acogida en el texto, que apunta a conductas “no deseada[s] o no consentida[s]”.¹⁰⁴ La referencia al carácter no deseado alerta muy intensamente sobre una connotación actitudinal y marca, de paso, un alejamiento de la tradición regulativa nacional. El carácter no punitivo de las reglas, así como el escenario formativo en el que se despliegan, favorecen por cierto esa estrategia. Con todo, y como muestra la evolución estadounidense, debe prestarse mucha atención a esta normativa -y a la estrictamente universitaria- pues se extiende sobre un universo muy amplio de intervinientes y tiende a tener un fuerte influjo en la legislación penal.¹⁰⁵

Conclusiones, o el peso de las funciones

El auge de los modelos del consentimiento y el rol casi hegemónico que éste comienza a exhibir tanto en la discusión teórica como en los códigos penales de nuestro horizonte de referencia obedecen en buena medida a la función que se espera que despliegue: debe operar como un dispositivo demarcador de los derechos y obligaciones que nos debemos recíprocamente en el plano sexual. En efecto, incorporada su ausencia en la descripción del

¹⁰² HÖRNLE (2015), p. 326, propuso una redacción en términos de voluntad declarada, pero terminó imponiéndose, en mi opinión con buen sentido, la más amplia fórmula de que sea reconocible (*erkennbar*), pues así se descarta una configuración estrictamente lingüística de la comunicación.

¹⁰³ La tramitación legislativa refleja variados impulsos de legisladores de muy distinto signo, que presentaron diversas mociones (contenidas en los boletines 11.750-04, de 29.5.2018, 11.797-04, de 12.6.2018, y 11.845-04, de 3.7.2018), que terminaron refundiéndose a petición de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, en la sesión de 21.8.2018.

¹⁰⁴ Conforme al proyecto contenido en el boletín 11.750-04 (artículo 2°). En los otros boletines se describía las conductas de acoso sexual y de violencia como referidas a actuaciones “en la posición de poder o superioridad” (artículos 2° y 4° de los boletines 11.797-04 y 11.845-04). El texto aprobado reúne y equipara fenómenos de acoso, violencia y discriminación, echando por la borda las distinciones que se han ido perfilando en la literatura: crítico, FERNÁNDEZ (2022), pp. 7 y ss. La inclusión de la referencia a actos “no deseados” se produjo en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, luego que se aprobara por unanimidad una indicación de la diputada Vallejo en ese sentido (sesión 78ª, de 28.10.2020; la diputada Fernández había presentado una indicación similar: Historia de la Ley, pp. 149 y s.). Esas indicaciones surgieron en el marco de aportaciones formuladas por expertas, entre las que destacaron Yanira Zúñiga, Ana Luisa Muñoz, Carmen Andrade y Raquel Flores, quien recomendó modificar la noción de acoso para que capte un espectro amplio de conductas no deseadas (Historia de la Ley, pp. 135 y ss.).

¹⁰⁵ Por todos, TUERKHEIMER (2015), pp. 1 y ss., HILGERT (2016), pp. 868 y ss.

supuesto de hecho, pasa a integrar un artefacto deontológico¹⁰⁶ que ofrece razones externas para la evitación de la realización de abordajes sexuales no consentidos. En esos términos, delimita el campo de las acciones jurídico-penalmente prohibidas y, correlativamente, reafirma el amplio margen de comportamientos legítimos: esto es, resuelve institucionalmente la tensión entre la libertad de exclusión y la libertad de realización sexual, bajo la consideración de la lesión de la primera como habilitante de la imputación penal y la protección de la segunda como una genuina libertad civil.

