

¿Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual

CARLOS CASTELLVÍ MONSERRAT
Profesor lector. Universidad de Barcelona(1)

RESUMEN

La exigencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona no modifica el significado del silencio en el ámbito sexual. Pues dicho silencio nunca ha sido unívoco: ni antes de la LO 10/2022 equivalía siempre a un «sí», ni después de dicha ley equivale siempre a un «no». Así, el sentido del artículo 178.1 in fine CP no es acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» para apreciar una agresión sexual. Ni tampoco criminalizar todo acto sexual que no vaya precedido de un «sí». En este sentido, el artículo 178.1 in fine CP no supone un gran cambio de paradigma. Lo cual, sin embargo, no significa que su relevancia sea solo simbólica. Precisamente, este trabajo desarrolla una interpretación de dicho precepto que respeta su tenor literal (que no es el propio de una definición) y se hace cargo del problema que implican los sesgos de género en la comunicación sexual.

Palabras clave: *consentimiento, definición, claridad, libertad sexual, imprudencia.*

(1) Quiero dar las gracias a Sara Castellví, Silvia Fernández, Alejandra Olave, Marta Pantaleón, Leopoldo Puente, Angélica Torres, Alejandro Turienzo y Ana Valverde por sus agudas observaciones y críticas a una versión inicial de este artículo. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00).

ABSTRACT

The requirement of acts that clearly express the will of the agent does not change the meaning of silence within the sexual sphere. This silence has never been unequivocal: neither before the LO 10/2022 silence meant always a «yes», nor after the passing of this law always means «no». Thus, the meaning of artículo 178.1 in fine CP is not to put an end to the requirement that the victim says «no» to appreciate a sexual assault. Nor seeks to outlaw every sexual act not preceded by a «yes». From this viewpoint, artículo 178.1 in fine of the Spanish Criminal Code is not a turning point. Yet its importance is not just symbolic. This paper aims to offer an interpretation of this legal norm that respects its literal tenor (which is not that of a definition) and considers the problem of gender bias in sexual communication.

Keywords: consent, definition, clarity, sexual autonomy, recklessness.

SUMARIO: I. Introducción.–II. ¿La ausencia de un «no» equivale a un «sí»?–III. ¿La ausencia de un «sí» equivale a un «no»?–IV. ¿Todo sigue igual?–V. Actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. 1. ¿Definición del consentimiento sexual? 2. Tres agresiones sexuales que antes no lo eran. 2.1 Consentimiento interno sin comunicación. 2.2 Dolo, imprudencia y falta de claridad. 2.3 Consentimiento interno y falta de claridad. 3. ¿Lesividad?–VI. ¿Solo sí es sí?: una reflexión final.–VII. Conclusiones.–VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 178.1 *in fine* CP exige que el consentimiento sexual se manifieste mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Dicha exigencia se ha vinculado directamente con el lema de «solo sí es sí» y ha sido objeto de tres interpretaciones muy distintas. La primera entiende que el artículo 178.1 *in fine* CP supera un modelo previo en el que el silencio de una persona equivalía a su consentimiento, de modo que, gracias a dicho precepto, la ausencia de un «no» ya no supondrá automáticamente un «sí». En cambio, la segunda interpretación estima que el artículo 178.1 *in fine* CP impone un modelo en el que el silencio de una persona niega forzosamente su consentimiento, haciendo que, con independencia del contexto, la ausencia de un «sí» siempre suponga un «no». Finalmente, la tercera interpretación considera que el artículo 178.1 *in fine* CP no implica

ninguna novedad con respecto al modelo anterior, siendo su relevancia meramente simbólica.

El objetivo de este trabajo es mostrar que ninguna de las tres interpretaciones esbozadas resulta convincente. Para ello, se empezará evidenciando que las dos primeras se enfrentan a «hombres de paja»; es decir, a modelos que no se presentan en su mejor versión posible. En este sentido, ni el modelo anterior a la LO 10/2022 implicaba que «todo silencio significa sí», ni el actual dice que «todo silencio significa no». De este modo, se pondrá de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP no supone ningún gran cambio de paradigma. Lo cual, sin embargo, no significa que su relevancia sea meramente simbólica. A estos efectos, interpretar que el artículo 178.1 *in fine* CP no implica ninguna novedad es, como mínimo, poco deferente con el legislador. Precisamente por ello, este artículo desarrollará una interpretación alternativa de dicho precepto. Una que respete el tenor literal del artículo 178.1 *in fine* CP. Y que, al mismo tiempo, se haga cargo del problema que implican los sesgos de género en la comunicación sexual.

Así pues, tras descartar las interpretaciones anteriores, este trabajo pondrá de manifiesto que, pese a las apariencias, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento sexual, sino que añade un requisito para que dicho consentimiento determine la atipicidad de un acto sexual; concretamente, su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona (V.1). A continuación, se mostrarán las tres consecuencias prácticas que implica añadir dicho requisito: transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas (V.2.1), convertir determinadas imprudencias en agresiones sexuales dolosas (V.2.2) y transformar ciertas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales dolosas y consumadas (V.2.3). Finalmente, se defenderá que esta ampliación del ámbito de las agresiones sexuales no vulnera el principio de lesividad (V.3) y que, además, resulta coherente con el propósito de reducir los errores en la comunicación sexual (VI).

II. ¿LA AUSENCIA DE UN «NO» EQUIVALE A UN «SÍ»?

La profesora Faraldo Cabana describe del siguiente modo la evolución del delito de violación:

«La superación del modelo decimonónico de violación basado en el empleo de violencia, fuerza o intimidación supone dar entrada al modelo

consensual, esto es, a una nueva configuración de la violación como un delito que se comete sin consentimiento de la víctima. Esto significa que para que se produzca la violación es necesario que la persona manifieste su oposición, verbalmente o de cualquier otra forma reconocible para el autor, y que este no la respete, lo que se expresa a través del aforismo “no es no”⁽²⁾.

Sin embargo, la evolución de dicho delito no acabaría aquí, pues, de acuerdo con Faraldo Cabana, el modelo consensual «obliga a la víctima a decir que no o a expresar esa negativa de alguna otra forma»⁽³⁾. De modo que, tal como indica la propia autora:

«aun suponiendo un avance respecto de la regulación anterior, también esta posición ha sido objeto de críticas, porque ha resultado en la desprotección de muchas mujeres incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarla en el juicio. Por ello, en los últimos años se ha propuesto ir más allá y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento (“no es no”), sino la de su concurrencia (“solo sí es sí”), de forma que el autor se haga merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su aquiescencia»⁽⁴⁾.

Desde esta perspectiva, el consentimiento afirmativo constituiría un auténtico cambio de paradigma: si el modelo consensual presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no», el modelo del «consentimiento afirmativo parte de la indisponibilidad por principio del cuerpo de la mujer salvo que manifieste su consentimiento»⁽⁵⁾. De este modo, el sentido del consentimiento afirmativo sería acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» (o exprese su negativa de otra forma) para apreciar un acto sexual in consentido⁽⁶⁾. Lo cual se lograría, precisamente, haciendo

(2) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en Acale Sánchez, A.; Isabel Miranda, A.; Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, BOE, Madrid, 2021, p. 270.

(3) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 270.

(4) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(5) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268. También en RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.; «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en Agustina, J., *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 92. En términos similares, IGAREDA, N., «Las controversias sobre la Ley del “Sí es sí” sobre violencia sexual», en *Política Criminal*, Vol. 18, Núm. 36, 2023, p. 578.

(6) SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo*, trad. Inga Pellisa, Anagrama, Barcelona, 2022, p. 67, indicando que «si antes los hombres debían parar cuando las mujeres decían no, ahora deben conseguir que las mujeres digan sí».

que el silencio deje de ser equivalente al consentimiento(7); es decir, haciendo que la ausencia de un «no» deje de ser equivalente a un «sí»(8).

No obstante, la evolución descrita no se corresponde con la propia del Código penal español. En este sentido, nuestro texto punitivo nunca ha exigido un «no» (o una negativa equivalente) para apreciar un acto sexual in consentido. La prueba de ello son las numerosas sentencias previas a la LO 10/2022 que castigan como actos sexuales in consentidos los tocamientos sorprendidos; es decir, aquellos actos sexuales realizados sobre una víctima que no ha tenido tiempo de expresar su negativa(9). Teniendo en cuenta que dichos actos nunca se han considerado consentidos (y que a nadie se le ha ocurrido decir que la ausencia de un «no» previo al tocamiento equivale a su consentimiento), debe concluirse que el modelo previo a la LO 10/2022 no presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no»(10); es decir, que dicho modelo no exige necesariamente una negativa para apreciar un acto sexual in consentido(11). Precisamente por ello, el sentido del artículo 178.1 *in fine* CP no puede ser el de acabar con dicha exigencia.

En realidad, un modelo de protección de la libertad sexual que exigiera a la víctima un «no» (o una negativa equivalente) no se correspondería con el lema del «no es no», sino, más bien, con uno alternativo que podríamos denominar «solo no es no». En efecto, tal y como indica Kimberly Ferzan, «la propuesta del “no es no” no dice que el consentimiento se presuma a menos que haya un “no”, sino que ofrece un “no” como prueba concluyente

(7) TUERKHEIMER, D., «Affirmative Consent», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, p. 448.

(8) FARALDO CABANA, P., «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», en *German Law Journal*, Vol. 22, Núm. 5, 2021, p. 855.

(9) Entre muchas otras: SAP Córdoba, Sección 1.ª, 160/2001 de 25 de octubre; SAP Lugo, Sección 2.ª, 103/2003 de 22 de julio; SAP Valencia, Sección 3.ª, 94/2013 de 13 de febrero; SAP Alicante, Sección 2.ª, 317/2020 de 25 de septiembre; SAP Barcelona, sección 8.ª, 533/2022 de 9 de septiembre.

(10) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(11) En la misma dirección, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, p. 502; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en Santana Vega, D.; Fernández Bautista, S.; Cardenal Monraveta, S.; Carpio Briz, D.; Castellví Monserrat, C. (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 550.

de la inadmisibilidad del contacto»(12). Dicho de otra manera: el modelo del «no es no» hace que la negativa de la víctima funcione como una «presunción irrefutable de ausencia de consentimiento»(13), evitando así que (debido a prejuicios machistas) su «no» sea interpretado como un «sí»(14). Pero en ningún caso plantea la necesidad de que exista un «no» (o una negativa equivalente) para apreciar un delito contra la libertad sexual. De lo contrario, no solo quedarían sin castigo los tocamientos sorpresivos(15), sino también todos aquellos actos sexuales realizados sobre personas inconscientes o que no han podido expresar una negativa debido al empleo de violencia(16). Precisamente por ello, ningún modelo de protección de la libertad sexual se configura exclusivamente mediante una regla de «no es no», sino que, como mínimo, dicha regla se combina con otras que prohíben realizar actos sexuales con violencia o sobre personas inconscientes [y también, muy frecuentemente, «por sorpresa»(17) o, en general, «sin consentimiento»(18)]. Por tanto, ningún modelo de protección de la libertad sexual presupone la «disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no»(19). Y, en consecuencia, el sentido del consentimiento afirmativo no es el de «desterrar definitivamente la idea de que quien calla otorga»(20).

