

CONSENTIMIENTO SEXUAL: UNA PRIMERA CARTOGRAFÍA DE PROBLEMAS PROBATORIOS EN EL PROCESO PENAL

SEXUAL CONSENT: A PRELIMINARY MAPPING OF EVIDENTIARY ISSUES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

JESÚS EZURMENDIA-ÁLVAREZ* **

RESUMEN

Este trabajo aborda la importancia del consentimiento sexual en los procedimientos penales relacionados con delitos sexuales, destacando su complejidad de cara a su corroboración en juicio. En lo principal, trata de presentar una primera exploración de las dificultades de la prueba del consentimiento sexual en procesos penales que cuentan con regímenes de prueba racional. Se subraya cómo ha evolucionado la comprensión del consentimiento sexual, en circunstancias que supone la aceptación de características como su dinamismo, especialidad, retractabilidad y, especialmente, el elemento contextual para la determinación de su existencia. Asimismo, presenta una primera aproximación a problemas particulares de su prueba en juicio tales como el escaso acervo probatorio, los riesgos de la injusticia epistémica y la dificultad de generar generalizaciones empíricas para casos específicos en contextos íntimos y personales. Se busca, a su vez, una exploración del derecho comparado y reformas legislativas penales al consentimiento sexual

* Abogado. Magíster en Derecho Procesal, University College of London, Inglaterra. Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco, Leioa, España. Profesor Asistente, Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jezurmendia@derecho.uchile.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0616-2823>.

** Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación FONDECYT de Iniciación N° 11240029, titulado “Justicia, Definitividad y Clausura: nuevas perspectivas teóricas de las reglas de cosa juzgada en el proceso civil, de cara a la justicia civil contemporánea”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), del cual el autor es investigador responsable.

Trabajo recibido el 27 de mayo de 2025 y aceptado para su publicación el 23 de diciembre de 2025.

en jurisdicciones en que el tema ha sido posicionado en la agenda legislativa y social como fuente relevante para la discusión. En ese tránsito, se esbozan como conclusiones preliminares que las características distintivas del consentimiento sexual, especialmente su *contextualidad*, dificultan su prueba, especialmente en legislaciones de modelo afirmativo.

Palabras clave: consentimiento sexual, derecho probatorio, proceso penal, prueba racional, inclusión de la prueba, inferencias, presunciones

ABSTRACT

This paper addresses the importance of sexual consent in criminal proceedings related to sexual offences, highlighting its complexity with regard to its corroboration at trial. Principally, it seeks to present an initial exploration of the difficulties involved in proving sexual consent in criminal proceedings that operate under regimes of rational proof. The text underscores how the understanding of sexual consent has evolved, considering the acceptance of characteristics such as its dynamism, specificity, retractability, and, particularly, the contextual element in determining its existence. It also presents an initial approach to specific challenges in proving consent during trials, such as the limited availability of evidence, the risks of epistemic injustice, and the difficulty of generating empirical generalizations for specific cases in intimate and personal contexts. Additionally, the study seeks to explore comparative law and criminal legislative reforms on sexual consent in jurisdictions where the issue has been placed on the legislative and social agenda as a relevant source for the discussion. In that process, it is outlined as a preliminary conclusion that the distinctive characteristics of sexual consent, particularly its contextual nature, make it difficult to prove, especially in jurisdictions adopting an affirmative consent model.

Keywords: sexual consent, evidence law; criminal justice; rational evidence; introduction of evidence, inferences, presumptions

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos más complejos en la sustanciación de procesos penales relativos a delitos sexuales suele recaer sobre la prueba del consentimiento sexual o, en su caso, la falta de éste. Se trata de uno de los nudos críticos que tanto la dogmática penal como los operadores del sistema de justicia penal más han discutido y que, sin embargo, no parece haber sido tomado tan en cuenta por la teoría de la prueba

A su turno, diversos actores de la sociedad civil han apuntado a darle un rol central al consentimiento en la configuración de las relaciones sexuales, trazando con ello el límite entre el sexo y el delito¹. Por su parte, existen en data reciente convenios internacionales como el *Convenio de Estambul* o el *Comité de Monitoreo para la Implementación de la CEDAW* (N°35) que han recomendado adecuar la legislación penal para centrarla en un modelo en que la agresión y los delitos sexuales orbiten en función del concepto de consentimiento y se muevan desde un modelo negativo hacia uno de consentimiento positivo o *affirmative consent*.

Sin embargo, la prueba de la existencia del acto volitivo por el cual se consiente en cualquier tipo de interacción sexual sigue siendo compleja, dejando adecuaciones culturales, etarias y sociales como distintos parámetros en la configuración de cómo se consiente una relación sexual, atendido que no siempre es expresada verbalmente. Probar la existencia de consentimiento sexual afirmativo, cuando no existe en la mayoría de los encuentros sexuales una declaración explícita, supone un desafío epistémico complejo para el proceso penal —esencialmente asimétrico— en casos complejos con poca disponibilidad de evidencia o escenarios de retractación.

Así, este artículo pretende lidiar con las dificultades probatorias requeridas para inferir la existencia de consentimiento sexual desde actos externalizados por parte de las víctimas y de los imputados y, a su vez, intentar encontrar una solución a la dificultad epistémica que presenta la prueba de la retratación sexual en contextos de bajo acervo probatorio disponible.²

La propuesta se presenta como un ensayo exploratorio, sin fines conclusivos, en los que la pregunta central orbita en función de si es posible probar el consentimiento sexual en el proceso penal, y en tal caso qué rol cumpliría el razonamiento probatorio, especialmente el inferencial en relación a su esencial contextualidad.

En ese intento, se explorarán las posibilidades que existen para construir generalizaciones empíricas de acuerdo con el contexto sexual de los hechos investigados y su conexión con regularidades inductivas y las dificultades que los diversos entornos culturales, etarios y sociales imponen. Desde ese prisma, se enfrentará a construcciones que ya han sido descritas por la teoría de la prueba, como la dificultad del testimonio único, la injusticia epistémica de las víctimas y la dificultad de la prueba de los estados mentales.

Para lograr dichos fines resultará indispensable intentar conceptualizar el

¹ Para el rol del consentimiento en la teoría del delito: ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Thomson Reuters. Santiago. 2014.

² LEVAND, Mark, “Consent at cross-cultural communication: navigating consent in a multicultural world”, *Sexuality & Culture*, 2020, Vol. 24, N°3, p. 837.

consentimiento sexual desde diversas áreas de la ciencia jurídica, que sirven de complemento al derecho procesal, probatorio y penal sustantivo.

A su vez, se expondrá cómo el reconocimiento legal de nuevos modelos normativos penales centrados en el consentimiento legal, tanto en Chile como en el derecho comparado, puede ser o no de utilidad para la configuración del consentimiento sexual y se ejemplificará con casos particularmente complejos, como de retractación y *stealth*, en tanto prácticas altamente complejas para su evaluación probatoria.

II. CONSENTIMIENTO SEXUAL, UN PROBLEMA DE CONTORNOS

Definir el consentimiento sexual resulta una tarea compleja, no siendo el derecho (ni penal ni procesal) el área del conocimiento que más se ha dedicado a su estudio y construcción teórica. El consentir una determinada relación sexual ha sido investigado por la filosofía política, la antropología, la sociología y críticamente problematizado por los estudios de género y las teorías legales feministas.

En ese contexto, resulta difícil darle un contorno específico al concepto de “consentimiento sexual”, existiendo diversas y valiosas aproximaciones desde variadas ramas de las ciencias sociales que a menudo se consideran complementarias o incluso intercambiables, pero, también, muchas veces incompatibles. De cualquier modo, resulta insoslayable que el consentimiento sexual ocupa un lugar capital en la construcción de la sexualidad moderna, y para los fines de este estudio, del derecho penal que se encarga de la protección de los bienes jurídicos libertad, autodeterminación e indemnidad sexual.³ De esta manera, la existencia de un acto volitivo que pueda considerarse consensual supone la diferencia dirimente entre que un determinado acto con algún grado mayor o menor de contenido o actividad sexual sea lícito -como sinónimo de impune- o sea penalmente reprochable con sanciones que suelen encontrarse en el espectro superior del rango de penas de los códigos criminales.⁴

Es en ese sentido que, como ha dicho Hurd, el consentimiento lo cambia

³ Para un análisis de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal chilena en los delitos sexuales véase: MAÑALICH, Juan Pablo, “la violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Ius et Praxis*, 2014, Vol. 20 N°2; COX, Juan Pablo, “Variaciones sobre lo protegido en el delito de violación”, en: CARNEVALI, Raúl (Ed.), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2023. pp. 863-876.

⁴ HOVEN, Elisa, “Fundamento y límites del consentimiento”, en: SZENKMAN, Agustina (Trad.), *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023. p. 48.

todo, pudiendo transformar “violar en hacer el amor”, o un hurto en un regalo y un “secuestro en una excursión”, simplemente porque ha mediado la volición de estar de acuerdo en que dicho acto acontezca dentro de nuestra esfera de control y autonomía.⁵ Se trata de un dispositivo conceptual que altera casi metafísicamente la realidad y las consecuencias jurídicas de prácticamente cualquier acto.⁶

2.1.- Una construcción compleja

En los últimos años, unos de los avances civilizatorios más reconocibles en materia penal y procesal penal ha sido la re-arquitectura de los delitos sexuales y su enjuiciamiento criminal en una trayectoria que orbite siempre en función de este verdadero concepto bisagra o comodín.⁷ Se han descartado situaciones comisivas o circunstancias contextuales que primaban por sobre el consentimiento, o que entendían que este no era posible de desdecir o revocar, tal como la existencia de un vínculo matrimonial entre víctima e imputado, asociando la actividad sexual al débito conyugal o al denominado deber “de cohabitación y procreación” que conlleva el matrimonio.⁸ Así, hoy, la existencia de hechos de carácter sexual sancionables por el derecho depende de que haya existido o no consentimiento de la víctima,⁹ y parte importante de las disputas y defensas planteadas por los imputados responden a cuestionar el relato de la víctima en función de sostener que la relación sexual ha contado con su anuencia.¹⁰

En ese contexto, legislaciones comparadas han consolidado el tránsito expuesto para poner “el consentimiento al centro” de la tipificación de los delitos

⁵ HURD, Heidi, “The moral of consent”, *Legal Theory*, 1996, Vol. 2, N°2, p. 122.

⁶ Para un estudio notable y reciente, dentro una investigación sobre consentimiento y delitos sexuales véase el trabajo de COX, Juan Pablo, “Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual Deseo, voluntad y consentimiento”. *Política Criminal*. 2025, Vol. 20 N° 40, pp. 25-56.

⁷ COX, Juan Pablo, “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla”, *Política Criminal*. 2018, Vol 13, n° 26, pp. 658-659.

⁸ BRITO, Sonia; BASUALTO, Lorena; POSADA, Margarita, “consentimiento sexual y afectivo desde las voces de las mujeres estudiantes de educación superior en Chile”, *Última década (U. Chile)*, 2023, Vol. 31, n°61, p. 135.

⁹ SANTIBÁÑEZ, María Elena. “El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda”. En: MAYER, Laura; VARGAS, Tatiana (Eds.), *Mujeres en las ciencias penales*. Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp.403-447.