Por supuesto, el ejercicio de la libertad de exclusión es también materialización de la autonomía personal, y su menoscabo abre las puertas a su descripción como injusto penal. El modo en el que sexo -en relación con la libertad de expresión, la privacidad y los comportamientos que materializan su despliegue- se ha convertido en una libertad civil en Estados Unidos, con el impresionante apoyo de la American Civil Liberties Union, está muy bien documentado por Wheeler.¹⁰⁷ Como es obvio, no se trata solo de una distribución de autonomía operada legislativamente, sino que se asienta en un anclaje constitucional.¹⁰⁸

Si la presencia y ausencia de consentimiento válido son los pilares sobre los que pivota la delimitación recíproca de las posiciones jurídicas que ostentamos en nuestras relaciones con otras personas no parece plausible dejar entregada su configuración a puros estados mentales no expresados. Esto es, los derechos y deberes que delimitan la fisonomía de nuestra autonomía y por tanto nuestra manera de desplegarlos legítimamente en el mundo no debieran descansar en un solipsismo sexual,¹⁰⁹ dejándonos a merced de la interioridad ajena: la función directiva de las normas de comportamiento, legitimada por su efecto protector de bienes jurídicos mediado por su seguimiento, no puede depender sin más de las voliciones estrictamente privadas de los ciudadanos. La consiguiente imposición y ejecución de penas habilitadas por la norma de sanción para el caso de verificarse una infracción al deber de abstenerse de emprender interacciones sexuales no consentidas refuerza esta posición. Un consentimiento privado es, desde esta perspectiva, un oxímoron.

¹⁰⁶ Sigo aquí la finísima reconstrucción ofrecida en MAÑALICH (2024a), pp. 35 y ss. para volver sobre la distinción entre una concepción expresiva (pp. 39 y ss.) y una hilética (pp. 50 y ss.), exponiendo unas sólidas bases para una consideración artefactualista de las normas de comportamiento (pp. 59 y ss.). Esa aproximación luego se explaya en MAÑALICH (2024b), dando cuenta de su caracterización como entidades (pp. 165 y ss.) abstractas (pp. 209 y ss.) que brindan razones artificiales (e impersonales: pp. 237 y ss.) para la acción (pp. 227 y ss.).

¹⁰⁷ WHEELER (2013), pp. 39 y ss., 93 y ss., 179 y ss.

¹⁰⁸ Un extenso análisis constitucional en STONE (2017), pp. 73 y ss. para sus orígenes en los padres fundadores, pp. 263 y ss. para la concepción judicial de la libertad de expresión asociada al sexo, pp. 351 y ss. para la libertad reproductiva y pp. 443 y ss. para la aplicación judicial de las cuestiones asociadas a la orientación sexual.

¹⁰⁹ En un plano parcialmente complementario, para dos posibilidades de solipsismo sexual (consideración de una cosa como equivalente de una persona y consideración de una persona como cosa), LANGTON (2013), pp. 311 y ss.

De otra parte, el empleo de la ausencia de consentimiento como criterio de tipicidad pasa por atribuirle una función de verificación del compromiso interpersonal de reconocimiento de genuina autonomía sexual que nos debemos recíprocamente. La ejecución de una acción sexual que involucra a otra persona sin su consentimiento representa, sin más, un desconocimiento de su estatus de agente autónomo, esto es, no sujeto a dominación ajena.¹¹⁰ Ese menoscabo, que representa el fundamento material del castigo, requiere algún estándar de verificación distinguible del puro estado mental privado: nuevamente, no parece posible afirmar un juicio de negación de agencia por desconocimiento de otredad puramente con base en consideraciones internas de un *alter*.¹¹¹

Por supuesto, si lo que nos debemos es el reconocimiento recíproco de autonomía, entonces tampoco es adecuado extender la exigencia comunicativa hasta los niveles que una amplia literatura influenciada por la obra de Pineau y O'Neill propone.¹¹² En efecto, requerir cuando menos que se exteriorice la voluntad personal para afirmar un consentimiento capaz de influir en nuestras posiciones jurídicas no implica exigir una cooperación persistente preocupada de que el *partenaire* sexual alcance sus fines, como estas autoras sugieren. Promover en cada relación sexual la satisfacción del deseo propio y el de aquellos con quienes se interactúa puede llegar a ser un objetivo moralmente valioso, pero no el umbral del castigo penal por un crimen con justa razón considerado atroz. Las legislaciones tienden a prohibir las relaciones no consentidas, y no las no queridas o indeseadas.¹¹³ Su objetivo es, así, fundamental pero modesto.