(12) FERZAN, K. K., «Consent, Culpability, and the Law of Rape», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, p. 413.

(13) GREEN, S. P., «Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory», Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 79.

(14) De este modo, la existencia de un «no» hace que la creencia (sincera) de que la otra parte consentía sea irrelevante. Es más, tal y como indica SERRA SÁNCHEZ, C., *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, 2024, p. 96, «una mujer puede decir “no” al sexo aunque lo desee y, si ese “no” es vulnerado, en modo alguno el deseo cambiaría nada sobre la necesidad de llamar a eso “violación”».

(15) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 429.

(16) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 80.

(17) Por ejemplo, el § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB. Al respecto, HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», en *German Law Journal*, Vol. 18, Núm. 6, 2017, pp. 1314 y 1321.

(18) Por ejemplo, el § 130.05 (2) (c) del Código penal de Nueva York. Sobre la regla del «no es no» propia de dicho Código, GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 79.

(19) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 268.

(20) RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P.; Caruso Fontán, M. V.; Rodríguez Ramos, M. (coords.), *Perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica*, Colex, A Coruña, 2023, p. 388.

III. ¿LA AUSENCIA DE UN «SÍ» EQUIVALE A UN «NO»?

El profesor Álvarez García considera que, en virtud del artículo 178.1 *in fine* CP:

«[...] queda prohibida penalmente toda conducta que consista en mantener relaciones de significado sexual (ser objeto de manifestaciones sexuales) que no hayan sido consentidas, en cada caso, por actos exteriores concluyentes e inequívocos que “expresen de manera clara la voluntad de la persona”: por particulares actos exteriores... Es decir: no sería aceptable una autorización general para llevar a cabo, en un cierto período de tiempo, el que sea, “actos sexuales”»(21).

Debido a la necesidad de consentir cada relación sexual mediante actos particulares, la ausencia de un «sí» (o de otra expresión equivalente) siempre supondría un «no». Y ello implicaría que muchos actos sexuales realizados en el marco de parejas estables sean incontestados. El propio Álvarez García pone algunos ejemplos:

«[...] queda prohibido acercarse a la propia pareja por la noche, mientras ésta se encuentra dormida, abrazarla y acariciarla, puesto que dormida no ha podido manifestar por medio de un acto “de manera clara la voluntad de la persona”. [...] Pero quedan también prohibidos los siguientes comportamientos (bajo amenaza de prisión de hasta cuatro años), entre otros muchos: acercarse a la pareja, subrepticamente (alevo-sía), y abrazarla, dándole así una “sorpresa cariñosa”; hacer, con engaño, que la pareja dirija sus ojos hacia arriba (¡mira!, ¡un lince ibérico volador!), y aprovechar que el mentón apunta al cielo para depositar en sus labios un enternecedor ósculo»(22).

En efecto, entender que «todo silencio significa no» es adecuado para la mayoría de interacciones sexuales (sobre todo, para las que

(21) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, Núm. 10007, 2022, p. 18. Debe advertirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no requiere actos exteriores, concluyentes e inequívocos. Así lo señalan RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, *op. cit.*, p. 82, nota 3. En este sentido, aunque el Anteproyecto de la LO 10/2022 sí exigía «actos exteriores, concluyentes e inequívocos», dicha exigencia desapareció en el texto que se presentó después como proyecto de ley y que finalmente se aprobó.

(22) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 5. A continuación, dicho autor se pregunta: «¿cómo entender que se ha otorgado consentimiento en los términos del precepto estando dormida la persona? Es más, en este caso se estaría llevando a cabo una conducta de significación sexual con persona privada de sentido (nuevo artículo 178.2, de la Ley de Libertad Sexual)». Sin embargo, esto último no constituiría una novedad de la LO 10/2022, pues el antiguo artículo 181.2 CP ya preveía (con los mismos términos) el castigo de los actos sexuales realizados «sobre personas que se hallen privadas de sentido».

tienen carácter esporádico), pero resulta problemático en el contexto de relaciones afectivas prolongadas(23). Tal y como indica Ferzan, una regla que equipare la ausencia de un «sí» a un «no» (como la que existe en determinados campus universitarios estadounidenses) «prohibiría a una profesora ayudante que viva en una residencia universitaria pellizcar la nalga de su marido sin que este haya dicho primero “sí”»(24). De este modo, dicho acto sexual tendría la misma consideración que un tocamiento sorpresivo realizado por un desconocido en el metro.

Pero, según Álvarez García, los problemas no acaban aquí. De acuerdo con dicho autor, la exigencia del artículo 178.1 *in fine* CP de que el consentimiento se exprese mediante «actos» supondría «imponer una cierta manera de manifestar la libertad sexual»; concretamente, una que excluiría «las miradas, los gestos labiales, el enarcar las cejas, etc., como formas válidas de prestar el consentimiento. Pues ¿acaso puede entenderse que una mirada es un “acto” que expresa “de manera clara la voluntad de la persona”?»(25). Si esto es así, dos personas que mantienen relaciones sexuales mutuamente consentidas mediante una mirada cometerían una agresión sexual la una sobre la otra. Después de todo, su consentimiento no se habría expresado del modo que exige el Código penal; es decir, mediante «actos».

En todo caso, la restricción de la libertad sexual todavía sería mayor si se entiende que el artículo 178.1 *in fine* CP no solo exige el consentimiento se manifieste mediante actos, sino que, además, impone otro requisito: que el consentimiento sea «expreso». Esto es, precisamente, lo que sostiene Lascuráin Sánchez cuando analiza el tenor literal del artículo 178.1 *in fine* CP y subraya «cuatro palabras: “manifestado”, “actos”, “expresen”, “clara”. Es decir, que solo habrá un consentimiento excluyente de la tipicidad cuando el consentimiento sea activo, expreso y claro»(26). De esta forma, no solo constituirían agresiones sexuales las relaciones cuyo consentimiento no se plasme en «actos», sino también aquellas consentidas (mediante actos) de un modo que no pueda considerarse «expreso».

Sin embargo, no creo que esto sea así. En este sentido, me parece que la última crítica expuesta no es aplicable al texto legal vigente. Y

(23) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 46, Núm. 1, 2018, p. 106.

(24) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 438.

(25) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 6.

(26) LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 55.

que las dos anteriores se fundamentan en una interpretación irrazonable del mismo.

Así, en primer lugar, el artículo 178.1 *in fine* CP no exige que el consentimiento sea «expreso», sino que se manifieste mediante actos que «expresen» de manera clara la voluntad de la persona. Adviértase que la exigencia de un consentimiento expreso obligaría a castigar todos los actos sexuales consentidos tácitamente. Y, sin embargo, un consentimiento tácito puede expresar de forma clara la voluntad de la persona(27). Así, por ejemplo, quien pone un preservativo a su pareja no consiente expresamente una penetración. No obstante, en la mayoría de casos, dicha penetración estará tácitamente consentida mediante actos que expresan de forma clara la voluntad de la persona. Y esto último es todo lo que exige el artículo 178.1 *in fine* CP. Además, teniendo en cuenta que otros preceptos del Código penal sí requieren que el consentimiento sea «expreso» [art. 156 bis CP(28)] o «expresamente emitido» [arts. 155 y 156 CP(29)] –impidiendo así que un consentimiento tácito exima o atenúe la responsabilidad–, resulta inadecuado entender que el artículo 178.1 *in fine* CP dice más de lo que dice y reduce «el consentimiento al consentimiento claro, activo y expreso»(30).

En segundo lugar, resulta irrazonable entender que el término «acto» no incluye «miradas, gestos, elevación del mentón, mohines, movimientos de manos o pies»(31). Más aún si se repara en que la

(27) RAMÍREZ ORTIZ, J. L., *op. cit.*, p. 504, afirma que «la exigencia de “actos” que “expresen” la voluntad de la persona de manera “clara” puede dar lugar a que haya tribunales que interpreten que el consentimiento tácito queda prohibido, pues, según el DRAE “tácito” es lo que no se expresa o no se dice, pero se supone o sobreentiende, lo que pugnaría con el recurso al verbo “expresar” empleado en la formulación legal». No obstante, aunque es cierto que la tercera acepción de «tácito» en el DRAE es «que no se expresa, pero se sobreentiende», dicha acepción solo va referida a elementos gramaticales (siendo un sinónimo de «elíptico»). Y, obviamente, el «consentimiento» no es un elemento gramatical. De modo que el término «tácito» no tiene aquí dicho significado, sino el que se corresponde con la segunda acepción del DRAE: «que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere». Y, así, es perfectamente posible que un consentimiento «tácito» cumpla con las exigencias del artículo 178.1 *in fine* CP. Al fin y al cabo, un consentimiento que no se dice formalmente puede inferirse mediante actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona».

(28) Dicho artículo requiere el «consentimiento libre, informado y expreso del donante».

(29) El artículo 155 CP exige el «consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» y el art 156 CP hace lo propio con el «consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido».

(30) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 56.

(31) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 6.

RAE utiliza el término «acto» para definir algunas de dichas palabras [por ejemplo, la de «gesto» como «acto o hecho que implica un significado o una intencionalidad»(32)]. Además, una mirada o un gesto pueden bastar para cooperar en un delito «con un “acto” sin el cual no se habría efectuado» (art. 28 CP). Por ejemplo: en las circunstancias adecuadas, la mirada de un mafioso (o de un soplón) puede ser un acto de cooperación necesaria en un homicidio. Y, si esto es así, la mirada entre dos personas también puede ser un acto que exprese su consentimiento. Por ello, tienen razón Ramón Ribas y Faraldo Cabana cuando afirman que atribuir al término «actos» un hermetismo que deje fuera de su contenido las miradas, los gestos, etc., «no es, desde luego, obligado, sino todo lo contrario; es una palabra permeable, elástica»(33). En efecto, la palabra «actos» es lo suficientemente amplia como para incluir cualquier forma de expresión del consentimiento sexual(34). Lo cual pone de manifiesto que la crítica de Álvarez García no tiene como objeto la mejor versión posible del artículo 178.1 *in fine* CP, sino, más bien, una interpretación poco razonable del mismo.