¹⁰ En ese sentido la doctrina penal chilena sostiene que la falta de consentimiento en sí misma es “condición necesaria, pero no suficiente” de la tipicidad en los delitos sexuales regulados en el artículo 361, en tanto requiere que la conducta, sin consentimiento, se subsuma dentro de las hipótesis comisivas de dicha norma. Véase: Cox, cit. (n. 7); también: MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 196-201

de violencia sexual en sus respectivos códigos penales.¹¹ Así por ejemplo ocurre desde 2003 en Reino Unido con la *Sexual Offences Act* 2003 (SOA 2003), en la que se intenta dar un tratamiento moderno centrado en el consentimiento afirmativo y actitudinal,¹² o el caso español con la relativamente reciente Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la Libertad Sexual (LO 10/2022), también conocida como “ley del solo sí es sí” que supone visibilizar políticamente el consentimiento sexual,¹³ adecúa el artículo 178 del Código Penal español al estado actual del debate jurídico-político respecto a la autonomía y libertad sexual.¹⁴

Esta tendencia, reconocida en varios países de la Unión Europea, pretende dar efecto a nivel doméstico al *Convenio de Estambul*,¹⁵ y explicitar un enfoque centrado en prevenir y sancionar la violencia sexual contra grupos vulnerables, especialmente mujeres y niñas.¹⁶ Del mismo modo, a este lado del atlántico se ha visto un fenómeno similar, por ejemplo, en la Ley SB 967 del 2014 de California, Estados Unidos,¹⁷ o la regulación canadiense respecto a los delitos sexuales.¹⁸ En

¹¹ Véase: NUÑO, Laura, “Los requisitos para la validez del consentimiento sexual al debate, igualdades, n°10, 2024, p. 256; ALTUZARRA, Itziar, “El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual”, *Oñati socio-legal series*, 2023, Vol.13, n° 1, pp. 318-346; ÁLVAREZ, Silvina, “El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios”, *jueces para la democracia*, 2022, N°105, pp. 35-52. En el caso alemán, destaca la reforma de 2016 al § 177 inc. 1 StGB, en que se adecúa el rol del consentimiento, o su falta, pero centrado en un modelo de “no es no”, en lo que Hoven califica como la creación de un deber de comunicación de la víctima de su no-consentir. HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas, “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”. *Kriminalpolitische Zeitschrift*. 2018, Vol. 3, pp. 156-161.

¹² HERRING, Jonathan, “The sexual offences act 2003 England and Wales”, en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual Assault: Law reform in comparative perspective*, Oxford Academic, Oxford, 2023.

¹³ COBO, Rosa, “El consentimiento y sus sombras patriarcales”, *IgualdadES*, 2024, n° 10, p. 321.

¹⁴ COCA, Ivo, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2023, n° 3, p. 433. La autora sostiene que la norma se refiere a “la tesis ahora dominante, tanto en la discusión jurídico-penal como iusfilosófica, según la cual el delito de agresión sexual protege la autonomía o libertad sexual (negativas), esto es, el derecho de toda persona a no participar en relaciones de carácter sexual no deseadas”.

¹⁵ CONSEJO DE EUROPA, “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, 2011, en línea: <https://rm.coe.int/1680464e73> [visitado el 10/09/24].

¹⁶ Véase: NUÑO, cit. (n. 11), p. 256. Para un detalle de otras legislaciones, puede consultarse el notable artículo de IGAREDA, Noelia, “Las controversias sobre la Ley del “sí es sí” sobre violencia sexual”, *Política Criminal*, 2023, Vol. 18, N° 36, en especial pp. 577-580.

¹⁷ PÉREZ, Yolíniztli, “California define que es consentimiento sexual”, *Sexualidad, salud y sociedad*, 2017, N°25. Como plantea la autora: “La norma sostiene que, para ser válido, la aquiescencia debe ser explícita, afirmativa, consciente, voluntaria y la existencia de un noviazgo no debe asumirse como indicador implícito de consentimiento”

¹⁸ MUKAI, Tomoya; PIOCHI, Chantal; SADAMURA, Masashiro; TOZUKA, Karin; FKUSHIMA, Yui; AIZAWA, Ikuo,

el mismo sentido, en Chile han existido iniciativas para modificar y modernizar la legislación sobre delitos sexuales, tanto a nivel sustantivo como procesal, incluyendo la reciente entrada en vigencia de la Ley N° 21.675, Ley integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra toda mujer, en razón de su género.¹⁹

En ese tránsito, muchos y muy exhaustivos trabajos teóricos han intentado delinear ciertas definiciones y características del consentimiento sexual,²⁰ así como algunas iniciativas legislativas han propuesto definiciones legales que buscan dar algún tipo de certeza.²¹ Sin perjuicio de las críticas que dichas iniciativas puedan despertar debido a su limitado alcance, su restrictividad normativa o la falta de reconocimiento de asimetrías estructurales en la construcción de una noción liberal de consentimiento,²² existen ciertas coincidencias en doctrina, jurisprudencia y legislación en cuanto a determinados requisitos o características distintivas de un consentimiento sexual jurídicamente relevante. En estas concepciones se bascula hacia un rol central de la voluntad de los partícipes en los actos sexuales, y en cómo esa voluntad debe manifestarse de forma positiva o afirmativa (por ello se le denomina “solo sí es sí”).²³

En dicha tarea, una de las primeras conclusiones solidificadas en el Derecho es que el concepto iusprivatista de consentimiento como un acuerdo de voluntades que genera vínculos obligacionales no puede ser utilizado en el contexto del

“Comparing attitudes toward sexual consent between Japan and Canada”, *Sexes*, 2024, N°5, pp. 46-57.

¹⁹ Publicada el 14 de junio de 2024.

²⁰ COX, cit. (n. 4); COX, cit. (n. 5); MAÑALICH, Juan Pablo, “Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal”, en FLORES, Allen; ROMERO, Anthony (Dir.), *Tendencias actuales del derecho penal*, Idemsa, Lima, 2019, pp. 35-49. En España: CASTELLVÍ, Carlos, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Cuestiones Generales. Agresiones sexuales. Agresiones sexuales a menores de 16 años. Provocación sexual”, en: CORCOY, Mirentxu (Dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 3ª ed., pp. 273-314.

²¹ Véase el artículo 178 del Código Penal español o la sección 74 de la SOA 2003 en Inglaterra y Gales.

²² Para un estudio claro del rol de consentimiento en la teoría del delito en Chile: MAÑALICH, cit. (n. 20). También: SCHLACK, Andrés, “El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán”. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2012, Vol.19, n° 2, pp.275-298. Desde los feminismos jurídicos han existido importantes críticas a este supuesto concepto matriz que supone un plano de igualdad inicial entre los sujetos hacia una relación sexual, sin tener en cuenta las diferencias estructurales ni patrones histórico-culturales que suponen siempre un sesgo patriarcal en la concepción (neo) liberal del consentimiento. Así, el consentimiento se presenta como una “estrategia patriarcal para legitimar el dominio masculino en el terreno de la sexualidad con el argumento de la libertad”. MACKINNON, Catharine, “Hacia una teoría feminista del Estado”, Cátedra, Madrid, 1995, pp. 223-225. Véase. ALTUZARRA, cit. (n. 11), p. 328; COBO, cit. (n. 13), p. 323.

²³ ÁLVAREZ, Silvina, “La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual”, *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 2023, N°47, p. 374.

consentimiento sexual. Por lo tanto, debe renunciarse a la tentación invasiva del derecho civil en tanto presentar sus construcciones como alternativa,²⁴ toda vez que las características del “*meeting of the minds*” entre un oferente y un aceptante en una transacción comercial de servicios responde a bienes jurídicos diversos, de diferente valor social y jurídico. Así, por ejemplo, la regulación de sus vicios y sanciones de ineficacia -que malamente podrían aplicarse a un encuentro sexual consumado- o los principios de efecto relativo y fuerza obligatoria.²⁵

Como ha señalado ÁLVAREZ, pese a los desacuerdos sobre los extremos de una conceptualización del consentimiento, existe consenso en cierto objeto común entre la doctrina que permite intentar un concepto que lo defina como:

“Consentir una relación sexual es participar de la misma sin que haya mediado coacción ni amenaza, intimidación o prevalimiento, es decir, cuando ha existido libertad genuina de participación, expresada a través de una manifestación de la intención de llevar a cabo o dejar que se lleven a cabo por parte de otra persona actos de índole sexual”.²⁶

Para la autora, los desacuerdos más relevantes sobrevienen respecto a qué actos o comportamientos deben entenderse como manifestación de dicho consentimiento,²⁷ por lo que resulta indispensable concluir que su averiguación tendrá siempre un carácter contextual, que ÁLVAREZ sostiene se vinculan a elementos “espaciales, temporales y relacionales”.²⁸

Por su parte existen dos concepciones pertinentes de consentimiento, correspondientes a momentos diferentes del estudio de la libertad sexual y que pueden agruparse en dimensiones de consentimiento como permiso unilateral, por un lado,²⁹ o consentimiento como disposición bilateral por el otro.³⁰

²⁴ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 374.

²⁵ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 375; GONZÁLEZ, María y NUÑO, Laura, “De la idea de padre a la parte: una aproximación crítica desde los feminismos jurídicos al proceso civil como adjudicación masculina”, en: EZURMENDIA, Jesús, *Principios de Justicia Civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 78-83.

²⁶ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 373. En el mismo sentido, véase WILLIS, Malachi; SMITH, Rebecca, “Sexual Precedent’s Effect on Sexual Consent Communication”, *Archives of Sexual Behavior*, 2022, Vol. 48, N° 6.

²⁷ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 375.

²⁸ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 375.

²⁹ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 376.

³⁰ PINEAU, Lois “Date Rape: A Feminist Analysis”, en HALWANI, Raja; HELD, Jacob; MCKEEVER, Natasha; SOBLE, Alan (Eds.), *The Philosophy of Sex. Contemporary Readings*, Rowman & Littlefield Publishers, Reino Unido, 2013, p. 464.

La primera entiende el consentimiento como una habilitación o permiso otorgado por el titular de un bien jurídico para que otro sujeto desarrolle una conducta o acción que afecta a quien concede dicho permiso o autorización.³¹ A contrafraz de moneda, la concepción como disposición bilateral orbita en función del consenso, dejando de lado la idea de la cesión o autorización dada por un agente en un momento específico, y plantea que se trata de un consentimiento cooperativo, mutuo y comunicativo, lo que permite evaluarlo en forma dinámica y constante mediante lo que Pineau denomina *check-ups* constantes, que sirven de testeo en el avance de todo lo que podríamos denominar el *iter* sexual.³²

Este *iter* supone que es posible distinguir en las experiencias sexuales una etapa pre-sexual consistentes en “intercambios, gestos, actitudes, palabras u otras formas de manifestación del interés o deseo por la otra persona”³³ y una “etapa sexual”, considerada como contactos sexuales propiamente tal, y que se vincula a la genitalidad de al menos uno de los intervinientes y que abarca un espectro amplio de interacciones más invasivas y explícitas.³⁴ Estas últimas interacciones sexuales suelen ser las que se vinculan a la punibilidad penal, sin perjuicio de que la división de la significancia sexual de los actos pre-sexuales no es *per se* atípica.

Esta posibilidad de testeo constante, además de provenir de una noción de sexualidad colaborativa y mutua, permite un mejor análisis de los problemas probatorios que se plantean en este trabajo. De la misma manera, supone no solo la aspiración de la sociología jurídica y los estudios de la sexualidad, sino que la intención de la regulación penal en diversas reformas, muchas de ellas derivadas de cambios jurisprudenciales, en los que se ve al consentimiento sexual a través de prismas más modernos. La premisa, podría sostenerse, es que entre mejores controles de permanencia de consentimiento a medida que avanza el *iter* sexual, menos posibilidades de vulneración de la libertad sexual.

Lo anterior, facilita la idea asentada en muchas legislaciones penales de la construcción de una suerte de razonabilidad sexual al momento de evaluar lo que los sujetos que entran en interacción sexual pueden legítimamente haber considerado como consentido de acuerdo con las circunstancias contextuales y las formas de manifestación de dicho consentimiento.³⁵ Ello permite, en último término,

³¹ HURD, cit. (n. 5), p. 37; ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 375.

³² PINEAU, cit. (n. 30), p. 465.

³³ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 363.

³⁴ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 363.

³⁵ BURGÍN, Rachael, “Persistent narratives of force and resistance: Affirmative consent as law reform”, *British Journal of Criminology*, 2019, Vol. 59, N° 2; Dowds, Eithne, “Redefining consent: rape law reform, reasonable belief, and communicative responsibility”, *Journal of Law and Society*, 2022, Vol. 49, N° 4; PÉREZ, cit. (n. 17).

construir un estándar normativo de qué es lo razonable como diligencia sexual de acuerdo con el caso concreto y las formas de manifestación del consentimiento y su interpretación por quienes intervienen.