En fin, si se sigue el devenir regulativo que se ha tenido a la vista y se consagra legislativamente un modelo del consentimiento, un diseño idóneo para establecer las bases de un igual reconocimiento de autonomía sexual debiera erigirse sobre una concepción performativa del consentimiento. Desechado el extremo de una visión actitudinal pueden responderse algunas de las preguntas planteadas al iniciar este trabajo, pero otras no. Para lograrlo debe indagarse en las condiciones a satisfacer para considerar la comunicación como válida en tanto expresión de autonomía sexual, lo que en alguna medida supone elaborar una concepción siquiera parcialmente robusta de consentimiento. Un primer paso en esa línea se da aquí, rechazando la entronización de los estados mentales como ejes regulativos,

¹¹⁰ Sobre esto, COX (2019), pp. 317 y ss. Antes, MAÑALICH (2014), pp. 35 y ss., 39 y ss.

¹¹¹ El acoplamiento intersubjetivo de la libertad personal en aras a la configuración de un *nosotros*, en HONNETH (2014), pp. 131 y ss.

¹¹² A estas alturas las ya célebres PINEAU (1989), pp. 217 y ss. y 233 y ss. y O'NEILL (1985), pp. 252 y ss. Tal vez quien con más ahínco ha defendido estas posiciones en el plano jurídico ha sido Silvina Álvarez. En sus por lo demás refinadísimos trabajos defiende una concepción comunicativa del consentimiento, que lo supone como un ejercicio que incluye una preocupación por el otro, en términos de requerir la adopción de un genuino interés por las expectativas, deseos e intenciones de quien funge como pareja sexual: ÁLVAREZ (2021), pp. 133 y ss., ÁLVAREZ (2023), pp. 358 y ss., siguiendo a Pineau y, parcialmente, a Gardner.

¹¹³ Muy clara, DEMPSEY (2023), p. 22.

COX LEIXELARD, Juan Pablo: “Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual. Deseo, voluntad y consentimiento”.

desacoplando así al deseo del consentimiento y sugiriendo un anclaje comunicativo. Sobre ese presupuesto deben intentarse otros pasos y así avanzar.

Referencias bibliográficas

- ACALE, María y FARALDO, Patricia (2018): “Presentación”, en: FARALDO, Patricia y ACALE, María (Dir.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 11-29.
- ALEXANDER, Larry (2014): “The Ontology of Consent”, en: *Analytic Philosophy* (Vol. 55, núm. 1), pp. 102-113.
- ALEXANDER, Larry (1996): “The Moral Magic of Consent (II)”, en: *Legal Theory* (Vol. 2), pp. 165-174.
- ALEXANDER, Larry, HURD, Heidi y WESTEN, Peter (2016): “Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty”, en: *Law & Philosophy* (Vol. 35), pp. 655-661.
- ALIÉ, Maryse (2022): *La notion de consentement dans le nouveau code pénal sexuel: fil d’Ariane ou future pierre d’achoppement?*, en: RIZZO, Anthony (Dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel* (Bruxelles, Larcier), pp. 79-108.
- ÁLVAREZ, Silvina (2023): “La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Vol. 47), pp. 349-380.
- ÁLVAREZ, Silvina (2021): *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* (Madrid, Marcial Pons).
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2022): “La libertad sexual en peligro”, en: *Diario La Ley* (Núm. 10.007, 10.2.2022).
- ARCHARD, David (2018): “Sexual Consent”, en: MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (Eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (New York, Routledge), pp. 174-184.
- AQUINO, Tomás de (1994): *Suma de teología* (Trad. Luciano Gómez Becerro, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos), tomo IV, parte II-II).
- BARON, Marcia (2018): “Sexual Consent, Reasonable Mistakes, and the Case of Anna Stubblefield”, en: *Ohio State Journal of Criminal Law* (Vol. 15), pp. 429-449.
- BASCUÑÁN, Antonio (2013): “La inconsistencia del derecho penal sexual moderno”, en: MAÑALICH, Juan Pablo (Ed.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, LOM), pp. 405-433.
- BERGELSON, Vera (2023): “Sex and Sensibility. The Meaning of Sexual Consent”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 33-52.
- BERGELSON, Vera (2014): “The Meaning of Consent”, en: *Ohio State Journal of Criminal Law* (Vol. 12), pp. 171-180.
- BOLINGER, Renée Jorgensen (2019): “Moral Risk and Communicating Consent”, en: *Philosophy and Public Affairs* (Vol. 47, núm. 2), pp. 179-207.
- BRUNDAGE, James (1990): *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe* (Chicago, The University of Chicago Press).
- BUTLER, Judith (2012): *Sujetos del deseo. Reflexiones hegelianas en la Francia del siglo XX* (Trad. Elena Luján, Buenos Aires, Amorrortu).
- CARINGELLA, Susan (2009): *Addressing Rape Reform in Law and Practice* (New York, Columbia University Press).
- CASTELLVÍ, Carlos (2024): “Engaño, consentimiento y acceso carnal”, en *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* (4.2024), pp. 488-500.

