



El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual

(Sexual consent in the Spanish Criminal Code: shadows of its political and legal construction through the Law on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 13, ISSUE S1 (2023), S318–S346: EMPIRICAL RESEARCH WITH JUDICIAL OFFICERS AND COURTS: METHODS AND PRACTICES

DOI LINK: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1799>

RECEIVED 13 JUNE 2023, ACCEPTED 21 SEPTEMBER 2023, FIRST-ONLINE PUBLISHED 13 NOVEMBER 2023, VERSION OF RECORD PUBLISHED 20 DECEMBER 2023

ITZIAR ALTUZARRA ALONSO* 

Resumen

La reciente reestructuración de la regulación española en materia de delitos sexuales a través de la conocida como ley *solo sí es sí* ha derivado en la redefinición de las agresiones sexuales (entre ellas, la violación), que ahora se basan únicamente en la falta de consentimiento (abandonando la exigencia de concurrencia de violencia o intimidación). La presente investigación socio-jurídica pone en cuestión esta reforma penal desde un marco eminentemente feminista. En concreto, el objetivo principal es estudiar las potencialidades y limitaciones del elemento jurídico del consentimiento sexual para responder a las experiencias vividas por las mujeres y sus formas de performar el género en la sexualidad. Recurriendo a las investigaciones del feminismo y el feminismo jurídico del siglo pasado que dismantelaron la política sexual del heteropatriarcado blanco, así como apoyándome en los enfoques feministas actuales relativos al consentimiento, expongo las sombras, las indefiniciones y las arraigadas presuposiciones que subyacen la construcción político-jurídica de este manido concepto. Para ello, utilizo principalmente el método de análisis crítico de políticas de Carol Bacchi

El presente artículo no se corresponde estrictamente pero sí tiene su origen y mantiene una correlación importante con el Trabajo de Fin de Máster *Problematising sexual consent in Spanish rape law: gender norms and the manifestation of sexual will*, elaborado en el marco del Máster Internacional de Sociología Jurídica del Instituto de Oñati, máster oficial de Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Dicho proyecto de investigación fue galardonado con el Premio Manolo Calvo 2022. Todavía hoy me siento profundamente agradecida a las profesoras Hildur Fjóra Antonsdóttir y Daniela Heim, quienes fueron las supervisoras de aquel trabajo.

* Itziar Altuzarra es investigadora predoctoral en el Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Correo electrónico: itziar.altuzarra@ehu.eus

con el fin de explorar el discurso de la política criminal española que rodea esta modificación penal. En mi investigación examino los documentos preparatorios de la enmienda legislativa, así como determinados debates orales celebrados en el Congreso de los Diputados y en la Comisión de Igualdad. Los principales hallazgos muestran cómo esta política contradice y colisiona frontalmente con muchas contribuciones fundacionales de la teoría feminista en materia de violencia sexual. Sin embargo, apoyándose en discursos históricos más amplios de derechos humanos y derecho internacional y aludiendo repetidamente al movimiento feminista, así como debido a la funcionalidad de la noción moderna de consentimiento en un sistema neoliberal, esta reforma legislativa goza de un alto nivel de aceptación.

Palabras clave

Violencia sexual; violencia contra las mujeres; derecho penal; feminismo jurídico; agresiones sexuales; consentimiento sexual

Abstract

The recent restructuring of the Spanish regulation on sexual offences has resulted in the redefinition of sexual aggressions (including rape), which are now exclusively based on the lack of consent (abandoning the requirement of the concurrence of violence or intimidation). This socio-legal research calls this criminal reform into question from a eminently feminist framework. Specifically, the main objective is to study the potentialities and constraints of the legal element of sexual consent to meet women's lived experiences and their ways of performing gender in sexuality. Drawing on the works of feminism and legal feminism of the last century that dismantled heteropatriarchal sexual politics, as well as relying on current feminist approaches to consent, I expose the shadows, grey areas, and deep-rooted assumptions that underlie the political-legal construction of this hackneyed concept. To do so, I primarily use Carol Bacchi's method of critical policy analysis in order to explore the Spanish criminal policy discourse concerning this penal modification. In my research I examine the preparatory works of the legislative amendment as well as selected oral debates held in the Congress of Deputies and in the Equality Commission. The main findings show how this policy contradicts and collides head-on with many foundational contributions of feminist theory in relation to sexual violence. Nonetheless, relying on broader historical discourses of human rights and international law, repeatedly alluding to the feminist social movement, as well as due to the functionality of the modern notion of consent in a neoliberal system, this legislative reform enjoys high level of acceptance.

Key words

Sexual violence; violence against women; criminal law; legal feminism; sexual aggressions; sexual consent

Table of contents

1. La constante reformulación de los delitos sexuales, el reiterado fracaso del derecho penal.....	S321
2. Recuperando marcos teóricos pasados desde la óptica actual	S325
2.1. Actuales y divergentes enfoques feministas sobre el consentimiento sexual	S328
3. Arrojar luz exponiendo las sombras: Problematicación de la construcción político-jurídica del consentimiento sexual en la Ley Integral de Libertad Sexual.....	S329
3.1. La herramienta analítica de Bacchi: el método “¿Cuál es el problema representado?”	S329
3.2. Observaciones principales: construyendo a través del discurso.....	S330
4. Reflexiones: más allá de lo legal, más allá de lo sexual	S338
Referencias	S341
Documentos jurídicos y políticos	S345

1. La constante reformulación de los delitos sexuales, el reiterado fracaso del derecho penal

La constante reformulación de los delitos sexuales¹ pone de manifiesto, entre otras cosas, el reiterado fracaso del sistema de justicia penal y de los mecanismos institucionales tradicionales para eliminar las formas de violencia sexual patriarcal. Igualmente, el derecho actual no ha servido para desmontar las categorías de género que, de hecho, este mismo sistema reproduce y perpetúa (Heim 2010, pp. 186–187). En este sentido, en las últimas décadas en un gran número de ordenamientos jurídicos occidentales el delito de violación – siendo una de las formas de agresión sexual más discutidas – ha sido objeto de numerosas modificaciones legislativas que no han derivado en una regulación que atienda satisfactoriamente a las diferentes operaciones violentas y abusivas que las corrientes feministas entienden como violación. Además, se puede afirmar que el insólito aumento de la concienciación social internacional en torno a la violencia sexual en los últimos cincuenta años se ha traducido en determinados cambios en las vidas de algunas mujeres² que, sin embargo, no han evitado que estas continúen soportando las injusticias y opresiones del sistema de terror sexual.

En lo que respecta al actual contexto jurídico y político europeo, el marco proporcionado por el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (o Convenio de Estambul) que se abrió a firma en 2011 impulsa una política supranacional en las jurisdicciones europeas encaminada hacia una regulación cuyo eje principal sea el consentimiento sexual (Artículo 36).³ Esta reforma se ha promulgado en países como Suecia (2018), Grecia (2019) y Dinamarca (2020), mientras que otras legislaciones nacionales han elaborado proyectos de ley para la futura implementación de esta modificación legislativa.⁴ Más concretamente, en la regulación española la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* (en adelante LO 10/2022 o ley *solo sí es sí*), que entró en vigor el 7 de octubre de 2022, también ordenó la reinterpretación del consentimiento sexual como piedra angular y criterio principal a tener en cuenta, lo que ha derivado en la reestructuración de los delitos sexuales. Además de estos compromisos legales internacionales, la introducción de la nueva ley española también responde a factores intraestatales. En términos muy generales, estos últimos se corresponden con las demandas sociales que tuvieron lugar en España a raíz del notorio caso *La Manada*: masas de mujeres tomaron las calles para

¹ Esta sistemática reconfiguración de los mencionados delitos se trata de un fenómeno internacional que de forma relativamente reciente y en la actualidad se enfoca desde la tutela de ideales como la *autonomía sexual* y la *libertad sexual*. Para un sucinto repaso de la regulación internacional y española de los delitos sexuales, y en concreto el delito de violación, desde el Código penal de 1822, véase Altuzarra 2020.

² Las experiencias de las mujeres son distintas y en muchos casos opuestas, por lo que no se puede afirmar que exista una experiencia común de la feminidad, ni de la sexualidad femenina (Smart 1990, p. 194). De hecho, lo cierto es que la imposición de la sexualidad heteropatriarcal se entrecruza con otras relaciones de poder - como las de raza y las de clase, por ejemplo - y, por tanto, la violencia se ejerce sobre las mujeres de diferentes maneras en función de las operaciones de poder que intervengan (hooks 1981/2020, Hill Collins y Bilge 2016/2019). En esta línea, la presunta protección que el derecho ofrece a unas y otras también varía.

³ Además, la noción legal europea de consentimiento también había sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Por ejemplo, en el asunto *MC v Bulgaria*, demanda N°39272/98, Sección Primera del TEDH, 4 de diciembre de 2003.

⁴ En contraposición, existen otros países como Polonia y Turquía que ratificaron el instrumento legal pero no han implementado esta modificación; el primero de ellos solo ratificó el acuerdo internacional parcialmente y el segundo lo abandonó.

denunciar el carácter patriarcal del sistema jurídico – “¡Basta ya con la justicia patriarcal!” – y protestar contra la configuración legal de los delitos sexuales de aquel momento – “¡No es abuso, es violación!” –, lo que expuso la enorme distancia que existía entre la concepción social y la noción jurídica de lo que constituía una violación. Tanto el caos judicial como la inconformidad social recolocaron la cuestión del consentimiento en la agenda feminista y aceleraron el proceso político hacia una redefinición de las agresiones sexuales (incluida la violación) que giró en torno a este elemento.

A pesar de que el consentimiento sexual ya se tenía en cuenta en los procesos penales españoles, la regulación inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LO 10/2022 contemplaba dos delitos distintos para aludir a los actos de naturaleza sexual que se producían sin consentimiento.⁵ Por un lado, desde la modificación de 2010⁶ se consideraba *abuso sexual no consentido*⁷ cuando la persona atacada (1) se halla privada de sentido o (2) tiene un trastorno mental del que se abusa, así como cuando el acto se comete (3) anulando la voluntad de una persona mediante el uso de sustancias o (4) prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta. Por otro, en la regulación previa a la conocida como ley *solo sí es sí* únicamente se entendía que existía agresión sexual cuando concurría violencia o intimidación (en los ya derogados Artículos 178 y 179).⁸ En esta superada regulación penal, la ausencia de consentimiento se incluía explícitamente en el primer tipo penal y estaba implícita en el segundo, ya que se sobrentendía que si existe violencia o intimidación no hay consentimiento. Por tanto, la ausencia de consentimiento era necesaria pero no suficiente para la consideración de agresión sexual y, por tanto, tampoco para la concurrencia de violación (Faraldo 2022, pp. 65–66). No obstante, con motivo de la modificación legal que introduce la LO 10/2022, “cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”⁹ se comienza a identificar como agresión sexual (Artículo 178 CP). Al no exigir violencia o intimidación, se elimina la diferenciación entre el abuso sexual y agresión sexual y este último desaparece del texto penal. En consecuencia, tampoco se distingue entre abuso sexual con penetración y violación –que es una forma de agresión sexual–, sino que toda penetración no consentida se empieza a considerar formal y legalmente violación: la existencia del delito de violación antes dependía de la presencia de violencia o intimidación y ahora este tipo penal descansa sobre la ausencia de

⁵ Actos que atenten “contra la libertad sexual de otra persona” en el caso de las agresiones sexuales y “actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona” en el artículo de los abusos sexuales (Artículos 178 y 181 CP derogados).