2.2.- Características del consentimiento sexual

Como se ha mencionado más arriba, el consentimiento sexual resulta un tema de difíciles acuerdos generales, pero ello no obsta a que existan conclusiones intermedias a su respecto, es decir, cuestiones en las que todos se encuentran contestes. En ese esfuerzo, diversa literatura e instrumentos internacionales han intentado explicitar características especiales del consentimiento (por ejemplo, ONU mujeres y el Convenio de Estambul).³⁶ Estas características se describen a continuación de forma funcional a la premisa de este trabajo, problematizar la prueba del consentimiento en juicio, en tanto dichos atributos permitirán visibilizar en el apartado siguiente dichas dificultades. De este modo, se pueden estimar como distintivas del consentimiento sexual las siguientes características:

a) *Tiene un contenido u objeto sexual*. Aunque parezca obvio, se trata de un acto volitivo que tiene como objeto la realización de actos que, pudiendo tener diversa intensidad comparten esencialmente un elemento central: la realización de actos de naturaleza y significancia sexual. Algunos autores sostienen que el consentimiento sexual requiere, esencialmente también, contacto corporal, pero no parece indispensable en hipótesis intimidatorias en que la víctima es obligada a realizar actos de significancia sexual contra su voluntad sin que haya contacto corporal con ninguna otra persona.³⁷ La naturaleza sexual, por otro lado, es indiscutible en cuanto a requisito, pero no por eso meridianamente clara en cuanto a estar presente. Tal como hemos dicho, en la distinción previa entre

³⁶ Véase: ONU MUJERES, “Cuando se trata de consentimiento, no hay límites difusos”, 2019, disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/feature-consent-no-blurred-lines> [visitado el 10/09/24]. Para una visión general de las líneas de prevención de la violencia sexual y las características del consentimiento de Unesco, Unicef y OMS véase MIELE, Cécile; MAQUIGNEAU, Aurélie; JOYAL, Christian; BERTSCH, Ingrid *et al*, “International guidelines for the prevention of sexual violence: A systematic review and perspective of WHO, UN Women, UNESCO, and UNICEF’s publications”, *Child Abuse Neglect*, 2023, Vol. 146. En la literatura véase FEATHERSTONE Lisa; BYRNES, Cassandra; MATURI, Jenny; MINTO, Kiara; MICKELBURGH, Renée; DONAGHY, Paige, *The limits of consent. Sexual assault and affirmative consent*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2024.

³⁷ CASTELLVÍ, Carlos, “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2023, Nº 4, p. 195. Con ello no sostienen que actos sin contacto corporal sean impunes, pero que existe consentimiento viciado, lo que supone un problema epistémico volitivo distinto que no se abordará en este trabajo. Un ejemplo que pone el propio autor es obligar a una víctima a masturbarse u observar la masturbación de otra persona bajo amenaza, coacción o intimidación.

etapas pre-sexual y sexual propiamente tal, existen actos que no parece puedan ser desconocidos en cuanto a su naturaleza, en especial los relativos a un nivel de corporalidad mayor, como el acceso carnal o el contacto genital, pero habrá otros que permanezcan en cierto nivel de indeterminación y en el que existen consensos sociales que pueden ser determinantes para establecer dicha naturaleza sexual.³⁸ Como sostienen CORRÊA y RENZIKOWSKI, la naturaleza sexual de un acto es siempre una forma de manifestación cultural,³⁹ y a tal respecto debería entenderse la naturaleza sexual como acto comunicativo. Asimismo, en esta determinación juegan un rol preponderante los denominados libretos o *scripts* sexuales, en tanto patrones culturales asociados a paradigmas sociales predominantes que determinan las etapas, gestos y movimientos del comportamiento intersubjetivo de las personas en un determinado tipo de acto sexual.⁴⁰

b) *Debe ser libre y exento de vicios*. Aunque no es uniforme, toda vez que algunos teóricos consideran que el consentimiento viciado sería ausencia de voluntad, a nivel legislativo se ha reconocido que el consentimiento sexual debe ser entregado de forma libre, sin coacción o amenaza y sin que intervenga fuerza de ningún tipo.⁴¹ De ello se colige que en un modelo de delitos contra la libertad sexual que se centra en el consentimiento, la coacción y la fuerza impidan *per ser* dicho consentimiento y por lo tanto sean punibles.

c) *Siempre es contextual*. El comportamiento sexual de las personas no responde al de los acuerdos privados explícitos,⁴² sino que se trata de actos comunicativos y performativos que se desenvuelven en un escenario específico y en el que la manifestación de voluntad de los intervinientes está inevitablemente sujeta al contexto en el que se desarrolla. La información contextual cumple una función dual, la primera permite excluir contextos de contacto físico -incluso genital- que no pueden caracterizarse como sexuales (como ocurre con controles urológicos y ginecológicos),⁴³ y, luego, como criterio interpretativo de la manifestación misma

³⁸ Por ejemplo, contacto con otras zonas consideradas como erógenas, o besar a otra persona.

³⁹ CORRÊA, Beatriz; RENZIKOWSKI, Joachim, “el concepto de acto de naturaleza sexual en el derecho penal”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, N° 1, pp. 155-158. Los autores sostienen: “las dimensiones culturales y normativas de lo “sexual” suelen permanecer ocultas, en primer lugar, porque son banales y, en segundo lugar, porque están profundamente arraigadas en los respectivos órdenes culturales, políticos y económicos de las sociedades”.

⁴⁰ SIMON, William; GAGNON, John, “Sexual scripts”, *The future of advanced societies*, 1984, vol. 22, pp. 53-60.

⁴¹ ÍÑIGO, Elena, “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2022, Vol. LXXXV, pp. 168-170.

⁴² WILLIS, Malachi; JOZKOWSKI, Kristen, “Sexual precedent’s effect on sexual consent communication”, *Archives of sexual consent*, 2019, vol. 48, n° 6, pp. 1723-1734.

⁴³ CASTELLVI, cit. (n. 37), p. 210.

del consentimiento. En dicha construcción contextual se subsumen estructuras sociales generalmente asimétricas que juegan roles predeterminados en las expectativas de comportamiento conforme a ejes como género, orientación sexual y origen étnico.⁴⁴

d) *Es dinámico y continuo*. El consentimiento puede variar durante la actividad sexual según cambien las circunstancias, la intensidad o la propuesta. De ello se sigue que su continuidad resulta indispensable no solo en tanto a que esté presente, sino a que se vaya comprobando o actualizando constantemente. Adicionalmente, el ánimo de seguir participando del acto puede cambiar y ello es suficiente para que deba cesar.⁴⁵ Por ello, la noción de acto de disposición bilateral examinado precedentemente es tan relevante, pues permite ir ampliando -y restringiendo- aquello en lo que se consiente a cada momento, manteniendo siempre la posibilidad de cesación absoluta e inmediata.

e) *Es esencialmente retractable*. El consentimiento sexual siempre puede retractarse. Esta característica supone que, sin perjuicio de haber consentido un determinado acto de naturaleza sexual, una persona siempre puede querer detenerse, en ejercicio de su autonomía y libertad/autodeterminación sexual, no teniendo deber alguno de seguir adelante si ha cesado su deseo, intención o comodidad con lo que está ocurriendo.⁴⁶

f) *Es unilateral (absoluta)*. Hoy en día el consentimiento se entiende como un ejercicio de la libertad y la autonomía de quien decide participar de un encuentro de naturaleza sexual, y no como una manifestación de la propiedad de un sujeto sobre otro a quien el primero debe un hábito o compromiso sexual.⁴⁷ Como consecuencia del literal anterior, no requiere más que la voluntad de una de las personas para cesar, no se requiere que la intención de detener un acto sexual sea recibida y evaluada intersubjetivamente, sino simplemente comunicada, cuestión diametralmente distinta al consentimiento y sus consecuencias en el derecho privado o en los acuerdos transaccionales.

g) *Es específico*. La voluntad de participar en actos de naturaleza sexual es siempre específica y, junto con ser dinámica e ir actualizándose, comprende

⁴⁴ MORENO, Claudia, “Consentimiento sexual. Una propuesta de análisis feminista y sociológico”, *Estudios sociológicos*, 2024, Vol. XLII, N° 42, p. 7. A su vez, los contextos socioestructurales de vida condicionan las posibilidades de despliegue de marcos de sentido que permitan interpretar los diferentes escenarios sexuales, así como las condiciones que habilitan o restringen la autonomía en las decisiones personales.

⁴⁵ AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María-Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Política Criminal*, 2020, Vol. 15, N°30, p. 558.

⁴⁶ Véase la discusión sobre retractación o retirada en: OBERMAN, Michelle, “Two Truths and a Lie: In re John Z. and Other Stories at the Juncture of Teen Sex and the Law”, *Law & Social Inquiry*, 2013, Vol. 38, N° 2, p. 384.

⁴⁷ FEATHERSTONE *et. al*, cit. (n. 36), p. 12.

aquello que particularmente se ha consentido, no debiendo existir una idea de consentimiento sexual general o abstracto de cláusulas abiertas que puede significar actos o prácticas diversas de aquellas a las que se ha decidido tomar parte. Consecuencia de lo anterior, es que puedan imponerse condiciones para consentir o consentimiento condicional donde se acepte la realización de actos sexuales específicos bajo ciertos requisitos o características en su realización.⁴⁸ Así por ejemplo quien está de acuerdo en que un acto sexual que comprende una penetración (como acceso carnal) lo haga mediante la utilización de un preservativo lo hace bajo esa específica condición, y en caso de no respetarse se actuaría sin consentimiento.

III. PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL Y DIFICULTADES DE QUE SEA SIEMPRE CONTEXTUAL

Con este telón de fondo, el centro de este trabajo dice relación con la acreditación en juicio de la existencia de dicho consentimiento como forma de excluir la configuración del delito. Debe dejarse claro que, por tratarse del contexto judicial, el proceso supone un conjunto de reglas institucionales que regulan todo lo relativo a dicha actividad de corroboración,⁴⁹ desde la forma de obtención de los elementos de juicio, su inclusión (o exclusión), su sistema y forma de valoración, así como la manera en que dicha evidencia debe rendirse en la audiencia de juicio. De la misma manera, el contexto institucional distribuirá quien soporta los riesgos y cargas de producir dicha evidencia y el umbral de suficiencia al que estarán sometidas dichas conclusiones probatorias, en un proceso en que existe la presunción de inocencia (como regla de prueba y regla de juicio) y un estándar de prueba de más allá de toda duda razonable.⁵⁰

La mayoría de los delitos sexuales se comete en contextos de intimidad, en circunstancias de particular cercanía entre la víctima y el imputado y en los que las características de la interacción sexual dejan poco espacio al levantamiento

⁴⁸ La discusión sobre las motivaciones no se considera como una condición, sin perjuicio de que la literatura haya discutido sobre ella y su vínculo con el vicio de la voluntad, por ejemplo, la promesa de amor o matrimonio como motivo por el cual se consiente. Véase: CASTELLVI, cit. (n. 37), p. 186.

⁴⁹ BAYON, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 2010, Vol. 2, N°4, p. 7. También Véase GASCÓN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 2025, N° 28, p. 128. FERRER, Jordi, *Valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 38

⁵⁰ ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal Law*, 2ª edición, Oxford University Press, 2020, pp. 96 y 220.

de evidencia testimonial o audiovisual de alguna clase,⁵¹ siendo generalmente un enfrentamiento entre relatos de los intervinientes, en el que solo en algunos casos puede existir prueba pericial científica de la conducta sexual misma. Sumado a esta complejidad del escenario comisivo, el consentimiento sexual a probar supone, como señala ÁLVAREZ, que dicha tarea “pivota sobre la búsqueda o indagación en torno al estado de disposición mutua” de los sujetos que intervienen en la actividad sexual tanto en etapas pre-sexuales como sexuales propiamente tales.⁵²

Ese cometido puede verse expuesto a la construcción viciada del razonamiento probatorio en diversas sedes o estadios procesales, pero teniendo como eje común la posibilidad latente de contaminación por estructuras mentales espurias o “atajos mentales” como los prejuicios,⁵³ estereotipos o libretos.⁵⁴ Desde ese punto de vista, la construcción de una sexualidad y práctica sexual de las víctimas que responda a una arquitectura basada en estereotipos aparece rápidamente en el mapa de peligros en diversos momentos de la actividad probatoria.⁵⁵

Por ello, creemos que la prueba que sirva para sostener la existencia de un “consentimiento previo” o invitación a la sexualidad, como el tipo de vestimenta, tipo de ropa interior, maquillaje, tratamiento de belleza y toda la evidencia audiovisual deberá ser rigurosamente examinada en la etapa de conformación del material probatorio bajo criterios de pertinencia e idoneidad, que permitan su exclusión en tanto no resulten adecuados para aportar elementos de juicio que permitan la corroboración del consentimiento.⁵⁶ Esta discusión, entendida como el deber de un actuar libre de estructuras estereotipadas en todas las etapas de la actividad probatoria ha sido ya latamente discutida por parte de la literatura probatoria, procesal y de género,⁵⁷ dando pie a una reflexión en la que se busca

⁵¹ DI CORLETO, Julieta, “La valoración de la prueba en casos de violencia de género” en: HAZAN, Luciano; PLAZAS, Florencia (Coord.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Editores del Puerto Buenos Aires, 2015; ARAYA, Marcela, “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, N° 32, p. 43.