Finalmente, tampoco me parece razonable entender que, en virtud del artículo 178.1 *in fine* CP, cualquier relación sexual que no vaya inmediatamente precedida de un acto de consentimiento sea, con independencia del contexto, una agresión sexual. En este sentido, el artículo 178.1 *in fine* CP no obliga a concluir que «todo silencio significa no»(35). Y, por tanto, no obliga a equiparar el tocamiento sorpresivo de un desconocido en el metro con los abrazos, besos o pellizcos que se produzcan sin previo aviso en el contexto de relaciones afectivas prolongadas. Tal y como indica Ramón Ribas, en estos últimos casos «el consentimiento se habrá prestado mediante actos anteriores a los hechos. Mientras no se revoque, ese consentimiento sigue vigente, aunque se haya expresado mucho tiempo atrás. No es necesario que exista inmediatez de la prestación de consentimiento respecto de la ejecución de lo que se consiente»(36). Es cierto que algunas reglas de consentimiento afirmativo (propias de campus estadounidenses) requieren un acto de consentimiento específico para cada

(32) O «mirada» como «acción y efecto de mirar».

(33) RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, *op. cit.*, p. 88.

(34) El propio ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 7, reconoce la posibilidad de interpretar así dicho término.

(35) Tal y como indica SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, «existe una diferencia sustancial entre decir que un silencio no debe servir a los hombres para presuponer la disponibilidad sexual de una mujer y afirmar que, al margen de todo contexto, siempre significa una negativa».

(36) RAMÓN RIBAS, E., *op. cit.*, p. 384.

nueva interacción sexual. Así, por ejemplo, el Antioch College establecía que «la solicitud de consentimiento debe ser específica para cada acto. Si has tenido un determinado nivel de intimidad sexual antes con alguien, debes pedirlo igualmente cada vez»(37). Adviértase que, de acuerdo con dicha regla, «no sería aceptable una autorización general para llevar a cabo, en un cierto período de tiempo, el que sea, “actos sexuales”»(38). Sin embargo, el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una regla de esta naturaleza. Y, por tanto, no puede concluirse que dicho precepto persigue «vetar a los ciudadanos acariciar a sus parejas cuando éstas se encuentran dormidas en el lecho común»(39).

IV. ¿TODO SIGUE IGUAL?

La profesora Acale Sánchez afirma que la redacción del artículo 178.1 *in fine* CP:

«no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima [...] visto que las referencias que se hacen a cuándo existe consentimiento se limitan a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales, puede concluirse que se trata de una disposición que solo aporta seguridad jurídica»(40).

Recientemente, el Tribunal Supremo parece haber asumido esta misma postura. Así, la STS 23/2023, de 20 de enero, señala que:

«La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurispruden-

(37) WESTEN, P., *The Logic of Consent*, Routledge, New York, 2004, p. 76.

(38) ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 5.

(39) ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 11.

(40) ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 475 y 477. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, p. 18; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 43, 2023, p. 32; También apuntan a la posibilidad de optar por dicha interpretación, RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, 2021, p. 38; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., *op. cit.*, p. 570.

cialmente, para entender concurrente el consentimiento [...] De modo que siempre se partió –y ahora también– de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae “en atención a las circunstancias del caso”, la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que “expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

Desde esta perspectiva, el artículo 178.1 *in fine* CP contendría una regla probatoria que, como tal, no iría dirigida a los ciudadanos (en general), sino a los jueces (en particular). Y dicha regla probatoria les estaría diciendo que sigan haciendo lo que ya hacen: dar por acreditado (o no) el consentimiento en función de si existen actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Lo anterior, sin embargo, resulta poco deferente con el legislador. Y no solo por interpretar la letra de la ley de un modo que la hace prácticamente irrelevante, sino también por no tomarse en serio su tenor literal(41). En este sentido, debe advertirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no requiere actos que «expresen la voluntad de la persona», sino que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona». Si el Código penal solo exigiera lo primero (es decir, actos que «expresen la voluntad de la persona»), podría interpretarse que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria completamente trivial; una en virtud de la cual los jueces deben determinar la existencia o ausencia de consentimiento en función de los actos que «expresen la voluntad de la persona» (¿cómo iban a hacerlo si no?). No obstante, el Código penal exige lo segundo (es decir, actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona») y ello hace que el artículo 178.1 *in fine* CP no pueda interpretarse como una regla probatoria, pues, de ser así, dicha regla infringiría la presunción de inocencia. Al fin y al cabo, impediría que determinados actos que expresan la voluntad de la persona (concretamente, todos aquellos que no lo hacen de manera clara) puedan valorarse en favor de reo; o, al revés: obligaría a interpretar en contra de reo la falta de claridad en los actos que expresan la voluntad de la persona. Lo cual, tal y como indica Lascuraín Sánchez, iría en contra de «la exigencia de que los elementos del delito deben constatar con certeza, más allá de toda duda razonable»(42).

Así pues, no puedo estar de acuerdo con la Fiscalía General del Estado cuando afirma que el artículo 178.1 *in fine* CP «se limita a incorporar en el Código Penal una inferencia lógica: si el consenti-

(41) En esta dirección, TOMÉ GARCÍA, J. A., «La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba», en *La Ley Penal*, Núm. 159, 2022, p. 6.

(42) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 57. En sentido similar, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, Núm. 10143, 2022, p. 19.

miento no se manifiesta de forma inequívoca, mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió». Dicha inferencia no es lógica, pues la ausencia de actos que expresen «claramente» la voluntad de la persona no permite deducir que esta no consintió, sino, como máximo, que no consintió «claramente». Y, tal como indica del Moral García, «lo que tiene que estar “claro” e indubitado (*in dubio*...) para el aplicador de la ley no es el consentimiento, sino su ausencia»(43). Precisamente por ello, no puede concluirse que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria que se limita «a trasponer a la letra de la ley la forma de actuación de los tribunales»(44). Pues, de ser así, se estaría trasponiendo a la letra de la ley una forma de actuación de los tribunales que vulnera la presunción de inocencia.

V. ACTOS QUE EXPRESEN DE MANERA CLARA LA VOLUNTAD DE LA PERSONA

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que el artículo 178.1 *in fine* CP no se dirige a los jueces (en particular), sino a los ciudadanos (en general). Y que, en vez de determinar cómo probar una agresión sexual, dicho precepto delimita qué es una agresión sexual; así, tras la LO 10/2022, una agresión sexual ya no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), sino un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Lo cual supone que, tal y como indica Tomé García:

«comete delito no solo “*el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*”, sino también el que realice dicho acto sin que la víctima haya manifestado su consentimiento “*libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*”»(45).

(43) DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 117.

(44) ACALE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 477.

(45) TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 6. No obstante, dicho autor distingue más adelante (p. 7) entre dos clases de supuestos: «puede haber juicios en los que las par-

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP amplía el ámbito de las agresiones sexuales; concretamente, lo amplía a los supuestos en que alguien consiente un acto sexual sin manifestarlo «libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». De este modo, no hace falta presumir la ausencia de consentimiento, dado que la inexistencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» es suficiente por sí misma para apreciar una agresión sexual(46).

Más adelante se mostrarán las consecuencias que comporta esta ampliación del ámbito de las agresiones sexuales (V.2). Y se defenderá que, al contrario de lo que pueda parecer, dicha ampliación no vulnera el principio de lesividad (V.3). Sin embargo, antes se pondrá de relieve que el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento sexual, sino, más bien, una exigencia adicional a dicho consentimiento; una exigencia que, en este ámbito, hace insuficiente el mero consentimiento «interno» (V.1).

tes acusadoras logren probar que el consentimiento en la relación sexual no se manifestó de manera clara, y dichas pruebas justifiquen la condena del acusado, a pesar de que el Tribunal dude acerca de si, efectivamente, la víctima prestó o no su consentimiento. Caso distinto sería cuando el Tribunal no duda, sino que considera probado que la víctima consintió libremente: supuesto en el que consideramos que, aunque la víctima no hubiere manifestado dicho consentimiento de manera clara, no procedería la condena del acusado». De este modo, al excluir el castigo en el segundo caso, TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 7, no lleva hasta sus últimas consecuencias el planteamiento transcrito en el texto, ni tampoco sus propias palabras acerca de la deferencia que merece el legislador: «Podemos estar de acuerdo o no con el legislador (nosotros no lo estamos), e incluso, como algunos apuntan, dudar de la constitucionalidad del precepto (al entender que el mismo vulnera el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2.º CE), pero ésta ha sido la decisión del legislador». Adviértase que dicha decisión debería comportar el castigo de aquellos casos en que el juez «considera probado que la víctima consintió libremente» y, sin embargo, advierte que esta no ha «manifestado dicho consentimiento de manera clara».

(46) Lo cual supone que, tal y como indica PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, p. 26, nota 77, el estándar probatorio «se mantiene incólume (“más allá de toda duda razonable”)». Lo que [...] sucede es que cambia el “objeto” de la prueba, pero porque ha cambiado también la propia conducta típica, que es la que ha de probarse, al incluirse la definición de consentimiento. Ahora es “otra cosa” (otra conducta típica diferente) lo que debe probarse más allá de toda duda razonable». De todos modos, aunque modificar el «objeto de la prueba» pueda dar los mismos resultados prácticos que relajar el «estándar probatorio», no creo que la diferencia entre hacer lo uno o lo otro sea «puramente formal» (PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 26, nota 77). Después de todo, relajar el «estándar probatorio» supone infringir una garantía que goza de la máxima protección constitucional (la presunción de inocencia). Y modificar el «objeto de la prueba» solamente puede afectar a un principio que, en todo caso, que no goza de ese mismo nivel de protección (el de lesividad).

1. ¿Definición del consentimiento sexual?

Al contrario de lo que opina la mayor parte de la doctrina(47), el artículo 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento sexual, pues, de ser así, dicha definición sería tautológica. Para advertirlo basta con leer atentamente dicho precepto e intentar identificar qué es aquello que debe manifestarse libremente mediante actos:

«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».

En efecto, cuando el artículo 178.1 *in fine* CP dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente [...]», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado libremente el qué? Y, obviamente, la respuesta es «el consentimiento». Lo cual significa que, en realidad, el artículo 178.1 *in fine* CP dice lo siguiente:

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

Precisamente por ello, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento (pues no puede definirse una palabra con esa misma palabra), sino que añade un requisito para que el consentimiento (oculto en la frase) determine la atipicidad de un acto sexual: su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona(48). De este modo, lo que determina la atipicidad de un acto sexual es la suma de dos requisitos: la existencia de consentimiento («interno») y su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona.