⁶ Esta reforma penal –actualmente derogada– relativa a los supuestos que constituyen abuso sexual fue incorporada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal cuya novedad respecto a la regulación previa de 1999 consiste en que introduce en el Artículo 181 la sumisión química proactiva como conducta típica relativa al abuso sexual.

⁷ En cuanto a la redacción literal del precepto en el Código Penal, cabría preguntarse aquí si la fórmula “abuso sexual no consentido” es la más idónea, pues cuesta pensar en la existencia de un abuso sexual que sí es consentido, ya que cualquier conducta “consentida” no supondría abuso sexual.

⁸ Para profundizar en las particularidades de esta regulación pasada, y concretamente en las zonas grises entre abuso y agresión sexual, así como en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales relativos a la “violencia”, la “intimidación” y el “prevalimiento” y los límites entre los dos últimos desde un ángulo eminentemente legal, véase Altuzarra 2020.

⁹ De forma similar a la nota 9, esta expresión no parece la más adecuada y podría llevar a confusión ya que un ataque a la libertad sexual nunca puede ser consentido, pues si lo es no constituiría un ataque a la libertad sexual.

consentimiento sexual. Además, esta transición legal hacia el modelo del consentimiento ha introducido una definición afirmativa de inspiración europea¹⁰ en el Código Penal español:

Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. (Artículo 178.1 CP)

A pesar de la trascendencia de esta modificación, la rebaja de penas producida a consecuencia –a todas luces inesperada– de la falta de criterio jurisprudencial unánime en torno a la aplicación del Artículo 2.2 del CP¹¹ en relación a la mencionada LO 10/2022¹² fue instrumentalizada por una confluencia de intereses políticos antifeministas y electoralistas que una vez más desempolvaron el viejo discurso del populismo punitivo.¹³ En consecuencia, el debate público relativo a las penas de privación de libertad eclipsó el resto de la ley hasta el punto de que el 29 de abril de 2023, tras menos de siete meses de aplicabilidad de la reforma, entra en vigor la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que es la regulación de los delitos sexuales vigente en el momento en el que redacto estas líneas.

La contrarreforma introduce la violencia física en el tipo penal de las agresiones sexuales como un eje crucial que influye irremediamente en la determinación de penas de manera previa a las circunstancias agravantes –aunque varía de forma muy débil el número de años de prisión–: cuando concurre violencia, intimidación o la voluntad está anulada, el máximo del marco penológico de las agresiones sexuales sin penetración aumenta (Artículo 178.3 CP)¹⁴ y también se incrementa la pena mínima para los casos de violación (Artículo 179.2).¹⁵ Por tanto, siguiendo la nueva proposición, el margen de interpretación de las juezas y los jueces queda condicionado por la concurrencia de violencia, intimidación o voluntad anulada y los marcos penales acotados son semejantes a los que existían de manera previa a la LO 10/2022. Consiguientemente, esta

¹⁰ El Artículo 36 del Convenio de Estambul afirma: “El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

¹¹ El precepto reza lo siguiente: “2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena (...)”.

¹² Ahondan y debaten sobre la complejidad técnica de esta cuestión específica de manera muy esclarecedora Adela Asua e Iñaki Subijana en la *Mesa Redonda: Protección penal de la libertad sexual* organizada el 19/05/2023 con motivo del nombramiento de Elena Larrauri como doctora honoris causa por la UPV/EHU. Cabe puntualizar que a fecha de presentación de este artículo no se han publicado las sentencias judiciales del Tribunal Supremo que resuelven los recursos interpuestos con motivo de las rebajas y las no rebajas de penas y que, por tanto, aclararían esta cuestión.

¹³ Siendo que no se trata de un término unívoco, entiendo esta indiscutible tendencia del actual sistema jurídico-penal, el populismo punitivo, a través de la interpretación de Noam Chomsky relativa a la toma de medidas simples, rápidas y que no implican reflexión colectiva, que son presentadas como supuestas soluciones duraderas para la producción de un efecto balsámico en la sociedad (Serra 2018).

¹⁴ El número máximo de años de prisión del delito de agresión sexual sin penetración es 4 años, siendo que en estos casos concretos pasa a ser 5 años de prisión.

¹⁵ El mínimo penológico de 4 años de prisión contemplados para el caso de probarse violación aumenta a los 6 años.

segunda reforma en cierto modo recupera el papel de la violencia física incluyéndola en el precepto penal de las agresiones sexuales y no sólo como agravante, como hacía la ley orgánica del año anterior. Esto es, tanto a nivel simbólico como legal, la violencia se convierte en un criterio crucial que divide de nuevo las conductas típicas que “atentan contra la libertad sexual”. Así, además de reproducir la fantasía punitiva de que las penas altas derivarán en mayor protección para las mujeres, la última modificación legal refuerza la ficción de que la violencia física es habitual y determinante en la violencia sexual –cuando en la mayoría de los casos no es así–, así como la de que la violencia sexual que incluye violencia física es más dañosa y por eso merece un intervalo penológico más elevado. De esta forma, la violencia sexual perpetrada sin violencia física, intimidación, ni voluntad anulada queda en un segundo plano (simbólico y jurídico) y se infravalora y normaliza más fácilmente, lo que como sabemos privilegia a los agresores que (por ejemplo, por relación afectiva, de amistad o de confianza) no tienen que recurrir a estos medios comisivos. Sin perjuicio de lo aquí reflexionado, es igual de cierto que la contrarreforma no abandona la ausencia de consentimiento sexual como criterio definidor de las agresiones sexuales, así como mantiene la ya citada definición. En definitiva, el hecho de que el foco de atención se haya puesto sobre el número de años de prisión al mismo tiempo de que no se haya reflexionado públicamente sobre el concepto y contenido del consentimiento sexual, ha derivado en que este último ha pasado por el debate social de forma casi inadvertida, manteniéndose en el Código Penal de forma que las agresiones sexuales continúan definiéndose por este elemento jurídico.

Como resultado de todo ello, se torna especialmente pertinente analizar la reciente reinterpretación del “consentimiento sexual”, ahora explícitamente crucial en la determinación de los delitos sexuales. Por tanto, en primer lugar debemos preguntarnos qué entendemos por “consentimiento sexual”; ese concepto jurídico cuyo significado no se debate públicamente, sino que se da por sentado. Es por ello por lo que mi propósito con este artículo es contribuir a la base de conocimientos teóricos y empíricos sobre la noción actual de consentimiento sexual en la regulación española. Más concretamente, mi objetivo es arrojar luz sobre la construcción del concepto por parte del discurso político-jurídico. Para ello, he estructurado el presente documento en cuatro apartados. Siendo el presente el primero de ellos, he tratado de exponer someramente el contexto jurídico español que rodea la resignificación del consentimiento sexual como núcleo de los delitos sexuales en el Código penal. En segundo lugar, además de entrar en diálogo con algunas aproximaciones teóricas feministas fundacionales sobre la falta de correspondencia entre las experiencias sexuales de las mujeres y su tratamiento en el derecho penal, abordo con profundidad importantes razonamientos relativos al consentimiento sexual. Para ello, genero una conversación entre distintos saberes feministas pasados y presentes, lo que arroja luz sobre la evolución de la agenda feminista en torno a la violencia sexual. En el tercer apartado, toda esta literatura revisada informa el análisis empírico que examina críticamente, y desde la sociología jurídica, el discurso de política criminal que subyace y sustenta la modificación legal que redefine el consentimiento sexual como criterio principal en las agresiones sexuales. Con este fin, estudio los borradores del anteproyecto y el proyecto de reforma legislativa, así como el texto final de la LO 10/2022 –parcialmente derogada con posterioridad, pero no en el asunto que aquí nos atañe–. Además, también son fuentes primarias de mi estudio

determinados debates orales de la política institucional en torno a esta medida legislativa: se examinaron (a) el debate en la Sesión N° 190 del 26 de mayo de 2022 del Congreso de Diputados en la que tiene lugar la votación de la aprobación del proyecto de ley en cuestión y (b) las intervenciones políticas que tuvieron lugar en la Sesión N° 516 de 20 de octubre de 2021 y en la Sesión N° 678 de 18 de mayo de 2022 de la Comisión de Igualdad. La relevancia de las fuentes analizadas radica en que su gran poder de influencia en el pensamiento colectivo desempeña un papel clave en la articulación de los discursos y, por tanto, en la reproducción de las relaciones de poder y la conformación de las subjetividades. Los principales hallazgos del análisis empírico se presentan en este tercer apartado. En la última y cuarta sección reflexiono sobre el mencionado análisis problematizando el propio consentimiento sexual, así como sobre las implicaciones de depositar confianza en el derecho como máximo resolutor de conflictos. Por tanto, acabo sugiriendo tomar cierta distancia, por lo menos conceptual, del derecho penal.

2. Recuperando marcos teóricos pasados desde la óptica actual¹⁶

Desde la segunda mitad del siglo XX, académicas del área del feminismo jurídico y de los estudios feministas de la sociología jurídica han analizado y *problematizado*¹⁷ las relaciones entre el derecho y la sexualidad femenina (por ejemplo, Greer 1970, Edwards 1981, Schwendinger y Schwendinger 1983). Entre otras cuestiones, estas investigadoras ampliaron la noción de violación entendiéndola desde un contexto político y de poder más amplio y estudiaron minuciosamente el poder del derecho en todo ello. Examinaron las presuposiciones supuestamente neutrales y racionales –pero intrínsecamente liberales y masculinas– del derecho moderno, cuyo modelo de sujeto es el hombre cis-heterosexual blanco (por ejemplo, MacKinnon 1989, Fraser 1989, Smart 1989). Así, estas académicas sentaron las bases para futuros análisis. De hecho, prolíficos esfuerzos feministas siguen cuestionando actualmente las potencialidades del derecho para tener debidamente en cuenta las reivindicaciones de las mujeres, entre otros sujetos políticos (por ejemplo, Cuello y Morgan 2018, Leverick 2021).

Los debates sobre violencia sexual, incluso los que tienen lugar dentro del paraguas feminista, suelen construirse desde un enfoque principalmente jurídico. Sin embargo, el reciente estallido del #MeToo en 2017 situó las experiencias sexuales de las personas en el centro del diálogo y cuestionó el poder central del derecho para definir y delimitar los ataques sexuales (Cossman 2021). Así, este movimiento también sirvió para recuperar cuestiones fundamentales para la agenda feminista que parecían haber sido olvidadas;¹⁸ ¿qué sucede con las formas de violencia sexual que no están reguladas en el marco

¹⁶ Mi convicción relativa a la importancia de releer estas contribuciones pasadas desde el presente tiene su origen en mi participación los días 17 de junio y 4 de noviembre de 2022 en los workshops *The Forgotten Foundations of Feminist Legal Scholarship Part I* y *Part II*, que fueron organizados por las profesoras Rosemary Hunter y Maria Drakopoulou (Universidad de Kent, Reino Unido) con el objetivo de visitar los fundamentos del feminismo jurídico de las décadas 1970, 1980 y 1990.