- CASTELLVÍ, Carlos (2024b): “¿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”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Vol. LXXVII), pp. 481-518.
- CHADHA, Karamvir (2020): “Sexual Consent and Having Sex Together”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 40, núm. 3), pp. 619-644.
- CHRISTELLE, Maxence (2023): *Le consentement* (Paris, Que sais-je? Presses Universitaires de France).
- COCA, Ivó (2024): “Stealththing: ¿violación o agresión sexual?”, en *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* (4.2024), pp. 478-487.
- COCA, Ivó (2023): “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en: *InDret* (Vol. 3-2023), pp. 430-466.
- COSSMAN, Brenda (2021): *The New Sex Wars: Sexual Harm in the #MeToo Era* (New York, New York University Press).
- COX, Juan Pablo (2025a, en prensa): “Homosexuality as an Anomaly. The History of its Criminal Prosecution in Switzerland and Chile in Comparative Perspective”, en: COLLIN, Peter y CASAGRANDE, Agustín (Eds.), *Law and Diversity* (Frankfurt am Main, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory), Vol. 2.
- COX, Juan Pablo (2025b, en prensa): “Dimensiones jurídico-penales de una concepción comunicativa y gradualista del consentimiento”, en: *Anuario Filosofía Jurídica y Social* (Vol. 40).
- COX, Juan Pablo (2023a), “Variaciones sobre lo protegido en el delito de violación”, en: CARNEVALI, Raúl (Ed.), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder* (Santiago, Tirant lo Blanch), pp. 863-876.
- COX, Juan Pablo (2023b), “Los medios comisivos en el derecho penal sexual chileno. Una esquematización de los engranajes regulativos del sistema”, en: OLIVER, Guillermo, MAYER, Laura y VERA, Jaime (Eds.), *Un derecho penal centrado en la persona. Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 531-548.
- COX, Juan Pablo (2019), “El *nomen iuris* ‘violación’ como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 25, núm. 3), pp. 307-332.
- COX, Juan Pablo (2018): “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 13, núm. 26), pp. 657-681.
- COX, Juan Pablo (2016): “La posesión de pornografía infanto-juvenil bajo el moderno derecho penal sexual”, en: SCHROEDER, Friedrich-Christian, ECKSTEIN, Ken y FALCONE, Andrés (Coords.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de derecho penal, partes general y especial, y de derecho procesal penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 343-370.
- CRAWFORD, Katherine (2007): *European Sexualities, 1400-1800* (New York, Cambridge University Press).
- CUERDA, María Luisa (2018): “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado”, en: FARALDO, Patricia y ACALE, María (Dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 103-132.
- DABHOIWALA, Faramerz (2012): *The Origins of Sex. A History of the First Sexual Revolution* (New York, Oxford University Press).
- DE LA BOÉTIE, Étienne (2018): *Discours de la servitude volontaire* (Paris, Alicia Éditions).