(47) PÉREZ DEL VALLE, C., «La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma», en *Diario La Ley*, Núm. 10045, 2022, p. 6; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 29; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 55; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *op. cit.*, p. 14; CANCIO MELIÁ, M. «Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 231.

(48) Esta idea ya fue esbozada en CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», en *InDret*, Núm. 4, 2023, p. 189, nota 40.

De acuerdo con lo anterior, podemos reconstruir el tipo básico de agresiones sexuales sustituyendo la palabra «consentimiento» que aparece en el artículo 178.1 CP por aquello que, según el artículo 178.1 *in fine* CP, debe entenderse como tal: el «consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona». Así, el artículo 178.1 CP tendría el siguiente tenor literal:

Será castigado [...] el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Obviamente, el «consentimiento» que aparece en la redacción propuesta es meramente interno [pues, de lo contrario, la exigencia de que se manifieste mediante actos sería redundante(49)]. En consecuencia, su naturaleza es la propia de una «acción mental, similar a la acción de decidir o elegir»(50). En este sentido, alguien puede consentir un acto sexual sin expresarlo de modo alguno, pues, tal y como indica la Fiscalía General del Estado, dicho consentimiento «se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros»(51). Aunque, de acuerdo con lo que ya se ha señalado, ese consentimiento resulta insuficiente para que un acto sexual sea atípico. Esto último requiere que, adicionalmente, el consentimiento «interno» se manifieste mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona(52). Solo entonces concurrirán los dos requisitos que niegan la tipicidad de un acto sexual.

(49) WESTEN, P., *op. cit.*, p. 65.

(50) TADROS, V., *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 205.

(51) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

(52) La palabra «consentimiento» es ambigua. Y puede aludir tanto a una elección mental interna como a un acto de comunicación. En el primer caso, el consentimiento existe al margen de si se manifiesta externamente o no. En el segundo, en cambio, la existencia del consentimiento presupone dicha manifestación. Y aunque ya se ha aclarado que el «consentimiento» que aparece en la reconstrucción del tipo es una elección mental interna, resulta interesante poner de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP emplea en la misma frase ambas nociones de consentimiento. Así, cuando dice que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *el consentimiento* se haya manifestado [...]», el segundo «consentimiento» (el oculto) constituye sin duda una elección mental interna (pues, de lo contrario, la exigencia de que se manifieste mediante actos sería redundante), pero el primer «consentimiento» es un acto de comunicación (dado que solo se entenderá que existe cuando la elección mental interna se manifieste mediante actos). Sobre ambas nociones de consentimiento, HURD, H. M., «The Moral Magic of Consent», en *Legal Theory*, Vol. 2, Núm.

2. Tres agresiones sexuales que antes no lo eran

La exigencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP) conlleva tres consecuencias prácticas relevantes. La primera consiste en calificar como agresiones sexuales (consumadas) las relaciones sexuales consentidas «internamente» sin actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.1). La segunda pasa por castigar como agresiones sexuales (dolosas) las relaciones sexuales que el autor cree consentidas «internamente», sabiendo que no existen actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.1). Finalmente, la tercera consecuencia práctica del artículo 178.1 *in fine* CP es una combinación de las dos anteriores: considerar como agresiones sexuales (consumadas y dolosas) las relaciones sexuales consentidas «internamente», y que el autor cree consentidos «internamente», sabiendo que no existen actos que expresen claramente dicho consentimiento (V.2.3).

2.1 CONSENTIMIENTO INTERNO SIN COMUNICACIÓN

Tal como indica la Fiscalía General del Estado, son «concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo» (53). El siguiente ejemplo es una muestra de ello:

John quiere mantener relaciones sexuales con Sam. Sin embargo, tiene miedo de que, si se lo comunica, él piense que es «demasiado fácil» y acabe rechazando mantener una relación con él. Una noche, Sam empieza a hacerle insinuaciones sexuales. John quiere que siga adelante, pero no le dice nada para animarle y, de hecho, se resiste con cierta fuerza

2, 1996, pp. 125 y 135; WESTEN, P., *op. cit.*, p. 5; ALEXANDER, L., «The Ontology of Consent», en *Analytic Philosophy*, Vol. 5, Núm. 1, 2014, pp. 102-108; DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes: Consent as Communication», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 43, Núm. 3, 2015, pp. 228-230; FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 403; ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., «Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty», en *Law and Philosophy*, Vol. 35, Núm. 6, 2016, pp. 655-660; DOUGHERTY, T., «Consent, Communication, and Abandonment», en *Law and Philosophy*, Vol. 38, Núm. 4, 2019, p. 388. Con respecto a otros significados de la palabra «consentimiento» (que no prejuzgan su carácter interno o externo), CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?», *op. cit.*, pp. 176-178; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 6-9.

(53) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

a cada paso que da. Esta resistencia no disuade a Sam, y al final tienen relaciones sexuales. John está encantado. Las cosas han salido como él esperaba. Ha mantenido relaciones sexuales con Sam y, además, ha sido capaz de comunicarle que no estaba de acuerdo. Sin embargo, más tarde, después de contárselo orgulloso a un amigo, su actitud cambia. Porque, como señala su amigo, Sam estaba dispuesto a mantener relaciones sexuales con él a pesar de que probablemente creía que no estaba consintiendo. ¿No era eso una demostración de que Sam no lo respeta? La alegría de John por cómo habían transcurrido las cosas se convierte ahora en indignación(54).

Resulta incuestionable que, en este caso, Sam ha cometido una agresión sexual. Sin embargo, la pregunta relevante es: ¿dicha agresión sexual está consumada o constituye una tentativa? Adviértase que si una agresión sexual solo fuera un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), Sam habría cometido una tentativa (inidónea); al fin y al cabo, John ha consentido «internamente» el acto sexual. Y el hecho de que no lo haya manifestado en modo alguno solo sería relevante a los efectos de negar que Sam tuviera conocimiento de dicho consentimiento. Precisamente por ello, podría afirmarse que Sam creía que estaba realizando un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP). Y que, en consecuencia, debe responder por una tentativa de agresión sexual(55).

En cambio, si una agresión sexual es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”», Sam no comete una tentativa, sino una agresión sexual consumada. Después de todo, aunque John haya consentido «internamente» el acto sexual, dicho consentimiento no se ha manifestado mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona. Y ello resulta directamente relevante a los efectos de afirmar la concurrencia de los elementos (objetivos) del tipo. En este sentido, Sam no (solo) creía que estaba realizando un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que

(54) ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., *op. cit.*, pp. 655-656, con ligeras variaciones.

(55) PANTALEÓN DÍAZ, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 243, indica que la doctrina mayoritaria (tanto española como alemana) se decanta por apreciar una simple tentativa en estos casos. Sin embargo, ella misma defiende un concepto de resultado (objetivo en vez de subjetivo) que conduce a apreciar un delito consumado en dichos supuestos (aunque no concurra ninguna clase de responsabilidad civil: PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, pp. 350-351).

expresen de manera clara la voluntad de la persona”», sino que, efectivamente, Sam estaba realizando un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Por lo tanto, Sam debe responder por una agresión sexual consumada.

Así pues, la primera consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas; concretamente, todas aquellas en que el autor cree que la víctima no consiente debido a que no lo ha manifestado mediante actos que expresen claramente su voluntad. Por ejemplo, cuando alguien «roba un beso» a una desconocida que, pese a no haber dado ninguna muestra de ello, quería secretamente recibirlo. O cuando alguien realiza un tocamiento sorpresivo sobre una persona que parece dormida pero que, en realidad, está despierta y desea experimentarlo. En estos supuestos, los autores no solo se creen (erróneamente) realizar un acto sexual sin consentimiento, sino que, además, llevan a cabo objetivamente un acto sexual que no se ha consentido mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona. Y ello basta para apreciar una agresión consumada.

2.2 DOLO, IMPRUDENCIA Y FALTA DE CLARIDAD

La segunda consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es, con diferencia, la más relevante. Y deriva de que, al cambiar el contenido del tipo (objetivo) de las agresiones sexuales, también se modifica el objeto de referencia del dolo. Así, en tanto que agresiones sexuales ya no exigen la ausencia de consentimiento, sino la ausencia de una manifestación clara de dicho consentimiento, el dolo del autor ya no debe referirse a la ausencia de consentimiento, sino a la ausencia de una manifestación clara de dicho consentimiento⁽⁵⁶⁾. De este modo, si el autor cree (erróneamente) que existe consentimiento, pero sabe que no existe una manifestación clara de dicho consentimiento, su conducta no será imprudente, sino dolosa. Después de todo, el dolo no debe referirse a la realización de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino a la de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

(56) Esta idea puede encontrarse esbozada en CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 854-855.

¿Y qué relevancia tiene esto último? Pues bien, si el artículo 178.1 *in fine* CP solo exigiera que el consentimiento se manifieste en actos que «expresen la voluntad de la persona», el cambio de objeto del dolo sería completamente intrascendente. Al fin y al cabo, quien sabe que no existen actos que expresen el consentimiento de una persona no puede creer razonablemente que esa persona consiente (¿sobre la base de qué iba a creerlo?). En consecuencia, siempre que el dolo abarque la ausencia de actos que «expresen la voluntad de la persona», también deberá abarcar la ausencia de consentimiento. De modo que es irrelevante si el objeto del dolo es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» o un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen la voluntad de la persona”». Cambiar lo primero por lo segundo no tendría ninguna incidencia en la imputación subjetiva.

Sin embargo, el artículo 178.1 *in fine* CP no exige que el consentimiento se manifieste en actos que «expresen la voluntad de la persona», sino en actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona». Y dicha exigencia de «claridad» hace que modificar el objeto de referencia del dolo sea sumamente relevante. Pues implica que el autor actúa dolosamente cuando, pese a creer de forma razonable que existe consentimiento, sabe que dicho consentimiento no se ha manifestado de manera clara(57).