¹⁷ Entre las diferentes lecturas del concepto *problematizar*, en este punto opto por la interpretación de Paulo Freire, quien entiende este término como una práctica que cuestiona los postulados más generalizados y fomenta una perspectiva crítica (Freire 1972 en Bacchi 2012, p. 2).

¹⁸ De hecho, Cossman (2021, pp. 104-105) señala cierta similitud entre el movimiento #MeToo y las anteriores formas de estrategia del feminismo radical en el sentido de que ambas exponen la ubicuidad de la violencia sexual sobre la base del poder de la concienciación más que de la intervención de la ley.

jurídico formal?, ¿cuáles son los límites de la violación?, ¿qué significa consentir? Es decir, nos recordó la importancia de exponer el *continuo* (o “continuum”)¹⁹ de violencia sexual y de desafiar la consolidación de los discursos patriarcales en los significados y las definiciones del sexo (Popova 2019, pp. 154–170). De hecho, debido al relativamente nuevo papel central del consentimiento sexual en las agresiones sexuales a nivel internacional, su potencialidad para reconocer las experiencias sexuales vividas por las mujeres llama cada vez más la atención de los estudios socio-jurídicos feministas actuales²⁰. Lo que, es más, este movimiento social digital fue crucial para desafiar la pretensión de verdad (“claim to truth”) (Smart 1989, p. 43) del derecho y para reavivar la discusión en torno al cuestionamiento de la criminalización como parte clave de la estrategia feminista (Wegerstad 2021, p. 80).

Ante esta coyuntura internacional, sostengo que resulta casi imperativo reconsiderar y reevaluar las contundentes objeciones a la noción convencional del consentimiento sexual que numerosas investigadoras del ámbito jurídico y sociojurídico llevan décadas alegando y sustentando (a modo ejemplificativo, Smart 1989, Cowart 2004, McGlynn 2011). En las décadas 1970 y 1980, feministas angloestadounidenses²¹ como Millet (1970/1995) y Brownmiller (1975) desvelaron el vínculo existente entre sexualidad y violación describiendo cómo ambos conceptos se sustentan en las mismas relaciones de poder. Para ambas, las interacciones sexuales se componen sobre todo de respuestas adquiridas de los modelos de comportamiento hegemónicos que obedecen a valores específicos: la agresividad natural masculina y la “bella pasividad femenina” (Brownmiller 1975, p. 310). En consecuencia, la interiorización de las normas de la ideología patriarcal deriva en una segregación de la sexualidad. No obstante, cabe destacar que el razonamiento de bell hooks en su obra *¿Acaso no soy yo una mujer? Mujeres negras y feminismo* (*Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*) (1981/2020) nos lleva a concluir que la “bella pasividad” que, de acuerdo con Brownmiller (1975, p. 310), constituye el comportamiento femenino adecuado y define la sexualidad femenina no se

¹⁹ Tomo esta palabra de Liz Kelly (1987, 1988), quien describe la violencia patriarcal como un *continuo* (“continuum”) de violencia para indicar su extensión y alcance más allá de los códigos legales y las categorías analíticas de investigación previas. Esto es, más allá de la comprensión jurídica del concepto y sin implicar necesariamente la violencia física, me refiero a la magnitud y el alcance del espectro que presenta diferentes formas de distribución e intensidad de violencia y, por tanto, engloba la diseminada en la sociedad, así como la que se manifiesta a través de individuos concretos. En este sentido, entiendo que forman parte de este continuo de violencia sexual: las distintas formas de cosificación de los cuerpos, la hostilidad de los espacios públicos nocturnos, la brecha orgásmica (Damonti 2020), la presión sobre el propio cuerpo, etc.

²⁰ Algunas de las autoras que han continuado contribuyendo a la base teórica del consentimiento sexual de manera reciente son Cowan (2007); McGlynn y Munro (2010); Pérez Hernández (2017); Popova (2019); Angel (2021).

²¹ En este sentido, no se puede pasar por alto la primacía blanca “productora de teorías y de los discursos interpretativos de las mujeres” (Espinosa Miñoso 2007, p. 33) que tradicionalmente ha caracterizado a los feminismos hegemónicos. Tampoco se pueden obviar las heterogéneas e imprescindibles contribuciones teóricas que desde el siglo XX vienen formulándose desde corrientes como los feminismos negros y los feminismos decoloniales (algunos ejemplos son Crenshaw 1989; Hill Collins 1990; Mohanty 2008; Bidaseca 2011). Entre otras aportaciones, estas corrientes de pensamiento vienen señalando y tratando de contrarrestar los intentos de monopolización de las demandas de todas las mujeres por parte del feminismo blanco dominante. Por todo ello, las contribuciones aquí expuestas no pueden ser automáticamente extrapoladas a la generalidad de las mujeres, pues la mayoría de las autoras aquí aludidas pertenecen a un grupo social concreto: son mujeres blancas de clase media.

corresponde con los patrones de comportamiento sexual atribuidos a las mujeres negras. A este respecto, hooks (1981/2020, p. 87) expuso que los estereotipos sexuales racistas en contra de las mujeres negras que las representaban como incitadoras y salvajes sexuales –y, por tanto, como receptoras entusiastas de cualquier agresión sexual– les continuaron afectando siglos después de la abolición formal de la esclavitud. En este sentido, hooks (1981/2020) advierte cómo Brownmiller, en su obra publicada en 1975, minimiza la violencia sexual contra las mujeres negras de Estados Unidos reduciéndola al periodo de esclavitud formal e ignorando que la institucionalización de esta violencia tuvo gran repercusión posteriormente en la creación de la imagen de las mujeres negras en Estados Unidos. Esto es, encapsula temporalmente la aceptación social generalizada de violencia contra las mujeres negras obviando que esta aquiescencia tácita continuó una vez se abolió legalmente la esclavitud en el país. Asimismo, es fundamental subrayar que existen estudios empíricos recientes que muestran que estas reminiscencias persisten en la actualidad e investigan cómo el racismo sexual sigue etiquetando a las mujeres negras y latinas como “fogosas” (“fiery”) (Silvestrini 2020, p. 313), “menos femeninas” (“less feminine”) o “excesivamente sexuales” (“overly sexual”) (Peck *et al.* 2021, p. 307).

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con Brownmiller, la asignación de estos atributos no es casual, sino que “los hombres controlan las definiciones del sexo” (1975, p. 323). Según ella, el derecho, que ha sido creado por hombres, pretende medir y juzgar conceptos subjetivos y cualitativos a partir de sus propias escalas y criterios masculinos (pp. 366–369). Consecuentemente, las mujeres se ven obligadas a percibir su propia sexualidad a través de la mirada masculina (Brownmiller 1975, p. 323), convirtiéndose ellas mismas en colaboradoras involuntarias de un sistema sexual repleto de prácticas patriarcales. Desde esta oposición a la visión liberal que considera la sexualidad como una esfera natural ajena a cualquier forma de dominación, se puede afirmar que existe cierta convergencia entre la sexualidad patriarcal y la violencia (MacKinnon 1989, pp. 173–174). De hecho, para Millet la violación es simplemente la materialización más evidente de la violencia sexual: el acto de la violación permite ilustrar el carácter agresivo y denigrante propio de la política sexual patriarcal (Millet 1970/1995, pp. 100–102). Por eso, para autoras como las previamente referenciadas MacKinnon (1987) y Smart (1989) una consecuencia crucial de afirmar que la violación es violencia, pero no sexo, es que esto nos impide cuestionar la dinámica coercitiva consustancial al orden sexual heteropatriarcal. Es decir, separar la violación del sexo significa asumir que no hay violencia en el resto de la sexualidad patriarcal. En otras palabras, parte del espectro de esta violencia sexual se naturaliza y se denomina sexo. Por ello, es importante entender la violación como una parte de un todo, todo un “continuum” (Kelly 1987, 1988) de violencia sexual.

Estas autoras también teorizaron sobre la reveladora trascendencia de la dificultad que supone para el derecho distinguir entre sexo voluntario y agresión sexual. Esto ocurre porque existe un denominador común de violencia (Brownmiller 1975, pp. 384–385; MacKinnon 1989, pp. 174–177; Smart 1989, p. 44): una asunción misógina subyacente de que los hombres proceden naturalmente con violencia y las mujeres responden aceptando pasivamente o resistiéndose (Brownmiller 1975, pp. 384–385; Pateman 1980, p. 158). De este modo, el punto de referencia utilizado por la ley para resolver posibles casos de violencia sexual es el nivel de fuerza sexualmente normativo (“sexually normative”) (MacKinnon 1989, p. 174). Dicho de otro modo, el nivel de fuerza admisible

o normal en el comportamiento sexual lo establece la perspectiva de los hombres, que informa el sistema jurídico (MacKinnon 1989, p. 173): ellos determinan la dominación que se considera natural dentro del orden sexual y que, por lo tanto, no es violación. Así, la violencia sólo se castiga si sobrepasa los límites establecidos por ellos (Smart 1989, p. 43). En este sentido, esta presunción latente de cierto nivel de coerción hace muy difícil distinguir si una mujer está dispuesta a mantener relaciones sexuales o se está sometiendo. Como resultado, en muchas ocasiones la sumisión se considera legalmente como consentimiento.

Considerándolo como una entelequia vacía producida por el orden socio-sexual heteropatriarcal y un concepto que no tiene en cuenta las relaciones de poder estructurales (Pateman 1980), algunas autoras como MacKinnon (1989) han argumentado que no hay posibilidad de consentimiento en condiciones de opresión. Para ella, el consentimiento sexual se trata de un proceso de comunicación en un contexto de desigualdad de poder y, por tanto, una extraña combinación entre lo que la mujer quiere, lo que es capaz de expresar sobre lo que quiere y lo que el hombre entiende que ella quiere (MacKinnon 1989, p. 182). No obstante, la regulación legal de la violación presenta el consentimiento como si hombres y mujeres partieran de las mismas circunstancias, como si se tratara de un ejercicio de elección sexual totalmente libre y en condiciones de igualdad (MacKinnon 1989, p. 182).

2.1. Actuales y divergentes enfoques feministas sobre el consentimiento sexual

Los distintos feminismos han estado históricamente marcados por profundos y diversos debates internos que perduran en la actual agenda política. Entre otras muchas cuestiones, las distintas posturas feministas difieren significativamente en su nivel de compromiso y confianza en el derecho, lo que también redundaría en el consentimiento sexual, que actualmente traza un camino ambivalente entre la aceptación mayoritaria del feminismo institucionalizado y el rechazo de una parte del activismo y la academia. Por un lado, algunos sectores del movimiento feminista que se apoyan con convencimiento en las intervenciones prácticas del sistema jurídico inspiran y coordinan reformas legales hacia una regulación de la violencia sexual basada en el consentimiento y, por tanto, apoyan la validez de este elemento jurídico para garantizar la libertad sexual de las mujeres. En España, un importante número de académicas feministas han apreciado ampliamente el valor simbólico del modelo consensual (por ejemplo, Acale 2021, pp. 474–477), aunque también han reconocido que “no elimina todos los problemas” (Faraldo 2020, p. 33). Por otra parte, aunque en el país los ejemplos no son abundantes, muchas feministas fuera del mismo critican duramente el consentimiento como un concepto vacío que puede llenarse con contenidos muy diferentes (por ejemplo, Cowan 2007, p. 53; Palmer 2017; Chetcuti-Osorovit 2021, p. 149).