⁵² ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 42.

⁵³ ORDOÑEZ, Gonzalo, “Narrativa y narración en el relato audiovisual: apuntes para la distinción de forma y contenido (tema central)”, *Uru. Revista de comunicación y cultura*, 2018, N°1, p. 72.

⁵⁴ SCHAUER, Frederick, *Profiles, probabilities and stereotypes*, The Belknap Press of Harvard University Press, United States, 2003, p. 15. También en TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 156.

⁵⁵ ARENA, Federico, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2016, Vol. 29, n°1, p. 53.

⁵⁶ ARAYA, cit. (n. 51), p. 43.

⁵⁷ Véase ARENA, cit. (n. 55); RAMÍREZ, José, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal de la perspectiva de género”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2019, Vol.1.

que la construcción de ideas preconcebidas asociadas a la conducta previa de las víctimas y sus formas de vida no deben considerarse en la noción de víctima que el sistema ha construido durante mucho tiempo.⁵⁸

De la misma manera, la etapa de valoración de la prueba en sistemas racionales de evidencia impone el deber de construir inferencias probatorias de orden epistémico que se vean libres de contaminación en su razonamiento.⁵⁹ Es decir, el enlace que supone la máxima de la experiencia como generalización empírica debe estar erigida bajo estrictos criterios de racionalidad inductiva, que no permita la intromisión de construcciones espurias sobre la sexualidad ni la forma de las relaciones sexuales entre las personas,⁶⁰ especialmente teniendo presente la característica de que el consentimiento sexual es dinámico, siempre retractable y eventualmente condicionado.

Parte de la literatura que se ha dedicado al estudio del consentimiento sexual ha sostenido que *thema probandum* es si todas las circunstancias que rodean el *iter* sexual pueden razonablemente desprenderse que dicho consentir sea afirmativo, constante y no retractado.⁶¹ De esa forma, los sentenciadores pueden construir un estándar de diligencia sexual en concreto que supone un obrar razonable y diligente de cara a las relaciones sexuales,⁶² y, por alteridad, si dicho umbral de comportamiento no ha sido seguido en el caso específico.⁶³

Esta noción normativa del consentimiento supone una salida para un problema complejo de la prueba del consentimiento sexual, y es que, sin perjuicio de las posibilidades explícitas o implícitas de manifestación exterior y perceptible, se trata en último término de una cuestión que limita con ser un estado mental, como ha sido descrito por estudios empíricos recientes, un consentimiento “mental” que puede o no coincidir con manifestaciones exteriores verbales o no verbales.⁶⁴ Para establecer esto debemos centrarnos en una concepción contextual

⁵⁸ BOYCE, Kathleen; Hust, Stacey; Li, Jiayu; Kang, Soojung; Garcia, Ariana, “Sexual Scripts and Sexual Consent: Gender Stereotypes, Music-Media Messages, and Sexual Consent Expectancies Among College Men and Women”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2023, Vol. 38, N° 15-16, p. 9265.

⁵⁹ GONZÁLEZ, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en: GARCÍA, Juan Antonio; BONORINO, Pablo (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. 87-88.

⁶⁰ CARBONELL, Flavia, “Presunciones y razonamiento probatorio”, en: EZURMENDIA, Jesús (Dir.), *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 380; 399.

⁶¹ JOZKOWSKI, Kristen, “Yes mean yes”? Sexual consent policy and college students”, *Change. The magazine of Higher Learning*, 2015, Vol. 47, N° 2, p. 19.

⁶² DOWDS, cit. (n. 35).

⁶³ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 43.

⁶⁴ MUEHLENHARD, Charlene, “The complexities of sexual consent”, *SIECUS Report*, 1996, Vol. 24, N° 2.

del consentimiento sexual y no el averiguamiento de un estado de conciencia, que difícilmente podría considerarse como objeto de prueba. Como sugiere GONZÁLEZ LAGIER, la prueba de los estados mentales se presenta como una de las cuestiones más difíciles para la teoría de la prueba, siendo la propia existencia de éstos hasta cierto punto discutible.⁶⁵ La prueba de los estados mentales está sometida a una abierta discusión tanto entre juristas como epistemólogos y neurocientíficos y la intrínseca dificultad de asir las ideas del fuero interno tiende a normativizar dichos conceptos, tal como ocurre con la prueba del dolo, la *afectio societatis* y la buena fe subjetiva, en la que las manifestaciones exteriores y contextuales permiten la inferencia de su existencia.

3.1.- Contextualidad para la construcción de razonabilidad y diferencias culturales, etarias y de género

El reconocimiento de la dimensión contextual del consentimiento sexual supone una herramienta indispensable para la actividad de corroboración que a su respecto debe verificarse en el proceso.⁶⁶ En ese escenario, la prueba de la existencia del consentimiento se asocia a la prueba de los elementos en que dicho consentimiento ha podido ser exteriorizado y, a su turno, comprendido por parte del otro sujeto. El problema principal es que dichas manifestaciones pueden construirse inferencialmente según contextos que no son siempre interpretables de forma estática o normativa, sino que deberá estarse a las representaciones que los involucrados tengan a tal respecto. Así, un determinado acto de significancia pre-sexual puede ser indiciario de consentimiento en determinados contextos, mas no en otros, o interpretado por determinados agentes como afirmativo y suficiente y por otros como insuficiente, dudoso o derechamente inexistente.

Por ello, debe problematizarse una concepción de lo que se supone sea “normal en el sexo” para poder cuestionar el contexto del consentimiento y cómo ha sido entendido.⁶⁷ Como señala DOWDS, suele creerse que el consentimiento puede

⁶⁵ GONZÁLEZ, Daniel, “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de ‘sentido común’”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2022, N°3. El autor intenta una definición “sin embargo, transitando hacia su posibilidad de conceptualización para fines de su corroboración puede sostenerse que son clasificables “entre (a) voliciones (como los deseos y las intenciones), (b) cogniciones (creencias, conocimientos), (c) percepciones y sensaciones, (d) estados afectivos (emociones, estados de ánimo) y (d) actos mentales (planear, deliberar, decidir, etc.)”

⁶⁶ En ese contexto estudios recientes muestran que la contextualidad como una dimensión específica de la actividad sexual es indispensable para establecer la licitud-punibilidad de la conducta más allá de centrarse en el consentimiento como expresión de la mera autonomía. Por ejemplo, en lo que denomina “a context-sensitive approach to rape” Véase: DOWDS, cit. (n. 28), p. 41.

⁶⁷ Este problema se presenta incluso en estudios empíricos en los que la metodología apunta a un conjunto

inferirse del comportamiento, pero ello supone aceptar cierto nivel de convenciones sociales acerca del sexo que estudios recientes demuestran menos compartidas de lo esperado,⁶⁸ por ejemplo, desde un punto de vista de género o edad, lo que por un sujeto es percibido como un “Sí”, por otros es percibido como “ausencia de NO”.⁶⁹ Naturalmente, entre mayor sea el contexto cultural, social, personal y etario que los sujetos compartan, existirán más posibilidades de que existan dichas convenciones, pero no por eso desaparecen todos los riesgos.⁷⁰

Estudios interculturales han mostrado una enorme disparidad en las formas en que las personas entienden se manifiesta consentimiento, o derechamente qué actos pre-sexuales pueden interpretarse como consentimiento en diversos entornos culturales.⁷¹ Ejemplos de lo anterior son frases relativamente abiertas que pueden tener pautas comunes sujetas a parámetros normativizados, pero que pueden ser interpretados con distintos niveles de intensidad, tales como “¿quieres ir a mi habitación?” o “¿quieres ir a mi casa a ver Netflix?” El alcance respecto del significado asociado al consentimiento sexual de esas dos preguntas no será la misma entre adolescentes de 14 a 17 años,⁷² estudiantes universitarios y personas retiradas sobre 70 años.⁷³ De la misma manera no tendrá igual alcance en todas las culturas religiosas ni sociales. De esta forma, quien interpreta una conducta como manifestación de consentimiento debe conocer normas sociales del otro sujeto para una mejor interpretación, pero no solo de cómo se consiente sexualmente conforme a esas reglas, sino también a cómo se comunica la sexualidad.⁷⁴

Un ejemplo de diferencias dentro de una misma sociedad ocurre en la denominada cultura universitaria de diversos países en que, pese a la disponibilidad de información, existen códigos culturales que suponen la existencia de consentimiento cuando se exigen actos de significancia sexual como mecanismo de ingreso a una fraternidad, grupo deportivo o social como parte de rituales de iniciación en la vida universitaria que se encuentran normalizados y considerados

normativo y reducido de comportamientos considerados sexuales para el trabajo empírico. Véase WILLIS, Malachi, *Nuances of sexual consent*, Routledge, New York, 2022, pp. 10-12.

⁶⁸ DOWDS, cit. (n. 35), p. 836.

⁶⁹ DOWDS, cit. (n. 35), p. 836. En el mismo sentido véase LEVAND, cit. (n. 2), p. 836.

⁷⁰ LEVAND, cit. (n. 2), p. 836.

⁷¹ EDWARDS, Jessica; REHMAN, Uzma; BEDI-PADDA, Taranjot; BYERS, Sandra, “Key themes in community participants’ definitions of sexual consent and their association with sexual consent attitudes and behaviours”, *Sexuality & Culture*, 2024.

⁷² ÁLVAREZ, cit. (n. 16), p. 363.

⁷³ LEVAND, cit. (n. 2), p. 840.

⁷⁴ LEVAND, cit. (n. 2), p. 844.

esperables y habituales que no son cuestionados por las propias víctimas,⁷⁵ sino que considerados como parte del proceso de integración en la universidad.⁷⁶

A su turno, casos de diferencias culturales relevantes pueden citarse como ejemplo en causas con imputados pertenecientes culturas diversas. En Chile, un imputado por el delito de violación de una menor sostuvo como estrategia de defensa un error de tipo pues formaba parte de un pueblo originario aislado mayormente de la sociedad chilena, en el que la disponibilidad sexual de una mujer se inicia con la menarquía, y que las consideraciones propias de la cultura hegemónica del resto del país suponían una imposición de cosmovisión por parte de una cultura ajena a la de él, que incluían su aproximación a la sexualidad entre los habitantes de su comunidad.⁷⁷

A su turno, en Rapa Nui se acusó de violación a un miembro de la comunidad por raptar y violar a una turista francesa, lo que generó la solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley N°16.441 que establece un régimen penal diferente para integrantes de la comunidad Rapa Nui, por parte del tribunal que conocía de la causa. En este caso, como señalan VILLAVICENCIO Y ZÚÑIGA, se presentaron diversos informes antropológicos y *amicus curiae*, entre los cuales destaca el del Consejo de Ancianos que sostenía, como explica el autor: “la cosmovisión cultural Rapa Nui respecto de la sexualidad y el erotismo se aparta de la moral sexual cristiana (dominante en la legislación chilena de la época) y concibe el ejercicio de la sexualidad como algo natural, igualitario y libre, sin más límites que los impuestos por la costumbre”.⁷⁸ De esa forma, la concepción del consentimiento difiere de la visión occidental, ya que “El uso de la fuerza en las relaciones sexuales no estaría completamente prohibido en la cultura Rapa Nui, existiendo ciertas formas de violencia toleradas (la denominada “fuerza grata”) para vencer la oposición del otro al acto sexual”.⁷⁹

Los estudios de género son los que mejor han visibilizado las diferencias culturales en la construcción de contextos para interpretar el consentimiento sexual.