¿Y qué supone exigir que el consentimiento se haya manifestado manera clara? Pues que este se haya expresado de un modo que garantice un determinado grado de seguridad acerca de su existencia; un grado de seguridad que, obviamente, es mayor que el necesario para creer razonablemente que alguien ha consentido(58). De este modo,

(57) Y, con más razón, el autor también actuará dolosamente cuando crea de forma irrazonable que existe consentimiento. BARON, M. W., «I Thought She Consented», en *Philosophical Issues*, Vol. 11, 2001, pp. 9-10, resume así un famoso caso inglés (DPP v Morgan [1975] UKHL 3) en que se planteó la relevancia de dicha creencia (irrazonable pero honesta): «El Sr. Morgan y tres amigos estaban de copas cuando Morgan les propuso que fueran todos a su casa a mantener relaciones sexuales con su esposa. Según sus acusados, Morgan les dijo que no se sorprendieran si ella forcejeaba y protestaba; era sólo su forma de excitarse. Así procedieron y todos la violaron mientras los otros la sujetaban por la fuerza». En dicho caso, la Cámara de los Lores afirmó que la creencia honesta de que existía consentimiento (por muy irrazonable que sea) hubiera bastado para negar la responsabilidad de los amigos de Morgan. Aunque, finalmente, confirmó su condena dando a entender que ellos ni siquiera creían honestamente que existía consentimiento. Al respecto, FERZAN, K. K., *op. cit.*, pp. 424-425.

(58) De lo contrario, la exigencia de actos que «expresen *de manera clara* la voluntad de la persona» sería papel mojado. En este sentido, resultaría muy poco

creer razonablemente que existe consentimiento es compatible con saber que no existe una manifestación clara del mismo; y, consecuentemente, el error sobre la existencia de un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» es compatible con el dolo referido a un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”»(59). Precisamente por ello, hacer que el objeto del dolo sea lo segundo (en vez de lo primero) supone ampliar el ámbito propio de las agresiones sexuales; concretamente, supone ampliarlo a costa de determinadas conductas que hasta ahora era atípicas: aquellas en que el autor tiene un grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima consiente, sin tener el grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima ha manifestado su consentimiento de manera clara.

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP exige que estemos más seguros de que existe consentimiento cuando realizamos un acto sexual que cuando llevamos a cabo otra clase de actos (que afectan al patrimonio, la inviolabilidad domiciliaria, etc.). Lo cual, por cierto, no es absurdo. Pues, tal y como indica Dougherty «cuanto mayor sea lo que está en juego, más clara deberá ser la comunicación del consentimiento»(60). Así, por ejemplo:

«Si Hannah indica con un gesto a un desconocido que tiene intención de mover su bicicleta aparcada, que le impide desbloquear la suya, el mero contacto visual del desconocido puede ser una forma de comunicación suficientemente clara para que ella proceda. Pero si Hannah es la doctora del desconocido y le está proponiendo un procedimiento médico, el contacto visual no será suficientemente claro para que ella proceda»(61).

respetuoso con el legislador entender que el grado de seguridad necesario afirmar que el consentimiento se ha expresado de forma clara es el mismo que se requiere para creer (razonablemente) que alguien ha consentido.

(59) Del mismo modo, creer razonablemente que existe consentimiento es compatible con saber que este no ha sido «expresamente emitido» (art. 156 CP). Precisamente por ello, el médico que cree razonablemente que su paciente ha consentido una esterilización no queda exento de responsabilidad si sabe que dicho consentimiento no se ha emitido expresamente. Lo cual supone el error del médico sobre la existencia de unas «lesiones no consentidas» también es compatible con su dolo respecto a unas «lesiones no consentidas expresamente».

(60) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 248.

(61) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, pp. 247-248.

La importancia de la libertad sexual puede explicar la exigencia de un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento sexual(62). Pero, además, dicha exigencia también puede explicarse por algunos sesgos de género que dificultan la comunicación en el ámbito sexual. En este sentido, Faraldo Cabana señala que «numerosos estudios apuntan a que entre hombres y mujeres hay frecuentes malentendidos en lo que se refiere a la percepción de la disponibilidad sexual de un miembro del otro sexo»(63). Teniendo en cuenta la frecuencia de dichos malentendidos y la importancia de la libertad sexual, resulta razonable que el Código penal exija un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento sexual; es decir, que exija «actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP).

Lo anterior puede motivar que, ante un mismo grado de seguridad sobre la existencia de consentimiento, la realización de un acto sexual sea delictiva y la de otra clase de acto resulte atípica. Así, por ejemplo, la comunicación indirecta del consentimiento [es decir, su comunicación a través de un tercero(64)] puede dar el grado de seguridad necesario para entrar en un domicilio ajeno, pero no para realizar un acto sexual(65). En este sentido, si Juan, Pedro y María son amigos y tie-

(62) GUERRERO, A., «The Epistemology of Consent», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 372.

(63) FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí», *op. cit.*, p. 274.

(64) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 249, señala que esta clase de comunicación indirecta «puede generar un consentimiento moralmente válido, lo cual resulta especialmente evidente en algunas instituciones. Supongamos que un hospital cuenta con un procedimiento en el que dos enfermeras explican a un paciente una intervención de bajo riesgo antes de que firme en su presencia un consentimiento informado. Si el hospital está bien organizado, un médico podría realizar la intervención de bajo riesgo confiando en el testimonio de las enfermeras de que el paciente ha firmado el formulario. De este modo, el paciente podría comunicarse indirectamente con el médico». Sin embargo, tal y como indica el propio DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 250, «en el caso de una intervención quirúrgica invasiva o con secuelas, lo que está en juego es más importante, por lo que se necesitaría un mayor grado de claridad. En consecuencia, el médico puede incluso tener que estar presente cuando el paciente firme estos formularios o volver a discutirlos con él».

(65) Es interesante destacar que algunos ordenamientos establecen expresamente que la comunicación indirecta del consentimiento no ofrece el grado de seguridad necesario para realizar un acto sexual. Así, por ejemplo, el artículo 273.1 (2a) del Código penal de Canadá niega la concurrencia del consentimiento sexual cuando este «se expresa mediante las palabras o la conducta de una persona distinta de la denunciante». En este sentido, LACKEY, J., «Sexual Consent and Epistemic Agency», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 321, sostiene que la realización de un acto sexual «requiere un tipo particular de apoyo epistémico, que implica el testimonio de la propia persona que consiente. Esto se debe al hecho de que la persona que consiente se encuentra en una posición única con respecto a la cuestión de su propio consentimiento, tanto desde el punto de vista

nen tanta confianza entre ellos como para dejarse una copia de las llaves de sus casas por si las pierden, el hecho de que Juan le diga a Pedro que María le deja entrar en su casa puede bastar para que Pedro acceda a dicho domicilio sin cometer un allanamiento de morada; adviértase que si Juan hubiera engañado a Pedro, este último incurriría en un error de tipo por creer razonablemente que estaba actuando con «la voluntad de su morador» (art. 202.1 CP). En cambio, aunque Juan, Pedro y María sean amigos y tengan confianza entre ellos, el hecho de que Juan le diga a Pedro que María quiere que la despierte con un beso (o que la sorprenda con un tocamiento sexual) no basta para que Pedro pueda realizar dicho acto impunemente; adviértase que si Juan hubiera engañado a Pedro, este no incurriría en error de tipo alguno, pues, aunque pudiera creer razonablemente que obraba con el consentimiento de María, su dolo abarcaría la realización de un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona»(66).

Obviamente, esto último implica castigar como dolosas conductas que, antes de la LO 10/2022, hubieran sido imprudentes (y, por tanto, atípicas). Y esto supone que, tal como indica Puente Rodríguez, el artículo 178.1 *in fine* CP ha ensanchado «el ámbito de la agresión sexual dolosa y reducido, en consecuencia, el ámbito de la agresión sexual imprudente»(67). En tanto que el objeto del dolo ya no es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”», el ámbito de la imprudencia ya no abarca la creencia errónea de que la víctima ha

agencial como epistémico». Desde esta perspectiva, el consentimiento sexual sería «distinto de muchos otros tipos de consentimiento, incluso de aquellos en los que hay mucho en juego, en la medida en que está vinculado con la agencia. Por ejemplo, yo puedo autorizar a otras personas para que realicen muchas acciones en mi nombre: hablar, hacer compras, someterse a procedimientos médicos, responder ante un tribunal, etc. [...] Pero no puedo autorizar a otra persona para que consienta mantener relaciones sexuales en mi nombre sin violar mi autonomía sexual» (LACKEY, J., *op. cit.*, p. 333).

(66) Es posible imaginar alguna variación de este caso en que la comunicación indirecta del consentimiento constituya una expresión clara del mismo: por ejemplo, si Pedro y María han acordado previamente que emplearán a Juan como medio para transmitir sus deseos sexuales. No obstante, sin un acuerdo previo de estas características (o alguna costumbre extravagante que se haya consolidado entre ellos) la comunicación indirecta del consentimiento no ofrecerá el grado de seguridad necesario para que Pedro pueda realizar el acto sexual impunemente (aunque sí le permita acceder al domicilio de María sin responsabilidad alguna).

(67) PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 26.

consentido, sino, únicamente, la creencia errónea de que la víctima ha consentido de manera clara. En consecuencia, solo podría actuar con imprudencia quien alcanza el grado de seguridad suficiente para creer (razonablemente) que la víctima ha consentido de manera clara y, pese a ello, realiza un acto sexual que la víctima no ha consentido. O, dicho de otro modo: solo podría actuar con imprudencia quien realiza un acto sexual no consentido que, sin embargo, parece haberse consentido de manera clara.

Lo anterior pone de manifiesto que ahora es más difícil apreciar una imprudencia, y no más fácil. Después de todo, quien realiza un acto sexual no consentido creyendo razonablemente que la víctima ha consentido (pero sin tener la seguridad necesaria para creer razonablemente que lo ha hecho de forma clara) no actuará de forma imprudente, sino dolosa. Por ello, no puedo compartir las siguientes palabras de Ramos Vázquez:

«[...] las fricciones entre la claridad pretendida por la definición y el acopio de razones que una persona puede tener para pensar (erróneamente) que la otra consiente van a suponer más de una absolución. Podría decirse que esa posibilidad ya existía con la anterior regulación, pero el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. En mi opinión, esta elevación del rigor en la definición (en realidad, la propia existencia de una definición) va a suponer que el error pueda cubrir un espacio de impunidad que quizás los impulsores de la norma no esperaban, convirtiendo alegaciones que antes eran residuales en la defensa por excelencia»(68).