Otras autoras como Williams Jiménez (2020, p. 154) han defendido la potencialidad del modelo de consentimiento siempre que sea afirmativo,²² ya que, entienden, ello supone

²² Este modelo de consentimiento se refiere a los que incorporan fórmulas como “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando (...)”, como es el caso del Código Penal español actual, como se ha expuesto en el epígrafe anterior. Por el contrario, la expresión “Se entenderá que no existe consentimiento cuando (...)”, que formaba parte de la definición de consentimiento del Anteproyecto de la ley *solo sí es sí* y después fue modificada, no constituiría un modelo consensual positivo.

un importante cambio de paradigma que no presupone la disponibilidad del cuerpo de la mujer, sino su indisponibilidad a menos que se manifieste lo contrario (Faraldo 2022, p. 69). Sin embargo, este modelo afirmativo también ha sido sólidamente criticado por reproducir la idea del sujeto liberal racional (por ejemplo, Munro 2008, Palmer 2017). Es más, ciertas investigadoras feministas han propuesto un modelo de consentimiento basado en una comunicación realista, constante y que preste atención a las circunstancias que pueden limitar la autonomía del consentimiento (Faraldo 2022, p. 68). Además de todo esto, teniendo en cuenta la tendencia jurídica occidental hacia la centralidad de este elemento jurídico, diferentes estudios realizados en países cuyas legislaciones ya han experimentado la reformulación del delito basada en el consentimiento han cuestionado su idoneidad en relación a la voluntariedad del mismo (por ejemplo, en el caso de Canadá, Grant y Benedet 2022), a la insistencia en el comportamiento de la persona agredida y a la falta de atención a las relaciones de poder (por ejemplo, en Suecia, Wallin *et al.* 2021, pp. 3–22). La literatura presentada en este segundo epígrafe es la que fundamentalmente informa el análisis empírico que se expone a continuación en el tercero.

3. Arrojar luz exponiendo las sombras: Problematización de la construcción político-jurídica del consentimiento sexual en la Ley Integral de Libertad Sexual

3.1. La herramienta analítica de Bacchi: el método “¿Cuál es el problema representado?”^{23 24}

En *L'archéologie du savoir* (1969/2008), Michel Foucault desafió la noción dominante que entiende el discurso como un mero fenómeno de expresión vacío e indaga en las estructuras, las categorías, los modos de sucesión lógica, los tipos de razonamiento y de inducción, las formas de análisis y de síntesis que intervienen en él (Foucault 1969/1972, p. 54). Los discursos producen determinados tipos de enunciación con distintos niveles de coherencia y estabilidad que dan lugar a temas o teorías (Foucault 1972, p. 64). Asimismo, para estudiar estas formas de enunciación, el filósofo presta atención a la formación de los conceptos centrándose en la configuración de los campos de enunciados donde aparecen y se difunden (Foucault 1972, p.56). En este sentido, los órdenes, combinaciones, tipos de dependencias, formas de coexistencia y procedimientos de intervenciones de los conjuntos de enunciados muestran la formación de conceptos y, extensivamente, su contingencia y circunscripción a un contexto y conjunto de fines específicos (Foucault 1972, pp. 56–60). Foucault plantea también algunas preguntas sobre el sujeto hablante –¿Quién habla?, ¿Quién está capacitado para hacerlo?–, el lugar desde el que este sujeto habla y la fuente legítima que lo hace posible (Foucault 1972, pp. 50–53). Otra de sus ideas, que a su vez permea prácticamente todas

²³ El nombre original que la autora Carol Bacchi otorga a este método de análisis es “What’s the Problem Represented to be? (WPR)” (Bacchi 2009, 2012; Bacchi y Goodwin 2016). Esta designación, así como el resto de las referencias textuales de Bacchi contenidas en el presente trabajo han sido traducidas por la autora.

²⁴ Mi primer contacto con esta herramienta de estudio es a través de la tesis doctoral de Antonisdóttir *Decentering Criminal Law. Understandings of Justice by Victim-Survivors of Sexual Violence and their Implications for Different Justice Strategies* (2020). Para una amplia y pertinente aplicación de este método se sugiere acudir a este trabajo de investigación.

las aportaciones filosóficas mencionadas, es la importancia de cuestionar lo incuestionado y discutir lo indiscutido (Foucault 1981/1994).

Estas y otras influencias foucaultianas pueden observarse en el enfoque *¿Cuál es el problema representado?* (en adelante WPR, por sus siglas en inglés) que fue desarrollado por la autora Carol Bacchi (2009, 2012; Bacchi y Goodwin 2016). Enmarcado en el análisis crítico postestructural, este método pretende ser un instrumento de análisis crítico para *hacer visible la política* (“making politics visible”) (Bacchi 2012, Bacchi y Goodwin 2016). Para ello, una idea clave en esta herramienta es no dar nada por sentado. El enfoque WPR parte de la noción de que existe una presunción general subyacente en la sociedad de que una política es algo que soluciona un problema (Bacchi 2009, pp. 1–25). Por el contrario, para la autora, las políticas –al representar estos problemas–, más que reaccionar ante ellos, los constituyen (Bacchi 2009, pp. 1–25). El término *problematización* es crucial para entender este planteamiento. Aunque el concepto puede leerse de diferentes formas, Bacchi deja clara su concreta interpretación: los hechos se representan y se moldean como *problemas* dentro de las políticas (2016, p. 39). Esta visión proporciona un nuevo espacio crítico para reflexionar sobre cómo tienen lugar los procesos de gobierno y cuáles son los efectos para aquellos gobernados (Bacchi y Goodwin 2016, p. 40). Además, debido a que el objetivo de Bacchi es desvelar y mostrar las presunciones culturales arraigadas que subyacen y sostienen la representación del problema en las políticas (2016, p. 38), la utilización de este instrumento de análisis implica poner en cuestión y desmontar las verdades profundamente asumidas (Bacchi, 2012, p. 2). Así pues, en consonancia con Foucault (1994), la autora sugiere poner el foco sobre lo que se presupone y, al presuponerse, no se examina ni cuestiona (Bacchi 2009, Bacchi y Goodwin 2016). Dicho de otro modo, se trata de *trabajar hacia atrás* (“working backwards”); desde la propuesta política hasta las presunciones más afianzadas en las que la política se fundamenta (Bacchi y Goodwin 2016, p. 17). Asimismo, en la óptica de Bacchi, los *objetos* y los *sujetos* cambian continuamente, por lo que los seres humanos no son ni un sujeto soberano que pueda acceder a los verdaderos significados (Bacchi y Goodwin 2016, p. 40), ni la pura autoridad fundadora de la racionalidad (Foucault 1972, p. 54). En definitiva, el enfoque WPR considera que las *cosas* se están produciendo y reformulando constantemente y la política es parte importante de ese proceso (Bacchi y Goodwin 2016, p. 14).

3.2. Observaciones principales: construyendo a través del discurso

Es de mi interés identificar los postulados que sustentan las prácticas discursivas en torno al género y la sexualidad y mostrar cómo estas prácticas constituyen, reproducen o desafían las relaciones sociales de poder, así como producen individuos y grupos como sujetos encarnados, ya que el lenguaje no refleja, sino que construye la realidad (Weedon y Hallak 2021, p. 437). Entendiendo que los significados son contingentes y están abiertos a la resignificación, también busco subrayar cómo se producen, internalizan, reproducen y cuestionan tanto ellos como las relaciones de poder de género que sustentan (Weedon y Hallak 2021, p. 437). En este sentido, la perspectiva heterosexual masculina blanca construye y controla el conocimiento relativo a las definiciones de la sexualidad –como el consentimiento– dando sentido a un mundo que no es neutral ni ajeno, sino que está moldeado por una perspectiva concreta (Smart 1989, pp. 26–29). Por todo ello, el enfoque proporcionado por la herramienta analítica WPR de Bacchi resulta muy oportuno para

estudiar la construcción del elemento del consentimiento sexual a través de la promulgación de la LO 10/2022. Con el propósito de comprender lo que el discurso incluye y excluye, y cómo confirma o desafía las relaciones de poder existentes, la exposición de las principales observaciones realizadas se llevará a cabo dando respuesta a algunas de las preguntas propuestas por Bacchi (2009; Bacchi y Goodwin 2016). Este marco me permite estudiar el discurso político-jurídico que rodea esta ley y arrojar luz sobre sus asunciones subyacentes, las verdades que se muestran como evidentes, sus naturalizaciones, sus lagunas y sus contradicciones. Esto es, arrojar luz exponiendo sus sombras.

3.1. ¿Cómo se representa el problema? ¿Cuál es el problema representado?²⁵

Según el título de la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, así como el objeto y la finalidad del texto (Artículo 1), esta política legislativa responde a un problema de falta de protección o garantía de la libertad sexual frente a las diferentes formas de violencia. A pesar de que la ley objeto del presente estudio incluye respuestas multidisciplinares (por ejemplo, el fomento de la investigación, la prevención en los ámbitos de la educación, la salud y la publicidad, y la asistencia jurídica sin interposición de denuncia), se observa que en los debates políticos la problemática de falta de protección de la libertad sexual se representa principalmente como un problema penal. Este hecho está relacionado con que la medida representada como la más crucial para esta garantía de libertad sexual es la modificación del Código Penal hacia una regulación legal del delito de violación basada en el consentimiento. De hecho, y como hemos visto, esta nueva norma se conoce popularmente en el país como la ley *solo sí es sí*, expresión que hace referencia a la introducción penal de una definición afirmativa del consentimiento sexual, así como a su papel central en los delitos sexuales:

[L]a desaparición de la distinción jurídico-penal entre abuso y agresión sexual, en línea con el artículo 36 del Convenio de Estambul, es el salto cualitativo central de esta ley.²⁶ (Agirretxea Urresti. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona. (Preámbulo de los textos, así como de la propia LO 10/2022)

Por tanto, el problema se representa como la insuficiente trascendencia jurídica del elemento del consentimiento en la protección de la libertad sexual y en esa dirección dirijo mi estudio. Aunque los borradores, el proyecto de ley y la norma aprobada son neutros en cuanto al género, estos documentos afirman que las mujeres, niñas, niños y adolescentes son “las víctimas principales de todas las formas de violencia sexual” (Artículo 1.2), y de hecho son ellas y ellos los que componen el ámbito de aplicación del documento normativo (Artículo 3). Es más, el precepto del primer borrador sólo incluía a las mujeres mayores de 16 años. Esta misma disposición también incluye la figura del “femicidio sexual”, que se define como el homicidio o asesinato de mujeres o niñas

²⁵ Esta pregunta se corresponde con la original formulada por Bacchi: *What's the problem represented to be?*, que da nombre al método analítico que aquí se emplea (2009; Bacchi y Goodwin 2016)

²⁶ Todo el resalte tipográfico ha sido incluido por la autora.

vinculado a la violencia sexual (Artículo 3.1). Por tanto, el problema se representa como la desprotección de la libertad sexual de mujeres, niñas y niños, y especialmente de las dos primeras. Dado que el consentimiento de los menores de dieciséis años no es válido (salvo el caso concreto de que la otra persona tenga una edad o madurez física y psíquica similar, según la Disposición Final Cuarta. Ocho de la LO 10/2022), las mujeres mayores de dieciséis años aparecen representadas como las principales afectadas por esta inadecuada trascendencia jurídica del consentimiento sexual en la regulación de delitos sexuales. En consecuencia, los cuerpos y las sexualidades de las mujeres son una vez más convertidos en espacios de discusión política. Además, esto podría llevar a una falta de representación de otros grupos marginalizados que también ven su libertad sexual constreñida por las violencias del orden socio-sexual heteropatriarcal blanco.