⁷⁵ HEALY, Siobhán; O’ROURKE, Theresa; O’HIGGINS, Siobhán, *et. al*, “Using communication stories to explore how young people draw on sexual scripts when making sense of sexual consent”, *Sexuality & Culture*, 2023, Vol. 27, N° 4.

⁷⁶ Para un estudio en Chile: BRITO, Sonia; BASUALTO, Lorena; POSADA, Margarita, “Consentimiento sexual y afectivo desde las voces de mujeres estudiantes de educación superior en Chile”, *Última Década*, 2023, Vol. 31, N° 61. En Reino Unido véase: MUEHLENHARD, cit. (n. 64).

⁷⁷ Tribunal Oral de Temuco, Rit 101-2005. Véase DEL VALLE, Carlos; AGÜERO, Claudio, “Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando Modified Wigmorean Analysis (MWA)”, *Ius et Praxis*, 2009, Vol. 15, N° 1.; CARBONELL, cit. (n. 60).

⁷⁸ VILLAVICENCIO, Luis; ZÚÑIGA, Yanira, “El caso de la ‘Ley Pascua’. Un enfoque más allá del todo o nada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2022, Vol. 35, N° 1, p. 170.

⁷⁹ VILLAVICENCIO y ZÚÑIGA, cit. (n. 79), pp. 170-171.

Desde dicho punto de vista hay consenso respecto a una división entre hombres y mujeres en lo relativo a la construcción de la sexualidad y el consentimiento.⁸⁰ Fundado en construcciones patriarcales, la invisibilización del deseo sexual de las mujeres ante la normativización de la sexualidad masculina como la regla,⁸¹ y los roles de género asignados culturalmente, se impone a las mujeres un rol de “guardianas” de su sexualidad, en donde el consentimiento es dado por ellas ante una proposición que siempre viene de los hombres, que tienen como tarea y objetivo doblegar dicho rol de “gatekeeper” y obtener la autorización de sus contrapartes mujeres.⁸² Como ha descrito Halwani, existe una arquitectura de la sexualidad femenina como “reflejo de los deseos sexuales de los varones”,⁸³ lo que deriva en la sexualidad centrada en un protagonismo masculino como parámetro o medida, lo que ostenta el riesgo, finalmente, de que los hombres definan lo que es consentimiento.⁸⁴

De esta manera, la mencionada construcción de una razonable creencia en la existencia de consentimiento estará contaminada bajo la noción de que, por ejemplo,⁸⁵ ha sido la mujer -víctima- quien ha fallado en comunicar su falta de consentimiento, asumiendo una falsa idea de igualdad de cara al encuentro sexual entre hombres y mujeres.⁸⁶ Ejemplos como el caso “la manada” en España pueden ser particularmente ilustrativos. En dicha sentencia hay desacuerdo entre los integrantes del tribunal colegiado sobre cuál es la conducta típica de acuerdo con la existencia de violencia o intimidación (agresión sexual o violación de acuerdo a las normas penales vigentes en ese momento), pero, además, sobre la interpretación de los hechos conforme a la prueba rendida. Se trata de un video grabado por los propios perpetradores,⁸⁷ en el que un voto de minoría llega hasta concluir que no existe delito porque de las imágenes se desprende que existe consentimiento,

⁸⁰ CORDOBA, Gabriela, “Contribuciones a la noción de consentimiento sexual desde un enfoque de género”, *Regiones y desarrollo sustentable*, 2024, Vol. XXIV.

⁸¹ Desde ese punto de vista véase ALTUZARRA, cit. (n. 5), p. 338.

⁸² WILLIS y SMITH, cit. (n. 19), pp. 12-13.

⁸³ HALWANI, “Sex and sexuality”, en ZALTA, Edward (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, Metaphysics Research Lab, 2020.

⁸⁴ ALTUZARRA, cit. (n. 11), p. 328.

⁸⁵ HOVEN y WEIGEND, cit. (n. 11), pp. 157-158

⁸⁶ TOMÁS, Sonia, “Cultura de la violación y justicia patriarcal: Una revisión conceptual del consentimiento sexual y su impacto en el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial”, *Educación Multidisciplinar para la Igualdad de Género*, 2023, N° 5, pp. 56-59. Para una reflexión sobre el prisma político de la construcción de esta igualdad base de la idea misma de consentimiento véase: ALTUZARRA, cit. (n. 5), pp. 334-338.

⁸⁷ FARALDO-CABANA, Patricia, “The wolf-pack case and the reform of sex crimes in Spain”, *German Law Journal*, 2021, Vol. 22, N° 5, p. 854.

incluso gozo “en un contexto de alegría y jolgorio”, por parte de la víctima que está siendo violada reiteradamente por 5 desconocidos en un portal de Pamplona.⁸⁸

Este problema de una valoración diferente del mismo acto por hombres y mujeres, que Álvarez describe como “doble estándar sexual”, supone una diferenciación por género en lo que se entiende como sexualidad, sus manifestaciones y, consecuencialmente, en un consentimiento -más o menos afirmativo- que sea comprendido por la pareja sexual.⁸⁹ De la misma manera, se hacen presente los *sex-scripts* ya descritos en tanto expectativas de comportamiento de mujeres y hombres ante una determinada situación sexual como canon de interpretación de las manifestaciones externas del consentimiento.⁹⁰ Como consecuencia de ello, se configuran generalizaciones empíricas que responden a lo “esperable” de cada persona en su vida y conducta sexual de acuerdo a una asignación por género, lo que supone una desigualdad jurídica de cara a la valoración de la prueba, en tanto se mide con parámetros diferentes dicha conducta. Es decir, el mecanismo de enlace –la máxima de la experiencia– se construye sobre una asignación social espuria y normativa de cómo debe comportarse un hombre o una mujer en el sexo. Esto supone romper una premisa elemental de la prueba racional, como señala Ferrer, debe existir, como axioma del derecho probatorio que un conjunto de pruebas no puede servir para justificar tanto una absolución como una condena;⁹¹ y en este caso los mismos hechos no podrían ser considerados como consentimiento en caso de una mujer y falta de este en caso de un hombre o viceversa.

A su turno, el razonamiento inferencial respecto a la contextualidad en las que se erige la manifestación de consentimiento suele ser mediada por sesgos o simplemente ignorancia en la construcción de generalizaciones empíricas.⁹² La teoría de la prueba describe como un elemento central del razonamiento probatorio la construcción de inferencias probatorias, en las cuales el ejercicio de racionalidad permite concluir como probado un enunciado sobre los hechos a partir de otro enunciado fáctico al que sí se tiene acceso -al que se denomina premisa o indicio-.⁹³ El tránsito de una pieza de conocimiento -la conocida- a la otra -la que se aspira a conocer- vendrá dada por un enlace, que en el caso de las inferencias epistémicas

⁸⁸ Audiencia provincial de Navarra, Sentencia Nº 000038-2018, pp. 366-337.

⁸⁹ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), pp. 352-355. La autora refiere acertadamente a la literatura de estudios empíricos y de diversas ramas del conocimiento en los que se funda para la explicación del concepto.

⁹⁰ SIMON y GAGNON, cit. (n. 33); ÁLVAREZ, cit. (n. 16), p. 357.

⁹¹ FERRER, Jordi, *Prueba sin convicción*, Marcial Pons, Barcelona, 2025, p. 140

⁹² EZURMENDIA, Jesús, “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, 2020, Vol.47, Nº1; CARBONELL, cit. (n. 53).

⁹³ GAMA, Raymundo, *Las presunciones en el derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; CARBONELL, cit. (n. 60).

será una máxima de la experiencia o un conocimiento científico.⁹⁴ Así, la visión masculinizada o simplemente feble científicamente de consentimiento sexual y la fisiología de las mujeres ha permitido que las defensas de agresores sexuales intenten construir una regularidad empírica que sirva de enlace en su propuesta de inferencia probatoria, para intentar justificar la existencia de consentimiento, o al menos, de la razonable creencia del imputado de su existencia.

Como ejemplo se ha dado la tesis de la “reacción fisiológica” de la víctima como un indicio de consentimiento. Se sostiene, en términos simples, que existe consentimiento porque se ha probado una reacción fisiológica, como las condiciones de lubricación y dilatación vaginal o la lordosis lumbar durante un acceso carnal,⁹⁵ para inferir que existe excitación sexual de la víctima, y, por lo tanto, consentimiento.⁹⁶ Este tránsito de reacción fisiológica – excitación – consentimiento se planteó tanto en el caso “la manada” como en la acusación de violación contra el ex futbolista Dani Alves,⁹⁷ ambos casos en España, y da cuenta de una estrategia probatoria habitual en causas penales en diversas jurisdicciones.⁹⁸ Al respecto, se intenta utilizar una cadena inferencial de dos pasos, el primero entre reacción fisiológica como indicio de excitación y el segundo partiendo desde dicha excitación para concluir consentimiento. En ese devenir, ambas máximas de la experiencia (ME) se fundan en febles generalizaciones empíricas que desconocen que la reacción fisiológica de una víctima no es un acto volitivo controlable,⁹⁹ que no está necesariamente asociada a un estado de excitación y que puede, incluso, tratarse de un mecanismo de protección ante una agresión física.¹⁰⁰ Luego, el

⁹⁴ CARBONELL, cit. (n. 60); GONZÁLEZ, cit. (n. 61).

⁹⁵ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), pp. 352-355

⁹⁶ Si bien la reacción fisiológica involuntaria que permite el mismo argumento también puede producirse en hombres víctimas de violencia sexual, la enorme mayoría de los casos la defensa se plantea respecto ataques a mujeres. Para un estudio acabado de la reacción en casos de violencia sexual contra hombres véase: BULLOCK, Clayton; BECKSON, Mace, “Male victims of sexual assault: phenomenology, psychology, physiology”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2011, Vol. 39, N° 2.

⁹⁷ Véase: VALDÉS, Isabel, “Los mitos de la cultura de la violación en el juicio a Alves: del ‘no dijo que no’ a las lesiones vaginales”, *El País*, 09.02.2024, en línea: <https://elpais.com/sociedad/2024-02-09/los-mitos-de-la-cultura-de-la-violacion-en-el-juicio-a-alves-del-no-dijo-que-no-a-las-lesiones-vaginales.html> [visitado el 10/09/24].

⁹⁸ SUSCHINSKY, Kelly; LALUMIÈRE, Martin, “¿Prepared for anything?: An investigation of female genital arousal in response to rape cues”, *Psychological Science*, 2010, Vol. 22, N° 2.

⁹⁹ MAS, Manuel, “Fisiología de la respuesta sexual femenina: actualización”, *Revista Internacional de Andrología*, 2007, Vol. 5, N° 1.

¹⁰⁰ BANDA, Samuel, “la lubricación femenina como sinónimo de consentimiento en los delitos sexuales: un paradigma que se debe romper”, 2018, en línea: <http://crimentropia.com.mx/la-lubricacion-femenina-como-sinonimo-de-consentimiento-en-los-delitos-sexuales-un-paradigma-que-se-debe-romper> [visitado el 10/09/24]: “el componente físico es completamente involuntario y consiste en un aumento de la presión

segundo eslabón de la cadena supone que, de la excitación, que ya es inferida del paso anterior, siempre existirá consentimiento, planteando una visión reduccionista de la complejidad de la sexualidad que ha sido desmentida por la ciencia.¹⁰¹

Primera inferencia:

P1: Reacción fisiológica del cuerpo/genitalidad de la víctima “A” > Hecho base.

P2: Las personas tienen reacciones fisiológicas/genitales solo cuando están excitadas sexualmente > 1º ME.

C1: “A” está excitado/a.

Segunda inferencia:

P1: “A” está excitado/a > C1.

P2: Las personas se excitan sexualmente cuando consienten contacto/actividad > 2º ME.

C2: “A” ha consentido.