- DEL MORAL, Antonio (2023): “Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales”, en: AGUSTINA, José (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), pp. 107-121.
- DEMPSEY, Michelle Madden (2023): The Normative Force of Consent in Moral, Political, and Legal Perspective, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective (Oxford, Oxford University Press), pp. 11-31.
- DOUGHERTY, Tom (2024a, en prensa): Consent under Duress.
- DOUGHERTY, Tom (2024b): “Paradoxical Proposals and Consent”, en: Oxford Studies in Normative Ethics (Vol. 13), pp. 9-30.
- DOUGHERTY, Tom (2022): “Social Constrains on Sexual Consent”, en: Politics, Philosophy & Economics (Vol. 21, núm. 4), pp. 393-414.
- DOUGHERTY, Tom (2021a): The Scope of Consent (Oxford, Oxford University Press).
- DOUGHERTY, Tom (2021b): “Why Does Duress Undermine Consent?”, en: Noûs (Vol. 55), pp. 317-333.
- DOUGHERTY, Tom (2019a): “Consent, Communication, and Abandonment”, en: Law & Philosophy (Vol. 38), pp. 387-405.
- DOUGHERTY, Tom (2019b): “On Wrongs and Crimes: Does Consent Requires Only an Attempt to Communicate?”, en: Criminal Law and Philosophy (Vol. 13), pp. 409-423.
- DOUGHERTY, Tom (2015): “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en: Philosophy & Public Affairs (Vol. 43), pp. 224-253.
- DOUGHERTY, Tom (2013): “Sex, Lies, and Consent”, en: Ethics (Vol. 123, núm. 4), pp. 717-744.
- DSOUZA, Mark (2022): “False Beliefs and Consent to Sex”, en: Modern Law Review (Vol. 85, núm. 5), pp. 1191-1217.
- DSOUZA, Mark (2021): “The Power to Consent and the Criminal Law”, en: University College of London Research Papers Series (Núm. 4), pp. 1-27.
- DSOUZA, Mark (2014): “Undermining *prima facie* Consent in the Criminal Law”, en: Law and Philosophy (Vol. 33, núm. 4), pp. 489-524.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luís (2016): “Fundamental Legal Concepts: the Hohfeldian Framework”, en: Philosophical Compass (Vol. 11, núm. 10), pp. 554-569.
- ESCOBAR, Javier (2023): “Abuso sexual cometido en un centro médico: sobre los contornos de la circunstancia comisiva de ‘incapacidad para oponerse’ y su relación con el delito de abuso sexual por sorpresa”, en: Revista de Ciencias Penales (Vol. XLVIII, núm. 2), pp. 171-194.
- FARALDO, Patricia (2021): “‘Solo sí es sí’: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, en: BOE Reformas penales en la península ibérica: A ‘jangada de pedra’?”, pp. 265-279.
- FEINBERG, Joel (1986): Harm to Self (New York, Oxford University Press).
- FERNÁNDEZ, José Ángel (2022): “Los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación: una tensión entre feminismo y bienestarismo”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 49, núm. 1), pp. 1-25.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter v. (1847): Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts (Giessen, George Fridrich Heyer’s Verlag).
- FOUCAULT, Michel (2014a): Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir (Paris, Gallimard).
- FOUCAULT, Michel (2014b): Histoire de la sexualité, II. L’usage des plaisirs (Paris, Gallimard).
- FOUCAULT, Michel (2014c): Histoire de la sexualité, III. Le souci de soi (Paris, Gallimard).
- FOUCAULT, Michel (2018): Histoire de la sexualité, IV. Les aveux de la chair (Paris, Gallimard).