Esta política representa el consentimiento como un elemento negador, opuesto y contrario a la violencia sexual, además de la solución definitiva al problema. En este sentido, el proyecto de ley se presenta en la esfera política como la panacea que resolverá las angustias derivadas de la falta de atención a la voluntad sexual de las mujeres que hasta el momento caracterizaba al sistema jurídico-penal. El siguiente fragmento pronunciado por la ministra de Igualdad en el Congreso de Diputados tras la aprobación de la propuesta legislativa ejemplifica esta cuestión a la perfección. En su intervención, además de representar la modificación legislativa como la solución *decisiva*, construye como opuestos los conceptos *violación* y *consentimiento*:

Esta ley es un paso decisivo para cambiar la cultura sexual de nuestro país, para construir una cultura sexual que esté lejos del terror sexual, lejos de la culpa, lejos de la vergüenza, lejos del miedo que tantas veces se ha usado para disciplinar y controlar nuestros cuerpos y, al final, para restringir nuestros derechos. Queremos dejar atrás la cultura de la violación y queremos construir una verdadera cultura del consentimiento. (Montero Gil. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

3.2. ¿Cómo adquiere legitimidad esta representación del problema?²⁷

El problema se proyecta como parte de un debate histórico más amplio, lo que de cierta manera legitima el discurso, y consecuentemente, esta política legislativa. Al mismo tiempo, como se observa a continuación, esta representación se ve perfilada por los profundamente aceptados y enraizados discursos de la ciudadanía y de los derechos humanos, que en la actualidad son constantemente invocados por tratarse de elementos legitimadores muy eficaces a la hora de buscar aceptación pública:

La ciudadanía supone el ejercicio de todo un conjunto de derechos humanos ligados a la libertad y a la seguridad (...). El acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos ha sido históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal (...). (Preámbulo de los textos preparatorios, así como de la propia LO 10/2022)

[A]tender a las demandas y necesidades que plantea el movimiento feminista a nivel internacional, para que como el propio movimiento nos indica, las medidas que los países tomemos en el *fortalecimiento de los derechos humanos de las mujeres* tengan un

²⁷ Aunque ésta no es la traducción estricta de una de las preguntas que enuncia Bacchi para el desarrollo del enfoque WPR, formulo esta cuestión que tomo de la descripción de su sexta pregunta *How/where is this representation of the 'problem' produced, disseminated and defended?*, que podría traducirse como *¿Cómo/dónde se produce, se difunde y se defiende esta representación del 'problema'?* (Bacchi 2009, p.19)

alcance global (...). [E]s un paso más para *blindar los derechos humanos de las mujeres*. (Montero Gil. Sesión N°516 del 20/10/2021 de la Comisión de Igualdad)

Como se puede inferir del ejemplo inmediatamente anterior, el discurso político-jurídico que construye el consentimiento sexual también se legitima gracias a que se retrata una enorme trascendencia del debate jurídico a través de la reiterada alusión a la dimensión internacional tanto del *problema* como de su solución:

[E]sta ley orgánica introduce un marco normativo estable (...) que facilita (...) la actuación y toma de decisiones, todo ello *en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea*, así como con las obligaciones asumidas por nuestro país *a nivel internacional*, en particular mediante la ratificación del *Convenio de Estambul*. (Preámbulo de los textos preparatorios, así como de la propia LO 10/2022)

Es fundamental e impostergable que la norma se adapte a los principios democráticos constitucionales así como, lógicamente, *a los mejores y mayores estándares internacionales*. (Sánchez Pérez-Castejón. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

Y no se podía desoir más ni el *Convenio de Estambul* (...). (Fernández Castañón. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

Por otro lado, esta reforma podría enmarcarse dentro del feminismo institucionalizado en España, pues está informada por académicas feministas (Diario de Sesiones: sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados) y organizaciones feministas cuyo criterio y participación activa en la configuración de la norma “se ha recabado de manera directa” (preámbulo LO 10/2022). Además, la enmienda contempla la colaboración con víctimas de violencias sexuales y asociaciones feministas para “el diseño, aplicación y evaluación de los servicios y las políticas públicas previstas en esta ley orgánica” (Artículo 2 h) LO 10/2022). De hecho, gran parte del impacto de esta *problematización* radica en que el feminismo institucionalizado tiene cierta posición de poder en el país que se deriva, por un lado, del apoyo de buena parte del gobierno actual y, por otro, del relativo respaldo de una parte del movimiento social feminista del país. Todo esto coloca a la política actual en una situación en la que su aceptación sin excesiva resistencia es más fácil. Es más, esta modificación legislativa, además de autoproclamarse feminista, hace constantes referencias al movimiento social feminista, lo que evoca la representación popular y le da legitimidad. Así, el discurso político alrededor de la ley incorpora eslóganes y aportaciones teóricas feministas e incluso nombra algunas figuras feministas relevantes:

En los últimos años, *gracias a las movilizaciones y acciones públicas promovidas por el movimiento feminista*, las violencias sexuales han obtenido una mayor visibilidad social y se ha puesto de manifiesto la envergadura de los desafíos a que se enfrentan los poderes públicos para su prevención y erradicación. (Preámbulo LO 10/2022)

[E]sta ley convierte la *máxima de solo sí es sí* en un despliegue de políticas públicas. (Fernández Castañón. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

Empiezo por *María Acale* y por *Patricia Faraldo*, que llevan muchos años trabajando como expertas, junto a otras *muchas compañeras*, en la redacción de esta ley (...). (Montero Gil. Sesión N°190 del 26/05/2022 del Congreso de Diputados)

3.3. ¿Qué asunciones y presuposiciones subyacen esta representación del problema?, ¿qué es lo que se da por hecho?, y, por el contrario, ¿qué queda sin problematizar?²⁸

La política criminal objeto de este análisis no destaca por una revisión radical de la metodología jurídica, sino que se basa en su sólido formalismo. Dicho de otro modo, sigue presumiendo que un hecho concreto existe objetivamente y puede ser resuelto de forma objetiva por la ley (MacKinnon 1989, p. 180). Como afirmaría Carol Smart (1989), la política acepta la autoridad de la ley como única verdad de los hechos, y de este modo la refuerza.

Además, esta reforma legislativa se construye dentro del estrecho marco jurídico de *violencia contra las mujeres*. Es decir, el discurso sigue la lógica jurídica que selecciona – no neutralmente– una parte muy específica del ya mencionado *continuum*²⁹ de violencia sexual. Acotar esta parte, que consiste en conductas específicas a las que denomina formalmente *delitos*, genera la idea de que el resto del continuo, el resto de las vivencias injustas que se relacionan con la esfera de la sexualidad, no son violencia, sino hechos naturales, inamovibles y soportables. Esto es, muchas prácticas del espectro de violencia no son consideradas como tal y, por tanto, son normalizadas, silenciadas e incluso erotizadas. Como resultado, el *continuum* (Kelly 1987, 1988) de violencia sexual aparece dividido en (1) la coacción que no es tolerable porque se opone a lo que legalmente se entiende como *consentimiento* y por lo tanto resultaría en una agresión sexual y (2) la coacción que utiliza estrategias sutiles para conseguir lo que legalmente se entiende como *consentimiento* y por lo tanto resultaría en sexo *normal* y que está permitida porque se considera una parte natural de las interacciones sexuales. En otras palabras, llamar *violencia* sólo a una parte de ella implica que el resto de todo el espectro no se considere como tal y permanezca sin cuestionar. De este modo, esta política criminal no aborda todo el problema, sino que, de hecho, apoya esta línea divisoria entre la violencia sexual formalmente reconocida y el *sexo normal* y, por lo tanto, perpetúa la violencia que existe en este último. En consecuencia, se protege esta concepción androcéntrica del sexo y no se abordan sus elementos políticos.

En la tarea de no asumir irreflexivamente o no dar por sentados conceptos, cabe subrayar que el consentimiento se representa en el discurso político-jurídico como un concepto universal. No obstante, como viene indicando la tradición teórica feminista el mero uso del verbo *consentir* desde el marco ideológico heteropatriarcal en relación con la protección de la libertad sexual de las mujeres y niñas (recordemos, representadas como las principales perjudicadas por la violencia sexual) refleja una idea subyacente de desigualdad en el que el hombre toma la iniciativa y la mujer responde (MacKinnon 1989, p. 174). De este modo, hablar de consentimiento refuerza las características del discurso naturalista de los sexos: el naturalmente activo hombre toma la iniciativa y la mujer naturalmente pasiva consiente (Pateman 1980, p. 164).

Es preciso resaltar también que este discurso político se basa en la noción moderna del consentimiento, entendido como la manifestación de la autonomía personal y un modo de autogobierno. Como explica Drakopoulou (2007), el consentimiento se entiende

²⁸ He escogido estas preguntas para tratar de reflejar el mensaje original de la pregunta elaborada por Bacchi *What assumptions underlie this representation of the problem and what is left unproblematic?* (2009; Bacchi y Goodwin 2016).

²⁹ Como se ha comentado en líneas anteriores, término que desarrolló Liz Kelly (1987, 1988).

desde el yo liberal, un sentido del yo ontológicamente presocial que se basa en una agencia incorpórea y racional, siendo justamente el consentimiento el espacio donde se manifiesta dicha racionalidad. Según la autora, desde este prisma, el consentimiento es la confluencia del juicio individual, que es posible gracias a la libertad natural del sujeto, y la elección autónoma dirigida a maximizar el interés o bienestar propio y que sólo está limitada por los efectos negativos que tiene sobre los demás, lo que resulta realmente funcional para un sistema neoliberal como es el español. Siguiendo con este planteamiento, en la sociedad moderna actual la idea del consentimiento está relacionada con la premisa de que los individuos son naturalmente libres e iguales entre sí: el consentimiento es un concepto clave en el neoliberalismo porque el sujeto de este sistema lo percibe como un elemento esencial para alcanzar la libertad y la igualdad y, sin embargo, también es un problema porque su razón de ser requiere precondiciones de libertad e igualdad (Pateman 1980). Profundizando en esta concepción, observamos que el consentimiento se convierte también en una especie de *comodín neoliberal* que posibilita infligir daños, cometer abusos o ejercer violencias: la generalidad acepta o tolera cualquier acto o comportamiento que haya sido consentido por la parte más afectada. Sin embargo, se desoye cómo y en qué medida las circunstancias estructurales que rodean al individuo pueden afectar y afectan a su consentimiento. Vemos que resulta admisible –y, de hecho, habitual– ignorar las limitaciones que la realidad impone a la libertad para consentir. Prueba de ello es que la política que aquí nos atañe guarda absoluto silencio sobre el hecho de que puede haber relaciones sexuales consentidas pero muy desiguales debido a las relaciones de poder de género, de raza, o de clase, entre otras. Asimismo, la definición de consentimiento que introduce la nueva ley sostiene que este existe “cuando se haya manifestado libremente” (Artículo 178.1 CP). En relación a ello, el concepto de libertad, aunque inestable en su significado, está sólidamente arraigado en la historia y la cultura occidental, por lo que es difícil reconocer su naturaleza construida o su incardinación en las prácticas gubernamentales, lo que complica los intentos de impugnarlas (Bacchi 2009, p. 8). En consecuencia, el discurso de la política criminal deja sin problematizar cómo se entiende esa libertad y, de nuevo, no tiene en cuenta las distintas relaciones de poder que puedan limitarla.