3.2.- Un problema de testimonio único e injusticia epistémica

En los delitos sexuales la víctima suele enfrentarse a la dificultad de un relato único que no suele tener mucha posibilidad de corroboración, especialmente atendido el contexto de comisión de estos delitos.¹⁰² Entonces, la víctima enfrenta un doble problema. Primero, debe lograr acreditar con su relato (a veces como único elemento de juicio) la veracidad de la preposición de cargo, con las dificultades que hemos mencionado respecto al contexto de clandestinidad e intimidad que rodea su comisión. Pero, adicionalmente, debe enfrentarse a la desconfianza del sistema en su credibilidad, en la falibilidad del relato de quien es testigo de su propia posición fáctica de cara al proceso, al cuestionamiento de su narración a lo largo del procedimiento, al esperable tránsito de cuestionamiento por parte de la defensa y a la estructura del sistema que desconfía del relato único.¹⁰³

hidrostática de los capilares de la mucosa vaginal inducido por los nervios autónomos pelvianos y la concentración de estrógenos, esto determina el paso de líquido de los capilares al espacio extracelular, el cual supera la capacidad de absorción del epitelio vaginal y ello constituye el líquido de lubricación”.

¹⁰¹ CHIVERS, Meredith; RIEGER, Garulf; LATTY, Elizabeth; BAILEY, Michael, “A sex difference in the specificity of sexual arousal”, *Psychological Science*, 2004, Vol. 15, Nº 11.

¹⁰² DI CORLETO, cit. (n. 51).

¹⁰³ HERDY, Rachel; CASTELLIANO, Carolina, “¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2023, Vol. 9, Nº 1, p. 103. Las autoras sostienen la existencia de una verdadera “deflación” de sus experiencias de violencia machista. Adicionalmente, vale la pena mencionar, las

Lo anterior ha sido descrito por FRICKER como injusticia epistémica testimonial, consistente en “un prejuicio que hace que un hablante sea minusvalorado y percibido como epistémicamente inferior (discriminación directa)”,¹⁰⁴ que emana de la identidad social de un determinado individuo, al que mediante esta desconfianza se le discrimina, restándole credibilidad debido a una cuestión que en este caso es estructural, atendido la aproximación del proceso penal al testimonio de la propia víctima y la construcción que la sociedad y el derecho han llevado a cabo de la sexualidad y el consentimiento sexual bajo determinados cánones. Es decir, la víctima que desconoce el consentimiento en los términos tradicionales o normativos (para sostener que no lo ha otorgado) o que se ha comportado sexualmente fuera de su expectativa estereotipada (normativamente) es vista con sospecha y descreída, contaminando la potencial utilidad del contenido epistémico de su declaración con los problemas del descrédito social y procesal en tanto agente.

Desde esta perspectiva, las expectativas sociales, mediadas por pautas culturales, son particularmente relevantes, pues el nivel de desconfianza epistémica y el grado corroborativo del testimonio único irán en directa relación con lo que se espera socio-culturalmente de la conducta de una víctima de delito sexual, regida por ejes de edad, género, origen social y antecedentes culturales.¹⁰⁵ Así, la conducta asociada a la víctima ideal difiere entre una adolescente, una mujer adulta, una adulta mayor y una trabajadora sexual migrante.¹⁰⁶

A su turno, en los casos en que se puedan intentar utilizar criterios de respaldo al testimonio único en elementos de contexto, la característica de retractilidad y dinamismo de dicha voluntad pueden, lejos de ayudar, perjudicar dicho relato,¹⁰⁷ en los casos en que exista evidencia que permita inferir un consentimiento previo explícito que la víctima luego sostiene haber retirado. Es decir, la víctima incorpora en su relato la existencia de consentimiento sexual en un determinado momento, pero la controversia orbita en función de que, en algún punto, este habría sido retractado. Ello genera un problema de dos extremos: por un lado, si la víctima no menciona en su relato la experiencia completa que contiene la primera etapa

víctimas pueden sufrir un nuevo eje de desconfianza epistémica denominada “hermenéutica” asociada a la intangibilidad o dificultad de dar sentido a su propia experiencia de cara a explicarla en el proceso judicial (pp. 106-112).

¹⁰⁴ FRICKER, Miranda, “Conceptos de injusticia epistémica en evolución”, *Las torres de Luca. Revista Internacional de Filosofía Política*, 2021, Vol. 10, N° 19, p. 97.

¹⁰⁵ EZURMENDIA, Jesús; GONZÁLEZ, María Ángeles; CARBONELL, Flavia, “Me llaman calle: trabajo sexual e injusticia epistémica”, *Revista de Derecho (Concepción)*, 2023, Vol. 91, N° 253, p. 40.

¹⁰⁶ SAUL, Jennifer, “Implicit bias, stereotype threat, and epistemic injustice”, en: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS, Gaile (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, Routledge, New York City, 2017, pp. 235-242.

¹⁰⁷ RAMÍREZ, cit. (n. 57).

sí consentida, omite información que puede ser eventualmente obtenida por otro medio de prueba o mediante las preguntas realizadas por la defensa, exponiéndose a que, como consecuencia, su credibilidad sea puesta entre dicho y aquella parte del relato que sostiene la retractación del consentimiento, considerada como feble. Por otro lado, si entrega detalles exhaustivos que dan cuenta de haber participado activamente en una primera etapa consentida, aportando información que incumba su propio comportamiento, podría dificultar la prueba de la retractación, pues al ser específica tiene en contra todos los elementos de contexto “pro-consentimiento” que harán muy difícil acreditar la retractación más allá de toda duda razonable.

3.3.- Construcción de generalizaciones “particulares” en casos de consentimiento sexual en parejas y compañeros sexuales habituales

La construcción de la sexualidad destaca como el que posiblemente sea el contexto más íntimo dentro de la vida de las personas, especialmente en parejas afectivo-sexuales, en las que se desarrollan dinámicas altamente específicas y particulares en torno a la sexualidad y sus formas de vinculación física, las que serán diversas entre todas las parejas, e incluso al interior de la pareja durante el tiempo de vigencia de una relación que se prolonga en el tiempo.

Lo anterior, resulta extraordinariamente difícil cuando el imputado sostiene que, conforme a dicha dinámica, y a su experiencia en la pareja, le era razonable representarse la existencia de consentimiento, incluso deseo sexual, por parte de la víctima. Lo anterior estriba en la construcción de una suerte de “máximas” de experiencia de cada pareja, cuyos elementos tienden a ser difícilmente probados.

La evidencia empírica sostiene que la pregunta explícita por consentimiento sexual es mucho más habitual en estado tempranos de las relaciones de pareja, pero va desapareciendo tendencialmente conforme la relación se va consolidando y extendiendo en el tiempo, estableciendo sus propias formas de comunicación.¹⁰⁸ Quien deba llevar adelante la averiguación de los hechos deberá tener presente esta dificultad, toda vez que, como sostiene Álvarez, se trata de situaciones específicamente configuradas en las que deberá determinarse su alcance y significado entre los integrantes del vínculo,¹⁰⁹ para de esa manera poder subsumir la conducta debatida dentro de la regularidad que se construye.

Esta dificultad ha sido definida por varios autores como “precedente sexual” entre parejas sexo-afectivas regulares en sus encuentros sexuales y se asocia a que existe una ratio inversamente proporcional entre la experiencia sexual entre

¹⁰⁸ WILLIS y JOZKOWSKI, cit. (n. 42), p. 1724.

¹⁰⁹ ÁLVAREZ, cit. (n. 23), p. 365. La autoría recurra a la idea de “concepto interpretativo” de Dworkin que podría ser de utilidad.

dos personas y la búsqueda afirmativa y explícita de consentimiento, es decir, la contextualidad basada en la regularidad toma un rol aún más relevante.

Esta dinámica extraordinariamente privada supone que para la discusión sobre consentimiento en un caso específico de acto sexual deban construirse generalizaciones empíricas *ad hoc* propias de la vida de cada pareja, es decir, el precedente de cada relación, en la que no es posible pesquisar el comportamiento sino por el aporte de los propios involucrados en su cotidianidad sexual, lo que incluye muchas veces la ausencia de mensajes explícitos, sino gestos, miradas, rutinas, tiempos y espacios que suelen ser imposibles de acreditar más allá del testimonio de quienes las comparten, sin que exista información periféricas ni de contexto que sirva de apoyo.

Como dificultad añadida a lo anterior, estudios sexológicos y sociológicos coinciden en una percepción potencialmente peligrosa para las víctimas, y es una subversión del deber de comunicación, a saber, entre mayor experiencia y precedente sexual se construye la idea de que existe un consentimiento primario o basal y que corresponde a quien no quiere repetir su participación en un evento específico manifestar su negativa al caso concreto,¹¹⁰ lo que supone desplazarse de la idea afirmativa del “solo sí es sí” hacia una centrada en la resistencia y explicitación del “NO”, creando una suerte de inferencia de existencia que consentimiento entre los participantes, una suerte de “presunción de sí, salvo que me digas que no”.¹¹¹

IV. REGULACIÓN COMPARADA Y SOLUCIONES LEGISLADAS: USO DE INFERENCIAS PROBATORIAS NORMATIVAS COMO DISPOSITIVOS DE FACILITACION PROBATORIA

Como se ha descrito a lo largo de este trabajo, las notorias dificultades de la prueba judicial del consentimiento sexual, en especial atendidos sus elementos de contexto, hacen de esta una tarea jurídica y epistémicamente compleja. Como una forma de combatir estas vicisitudes probatorias, legislaciones comparadas han optado por diversos mecanismos de facilitación de evidencia para intentar simplificar la tarea. Para ello, una de las herramientas más utilizadas son las presunciones legales rebatibles o derrotables.

Una presunción legal se erige como un mecanismo de razonamiento inferencial consagrado normativamente en una ley o en un canon jurisprudencial que puede ser descrito como una inferencia probatoria normativa.¹¹² En el caso

¹¹⁰ MUEHLENHARD, cit. (n. 65).

¹¹¹ WILLIS y JOZKOWSKI, cit. (n. 42), p. 1732.

¹¹² CARBONELL, cit. (n. 60); GAMA, cit. (n. 94).

de las inferencias probatorias normativas, el puente epistémico entre la premisa o indicio y la conclusión viene dado por una norma de carácter vinculante que debe ser insertada en el razonamiento probatorio del juez para arribar a la conclusión.¹¹³ Las presunciones no obtienen su fortaleza de la construcción del enlace (típicamente una máxima de la experiencia) sino que de la norma jurídica y su carácter obligatorio o vinculante para el sentenciador.¹¹⁴ En este caso, el sujeto interesado en beneficiarse de la presunción deberá probar el indicio o premisa y luego invocar que dicha conclusión se subsume en el supuesto de la norma que invoca, para que esta se aplique y se tenga por acreditada la conclusión.

En esa liza, las presunciones pueden ser de derecho (*iure et de iure*) -*non rebuttable or conclusives presumptions*- o simplemente legales (*iuris tantum*) según permitan derrotar la conclusión mediante la posibilidad de rendición de prueba en contrario -*evidential or rebuttable presumption* en inglés.¹¹⁵ Las presunciones legales suponen, entonces, un cambio de la carga de producción y afirmación de la prueba, toda vez que quien no se beneficia de ellas deberá rendir prueba de que no es efectiva la conclusión probatoria que mandata a tener por acreditada la norma.¹¹⁶ Además, suelen tener una función distributiva de incentivos y decisiones según quien deba soportar dichas cargas, cumpliendo incluso una función heurística en tal sentido.¹¹⁷

Legislaciones de diversos países han intentado solucionar la dificultad procesal y epistémica de la prueba del consentimiento mediante la consagración legislativa o estatutaria de presunciones de consentimiento. Generalmente, se establecen presunciones negativas de “no-consentimiento” o ausencia de posibilidades de consentir, señaladas como derrotables por parte del imputado.

En Reino Unido se aprobó la *Sexual Offences Act* en 2004 (SOA), que crea dos tipos de presunciones, tanto simplemente legales como de derecho (sección 75 de la norma).¹¹⁸ Las presunciones de falta de consentimiento que son simplemente legales se basan en supuestos de violencia (letra a), intimidación (b), privación de libertad (c), víctima dormida o inconsciente (d), discapacidad física (e) y uso de sustancia química de subordinación o intoxicación (f).¹¹⁹ A su turno, las presunciones conclusivas o de derecho están en la sección 76 (76(2)(a) y (b)) y se

¹¹³ CARBONELL, cit. (n. 60)

¹¹⁴ GAMA, cit. (n. 94); CARBONELL, cit. (n. 60).