Es cierto que el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. Pero eso no hace que el ámbito del error se amplíe, sino que se reduzca. Al fin y al cabo, el consentimiento manifestado mediante actos claros no es un elemento positivo del tipo, sino uno negativo. Y aunque aumentar las exigencias de un elemento positivo del tipo supone ampliar las posibilidades de apreciar un error de tipo, aumentar las exigencias de un elemento negativo del tipo supone reducir las posibilidades de apreciar dicho error de tipo (del mismo modo que aumentar las exigencias de una causa de justificación supone reducir las posibilidades de apreciar un error sobre sus presupuestos objetivos). En este sentido, si el Código penal aumentara los requisitos del elemento positivo de las agresiones sexuales y exigiera un «acto que atente “gravemente” contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento», tendría razón Ramos Vázquez al afirmar que «el

(68) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», en *Teoría y derecho*, Núm. 34, 2023, p. 250.

campo de aplicación del error va a ser más amplio»(69). Pues, en ese caso, incurriría en un error de tipo quien lleva a cabo un acto sexual inconsciente desconociendo las circunstancias fácticas que lo hacen particularmente grave. Sin embargo, el Código penal aumenta los requisitos del elemento negativo de las agresiones sexuales y exige un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento “manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». Lo cual hace que el ámbito aplicativo del error de tipo sea más reducido. Pues, con esta configuración, quien cree (razonablemente) que existe consentimiento, pero sabe que no existe una manifestación clara de dicho consentimiento, no incurre en un error de tipo, sino que actúa dolosamente.

Este último argumento también podría esgrimirse contra la siguiente afirmación de Pérez del Valle sobre el artículo 178.1 CP:

«Se trata de un delito doloso y, por tanto, sólo puede ser cometido cuando los elementos del tipo objetivo han sido conocidos por el autor; esto es: los actos que, de acuerdo con las circunstancias, expresan claramente la voluntad. Por tanto, si el autor no ha percibido estos actos, o incluso si los ha interpretado incorrectamente, no hay dolo y no hay delito de agresiones sexuales»(70).

Es cierto que las agresiones sexuales son delitos dolosos y, por tanto, requieren el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, hay un salto entre afirmar eso y decir que si el autor no percibe los actos que expresan claramente la voluntad de la persona «no hay dolo y no hay delito de agresiones sexuales»(71). En este sentido, el dolo del autor no debe abarcar los actos que expresen claramente la voluntad de la persona, sino la «ausencia» de actos que expresen claramente la voluntad de la víctima. Y, por tanto, si el autor no percibe dichos actos sí que hay dolo y sí que concurre un delito de agresiones sexuales. Lo cual, en parte, resuelve el problema que plantea el propio Pérez del Valle sobre «qué hacer en aquellos casos en los que, en efecto, el autor desconoce la ausencia de consentimiento (por ejemplo: interpreta incorrectamente los actos de la víctima), pero a quien se le puede exigir que haga más para conocer la voluntad de la víctima»(72). En muchos de estos supuestos podrá apreciarse una agresión sexual dolosa, dado que, para ello, no es necesario que el autor conozca la ausencia de consentimiento, sino que basta con que

(69) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, p. 251.

(70) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

(71) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

(72) PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 7.

conozca la ausencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la víctima.

De hecho, la propia Fiscalía General del Estado sostiene que «la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente». Lo cual supone imponer «un deber de diligencia que exige explorar de un modo responsable el consentimiento de la otra parte antes de ejecutar sobre ella actos con significación sexual»(73). Y, obviamente, la infracción de ese deber de diligencia no da lugar a un delito imprudente (pues, de momento, las agresiones sexuales imprudentes son atípicas), sino a uno doloso. Lo que se explica precisamente porque el objeto del dolo no es un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”», sino un «acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”».

La modificación del objeto del dolo hace que algunos casos jurisprudenciales en que se apreció un error de tipo vencible, ahora, tras la LO 10/2022, constituyan agresiones sexuales dolosas. Así, por ejemplo, en la STS 275/2006, de 6 de marzo, se afirma que un sujeto «se acercó a Dña. Daniela, le soltó el delantal que portaba, le agarró de las manos y le colocó contra la mesa, bajándose los pantalones, todo ello con la finalidad de mantener un contacto corporal que, escudándose en la experiencia vivida durante más de veinte años, entendía contaba con anuencia de Dña. Daniela». Sin embargo, dicho contacto sexual no estaba consentido y, además, «el error sobre la falta de consentimiento de Daniela podía haberse evitado si hubiera desplegado [...] la diligencia precisa para esclarecer el alcance de lo que le estaba diciendo la citada Daniela». Obviamente, el tribunal absolvió al sujeto en cuestión, dado que «el error sobre los hechos constitutivos de la infracción, cuando es vencible, determina que la conducta sea castigada, en su caso, como imprudente. Lo que no es posible en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual al no estar prevista en el Código Penal». No obstante, con la legislación vigente, los hechos transcritos podrían calificarse como una agresión sexual dolosa(74). Pues, aunque el autor creía que existía consentimiento, también sabía que su manifestación no fue clara. Precisamente, esta es la razón por

(73) Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

(74) Lo mismo podría decirse de los hechos a los que se refiere la STS 735/2022, de 18 julio.

la que el tribunal califica su error como vencible: porque dicho error «podía haberse evitado si hubiera desplegado [...] la diligencia precisa para esclarecer el alcance de lo que le estaba diciendo la citada Daniela».

En cualquier caso, lo anterior no implica privar de todo espacio conceptual a las «agresiones sexuales imprudentes» (ni, por lo tanto, negar la relevancia de su eventual tipificación en el futuro) Es verdad que, tras la LO 10/2022, obra con dolo quien no alcanza el grado de seguridad necesario para creer razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara. Y que, por exclusión, solo puede obrar con imprudencia quien alcanza dicho grado de seguridad; es decir, quien cree razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara(75). Lo cual, por supuesto, hace que se reduzca sensiblemente el ámbito conceptual de las «agresiones sexuales imprudentes» (pues, si el autor cree razonablemente que la víctima ha consentido de manera clara, ¿qué norma de cuidado infringe al realizar el acto sexual?). No obstante, que dicho ámbito conceptual se reduzca no quiere decir que desaparezca(76). En este sentido, los deberes de diligencia impuestos por un tipo imprudente pueden ir más allá de lo requerido por el artículo 178.1 *in fine* CP; es decir, pueden exigir un grado de seguridad mayor sobre la existencia de consentimiento (por ejemplo, requiriendo que dicho consentimiento se exprese de manera «muy» clara, inequívoca, concluyente, etc.)(77). De este modo, actuaría de forma imprudente quien cree que el acto sexual se ha consentido de manera clara y, sin embargo, podría haber advertido que en realidad no se ha consentido si hubiera sido más diligente (por ejemplo, asegurándose de que el consentimiento se exprese de manera «muy» clara, inequívoca, concluyente, etc.). En definitiva, que el ámbito propio de las «agresiones sexuales imprudentes» quedaría delimitado (por arriba) mediante el grado de seguridad necesario para creer que el acto sexual se ha

(75) Aunque también puede obrar por imprudencia quien yerra sobre la naturaleza sexual del acto realizado. O quien cree erróneamente que las facultades volitivas y cognitivas de la víctima están en perfecto estado (pese a estar privada de sentido o con la voluntad anulada). O el que se equivoca sobre la edad de la víctima. En estos casos, una eventual tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes» siempre sería relevante. Pues el 178.1 *in fine* CP no permite calificar dichos casos como agresiones sexuales dolosas.

(76) En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 60.

(77) Aunque una exigencia de estas características supondría una limitación muy relevante de la libertad sexual positiva. Pues, de acuerdo con SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 108, «todo acercamiento sexual implica asumir un cierto riesgo. El riesgo de no ser deseado por el otro, de desear cosas distintas al otro, de no haber leído bien las señales, de toparse con cierta incompreensión mutua [...]».

consentido de manera clara y (por abajo) mediante el grado de seguridad sobre el consentimiento que exija la diligencia debida. Y, obviamente, si el primer límite está muy arriba (porque la exigencia de claridad se entiende de forma muy laxa) y el segundo muy abajo (porque se admite la imprudencia menos grave) el espacio para las «agresiones sexuales imprudentes» será muy amplio. Mientras que si el primer límite está muy abajo (porque la exigencia de claridad se entiende de forma muy estricta) y el segundo muy arriba (porque solo se admite la imprudencia grave) el espacio de dichas agresiones imprudentes será prácticamente nulo(78).

2.3 CONSENTIMIENTO INTERNO Y FALTA DE CLARIDAD

La tercera consecuencia del artículo 178.1 *in fine* CP es, sin duda, la más inesperada. Y, sin embargo, deriva simplemente de combinar las dos anteriores. Teniendo en cuenta que, por un lado, el artículo 178.1 *in fine* CP transforma algunas tentativas en agresiones sexuales «consumadas» y que, por el otro, convierte determinadas imprudencias en agresiones sexuales «dolosas», la tercera consecuencia de dicho precepto consiste en hacer las dos cosas a la vez; es decir, transformar algunas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales «dolosas y consumadas». Concretamente, aquellas en que, a pesar de que la víctima consiente y el autor cree razonablemente que esto es así, no existe una manifestación clara de dicho consentimiento.

Para ilustrar esta clase de supuestos, recuérdese el caso Juan, Pedro y María. En dicho ejemplo, Juan le dice a Pedro que María da su consentimiento para despertarla con un beso. Y aunque dicha comunicación indirecta (entre amigos) basta para creer razonablemente que existe consentimiento, no permite afirmar que dicho consentimiento se ha expresado de manera clara. De modo que, gracias al artículo 178.1 *in fine* CP, Pedro cometerá una agresión sexual dolosa si despierta a María con un beso. Ahora bien, ¿esto solo será así si Juan ha mentido y se ha inventado el consentimiento de María o también pasará lo mismo si Juan ha sido sincero y, realmente, ha comunicado la voluntad de María? Pues bien, teniendo en cuenta que el tipo del artículo 178.1 CP consiste en realizar actos sexuales «no consentidos claramente», ambos supuestos deben calificarse del mismo modo. Al fin y al cabo, con independencia de si María ha consentido efectivamente, Pedro ha realizado un acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara su voluntad». A estos efectos, el hecho de que María consienta

(78) En esta dirección, PUENTE RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 27, nota 81.

«internamente» es irrelevante: el tipo se cumple tanto si esta no consiente como si consiente y no lo expresa claramente. Y esto implica que, si María realmente quería recibir el beso, una conducta que antes era imprudente (por no concurrir una expresión clara de consentimiento) y no consumada (por concurrir consentimiento) ahora constituye una agresión sexual dolosa y consumada.