Ahondando en estos silencios, y como se ha apuntado, la enmienda legislativa asume la arraigada presunción de objetividad del derecho y no se pronuncia sobre que las ideas patriarcales construyen e impregnan el sistema jurídico, ni que estas mismas nociones determinan lo que debe interpretarse como consentimiento (Smart 1989, p. 43). En su lugar, tanto los textos jurídicos como los debates de la política institucional observados asumen el consentimiento sexual como un concepto neutro e imparcial que además es claro, evidente, identificable e inmutable (Faraldo 2022, p. 74). Esta falta de cuestionamiento del concepto de consentimiento sexual se aprecia claramente en el hecho de que la inmensa mayoría de los partidos y las formaciones políticas en el Parlamento español no lo cuestionan ni en el Congreso de los Diputados ni en la Comisión de Igualdad durante el debate de la propuesta de ley. Por ejemplo, en la sesión de la Comisión de Igualdad estudiada hay un consenso general sobre el consentimiento que se pone en cuestión en muy contadas excepciones, discrepancia que ni siquiera llega a formar parte de la discusión central del citado órgano. De hecho, sólo una intervención en esta jornada hace referencia y desafía el concepto de consentimiento de la norma describiéndolo como “estrecho” (Vehí Cantenys. Comisión de Igualdad. Nº 678).

18/05/2022).³⁰ Como resultado, podría afirmarse que, en general, este discurso político ni aborda ni da respuesta a los principales diálogos feministas internacionales relativos al consentimiento. En cambio, se presume que la tarea de determinar la concurrencia de consentimiento es separable del papel que las relaciones de poder –entre otras, como las relaciones de poder de género y raza– juegan tanto en las propias interacciones sexuales como en el proceso de sustanciación legal de los procedimientos judiciales. Por tanto, se confirma una vez más que la producción de conocimiento jurídico goza de un gran estatus de poder. Esto es, de acuerdo con el razonamiento de Bourdieu (1987; Bourdieu y Teubner 2000), se refuerza el poder del derecho para imponer ciertas prácticas como convenientes, legítimas y necesarias y, por tanto, de producir otras prácticas como inconvenientes, ilegítimas e innecesarias.

Del mismo modo, el discurso político-jurídico que se estudia no considera la influencia de las expectativas de género sobre las formas de actuación de los individuos relativas a la manifestación de su voluntad sexual. La citada ley reconoce la existencia de normas y roles de género (por ejemplo, en el preámbulo de la ley se estima relevante tomar “acciones para eliminar los estereotipos de género que sustentan la violencia sexual”) pero ignora e incluso entra en contradicción con la afianzada noción de performatividad de género de Butler (1993, 2011) relativa a los comportamientos que consolidan una impresión de ser hombre o ser mujer. Es decir, la representación del *problema* refuerza la función del dispositivo jurídico que produce el género como una construcción cultural de estereotipos que permanece en la superficie, que es ajena a la construcción del sujeto y de la que el individuo puede desligarse y desvincularse fácilmente. La lógica del derecho ignora que los sujetos están atravesados por el género, que se aprende a través de la socialización temprana, y que este hecho construye los cuerpos y las formas en que estos actúan. Es decir, el sistema jurídico no reconoce todo el espectro y el poder del género que socializa a las mujeres en la sumisión sexual y a los hombres en la dominación sexual, sino que ignora estas diferencias en la socialización genérica y perpetúa la situación de opresión de las mujeres. Como resultado, cuando una mujer que ha visto su libertad sexual formalmente atacada se encuentra en un juicio penal en el que se está juzgando la (in)existencia de consentimiento, la socialización interna de género que ha construido al sujeto mujer y su sexualidad se hace completamente invisible. Dicho de otro modo, a través de su pretensión de igualdad de trato, el sistema jurídico crea la ilusión de que los sujetos son impermeables y herméticos a la socialización de género y tienen la misma forma de consentir, de percibir el consentimiento y de experimentar su sexualidad en general. Niega las relaciones sociales de poder que hacen que las mujeres experimenten y performen su sexualidad de forma diferente a los hombres –y también diferente a otras mujeres– y “crea la fantasía liberal de un sistema más justo” (Naffine 1994 en Loizidou 1999, pp. 288–289). En consecuencia, poner el consentimiento en el centro es problemático porque no hay una única forma válida de consentir o de interpretar el consentimiento, sino que las distintas formas de entenderlo y manifestarlo están atravesadas por el género.

³⁰ En cambio, la mayoría de las reivindicaciones de la sesión giran en torno al proxenetismo y a la prostitución. De hecho, estas cuestiones fueron finalmente eliminadas de este proyecto de ley por ser de una entidad que las hace ser debatidas en una iniciativa legislativa *ad hoc*.

Además, en línea con la lógica binaria que impregna el derecho actual, el concepto se construye a través del binario jurídico consentimiento/no consentimiento (Smart 1989, p. 33). Esta oposición maniqueísta implica que lo que una parte tiene se considera ausente en la otra y viceversa (Bacchi 2009, pp. 7–8). Sin embargo, este tipo de razonamiento reduce la complejidad de las experiencias sexuales y de la relación entre las dos partes del mencionado binario, obteniéndose una comprensión simplista de estas interacciones sociales. No se contempla que una mujer pueda desear cierta interacción sexual pero no quiera otras interacciones (Smart 1989, p. 34). Además, este binario no considera que la sumisión es la manera en que las mujeres son socialmente enseñadas a relacionarse sexualmente, ni que la sumisión es muchas veces la respuesta de las mujeres que ceden a mantener una relación sexual en contra de su voluntad (Smart 1989, p. 34). Por tanto, esta simplificación no contempla suficientemente la amplia variedad de posibles formas de manifestar la voluntad sexual o de entender la voluntad sexual del otro y construye sujetos sexuales muy específicos. Así, el binario consentimiento/no consentimiento traza una línea divisoria que determina qué es relevante para ser regulado penalmente y lo que las mujeres deben soportar en sus interacciones sexuales porque consintieron de acuerdo con los parámetros formales jurídicos.

En la lógica conceptual de esta política es posible encontrar una importante contradicción. Por un lado, tanto los trabajos preparatorios y la propia norma como las discusiones políticas orales representan el carácter colectivo y estructural de la violencia:

Las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada. Al mismo tiempo que se inflige un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, niñas y niños que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. (Preámbulo LO 10/2022)

... las transformaciones imprescindibles que acaben con esa desigualdad estructural que está en la base de dichas violencias. (Montero Gil. Sesión N°516 del 20/10/2021 de la Comisión de Igualdad)

Si bien es cierto que esta política legislativa incluye, como se ha comentado con anterioridad, medidas interdisciplinarias que abordan la violencia sexual desde una perspectiva más estructural, la respuesta jurídico-penal que coloca en el centro el consentimiento sexual –proyectada en el discurso político-jurídico como la medida más relevante y el remedio definitivo para la violencia sexual– es una respuesta que colabora con el tratamiento y la gestión individual de esta violencia y que, apoyándose en el formalismo jurídico, no supone un cambio radical hacia una óptica estructural (MacKinnon 1989, p. 172). En primer lugar, siguiendo el modelo del derecho moderno occidental, la decisión jurídica se enfoca como un problema individualizado, un problema que recae únicamente sobre los protagonistas específicos que intervienen de forma directa y la situación concreta en la que sucede. Así, se evita la reflexión colectiva. Del mismo modo, el consentimiento se considera una decisión individual y racional completamente desvinculada del contexto de relaciones de poder, ya que no se contempla el resto de opresiones del *continuum* (Kelly 1987, 1988) de violencia estructural y así asume y perpetúa el statu quo patriarcal.

3.4. ¿Cuáles son los efectos que produce esta representación del problema en las subjetividades?³¹

En concordancia con el entendimiento del consentimiento desde el *yo liberal*, la política objeto de estudio contribuye a la creación de subjetividades funcionales al sistema neoliberal: los sujetos, con una individualización interiorizada que les priva de la dimensión colectiva de la sociedad, son animados a percibir que sus decisiones sexuales son totalmente libres y no están condicionadas por su contexto de relaciones de poder. De este modo, se alienta a las mujeres a que creen que tienen libertad absoluta sobre sus cuerpos y decisiones sexuales (Damonti 2020, p. 62), como si no existiera toda una arquitectura social que afecta esa libertad sexual. Todo ello colabora en la construcción del sujeto sexual racional. En esta coyuntura, bajo la premisa de ejercer la plena libertad sexual individual –y, por tanto, la plena responsabilidad individual (Damonti 2020)–, las mujeres se ven abandonadas a su suerte en una compleja red de operaciones de poder. Esta robusta combinación que forman el neoliberalismo y el patriarcado también se aprecia en la contradictoria situación de las mujeres en las democracias occidentales, que viven entre la quimera de la igualdad jurídico-formal y la desigualdad socio-informal con la que se dan de bruces al acercarse a la realidad más práctica. Como consecuencia de todo ello, se produce una situación de constante incertidumbre sobre la verdadera libertad de sus propias decisiones sexuales, incluido su consentimiento sexual.

4. Reflexiones: más allá de lo legal, más allá de lo sexual

Mientras muchos esfuerzos feministas continúan estudiando la aplicación jurídica del consentimiento sexual, exponer las indefiniciones y presuposiciones sobre las que se sustenta actualmente este elemento jurídico no es un ejercicio tan común. La importancia de tal exposición radica en que observar los principios que subyacen determinados conceptos nos permite identificar sus potencialidades y limitaciones. En lo que respecta a la cuestión central del presente trabajo, la política legislativa que se estudia proyecta la ficción jurídica de que el consentimiento sexual coincide con la voluntad sexual. No obstante, al adentrarnos –desde los aportes de la herencia teórica feminista– en sus puntos de partida y en sus presunciones más arraigadas, que también constituyen sus límites más sustanciales, observamos que ambas ideas no se corresponden en absoluto. Así, este trabajo trata de aportar cierta base de conocimiento teórico y empírico sobre la noción actual de consentimiento sexual en la regulación española y poner el foco sobre las potencialidades y limitaciones –sobre todo las últimas– de este elemento jurídico para reflejar las experiencias sexuales de las mujeres. Además, dado que el objeto de estudio pertenece a un contexto político-jurídico compartido por numerosas legislaciones nacionales e internacionales, el análisis permite cierto grado de extrapolación a otros países.