- FRAISSE, Geneviève (2017): *Du consentement. Suivi d'un épilogue inédit: Et le refus de consentir?* (Paris, Éditions du Seuil).
- GARDNER, John (2018): “The Opposite of Rape”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 38, núm. 1), pp. 48-70.
- GARDNER, John (2017): “Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape”, en: *The Denning Law Journal* (Vol. 29), pp. 3-16.
- GARDNER, Simon (1996): “Appreciating Olugboja”, en: *Legal Studies* (vol. 16, núm. 3), pp. 275-297.
- GILI, Antoni (2024): “Stealththing y legalidad penal”, en *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* (4.2024), pp. 463-477.
- GREEN, Stuart P. (2020): *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- GROSS, Frédéric (2019): *Désobéir* (Paris, Flammarion).
- GRUBER, Aya (2016): “Consent Confusion”, en: *Cardozo Law Review* (Vol. 38), pp. 415-548.
- HENRION, Thomas (2022): “Le viol et l’atteinte à l’intégrité sexuelle”, en: COLSON, Pauline (Coord.), *Actualités en matière de droit pénal sexuel* (Limal, Anthemis), pp. 7-39.
- HERRING, Jonathan (2023): “The Sexual Offences Act 2003, England and Wales”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 116-139.
- HOHFELD, Wesley Newcomb (1913): “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, en: *The Yale Law Journal* (Vol. 23, núm. 1), pp. 16-59.
- HONNETH, Axel (2014): *Freedom’s Right. The Social Foundations of Democratic Life*. (Cambridge, Polity Press).
- HÖRNLE, Tatjana (2023a): “The New German Law on Sexual Assault”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 141-162.
- HÖRNLE, Tatjana (2023b): “A Comparison of Sexual Assault Laws and Some Advice for Law Reform”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 237-272.
- HÖRNLE, Tatjana (2021): “Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory”, en: *German Law Journal* (Vol. 22), pp. 833-846.
- HÖRNLE, Tatjana (2019): “Sexueller Übergriff (§ 177 Abs. 1 StGB) bei aktiven Handeln von Geschädigten?”, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (Vol. 8), pp. 439-442.
- HÖRNLE, Tatjana (2018a): “#MeToo Implications for Criminal Law?”, en: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* (Vol. 6, núm. 2), pp. 115-135.
- HÖRNLE, Tatjana (2018b): “Rape as Non-consensual Sex”, en: MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (Eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (New York, Routledge), pp. 235-246.
- HÖRNLE, Tatjana (2015): “Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte”, en: *Goldtdammer’s Archiv für Strafrecht* (Vol. 162), pp. 313-328.
- HÖRNLE, Tatjana (1999-2000): “Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, en: *Buffalo Criminal Law Review* (Vol. 3), pp. 639-685.
- HURD, Heidi (2018): “The Normative Force of Consent”, en: MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (Eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (New York, Routledge), pp. 44-54.
- HURD, Heidi, (1996): “The Moral Magic of Consent”, en: *Legal Theory* (Vol. 2), pp. 121-146.

- HUSAK, Douglas y THOMAS III, George C. (2001): “Rape Without Rapists: Consent and Reasonable Mistake”, en: *Philosophical Issues* (Vol. 11), pp. 86-117.
- IACUB, Marcela (2009): *Le crime était presque sexual. Une Histoire juridique du viol (XIXe-XXe siècles)* (Paris, Flammarion).
- KEMPE, Astrid (2018): *Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention* (Berlin, Duncker & Humblot).
- KEßLER, Sebastian (2022): *Sexuelle Täuschungen. Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht* (Berlin, Duncker & Humblot).
- KLEINIG, John (2009): “The Nature of Consent”, en: MÜLLER, Andreas y SCHABER, Peter (Eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* (New York, Routledge), pp. 3-24.
- KLEINIG, John (1982): “The Ethics of Consent”, en: *Canadian Journal of Philosophy* (Vol. 12, núm. 1), pp. 91-118.
- KÖLBEL, Ralf (2021): “‘Progressive’ Criminalization? A Sociological and Criminological Analysis Base on German ‘No Means No’ Provision”, en: *German Law Journal* (Vol. 2), pp. 817-832.
- LACEY, Nicola, WELLS, Celia y QUICK, Oliver (2012): *Reconstructing Criminal Law*, 4ta. edición (Cambridge, Cambridge University Press).
- LANGTON, Rae (2017): *Sexual Solipsism. Philosophical Essays on Pornography and Objectification* (New York, Oxford University Press).
- LARRAURI, Elena (2021): “Una agenda feminista (para la criminología)”, en: *Jueces para la Democracia* (Vol. 101-julio), pp. 5-20.
- LE GOAZIOU, Véronique (2019): *Viol. Que fait la justice?* (Paris, SciencesPo Presses).
- LE MAGUERESSE, Catherine (2021a): *Les pièges du consentement. Pour une redéfinition pénale du consentement sexual* (Paris, Éditions iXe).
- LE MAGUERESSE, Catherine (2021b): “De la centralité du consentement”, en: *Les Cahiers de la Justice* (Núm. 4), pp. 613-623.
- LERNSTEDT, Claes y KAGRELL, Marie (2023): “The Swedish Move Towards (In)voluntariness”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 163-184.
- LIBERTO, Hallie (2017): “Intention and Sexual Consent”, en: *Philosophical Explorations* (Vol. 20, núm. S2), pp. 127-141.
- MACKINNON, Catharine (2016): “Rape Redefined”, en: *Harvard Law & Policy Review* (Vol. 10), pp. 431-477.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2024a): “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos”, en: *Discusiones* (Vol. 32, núm. 1), pp. 27-77.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2024b): “La concepción artefactualista de las normas de comportamiento: una réplica a Arriagada, Rodríguez y Godinho”, en: *Discusiones* (Vol. 32, núm. 1), pp. 163-246.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019): “*Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal”, en: FLORES, Allen y ROMERO, Anthony (Dirs.), *Tendencias actuales del derecho penal* (Lima, Idemsa), pp. 35-49.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 20, núm. 2), pp. 21-70.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos).

- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2021): Manual de Derecho Penal, parte especial, 4ta. edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MAYER, Laura y VERA, Jaime (2023): “Límites del abuso sexual por sorpresa como tipo penal residual”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 60), pp. 61-86.
- McGREGOR, Joan (2007): *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women’s Consent Seriously* (Hampshire, Ashgate).
- McGREGOR, Joan (1994): “Rape, Consent, and the Reasonable Women”, en: COLEMAN, Jules y BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm’s Way: Essays in Honor of Joel Feinberg* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 231-253.
- MONA, Martino (2017): *Die Einwilligung im Strafrecht* (Berna).
- MUNRO, Vanessa (2008): “Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy”, en: *Akron Law Review* (Vol. 41, núm. 4), pp. 923-956.
- NUSSBAUM, Martha (2009): *The Therapy of Desire. Theory and Practice in Hellenistic Ethics* (Princeton, Princeton University Press).
- O’NEILL, Onora (1985): “Between Consenting Adults”, en: *Philosophy & Public Affairs* (Vol. 14, núm. 3), pp. 252-277.
- OXMAN, Nicolás (2015): “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales”, en: *Polít. Crim.* (Vol. 10, núm. 19), pp. 92-118.
- PALLIKATHAYIL, Japa (2019): “Consent to Sexual Interactions”, en: *Politics, Philosophy & Economics* (Vol. XX, núm. X), pp. 1-21.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2023): “Reflexiones sobre los delitos sexuales y su reforma”, en: AGUSTINA, José (Coord.), *Comentarios a la ley del ‘solo sí es sí’. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducidas por la LO 10/2022, de 6 de septiembre* (Barcelona, Atelier), pp. 63-77.
- PINEAU, Lois (1989): “Date Rape: A Feminist Analysis”, en: *Law and Philosophy* (Vol. 8, núm. 2), pp. 217-243.
- RAMOS, Eduardo y FARALDO, Patricia (2023): “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, en: AGUSTINA, José (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), pp. 79-94.
- RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio (2023): Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley del “solo sí es sí”, en: *TeoDer* (Vol. 34), pp. 230-255.
- RENZIKOWSKI, Joachim (2021): Dreizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, en VOLKER, Erb y SCHÄFER, Jürgen (Eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ta. edición (München, C.H. Beck), Tomo III.
- RODRÍGUEZ, Luis (2022a): *Delitos sexuales*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Luis (2022b): “Delitos contra la indemnidad sexual”, en: RODRÍGUEZ, Luis (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial* (Santiago, Tirant lo Blanch), tomo II, pp. 79-210.
- ROXIN, Claus (2003), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas Madrid), tomo I.
- ROXIN, Claus y GRECO, Luis (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ta edición (München, C.H. Beck), Tomo I.