¹¹⁵ AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ, cit. (n. 45)

¹¹⁶ GAMA, cit. (n. 94).

¹¹⁷ GONZÁLEZ, cit. (n. 61).

¹¹⁸ AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ, cit. (n. 45).

¹¹⁹ Reino Unido, *Sexual Offences* 2003, Section 75 a)-f); AGUSTINA y PANYELLA-CARBÓ, cit. (n. 45).

fundamentan en el engaño de la naturaleza sexual del acto (a),¹²⁰ y el hacerse pasar el imputado por una persona distinta pero que es conocida por parte de la víctima, por ejemplo, su marido.

En Estados Unidos se ha intentado revertir la doctrina jurisprudencial tradicional de una “presunción de consentimiento” por una de “no consentimiento”. Como señala Avalos,¹²¹ la construcción de la jurisprudencia debe abandonar la idea de que la resistencia activa de la víctima es la única forma de refutar la presunción de que, de otra manera, sí ha existido consentimiento y girar hacia la consagración estatutaria y jurisprudencial de que la regla general es la no existencia de consentimiento en la mayoría de las situaciones de la vida cotidiana, salvo aquellas específicas y contextualmente sexuales en las que sí.¹²²

En el caso español, la reforma de la Ley Orgánica 10/2022 agregó al artículo 178 inc. 1 la noción que reconoce el *ethos* de la ley: “solo sí es sí” al disponer: “*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*”. Mientras que el inciso 2 agrega en términos muy similares a la norma inglesa lo siguiente:

“Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”

La norma transcrita ha generado interpretaciones disímiles.¹²³ En lo relativo al nuevo inciso 1, se levantó la idea desde la discusión parlamentaria que la norma ponía en tensión la presunción de inocencia del imputado como un pilar fundamental del diseño del sistema de justicia penal de rango constitucional (Art. 24 de la CPE española) y que permitía la inversión de la carga de la prueba en

¹²⁰ Por ejemplo, un procedimiento médico que luego termina en un acceso carnal: Véase: *R v Flattery* (1877) 2 QB 410.

¹²¹ AVALOS, Lisa, “Seeking Consent and the Law of Sexual Assault”, *University of Illinois Law Review*, 2023, p. 734.

¹²² AVALOS, cit. (n. 121), p. 734.

¹²³ DE LAMO, Irene, “Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Filanderas*, 2022, N° 7.

contra del imputado,¹²⁴ quien ahora debía lograr la prueba casi imposible de la existencia del consentimiento.¹²⁵ A su vez, otra parte de la doctrina, proclive a la consagración de la norma, sostiene que no se trata realmente de una presunción legal, sino que de una norma que consagra el consentimiento (y su ausencia) como factor indispensable en la calificación de la violencia sexual,¹²⁶ mandatando a los operadores del sistema a buscar todos los elementos que permitan acreditar dicho consentimiento teniendo presente sus formas de manifestación, en la búsqueda de un proceso libre de presunciones espurias de voluntad basadas en estereotipos de género y construcciones patriarcales que normativizan la violencia sexual.¹²⁷

Respecto del inciso 2, se sostiene que las hipótesis allí planteadas son casos de incompatibilidad de la conducta con la existencia de consentimiento, toda vez que no podría este verificarse de forma libre atendidas las circunstancias comisivas.¹²⁸ En ese mismo sentido, la doctrina chilena considera que el tipo penal de violación del Código Penal chileno contiene una presunción de falta de consentimiento en el art. 361, en que existe un listado de circunstancias (como fuerza, intimidación o privación de razón) que impiden consentir.¹²⁹

En ese contexto, la utilización de las presunciones como dispositivos facilitadores debe ser observado con cuidado. Primero, debe comprenderse que cuando el legislador consagra inferencias probatorias normativas puede tener en mente propósitos no necesariamente epistémicos,¹³⁰ sino que protectores de algún principio o valor que considera preponderante, y que incluso se prefiere por sobre la averiguación de la verdad, como ocurre en estatutos asimétricos en los que se busca proteger a sujetos vulnerables, por ejemplo trabajadores en juicios de accidentes del trabajo (presumiendo la culpa del empleador), menores de edad en juicios de filiación (presumiendo la filiación matrimonial) o consumidores en casos de productos defectuosos frente a proveedores de bienes y servicios.¹³¹

¹²⁴ FERRER, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2010, Vol. 4, N° 1, pp. 1-26.

¹²⁵ PERAMATO, Teresa, “El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas”, *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 2022, N°2.

¹²⁶ ÁLVAREZ, cit. (n. 23); IGAREDA, cit. (n. 16); DE LAMO, cit. (n. 123).

¹²⁷ IGAREDA, cit. (n. 16); COBO, cit. (n. 13).

¹²⁸ CASTELLVI, cit. (n. 37), COCA, cit. (n. 14).

¹²⁹ MAÑALICH, cit. (n. 3); COX, Juan Pablo, “El nomen iuris ‘violación’ como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”, *Ius et Praxis*, 2019, Vol. 25, N° 3.

¹³⁰ CARBONELL, cit. (n. 60); GAMA, cit. (n. 94).

¹³¹ CARBONELL, cit. (n. 60); EZURMENDIA, Jesús, “Filiación, apuntes desde la teoría de la prueba”, en: Ezurmendia, Jesús (Ed.), *Familia, Justicia y Proceso*, Rubicón, Santiago, 2021.

Teniendo eso en mente, debe considerarse que es posible que el legislador construya presunciones con fines no-epistémicos, para distribuir incentivos y cargas, pero no debe perderse de vista la posición desmejorada del imputado en el proceso penal, cuestión elemental en un estatuto de garantías judiciales que sustenta normas como la presunción de inocencia y el exigente estándar de prueba penal. Por ello, debe definirse si la legislación busca crear presunciones con fines epistémicos o protectores-simbólicos, teniendo siempre presente que la intención legítima y a esta altura insoslayable de mejorar las condiciones de credibilidad y no victimización secundaria de las personas agredidas sexualmente. Ello no es incompatible con las garantías del imputado en el proceso penal, sino que pueden entenderse ambas como complementarias de un sistema de justicia penal moderno en que creer a la víctima y protegerle de una construcción estructural de injusticia epistémica sea compatible con la presunción de inocencia y la tutela de los derechos de los imputados.

V.- A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES

Hoy en día existe un relativo consenso jurídico y sociológico en que el consentimiento sexual se ha puesto al centro del debate sobre la violencia sexual en una gran cantidad de jurisdicciones. En ese contexto, este ensayo ha pretendido describir un esquivo concepto de consentimiento sexual, diferenciado del tradicionalmente entregado por el derecho privado y enfatizando sus principales características.

De ello, se ha intentado mostrar un conjunto de dificultades procesales y probatorias que se presentan en el debate judicial relativo a la prueba del consentimiento, con especial atención a su dinamismo, retractabilidad y contextualidad. En ese esfuerzo se han visibilizado dificultades derivadas de la contextualidad y la construcción social del consentimiento, tales como las diferencias culturales, etarias y de género en su arquitectura y comprensión; la injusticia epistémica en contextos de bajo acervo probatorio y alto umbral de prueba; y la intrínseca dificultad de formular generalidades empíricas entre relaciones sexo-afectivas habituales.

Por otro lado, se ha descrito el uso de inferencias probatorias normativas como mecanismos de atenuación probatoria y su función protectora de valores o principios en normas recientes en diversos lugares del mundo, en el que se ha hecho presente el riesgo que ello incardina para la presunción de inocencia del imputado, pero, también, su posible compatibilidad.

En dicho esfuerzo, se mantiene abierta la posibilidad de ulteriores exploraciones más específicas de cada una de estas dificultades probatorias, habiendo consistido este trabajo en una primera aproximación cartográfica de los

problemas que se identifican de forma tal de constituir un acercamiento exploratorio e inicial. En ese tránsito, se puede afirmar que la construcción conceptual de textura abierta del consentimiento y la inmanente contextualidad en la que se manifiesta se erigen como los ángulos más desafiantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

- AGUSTINA, José; PANYELLA-CARBÓ, María-Neus, “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Política Criminal*, 2020, Vol. 15, Nº 30, pp. 526-581.
- ALTUZARRA, Itziar, “El consentimiento sexual en el Código Penal español: indefiniciones y sombras de su construcción político-jurídica a través de la Ley de garantía integral de la libertad sexual”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2023, Vol. 13, Nº 1, pp. 318-346.
- ÁLVAREZ, Francisco Javier, “La libertad sexual en peligro”, en: IGLESIAS CANLE, Inés; BRAVO BOSCH, María José (Dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 295-327.
- ÁLVAREZ, Silvina, “La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual”, *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 2023, Nº 47, pp. 349-380.
- ÁLVAREZ, Silvina, “El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios”, *Jueces para la democracia*, 2022, Nº 105, pp. 35-52.
- ARAYA, Marcela Paz, “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2020, Nº 32, pp. 35-69.
- ARENA, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2016, Vol. 29, Nº 1, pp. 51-75.
- AVALOS, Lisa, “Seeking Consent and the Law of Sexual Assault”, *University of Illinois Law Review*, 2023, Vol. 2023, pp. 731-780.
- BANDA GURROLA, Samuel, “La lubricación femenina como sinónimo de consentimiento en los delitos sexuales: Un paradigma que se debe romper”, 2018, disponible en: <http://crimentropia.com.mx/la-lubricacion-femenina-como-sinonimo-de-consentimiento-en-los-delitos-sexuales-un-paradigma-que-se-debe-romper> [visitado el 10/09/24].
- BAYON, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 2010, Vol. 2, Nº 4, pp. 6-30.
- BOYCE RODGERS, Kathleen; HUST, Stacey; LI, Jiayu; KANG, Soojung; GARCIA, Ariana, “Sexual Scripts and Sexual Consent: Gender Stereotypes, Music-Media Messages, and Sexual Consent Expectancies Among College Men and Women”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2023, Vol. 38, Nº 15-16, pp. 9264-9289.
- BRITO, Sonia; BASUALTO, Lorena; POSADA, Margarita, “Consentimiento sexual y afectivo desde las voces de mujeres estudiantes de educación superior en Chile”, *Ultima Década*, 2023, Vol. 31, Nº 61, pp. 177-213.
- BULLOCK, Clayton; BECKSON, Mace, “Male victims of sexual assault: phenomenology,

- psychology, physiology”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 2011, Vol. 39, Nº 2, pp. 197-205.
- BURGIN, Rachael, “Persistent narratives of force and resistance: Affirmative consent as law reform”, *British Journal of Criminology*, 2019, Vol. 59, Nº 2, pp. 296-314.
- CARBONELL, Flavia, “Presunciones y razonamiento probatorio”, en: EZURMENDIA, Jesús (Dir.), *Proceso, prueba y epistemología. Ensayos sobre derecho probatorio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 371-411.
- CASTELLVÍ, Carlos, “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2023, Nº 4, pp. 171-220.
- CASTELLVÍ, Carlos. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Cuestiones Generales. Agresiones sexuales. Agresiones sexuales a menores de 16 años. Provocación sexual. En: CORCOY, Mirentxu, (Dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 3a edición.
- CHIVERS, Meredith; RIEGER, Garulf; LATTY, Elizabeth; BAILEY, Michael, “A sex difference in the specificity of sexual arousal”, *Psychological Science*, 2004, Vol. 15, Nº 11, pp. 736-44.
- COBO BEDÍA, Rosa, “El consentimiento y sus sombras patriarcales”, *IgualdadES*, 2024, Nº 10, pp. 319-335.
- COCA VILA, Ivó, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2023, Nº 3, pp. 430-466.
- CONSEJO DE EUROPA, “Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”, 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680464e73> [visitado el 10/09/24].
- CÓRDOBA, Gabriela, “Contribuciones a la noción de consentimiento sexual desde un enfoque de género”, *Regiones y Desarrollo Sustentable*, 2024, Vol. XXIV, pp. 245-256.
- CORRÊA CAMARGO, Beatriz; RENZIKOWSKI, Joachim, “El concepto de ‘acto de naturaleza sexual’ en el derecho penal”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2021, Nº 1, pp. 145-165.
- COX, Juan Pablo, “El nomen iuris ‘violación’ como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres”, *Ius et Praxis*, 2019, Vol. 25, Nº 3, pp. 307-332.
- COX, Juan Pablo, “Entre la revolución y la ilusión. La regulación jurídico-penal del sexo como campo de batalla”, *Política Criminal*, 2018, Vol. 13, nº 26, pp. 657-681.
- COX, Juan Pablo, “Variaciones sobre lo protegido en el delito de violación”, en: CARNEVALI, Raúl (Ed.), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2023, pp. 863-876.
- COX, Juan Pablo, “Estructura y función del consentimiento en el derecho penal sexual. Deseo, voluntad y consentimiento”. *Política Criminal*, 2025, Vol. 20, Nº 40, pp. 25-56.
- DE LAMO, Irene, “Más allá del sí. Trampas y aciertos del consentimiento sexual a propósito de la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Filanderas*, 2022, Nº 7, pp. 67-81.
- DEL VALLE, Carlos; AGÜERO, Claudio, “Aproximación al análisis de la valoración de la