Durante la realización de esta investigación he podido observar la evidente contradicción que existe entre las contribuciones fundacionales de la teoría feminista especializada en las intersecciones entre el derecho y la sexualidad y las medidas que actualmente está impulsando el feminismo hegemónico español. En primer lugar, el feminismo institucionalizado del país muestra una fuerte cimentación en un firme

³¹ Esta pregunta se corresponde con la original elaborada por Bacchi *What are the subjectification effects produced by this representation of the problem?* (2009; Bacchi y Goodwin 2016).

formalismo jurídico que reduce el margen de maniobra crítica. Lo que deriva en la continuidad de la ilusión de que hombres y mujeres partimos de una situación de igualdad en la sexualidad que no está interferida por relaciones de poder estructurales y que el derecho es capaz de juzgar y resolver desde arriba, desde ninguna parte (*from above, from nowhere*) (Haraway 1988), desde la ausencia de punto de vista (*point-of-viewlessness*) (MacKinnon 1989), desde la *hybris* del punto cero (Castro-Gómez 2005).³² Así, el feminismo de las instituciones no cuestiona el pretendido carácter apolítico y natural de la sexualidad y no presta atención a todas las dimensiones de la violencia sexual, sino sólo a las formas individualizadas de materialización de esta violencia que son selectivamente nombradas delitos. En consecuencia, el resto del espectro de la violencia sexual y las operaciones de poder que habitan en las interacciones sexuales más cotidianas quedan sin cuestionar y, por tanto, se perpetúan.

Dentro de este contexto más general, la progresiva centralidad del consentimiento en la violencia sexual en el sistema penal español suscita algunas reflexiones. Primeramente, dentro del discurso de política criminal que rodea la enmienda legal, destaca el alto nivel de aceptación general del propio concepto de consentimiento. De hecho, lejos de ser cuestionado, este concepto se representa como la solución definitiva ante la falta de protección integral de la libertad sexual de mujeres, niñas y niños. El discurso no reflexiona sobre cómo la centralidad de un concepto vacío y susceptible de ser llenado con diferentes interpretaciones puede ayudar a identificar y tomar decisiones sobre las experiencias sexuales de las mujeres. Por el contrario, lo que parece más posible es que este vacío se cubra con concepciones que toman al hombre como modelo de lo humano, ya que, como sabemos, el androcentrismo no sólo está presente en las leyes promulgadas, sino también en los conceptos jurídicos que utilizan dichas leyes (Campos 2008, p. 195). En segundo lugar, el elemento del consentimiento sexual colabora en el discurso hegemónico del patriarcado neoliberal; por un lado, otorga a las mujeres cierto control sobre sus decisiones y comportamientos sexuales, pero por otro, este control se proporciona dentro de los márgenes delineados por los parámetros masculinos y además dichos comportamientos sexuales son desvinculados de las relaciones de poder estructurales. Así, la política estudiada colabora en la construcción de las mujeres como sujetos sexuales racionales. En tercer término, insertado y confinado en este estrecho marco legal y conceptual, el individualizado y temporalmente circunscrito consentimiento sexual no aborda el constante de violencia que existe en la sexualidad heteropatriarcal, sino que remarca la línea divisoria que la ley crea para determinar dos tipos de violencia: (1) la violencia que está legalmente prohibida –presentada como violencia sexual– y (2) la violencia que no lo está –entendida como sexo “normal”–. Por lo tanto, avala y perpetúa la violencia que existe en este último. Como también hemos observado, la lógica binaria consentimiento/no consentimiento separa la violencia que es lo suficientemente relevante como para ser regulada penalmente de la que las mujeres deben soportar en sus interacciones sexuales porque formalmente “consintieron”. Es

³² Al mencionar el “punto cero”, Castro-Gómez (2005, p. 18) se refiere al “imaginario según el cual, un observador del mundo social puede colocarse en una plataforma neutra de observación que, a su vez, no puede ser observada desde ningún punto”. Entre la infinidad de aportaciones inspiradoras por las que le podría dar las gracias a mi compañero y amigo Amadeo Szpiga, aprovecho la particularidad de haberme presentado este trabajo para hacerlo. Una reflexión más extensa sobre nuestra posición respecto al modelo científico moderno positivista en general se puede encontrar en Altuzarra y Szpiga (2023, p. 22).

decir, el consentimiento –al ser un concepto vacío de contenido– se convierte en el medio perfecto para que el sistema jurídico patriarcal siga legitimando ciertas prácticas abusivas pero tradicionalmente aceptadas mediante la prohibición de otras conductas que el imaginario social colectivo rechaza taxativamente. En cuarto y último lugar, se ha expuesto que el discurso de la política criminal española produce el género como una construcción cultural de estereotipos que se queda en la superficie –que es ajena a la construcción del individuo–, por lo que se pasan por alto las expectativas de género que dan forma al sujeto y sus comportamientos (sexuales). Es decir, se ignora la influencia del género en la parte más interna del individuo que afecta a su forma de relacionarse y manifestar su voluntad sexual. Este hecho constituye una importante limitación en la utilización jurídica del consentimiento sexual, pues, si este elemento no tiene presente la influencia del género en la manera de proceder sexualmente –en la forma de encarnar las expectativas de género– su pretendida coincidencia o correlación con la voluntad sexual resulta cuanto menos cuestionable.

Asimismo, en esta coyuntura jurídica en la que continúa sin problematizarse que las relaciones sexuales legalmente consentidas también pueden ser desiguales, suceder bajo una presión difícil de percibir y encontrarse afectadas por operaciones de poder, ¿cómo enfocamos la lucha feminista contra la violencia sexual teniendo en cuenta que hay formas de esta violencia que están legitimadas por el sistema legal?, ¿debemos seguir exigiendo reformas legales basadas en el formalismo jurídico que sigan dando importancia y poder a la punitiva y patriarcal respuesta penal?, ¿cuáles son las implicaciones de ciertas políticas desarrolladas en nombre del feminismo?, ¿ha sido cooptado el feminismo? Para abordar cualquiera de estas respuestas, es ineludible considerar el contexto neoliberal en el que se formulan. De hecho, vuelve a ser oportuno plantearse otra pregunta: ¿cuántas posibilidades de éxito tienen las acciones feministas en una coyuntura neoliberal? Aunque sería injusto ignorar que algunas medidas han traído beneficios inmediatos a la vida de muchas mujeres, este trabajo constituye un ejemplo de cómo el feminismo hegemónico es capturado por los principios neoliberales que fomentan la desvinculación del individuo de la dimensión colectiva, lo que frena el avance del feminismo hacia su objetivo final. Por otra parte, hablar libremente de un sexo regular y placentero aparece actualmente como una orden del neoliberalismo sexual occidental, lo que hace más difícil mantener conversaciones honestas sobre las relaciones de poder que habitan y conforman la sexualidad. A este hecho se le suma que los rígidos criterios y puntos de referencia del sistema jurídico-penal, como es el consentimiento sexual, dificultan una comprensión más profunda de la cuestión de la violencia sexual. Como sabemos, los significados supuestamente naturales y universales son producto de los ejercicios de poder que favorecen unas prácticas –presentadas como naturales y universales– en detrimento de otras.³³ Por tanto, no somos impermeables a los conceptos que el derecho crea e interpreta, sino que de hecho afectan nuestro modo de ver las cosas, nuestras formas de actuar y, lo que es más decisivo, moldean nuestras formas de pensar. Siguiendo esta línea, entenderemos que la narrativa político-jurídica relativa al consentimiento sexual afecta y altera nuestra percepción y comprensión de las maneras de manifestar la voluntad sexual y de la sexualidad misma. Así pues, cuestionar los resquicios y rendijas de *esencialización* de las conductas, predisposiciones y deseos

³³ Un desarrollo reciente de esta cuestión lo proporcionan Weedon y Hallak (2021, p. 439).

sexuales, que siguen entendiéndose como naturales, ajenos y catárticos –incluso dentro de los feminismos– y sugerir su ineludible base política puede resultar conflictivo e incómodo, pero también tiene un gran potencial transformador. Por todo ello, además de la utilidad de la investigación para reconsiderar las formas tradicionales de desarrollar nuevas políticas para hacer frente a las violencias sexuales, este proyecto es valioso para repensar la actual estrategia feminista frente a estas violencias, que está, en cierto modo atrapada por las estructuras jurídicas, en una constante reformulación de los delitos sexuales.

Trasladando el estudio aquí realizado a la realidad práctica jurídica actual, no estimo que la solución pase por que el sistema jurídico regule e intervenga en todas las experiencias sexuales dañosas que ahora no contempla. Por el contrario, considero que uno de los primeros objetivos podría ser alejarse de las fórmulas del castigo penal individualizado, que actúan como inhibidores de la reflexión comunitaria e imposibilitan una visión suficientemente estructural de la problemática. En otras palabras, mi intención no es sugerir la necesidad de reformas concretas en las prácticas judiciales que aborden esta temática, lo que tácitamente implicaría dar por hecho que el sistema judicial es la única opción posible en el terreno de la justicia y probablemente nos llevaría a replicar lógicas de pensamiento que queremos evitar. En cambio, a través del *pretexto* de estudiar la construcción político-jurídica del consentimiento sexual, lo que pretendo es subrayar que las deficiencias de los cimientos patriarcales, racistas y capitalistas sobre los que el sistema jurídico se erige podrían ser insalvables. En consecuencia, desarrollar nuevos diálogos sobre la sexualidad fuera de los parámetros del derecho que nos permitan exponer y cuestionar todas las prácticas sexuales nocivas que el aparato jurídico no reconoce pero que las mujeres experimentamos en el día a día se erige como una meta en el horizonte feminista. Es decir, resulta fundamental crear conversaciones que nos permitan ampliar conceptualmente la noción de la sexualidad explorando el alcance de su contenido político y que nos permitan entender que nuestras actitudes y expectativas sexuales –incluido el consentimiento– van más allá del ámbito de la sexualidad en sí misma.

Referencias

- Acale, M., 2021. Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma. *IgualdadES* [en línea], 5, 467–485. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>
- Altuzarra, I., 2020. El delito de violación en el Código Penal español: Análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional. *Estudios de Deusto* [en línea], 68(1), 511–558. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)
- Altuzarra, I., y Szpiga, A., 2023. “Matxirulo, zure jaixa bukatu da!” La militancia feminista de Oñati frente a las agresiones. *Oñatiko Udala. Argitalpenak* [en línea]. Disponible en: https://www.xn--oati-gqa.eus/eu/udala/argitalpenak/altuzarra-szpiga-matxirulo-zure-jaixa-bukatu-da_ok-min.pdf/view
- Angel, K., 2021. *Tomorrow Sex Will Be Good Again: Women and Desire in the Age of Consent*. Londres: Verso Books.