- SANTIBÁÑEZ, María Elena (2020): “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de *lege ferenda*”, en: MAYER, Laura y VARGAS, Tatiana (Coords.), *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 403-447.
- SCHULHOFER, Stephen (2023): “What Does ‘Consent’ Mean?”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 53-71.
- SCHULHOFER, Stephen (1998): *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- SMART, Carol (1992): “The Woman of Legal Discourse”, en: *Social & Legal Studies* (Vol. 1, núm. 1), pp. 29-44.
- SOMMERS, Roseanna (2020): “Commonsense Consent”, en: *The Yale Law Journal* (Vol. 129), pp. 2232-2324.
- SRINIVASAN, Amia (2021): *The right to sex* (London, Bloomsbury Publishing).
- STONE, Geoffrey R. (2017): *Sex and the Constitution. Sex, Religion, and Law from American’s Origins to the Twenty-First Century* (New York, Liveright Publishing Corporation).
- TADROS, Victor (2022): “Beyond the Scope of Consent”, en: *Philosophy & Public Affairs* (Vol. 50, núm. 4), pp. 430-466.
- TADROS, Victor (2016): *Wrongs and Crimes* (Oxford, Oxford University Press).
- TADROS, Victor (2006): “Rape Without Consent”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 26, núm. 3), pp. 515-543.
- TEMKIN, Jennifer y ASHWORTH, Andrew (2004): “The Sexual Offences Act 2003. (1) Rape, Sexual Assaults, and the Problem of Consent”, en: *Criminal Law Review* (Vol. 1), pp. 328-346.
- TUERKHEIMER, Deborah (2015): “Rape On and Off Campus”, en: *Emory Law Journal* (Vol. 65, núm. 1), pp. 1-45.
- VALENTINER, Dana Sophia (2021): “The Human Right to Sexual Autonomy”, en: *German Law Journal* (Vol. 22), pp. 703-717.
- VALVERDE-CANO, Ana Belén (2024), en *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* (4.2024), pp. 501-513.
- VANDERMEERSCH, Damien (2023): “Le contexte et les enjeux de la réforme”, en: BAYET, Thierry y COLETTE-BASECQZ, Nathalie (Coords.), *Droit pénal sexual. Nouvelles dispositions et approche pratique des acteurs de terrain* (Limal, Anthemis), pp. 9-50.
- VANDERVORT, Lucinda (2013): “Sexual Consent as Voluntary Agreement: Tales of ‘Seduction’ or Questions of Law”, en: *New Criminal Law Review: an International and Interdisciplinary Journal* (Vol. 16, núm. 1), pp. 143-201.
- VANDERVORT, Lucinda (2012): “Affirmative Sexual Consent in Canadian Law, Jurisprudence, and Legal Theory”, en: *Columbia Journal of Gender & Law* (Vol. 23, núm. 2), pp. 395-442.
- VAVRA, Rita (2020): *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen* (Baden-Baden, Nomos).
- VAVRA, Rita (2018): “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, en: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (Vol. 12), pp. 611-618.
- WEGERSTAD, Linnea y ANDERSSON, Ulrika (2024): “The Only Path to Justice: The Criminal Legal System and Defamation Judgments Related to #MeToo in Sweden”, en: *Feminist Legal Studies* (Vol. 32), pp. 231-252.

COX LEIXELARD, Juan Pablo: “Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual. Deseo, voluntad y consentimiento”.

- WEGERSTAD, Linnea (2021): “Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden”, en: *German Law Review* (Vol. 22), pp. 734-752.
- WERTHEIMER, Alan (2013): *Consent to Sexual Relations*, 2ª edición (New York, Cambridge University Press).
- WESTEN, Peter (2016): *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Law* (London/New York, Routledge).
- WHEELER, Leigh Ann (2013): *How Sex Become a Civil Liberty* (New York, Oxford University Press).
- WIESNER-HANKS, Merry (2010): *Christianity and Sexuality in the Early Modern World. Regulating Desire, Reforming Practice* (New York, Routledge).