Esto último pone de manifiesto que el artículo 178.1 *in fine* CP va más allá del ámbito conceptual de las «agresiones sexuales imprudentes». Después de todo, dichas agresiones imprudentes (al igual que todos los delitos imprudentes) requieren la concurrencia de un resultado; concretamente, la concurrencia de un acto sexual inconsciente. En cambio, la agresión sexual dolosa del artículo 178.1 *in fine* CP no requiere dicho resultado; es decir, puede consumarse sin que concorra un acto sexual inconsciente. En consecuencia, aunque el artículo 178.1 *in fine* CP y una eventual tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes» tengan un efecto común (requerir un mayor grado de seguridad sobre el consentimiento para realizar un acto sexual), sus respectivos ámbitos de aplicación no coinciden: mientras que el artículo 178.1 *in fine* CP abarca cualquier acto sexual que no se ha consentido de manera clara (con independencia de si se ha consentido efectivamente), las «agresiones sexuales imprudentes» solo abarcan los actos sexuales que no se han consentido de manera clara y, además, no se ha consentido efectivamente.

3. ¿Lesividad?

La posibilidad de castigar actos sexuales efectivamente consentidos ha hecho que la doctrina ponga en duda la legitimidad del artículo 178.1 *in fine* CP, pues, desde su perspectiva, dicho precepto vulneraría el principio de lesividad⁽⁷⁹⁾. Por ejemplo, Tomé García afirma que:

«Es posible que el consentimiento no se haya manifestado de manera clara y que, sin embargo, la relación sexual haya sido consentida. Y en esos casos no debería haber delito. Como señala el Magistrado Ramírez Ortiz, “la exigencia de claridad puede convertir en punibles supuestos en

(79) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 56. En sentido similar, sugiriendo una interpretación teleológica para excluir el castigo en estos casos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», en *Diario del Derecho*, 2022.

los que podemos convenir en que no se produce lesión alguna del bien jurídico»(80).

Pues bien, es cierto que la exigencia de claridad del artículo 178.1 *in fine* CP puede convertir en punibles casos en que, al concurrir efectivamente consentimiento, no se produce lesión alguna del bien jurídico «libertad sexual» (el caso de Juan, Pedro y María es un buen ejemplo de ello). Sin embargo, no creo que castigar supuestos en que no se produce la «lesión» de un bien jurídico sea necesariamente ilegítimo. Al fin y al cabo, no todos los delitos requieren la lesión de un bien jurídico: algunos de ellos se conforman con su puesta en «peligro». Precisamente, esto es lo que caracteriza los delitos de peligro. Y si dichos delitos son legítimos, el artículo 178.1 *in fine* CP también puede serlo. Después de todo, aunque dicho precepto no requiere en todo caso la lesión del bien jurídico «libertad sexual», sí que exige necesariamente su puesta en peligro (pues la realización de un acto sexual sin un «consentimiento claro» siempre implica un peligro para la libertad sexual). Y ello es suficiente para considerar legítimo el castigo de todo acto sexual sobre otra persona «sin su consentimiento manifestado mediante actos que expresen de manera clara su voluntad»(81). Eso sí, asumiendo que, tras la LO 10/2022, dicho tipo constituye un delito de peligro(82).

(80) TOMÉ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 8, citando a RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», *op. cit.*, p. 504.

(81) En esta dirección, SCHULHOFER, S. J., «What Does ‘Consent’ Mean?», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 59.

(82) Lo cual permite superar la siguiente objeción de GIMBERNAT ORDEIG, E., *op. cit.*: «aunque un comportamiento cumpla, formal y literalmente, la descripción de un tipo penal, no obstante no será punible, sobre la base de una elemental interpretación teleológica, si, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico que se quiere proteger con esa tipificación». Pese a que lo anterior resulta aplicable a todos los delitos de lesión, no puede predicarse con respecto a los delitos de peligro. Precisamente por ello, no estoy de acuerdo con dicho autor cuando afirma que «si la persona objeto de un acto sexual ha consentido libremente en él –aunque no lo haya hecho expresa, sino sólo tácitamente–, es imposible que quien ha practicado los actos sexuales, consentidos implícita, pero no explícitamente, pueda responder por un delito de agresión sexual intimidatoria, porque no se ha actuado contra la libertad sexual de la mujer (el bien jurídico protegido por esos delitos, como se ha encargado de identificar explícitamente el legislador)». Aunque es cierto que legislador identifica explícitamente la «libertad sexual» como bien jurídico protegido por el artículo 178.1 CP, no establece que dicho precepto contenga un delito de lesión. Y, por tanto, la ausencia de una lesión de la libertad sexual (debido al consentimiento interno de la víctima) no constituye un obstáculo para apreciar un delito de agresión sexual. Pues también actúa (o «atenta») contra la libertad sexual de otra persona quien pone en peligro

De todos modos, lo anterior no impide poner de manifiesto los problemas de proporcionalidad que implica castigar mediante el mismo tipo conductas que efectivamente lesionan el bien jurídico «libertad sexual» (aquellas en que no concurre consentimiento «interno») y conductas que solo lo ponen en peligro (aquellas en que sí concurre dicho consentimiento)(83). Tal y como indica Green, los tipos de esta naturaleza infringen «la proporcionalidad (vertical) al imponer el mismo castigo a actos que difieren significativamente en términos de ilicitud. Una persona que ha cometido lo que en esencia es un *malum prohibitum* será castigada como si hubiera cometido un *malum in se*, y viceversa»(84). Sin embargo, aunque incluir en un mismo tipo conductas de distinta gravedad pueda ser indeseable *de lege ferenda*, me parece que *de lege lata* puede solventarse fácilmente en el ámbito de la determinación judicial de la pena, dado que, tras la LO 10/2022, el delito de agresión sexual tiene un margen de pena muy amplio que, en su tipo básico, va desde una multa (art. 178.4 CP) hasta los cuatro años de prisión (art. 178.1 CP).

VI. ¿SOLO SÍ ES SÍ?: UNA REFLEXIÓN FINAL

De acuerdo con Ramos Vázquez, «los roles de género tienen una importancia capital en la percepción de los mensajes cruzados durante el acercamiento sexual», de modo que hombre y mujeres «tenemos distintas visiones del consentimiento, del modo en que este se expresa y, consecuentemente, de los actos de la otra persona que implican el consentimiento»(85). Esto hace que, tal y como indica Ferzan, «confiar en las interpretaciones masculinas de la conducta femenina para determinar su disposición sexual suele ser inconveniente. Los hombres son mucho más propensos a percibir un interés sexual inexistente»(86). Y dicha propensión a entender que hay consentimiento donde no lo hay es, sin duda, un problema relevante.

Una forma en que el Código penal puede hacerse cargo de dicho problema pasa por establecer una fórmula fija que, «al margen del contexto», determine en qué situaciones puede entenderse que existe consentimiento: ante un «sí» verbal, unas determinadas palabras, un

dicho bien jurídico. Y ello puede predicarse de cualquiera que realice un acto sexual sobre otro sin una manifestación clara de su consentimiento.

(83) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», *op. cit.*, p. 98.

(84) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 92.

(85) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, p. 245.

(86) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 416.

gesto en concreto, etc. Precisamente, este es el modelo propio de algunos campus universitarios estadounidenses(87). Y tiene la ventaja de ofrecer la máxima claridad posible en la comunicación sexual, reduciendo al mínimo el riesgo de malentendidos(88). Así, con un modelo de estas características, el silencio (o, mejor, la ausencia de dicha fórmula) nunca permitirá entender que existe consentimiento. Y esto impedirá que alguien pueda entender consentido un acto sexual realizado sobre una persona que se ha quedado bloqueada y, debido a ello, «es incapaz de expresar verbalmente su objeción a la conducta sexual, tal vez con la mirada perdida en el espacio, sin decir nada»(89).

Sin embargo, un modelo que solucione así el problema de la comunicación sexual pagará un precio demasiado alto: el de castigar todas las relaciones sexuales consentidas sin emplear dicha fórmula(90). Y teniendo en cuenta que, actualmente, la expresión del consentimiento sexual no se ajusta a fórmula alguna, el número de relaciones sexuales consentidas que deberían sancionarse sería totalmente inasumible. Pues, en este sentido, tiene razón Álvarez García cuando afirma que, en el ámbito sexual, «el otorgamiento del consentimiento [...] no admite rigidez en las formas»(91). Además, aunque es posible que, a la larga, la expresión del consentimiento sexual se ajuste a la fórmula legalmente prevista, por el camino se habrían castigado demasiados actos sexuales consentidos. Y, tal y como indica Ferzan, si castigamos «para provocar un cambio social o para proteger a las mujeres mediante la creación de normas profilácticas, entonces estamos castigando a personas que no son culpables de lo que realmente nos importa (el sexo no consentido) para lograr nuestro objetivo (una comunicación mejor y más precisa sobre el consentimiento)»(92).

En todo caso, el Código penal puede hacerse cargo del problema de la comunicación sexual de otra forma distinta: exigiendo que el consentimiento se exprese de una manera clara(93). Y, tal como indica Clara Serra, «no existen fórmulas preestablecidas para hacer que el consentimiento sea claro (tampoco el lenguaje verbal)», de modo que

(87) WESTEN, P., *op. cit.*, p. 76.

(88) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 414.

(89) GREEN, S. P., *op. cit.*, p. 81, aludiendo a los casos de «inmovilidad tónica».

(90) Lo que supondría una limitación relevante de la libertad sexual positiva. Sobre las tensiones entre la faceta positiva y negativa de la libertad sexual, SCHULHOFER, S. J., *op. cit.*, p. 54.

(91) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, p. 5.

(92) FERZAN, K. K., *op. cit.*, p. 421.

(93) Lo cual, por cierto, no solo puede lograrse a través de cláusulas como la del artículo 178.1 *in fine* CP, sino también (indirectamente) mediante la tipificación de las «agresiones sexuales imprudentes».

«la única forma de “aclarar” o verificar el consentimiento –o saber si estamos diciendo “sí” o “no”– pasa por interpretar el significado de nuestras palabras, gestos y actos en función de un contexto siempre particular»(94). En efecto, la determinación de qué es un «consentimiento claro» depende del contexto. Lo cual hace que un mismo comportamiento pueda ser una expresión clara de consentimiento cuando se produce en el contexto de una pareja estable y, en cambio, no serlo cuando se produce entre dos desconocidos(95). Así, aunque la regla general es que el silencio no constituye una expresión clara del consentimiento, determinados contextos podrán justificar una excepción a dicha regla(96). De modo que, tal como indica Dougherty, una «pareja casada pueda consentir en virtud de una omisión, siempre que en las circunstancias del caso esa omisión constituya un acuerdo inequívoco para mantener relaciones sexuales»(97). Y al revés: aunque la regla general es que un «sí» verbal a la propuesta de realizar un acto sexual constituya una expresión clara de consentimiento, determinados contextos también podrán justificar una excepción de dicha regla (por ejemplo, que dicho «sí» lo haya pronunciado una persona extranjera que está aprendiendo el idioma).