- prueba usando Modified Wigmorean Analysis (MWA)”, *Ius et Praxis*, 2009, Vol. 15, Nº 1, pp. 15-53.
- DI CORLETO, Julieta, “La valoración de la prueba en casos de violencia de género” en: HAZAN, Luciano; PLAZAS, Florencia (Coord.), *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015.
- DOWDS, Eithne, “Redefining consent: rape law reform, reasonable belief, and communicative responsibility”, *Journal of Law and Society*, 2022, Vol. 49, Nº 4, pp. 824-847.
- EDWARDS, Jessica; REHMAN, Uzma; BEDI-PADDA, Taranjot; BYERS, Sandra, “Key themes in community participants’ definitions of sexual consent and their association with sexual consent attitudes and behaviours”, *Sexuality & Culture*, 2024.
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús; GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles; CARBONELL, Flavia, “Me llaman calle: trabajo sexual e injusticia epistémica”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2023, Vol. 91, Nº 253, pp. 37-66.
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús, “Filiación, apuntes desde la teoría de la prueba”, en: EZURMENDIA, Jesús (Ed.), *Familia Justicia y Proceso*, Rubicón, Santiago, 2021.
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús, “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, 2020, Vol. 47, Nº 1, pp. 101-118.
- FARALDO-CABANA, Patricia, “The wolf-pack case and the reform of sex crimes in Spain”, *German Law Journal*, 2021, Vol. 22, Nº 5, pp. 847-859.
- FEATHERSTONE, Lisa; BYRNES, Cassandra; MATURI, Jenny; MINTO, Kiara; MICKELBURGH, Renée; DONAGHY, Paige, *The limits of consent. Sexual assault and affirmative consent*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2024.
- FERRER, Jordi, *Prueba sin convicción*. Marcial Pons, Barcelona, 2025
- FERRER, Jordi. “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2010, Vol. 4, Nº 1, pp. 1-26. Disponible <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>.
- FERRER, Jordi, *Valoración racional de la prueba*, Marcial Pons. Barcelona. 2007
- FRICKER, Miranda, “Conceptos de injusticia epistémica en evolución”, *Las torres de Luca. Revista Internacional de Filosofía Política*, 2021, Vol. 10, Nº 19, pp. 97-104.
- GAMA, Raymundo, *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GASCÓN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 2005, Nº 28, pp. 127-139.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles; NUÑO BALMACEDA, Laura, “De la idea de padre a la parte: una aproximación crítica desde los feminismos jurídicos al proceso civil como adjudicación masculina”, en: EZURMENDIA, Jesús, *Principios de Justicia Civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 77-104.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de ‘sentido común’”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2022, Nº 3, pp. 49-79.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 1-41.
- HALWANI, Raja, “Sex and sexuality”, en: ZALTA, E. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of*

- Philosophy*, Stanford University, Metaphysics Research Lab, 2020.
- HEALY CULLEN, Siobhán; O'ROURKE, Theresa; O'HIGGINS, Siobhán; MCIVOR, Charlotte; ACHTERESCH, Elisabeth; BHARATH, Ashweeja; DAWSON, Kate; BURKE, Lorraine; CONNOLLY, Rebecca; D'EATH, Maureen; FODEN, Edaoín; MCGRATH, Sinéad; TIERNEY, Laura; MACNEELA, Pádraig, "Using communication stories to explore how young people draw on sexual scripts when making sense of sexual consent", *Sexuality & Culture*, 2023, Vol. 27, N° 4, pp. 1556-1577.
- HERDY, Rachel; CASTELLIANO, Carolina, "¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2023, Vol. 9, N° 1, pp. 101-128.
- HERRING, Jonathan, "The Sexual Offences Act 2003 England and Wales", en: HÖRNLE, Tatjana (Ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford Academic, Oxford, 2023.
- HOVEN, Elisa, "Fundamento y límites del consentimiento", en SZENKMAN, Agustina (Trad.), *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.
- HOVEN, Elisa y WEIGEND, Thomas. "Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht". *Kriminalpolitische Zeitschrift*. 2018, Vol. 3. pp. 156-161.
- HURD, Heidi, "The moral magic of consent", *Legal Theory*, 1996, Vol. 2, N° 2, pp. 121-146.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, "Las controversias sobre la Ley del 'Sí es sí' sobre violencia sexual", *Política Criminal*, 2023, Vol. 18, N° 36, pp. 564-590.
- ÍÑIGO CORRAZA, Elena, "El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2022, Vol. LXXV, pp. 167-203.
- JOZKOWSKI, Kristen, "'Yes mean yes'? Sexual consent policy and college students", *Change. The magazine of Higher Learning*, 2015, Vol. 47, N° 2, pp. 16-23.
- LEVAND, Mark, "Consent as cross-cultural communication: Navigating consent in a multicultural world", *Sexuality & Culture*, 2020, Vol. 24, N° 3, pp. 835-847.
- MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal", en FLORES, Allen; ROMERO, Anthony (Dir.), *Tendencias actuales del derecho penal*, Idemsa, Lima, 2019, pp. 35-49.
- MAÑALICH, Juan Pablo, "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas", *Ius et Praxis*, 2014, Vol. 20, N° 2, pp. 21-70.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 4ª edición.
- MAS, Manuel, "Fisiología de la respuesta sexual femenina: actualización", *Revista Internacional de Andrología*, 2007, Vol. 5, N° 1, pp. 11-21.
- MIELE, Cécile; MAQUIGNEAU, Aurélie; JOYAL, Christian; BERTSCH, Ingrid; GANGI, Océane; GONTHIER, Hakin; RAWLINSON, Cloé; VIGOURT-ODART, Sylvie; SYMPHORIEN, Emeline; HEASMAN, Ainslie; LETOURNEAU, Elizabeth; MONCANY, Anne-Hélène; LACAMBRE, Mathieu, "International guidelines for the prevention of sexual violence: A systematic review and perspective of WHO, UN Women, UNESCO, and UNICEF's publications", *Child Abuse Neglect*, 2023, Vol. 146, pp. 106497-106497.

- MORENO STANDEN, Claudia, "Consentimiento sexual. Una propuesta de análisis feminista y sociológico", *Estudios Sociológicos*, 2024, Vol. XLII, N° 42, pp. 1-10.
- MUEHLENHARD, Charlene; HUMPHREYS, Terry; JOZKOWSKI, Kristen; PETERSON, Zoë, "The complexities of sexual consent among college students: a conceptual and empirical review", *The Journal of Sex Research*, 2016, Vol. 53, N° 4-5, pp. 457-487.
- MUEHLENHARD, Charlene, "The complexities of sexual consent", *SIECUS Report*, 1996, Vol. 24, N° 2, pp. 4-7.
- MUKAI, Tomoya; PIOCH, Chantal; SADAMURA, Masahiro; TOZUKA, Karin; FUKUSHIMA, Yui; AIZAWA, Ikuo, "Comparing attitudes toward sexual consent between Japan and Canada", *Sexes*, 2024, N° 5, pp. 46-57.
- NUÑO GÓMEZ, Laura, "Los requisitos para la validez del consentimiento sexual al debate", *IgualdadES*, 2024, N° 10, pp. 255-259.
- OBERMAN, Michelle, "Two Truths and a Lie: In re John Z. and Other Stories at eh Juncture of Teen Sex and the Law", *Law & Social Inquiry*, 2013, Vol. 38, N° 2, pp. 364-402.
- ONU MUJERES, "Cuando se trata de consentimiento, no hay límites difusos", 2019, disponible en línea: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/feature-consent-no-blurred-lines> [visitado el 10/09/24].
- ORDÓÑEZ REVELO, Gonzalo, "Narrativa y narración en el relato audiovisual: apuntes para la distinción de forma y contenido (Tema Central)", *Uru. Revista de Comunicación y Cultura*, 2018, N° 1, pp. 102-121.
- PERAMATO MARTÍN, Teresa, "El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales. Propuestas normativas", *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 2022, N° 2, pp. 191-224.
- PÉREZ, Yolíniztli, "California define qué es 'consentimiento sexual'", *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 2017, N° 25, pp. 113-133.
- PINEAU, Lois, "Date Rape: A Feminist Analysis", en HALWANI, Raja; HELD, Jacob; MCKEEVER, Natasha; SOBLE, Alan (Eds.), *The Philosophy of Sex. Contemporary Readings*, Rowman & Littlefield Publishers, Reino Unido, 2013.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2019, Vol. 1, pp. 1-45.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 2ª edición.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Thomson Reuters, Santiago, 2014.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena, *El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: Una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta de lege ferenda*. En: MAYER, Laura; VARGAS, Tatiana (Eds.), *Mujeres en las ciencias penales*. Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp.403-447.
- SAUL, Jennifer, "Implicit bias, stereotype threat, and epistemic injustice", en: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS, Gaile (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, Routledge, New York City, 2017, pp. 235-242.
- SCHAUER, Frederick, Profiles, probabilities and stereotypes, *The Belknap Press of Harvard University Press*, United States, 2003.
- SCHLACK, Andrés, "El consentimiento hipotético de la víctima en el derecho penal alemán". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2012, Vol.19, n° 2, pp.275-298.

- SIMON, William; GAGNON, John, “Sexual scripts”, *The Future of Advanced Societies*. 1984, Vol. 22, pp. 53-60.
- SUSCHINSKY, Kelly; LALUMIÈRE, Martin. “Prepared for anything?: An investigation of female genital arousal in response to rape cues”, *Psychological Science*, 2011, Vol. 22, N° 2, pp. 159-165.
- TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Jordi Ferrer y Laura Manrique, Marcial Pons, Madrid 2008.
- TOMÁS ALONSO, Sonia. “Cultura de la violación y justicia patriarcal: Una revisión conceptual del consentimiento sexual y su impacto en el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial”, *Educación Multidisciplinar para la Igualdad de Género*, 2023, N° 5, pp. 51-68.
- VALDÉS, Isabel, “Los mitos de la cultura de la violación en el juicio a Alves: del ‘no dijo que no’ a las lesiones vaginales”, *El País*, 09.02.2024, en línea: <https://elpais.com/sociedad/2024-02-09/los-mitos-de-la-cultura-de-la-violacion-en-el-juicio-a-alves-del-no-dijo-que-no-a-las-lesiones-vaginales.html> [visitado el 10/09/24].
- VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis; ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira, “El caso de la ‘Ley Pascua’. Un enfoque más allá del todo o nada”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2022, Vol. 35, N° 1, pp. 167-189.
- WILLIS, Malachi, *Nuances of Sexual Consent*, Routledge, New York, 2022.
- WILLIS, Malachi; JOZKOWSKI, Kristen, “Sexual Precedent’s Effect on Sexual Consent Communication”, *Archives of Sexual Behavior*, 2019, Vol. 48, N° 6, pp. 1723-1734.
- WILLIS, Malachi; SMITH, Rebecca, “Sexual Consent Across Diverse Behaviors and Contexts: Gender Differences and Nonconsensual Sexual Experiences”, *Journal of Interpersonal Violence*, 2022, Vol. 37, N° 19-20, pp. 17081-19227.

b) Jurisprudencia citada

R v. Flattery, 2 QB 410 (1877), Reino Unido.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RIT N° 101-2005.

Audiencia provincial de Navarra, sentencia N° 000038/2018.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.