- Antonsdóttir, H.F., 2020. *Decentring Criminal Law. Understandings of Justice by Victim-Survivors of Sexual Violence and their Implications for Different Justice Strategies*. Tesis doctoral. Universidad de Lund, Departamento de Sociología del Derecho.
- Bacchi, C., 2009. *Analysing pol'cy: What's the problem represented to be?* Londres: Pearson.
- Bacchi, C., 2012. Why Study Problematizations? Making Politics Visible. *Open journal of political science* [en línea], 2(1), 1–8. Disponible en: <https://doi.org/10.4236/ojps.2012.21001>
- Bacchi, C., y Goodwin, S., 2016. *Poststructural Policy Analysis* [en línea]. Nueva York: Palgrave. Disponible en: <https://doi.org/10.1057/978-1-137-52546-8>
- Bidaseca, K., 2011. “Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café”: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial. *Andamios. Revista de Investigación Social* [en línea], 8(17), 61–89. Disponible en: <https://doi.org/10.29092/uacm.v8i17.445>
- Bourdieu, P., 1987. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal* [en línea], 38(5), 814–853. Disponible en: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2905&context=hastings_law_journal
- Bourdieu, P., y Teubner, G., 2000. *La fuerza del derecho*. Santafé de Bogotá: Uniandes.
- Brownmiller, S., 1975. *Against our will: men, women and rape*. Nueva York: Fawcett Columbine.
- Butler, J., 1993. *Bodies that matter. On the discursive limits of “sex”*. Nueva York/Londres: Routledge.
- Butler, J., 2011. Judith Butler: Your Behavior Creates Your Gender [Video]. *Join Big Think* [en línea]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Bo7o2LYATDc>
- Campos, A., 2008. *Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica* [en línea]. Presentación en el congreso Mujeres y Derecho, pasado y presente. Octubre. Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho: Dirección de Igualdad del Vicerrectorado de la UPV/EHU, 167–226. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2874672.pdf>
- Castro-Gómez, S., 2005. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750–1816)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Chetcuti-Osorovit, N., 2021. *Femmes en prison et violences de genre. Resistances à perpétuité*. París: La Dispute.
- Cosman, B., 2021. *The new sex wars. Sexual harm in the #MeToo era* [en línea]. New York University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.18574/nyu/9781479802722.001.0001>
- Cowan, S., 2007. Freedom and capacity to make a choice. A feminist analysis of consent in the criminal law of rape. En: V. Munro, y C.F. Stychin, eds., *Sexuality and the law. Feminist engagements*. Oxon: Routledge-Cavendish, 51–71.

- Cowart, M., 2004. Understanding Acts of Consent: Using Speech Act Theory to Help Resolve Moral Dilemmas and Legal Disputes. *Law and Philosophy*, 23(5), 495–525.
- Crenshaw, K., 1989. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum* [en línea], 1989(1), Artículo 8, 139–167. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Cuello, N., y Morgan, L., eds., 2018. *Críticas sexuales a la razón punitiva*. Neuquén: Precarias.
- Damonti, P., 2020. *La brecha orgásmica*. Pamplona: Katakarak liburuak.
- Drakopoulou, M., 2007. Feminism and consent: a genealogical inquiry. En: S. Cowan y R. Hunter, eds., *Choice and Consent: Feminist Engagements with Law and Subjectivity. Critical Approaches to Law*. Londres: Routledge Cavendish, 9–38.
- Edwards, S., 1981. *Female sexuality & the Law*. Oxford: Martin Robertson.
- Espinosa Miñoso, Y., 2007. *Escritos de una lesbiana oscura: reflexiones críticas sobre feminismo y política de identidad en América Latina*. Buenos Aires/Lima: En la Frontera.
- Faraldo, P., 2020. Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En: A. Monge y J. Parrilla, eds., *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* [en línea]. Barcelona: Bosch Penal, 255–283. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.12>
- Faraldo, P., 2022. *Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*. Jornada Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del derecho. Buenos Aires: INECIP y Doctrina Penal Feminista, 65–88.
- Foucault, M., 1972. *The archaeology of knowledge, and the discourse on language*. Nueva York: Pantheon Books.
- Foucault, M., 1994. So is it important to think? En: J. Faubion, *Power: Essential works of Foucault*. Londres: Penguin. (Originalmente publicado en 1981).
- Foucault, M., 2008. *L'archéologie du savoir* [en línea]. París: Gallimard. Disponible en: <https://doi.org/10.14375/NP.9782070119875>
- Fraser, N., 1989. *Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Grant, I., y Benedet, J., 2022. The Meaning of Capacity and Consent in Sexual Assault: R. v. G.F. *University of British Columbia*, 70(1), 5–20.
- Greer, G., 1970. *The Female Eunuch*. Londres: MacGibbon & Kee.
- Haraway, D., 1988. Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective. *Feminist Studies* [en línea], 14(3), 575–599. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3178066>
- Heim, D., 2010. El derecho como creados de identidades de género estigmatizantes y opresivas. En: D. Heim y E. Bodelón, eds., *Derecho, género e igualdad*. Barcelona: Grupo Antígona UAB, 175–189.

- Hill Collins, P., 1990. *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. Boston: Unwin Hyman.
- Hill Collins, P., y Bilge, S., 2019. *Intersectionality*. Cambridge: Polity Press. (Originalmente publicado en 2016).
- hooks, b., 2020. *¿Acaso no soy yo una mujer? Mujeres negras y feminismo*. Bilbao: Consonni. (Originalmente publicado en 1981).
- Kelly, L., 1987. The Continuum of Sexual Violence. En: J. Hanmer y M. Maynard, eds., *Violence and Social Control. Explorations in Sociology* [en línea]. Londres: Palgrave Macmillan, 46–60. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-349-18592-4_4
- Kelly, L., 1988. *Surviving sexual violence*. Cambridge: Polity Press.
- Leverick, F., 2021. What do we know about rape myths and juror decision making? *International Journal of Evidence & Proof* [en línea], 24(3), 255–279. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1365712720923157>
- Loizidou, E., 1999. The Trouble with Rape: Gender Matters and Legal “Transformations”. *Feminist Legal Studies* [en línea], 7(3), 257–297. Disponible en: <https://doi.org/10.1023/A:1009297603439>
- MacKinnon, C., 1987. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Londres: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2070528>
- MacKinnon, C.A., 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- McGlynn, C., 2011. Feminism, Rape and the Search for Justice. *Oxford Journal of Legal Studies* [en línea], 31(4), 825–842. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr025>
- McGlynn, C., y Munro, V., 2010. *Rethinking rape law: international and comparative perspectives* [en línea]. Londres: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780203852194>
- Millet, K., 1995. *Sexual Politics*. Urbana/Chicago: University of Illinois Press. (Originalmente publicado en 1970).
- Mohanty, C., 2008. Bajo los ojos de occidente: academia feminista y discursos coloniales. En: L. Suárez Navaz y A. Hernández Castillo, *Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes*. Madrid: Cátedra, 117–164.
- Munro, V., 2008. Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimation Constraint in the Expression of Sexual Autonomy. *Akron Law Review*, 41(4), 923–956.
- Palmer, T., 2017. Distinguishing Sex from Sexual Violation: Consent, Negotiation and Freedom to Negotiate. En: A. Reed y M. Bohlander, eds., *Consent: domestic and comparative perspectives*. Londres: Routledge, 9–24.
- Pateman, C., 1980. Women and consent. *Political Theory* [en línea], 8(2), 149–168. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/009059178000800202>

- Peck, A.J., Berkowitz, D., y Tinkler, J., 2021. Left, right, Black, and White: how White college students talk about their inter- and intra- racial swiping preferences on Tinder. *Sociological Spectrum* [en línea], 41(4), 304-321. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02732173.2021.1916663>
- Pérez Hernández, Y., 2017. California define qué es “consentimiento sexual”. *Sexualidad, Salud y Sociedad* [en línea], 25(1), 113–133. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.25.06.a>
- Popova, M., 2019. *Sexual Consent* [en línea]. Cambridge, MA: The MIT Press. Disponible en: <https://doi.org/10.7551/mitpress/12108.001.0001>
- Schwendinger, J., y Schwendinger, H., 1983. *Rape and inequality*. Londres: Sage.
- Serra, L., 2018. Populismo punitivo, o cómo se instrumentaliza el dolor de las víctimas. *Pikara magazine* [en línea], 8 de febrero. Disponible en: <https://www.pikaramagazine.com/2018/02/populismo-punitivo-o-como-se-instrumentaliza-el-dolor-de-las-victimas/>
- Silvestrini, M., 2020. “It’s not something I can shake”: The Effect of Racial Stereotypes, Beauty Standards, and Sexual Racism on Interracial Attraction. *Sexuality & Culture* [en línea], 24, 305–325. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12119-019-09644-0>
- Smart, C., 1989. *Feminism and the Power of Law*. Londres: Routledge.
- Smart, C., 1990. Law’s Power, the Sexed Body, and Feminist Discourse. *Journal of Law and Society* [en línea], 194–210. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1410085>
- Subijana, I., y Asua, A. 2023. *La Ley Orgánica 10/2022 a debate* [en línea]. Presentación en la Mesa Redonda: Protección penal de la libertad sexual. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). 19 de mayo. Disponible en: <https://ehutb.ehu.eus/video/646b87e6af19234d4d53ae2a>
- Wallin, L., et al., 2021. Capricious credibility-Legal assessments of voluntariness in Swedish negligent rape judgements. *Nordic Journal of Criminology*, 22(1), 3–22. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/2578983X.2021.1898128>
- Weedon, C., y Hallak, A., 2021. Feminist poststructuralism: discourse, subjectivity, the body and power. En: J. Angouri y J. Baxter, eds., *The Routledge Handbook of Language, Gender and Sexuality* [en línea]. Londres/Nueva York: Routledge, 437–449. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315514857-35>
- Wegerstad, L., 2021. Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden. *German Law Journal* [en línea], 22(5), 734–752. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.32>
- Williams, I., 2020. ¿Por qué tenemos que reevaluar el consentimiento en el contexto de la violencia sexual? *Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* [en línea], 5(1), 152–155. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5161>

Documentos jurídicos y políticos

- Comisión de Igualdad, 2021. Sesión nº 13, de 20 de octubre. Congreso de Diputados. Diario de sesiones [en línea], nº 516. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-516.PDF

Comisión de Igualdad, 2022. Sesión N°678. Congreso de Diputados. *Diario de sesiones* [en línea], 18 de mayo. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-678.PDF

Congreso de Diputados, 2022. 26 de mayo. *Diario de sesiones* [en línea], n° 190.

Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-190.PDF#page=59

Congreso de Diputados, 2022. Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. *BOCG* [en línea], N°62-6. 6 de junio. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-6.PDF#page=1

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [en línea]. N° 210, Estambul, 12 de abril de 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/168008482e>

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. *Boletín Oficial del Estado* [en línea], N° 137, 6 de junio de 2014, 42946–42976. Disponible en:

[https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 24 de noviembre de 1995.

Boletín Oficial del Estado [en línea], N° 281. Disponible en:

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. 7 de septiembre 2022. *Boletín Oficial del Estado* [en línea], N° 215. Disponible en

<https://www.boe.es/boe/dias/2022/09/07/pdfs/BOE-A-2022-14630.pdf>

MC v Bulgaria, demanda N°39272/98, Sección Primera del TEDH, (4 de diciembre de 2003) [en línea]. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-883968-908286>

Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual 121/000062. 6 de junio de 2022. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* [en línea], N° 62-6. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-6.PDF#page=1