De todos modos, el hecho de que deba valorarse el contexto no significa que el Código penal se tome a la ligera el problema de la comunicación en el ámbito sexual. Pues dicho contexto no (solo) deberá valorarse para determinar la existencia de consentimiento, sino para constatar la concurrencia de un «consentimiento claro». Y dicha exigencia de claridad solo la encontramos en el ámbito de las relaciones sexuales. Lo cual implica que el legislador es consciente de los problemas de comunicación propios de la sexualidad. Y que, para mitigarlos, impone una exigencia de mayor claridad en el consentimiento; una exigencia de mayor claridad que, obviamente, se concretará de un modo u otro en función del contexto.

VII. CONCLUSIONES

La exigencia de actos que «expresen de manera clara la voluntad de la persona» (art. 178.1 *in fine* CP) no ha modificado el significado

(94) SERRA SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 18.

(95) DOUGHERTY, T., «Yes Means Yes», *op. cit.*, p. 253.

(96) SCHULHOFER, S. J., *op. cit.*, p. 63.

(97) DOUGHERTY, T., «Affirmative Consent and Due Diligence», *op. cit.*, p. 107.

del silencio en el ámbito sexual. Pues, en realidad, dicho silencio nunca ha tenido un único significado: ni antes de la LO 10/2022 equivalía siempre a un «sí», ni después de dicha ley equivale siempre a un «no». Precisamente por ello, el sentido del artículo 178.1 *in fine* CP no es acabar con la exigencia de que la víctima diga «no» para apreciar un acto sexual in consentido. Ni tampoco criminalizar todo acto sexual que no vaya precedido de un «sí».

Así pues, el artículo 178.1 *in fine* CP no supone ningún gran cambio de paradigma. Lo que, sin embargo, no significa que su relevancia sea meramente simbólica. En este sentido, interpretar que el artículo 178.1 *in fine* CP contiene una regla probatoria completamente trivial es, como mínimo, poco respetuoso con el legislador. Y no solo por interpretar la letra de la ley de un modo que la hace prácticamente irrelevante, sino también por no tomarse en serio su tenor literal. En tanto que el artículo 178.1 *in fine* CP requiere actos que «expresen “de manera clara” la voluntad de la persona» (y no, simplemente, que «expresen la voluntad de la persona»), su contenido no puede interpretarse como una regla probatoria. Pues, de ser así, dicha regla infringiría la presunción de inocencia.

El artículo 178.1 *in fine* CP no se dirige a los jueces (en particular), sino a los ciudadanos (en general). Y no determina cómo probar una agresión sexual, sino que, directamente, delimita qué es una agresión sexual. Así, tras la LO 10/2022, una agresión sexual ya no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento”» (art. 178.1 CP), sino un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona “sin su consentimiento manifestado libremente mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona”». De modo que, en vez de relajar el estándar probatorio del consentimiento, el artículo 178.1 *in fine* CP modifica la conducta prohibida por el delito de agresión sexual.

Para comprender correctamente el alcance del artículo 178.1 *in fine* CP debe advertirse que, pese a las apariencias, dicho artículo no define el consentimiento sexual. Pues cuando dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos [...]», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado el qué? Y, obviamente, la respuesta es «el consentimiento». Lo cual significa que, en realidad, el contenido del artículo 178.1 *in fine* CP es el siguiente: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente “el consentimiento” mediante actos [...]». Precisamente por ello, el artículo 178.1 *in fine* CP no define el consentimiento (pues no puede definirse una palabra con esa misma palabra), sino que añade un

requisito para que el consentimiento (oculto en la frase) determine la atipicidad de un acto sexual: su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Así, la atipicidad de un acto sexual dependerá de que concurran cumulativamente dos requisitos: el consentimiento («interno») y su manifestación mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Lo anterior obliga a castigar mediante el artículo 178.1 CP algunos actos sexuales que han sido consentidos «internamente»; es decir, algunos actos sexuales que no han lesionado el bien jurídico «libertad sexual». Sin embargo, la sanción de dichos actos no infringe necesariamente el principio de lesividad. Al fin y al cabo, realizar un acto sexual sobre una persona que no ha expresado claramente su consentimiento supone, como mínimo, poner en peligro su libertad sexual. Y ello basta para legitimar su castigo. Eso sí, asumiendo que, tras la LO 10/2022, el artículo 178.1 CP protege la libertad sexual (negativa) mediante un delito de peligro.

En todo caso, la exigencia de actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona comporta tres consecuencias prácticas relevantes. La primera consiste en transformar algunas tentativas en agresiones sexuales consumadas; concretamente, todas aquellas en que el autor cree que la víctima no consiente debido a que no lo ha manifestado mediante actos que expresen claramente su voluntad. Por ejemplo, cuando alguien «roba un beso» a un desconocido que, pese a no haber dado ninguna muestra de ello, quería secretamente recibirlo. La segunda consecuencia es convertir determinadas imprudencias en agresiones sexuales dolosas; en particular, aquellas en que el autor cree (erróneamente) que existe consentimiento, pero sabe que no concurre una expresión clara de dicho consentimiento. Finalmente, la tercera consecuencia práctica deriva de combinar las dos anteriores y, así, transformar algunas «imprudencias sin resultado» en agresiones sexuales dolosas y consumadas; concretamente, aquellas en que, a pesar de que la víctima consiente y el autor cree (razonablemente) que esto es así, no existe una manifestación clara de dicho consentimiento.

De todos modos, el principal objetivo del artículo 178.1 *in fine* CP consiste en reducir los errores en la comunicación sexual. Precisamente por ello, dicho precepto exige que el consentimiento sexual se exprese de una manera clara; es decir, de una manera que minimice el riesgo de incurrir en un error. Lo cual, sin embargo, no implica que todo acto sexual haya de ir inmediatamente precedido de un «sí», sino, simplemente, que debemos estar más seguros del consentimiento ajeno al realizar un acto sexual que al llevar a cabo otra clase de actos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 467-485.
- ALEXANDER, L., «The Ontology of Consent», en *Analytic Philosophy*, Vol. 5, Núm. 1, 2014, pp. 102-113.
- ALEXANDER, L., y HURD, H., y WESTEN, P., «Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty», en *Law and Philosophy*, Vol. 35, Núm. 6, 2016, pp. 655-660.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La libertad sexual en peligro», en *Diario La Ley*, Núm. 10007, 2022, pp. 1-20.
- BARON, M. W., «I Thought She Consented», en *Philosophical Issues*, Vol. 11, 2001, pp. 1-32.
- CANCIO MELIÁ, M., «Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 215-234.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», en *InDret*, Núm. 4, 2023, pp. 171-220.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-46.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Corcoy Bidasolo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 846-877.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 107-122.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y TRAPERO BARREALES, M. A., «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en Santana Vega, D.; Fernández Bautista, S.; Cardenal Montraveta, S.; Carpio Briz, D.; Castellví Monserrat, C. (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 545-570.
- DOUGHERTY, T., «Consent, Communication, and Abandonment», en *Law and Philosophy*, Vol. 38, Núm. 4, 2019, pp. 387-405.
- «Yes Means Yes: Consent as Communication», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 43, Núm. 3, 2015, pp. 224-253.
- «Affirmative Consent and Due Diligence», en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 46, Núm. 1, 2018, pp. 90-112.

- FARALDO CABANA, P., «Solo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en Acale Sánchez, A.; Isabel Miranda, A.; Nieto Martín, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, BOE, Madrid, 2021, pp. 265-279.
- «The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain», en *German Law Journal*, Vol. 22, Núm. 5, 2021, pp. 847-859.
- FERZAN, K. K., «Consent, Culpability, and the Law of Rape», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, pp. 397-440.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», en *Diario del Derecho*, 2022.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El Delito de agresión sexual en su configuración por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: comentario al artículo 178 del Código Penal», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 43, 2023, pp. 1-46.
- GREEN, S. P., «Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory», Oxford University Press, Oxford, 2020.
- GUERRERO, A., «The Epistemology of Consent», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 348-386.
- HÖRNLE, T., «The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment», en *German Law Journal*, Vol. 18, Núm. 6, 2017, pp. 1309-1330.
- HURD, H. M., «The Moral Magic of Consent», en *Legal Theory*, Vol. 2, Núm. 2, 1996, pp. 121-146.
- IGAREDA, N., «Las controversias sobre la Ley del “Sí es sí” sobre violencia sexual», en *Política Criminal*, Vol. 18, Núm. 36, 2023, pp. 564-590.
- LACKEY, J., «Sexual Consent and Epistemic Agency», en Lackey, J. (ed.), *Applied Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 321-347.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51-62.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual», en *Diario La Ley*, Núm. 10143, 2022, pp. 1-21.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-36.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma», en *Diario La Ley*, Núm. 10045, 2022, pp. 1-9.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2023, pp. 1-42.

- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «¿Cambio de paradigma o juego de espejos?», en *Juezas y Jueces para la Democracia*, Núm. 12, 2021, pp. 29-43.
- «¿Es posible garantizar la libertad sexual sin la reforma penal?», en *IgualdadES*, Núm. 5, 2021, pp. 487-517.
- RAMÓN RIBAS, E. y FARALDO CABANA, P.; «¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 79-94.
- RAMÓN RIBAS, E., «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en García Álvarez, P.; Caruso Fontán, M. V.; Rodríguez Ramos, M. (coords.), *Perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí»: Claves de la polémica*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 359-409.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de “solo sí es sí”», en *Teoría y derecho*, Núm. 34, 2023, pp. 230-255.
- SCHULHOFER, S. J., «What Does ‘Consent’ Mean?», en Hörnle, T. (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 54-88.
- SERRA SÁNCHEZ, C., *El sentido de consentir*, Anagrama, Barcelona, 2024.
- SRINIVASAN, A., *El derecho al sexo*, trad. Inga Pellisa, Anagrama, Barcelona, 2022.
- TADROS, V., *Wrongs and Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- TOMÉ GARCÍA, J. A., «La ley del “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba», en *La Ley Penal*, Núm. 159, 2022, pp. 1-17.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022)», en Agustina, J. (dir.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 21-36.
- TUERKHEIMER, D., «Affirmative Consent», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 13, 2016, pp. 441-468.
- WESTEN, P., *The Logic of Consent*, Routledge, New York, 2004.