

CONSENTIMIENTO AFIRMATIVO Y DEBER DE DILIGENCIA

Tom DOUGHERTY (University of North Carolina, Chapel Hill)*

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2022

I. Introducción

Uno de los desarrollos recientes más llamativos en la política de delitos sexuales ha sido la proliferación de políticas de consentimiento afirmativo. Estas políticas varían en sus detalles, pero comparten la cuestión común de prohibir la actividad sexual con alguien que no ha expresado su consentimiento. La política de la Universidad de Yale es un ejemplo representativo:

La actividad sexual requiere consentimiento, el que se define como un acuerdo positivo, inequívoco y voluntario para participar en una actividad sexual específica durante un encuentro sexual. El consentimiento no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un claro «sí», verbal o de otro tipo.

Mientras que hace una década las definiciones de consentimiento afirmativo eran escasas, hoy en día aparecen en los códigos de más de 1400 universidades en Estados Unidos.¹

* Traducción del inglés al español de Valentina Pedrera (Universidad Nacional de Córdoba y Universidad de Múnich –becaria doctoral DAAD–); Carlos H. González Bellene (Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Autónoma de Madrid). Título original: “Affirmative Consent and Due Diligence”. Publicado en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 46, pp. 90-112, por Wiley Periodicals, Inc. Disponible en <https://doi.org/10.1111/papa.12114> [enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023]. La presente traducción se encuentra permitida por la licencia de atribución Creative Commons y fue expresamente autorizada por el autor. Se ha mantenido el formato original de citas.

Sin embargo, el derecho penal ha resistido en gran medida esa tendencia. En los Estados Unidos, solo unos pocos estados incluyen en sus normas sobre violación una definición de consentimiento afirmativo y se ha contemplado una definición en las revisiones en curso del Código Penal Modelo del Instituto de Derecho Americano.² Pero estas revisiones terminaron definiendo el consentimiento como la voluntad de alguien para participar en una actividad sexual.³ Según esta

** El autor agradece sus valiosos comentarios y debates a Renee Bolinger, David Braddon-Mitchell, Rowan Cruft, Garrett Cullity, Luara Ferracioli, Dan Halliday, Karen Jones, Jessica Keiser, Simon Keller, Holly Lawford-Smith, Luke Russell, Samuel Shpall, Nic Southwood y Caroline West; a dos editores asociados de *Philosophy & Public Affairs*, y al público de la Universidad de Canterbury, la Universidad de Otago, la Universidad Victoria de Wellington, la Universidad de Adelaida, la Universidad de Melbourne, la Universidad Nacional Australiana, la Universidad de Sidney y la Universidad de Stirling. La investigación para este ensayo contó con el apoyo financiero de un Early Career Leadership Fellows Award del Arts and Research Council, referencia: AH/N009533/1.

¹ La estadística procede del National Center for Higher Education Risk Management, según cita Deborah Tuerkheimer en "Affirmative Consent", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 441-68. Además de la cuestión de cómo definir el consentimiento, hay otros debates sobre cómo deben formularse estas políticas, p. ej., para proteger a los denunciados y ofrecer a los denunciados las debidas garantías procesales. ¿Deben resolverse las denuncias sobre la base de un criterio de preponderancia de la prueba o de un criterio más allá de toda duda razonable? ¿Deben los denunciados tener derecho a la presencia de un abogado y a interrogar a los testigos, incluidos los y las denunciados? Para un análisis sobre estas preocupaciones, véase Erin Collins, "The Criminalization of Title IX", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 365-95, en p. 378.

² Tuerkheimer describe las leyes de estos Estados de la siguiente manera:

En Wisconsin, consentimiento «significa palabras o acciones manifiestas por parte de la persona que es competente para dar su consentimiento informado, indicando un acuerdo libremente dado para mantener relaciones sexuales o contacto sexual». [...] En Vermont, consentimiento «significa palabras o acciones de una persona que indican un acuerdo voluntario para participar en un acto sexual». [...] Por último, en Nueva Jersey, la definición de consentimiento afirmativo no se encuentra en la propia ley, sino en la interpretación que hace de ella el Tribunal Supremo del Estado. En el muy debatido caso *State of New Jersey in the Interest of M.T.S.*, el tribunal sostuvo que el consentimiento requiere «permiso para participar en la penetración sexual [que] debe ser afirmativo y debe darse libremente».

Tuerkheimer, "Affirmative Consent", p. 451, citando respectivamente WIS. STAT. ANN. §940.225(4), VT. STAT. ANN. Tit. 13, § 3251(3), y *State ex rel. M. T. S.*, 609 A.2d 1266,1277 (N.J. 1992).

³ El Código Penal Modelo es formulado por el American Law Institute (ALI). Stephen Schulhofer y Erin Murphy tuvieron la responsabilidad de proponer revisiones al artículo 213 del código, relativo a los delitos sexuales. Este había sido actualizado por última vez en 1962. Además de los delitos graves, con penas máximas de entre 10 años de prisión y cadena perpetua, los sucesivos borradores incluían un delito menor de «relaciones sexuales sin consentimiento», con penas máximas de 1 año de prisión, en el que el consentimiento se definía como «el acuerdo positivo de una persona, comunicado mediante palabras o acciones, de mantener relaciones sexuales o contacto sexual». Esta propuesta fue rechazada por el Consejo del ALI en su reunión anual de 2016. En su lugar, el consentimiento se definió como «la voluntad de una persona de participar en un acto específico de penetración sexual o contacto sexual.» Jennifer Moringo, "Updated 'Consent' Definition", 19 de diciembre de 2016,

<http://www.thealiadviser.org/sexual-assault/updated-consent-definition/>
<https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses/>. Consultado el 1.º de abril de 2017 [enlaces verificados el día 21 de septiembre de 2023].

definición, la conducta comunicativa de alguien es relevante solo como prueba de lo que está dispuesto a hacer.

Las políticas de consentimiento afirmativo han recibido atención filosófica en la prensa en el contexto de un debate más antiguo acerca de qué es lo que se requiere para que el consentimiento sea moralmente válido.⁴ En una formidable crítica de estas políticas, Kimberly FERZAN ha defendido la *perspectiva mental*, según la cual el consentimiento válido solo requiere una elección o intención mental interna.⁵ De acuerdo con este punto de vista, siempre que las parejas sexuales poco comunicativas hayan hecho estas elecciones, cada interviniente actuaría de forma permitida. Pero un encuentro sin comunicación constituiría un delito sexual según las políticas de consentimiento afirmativo, y esto preocupa a FERZAN:

⁴ En un excelente ensayo que actualmente está siendo revisado, Alexander Guerrero defiende las políticas de consentimiento afirmativo por motivos epistémicos. Basándose en trabajos recientes sobre epistemología, Guerrero sostiene que, dado que el consentimiento sexual es especialmente importante, un agente necesita una cantidad significativa de pruebas del consentimiento de su pareja para creer justificadamente que esta consiente o para actuar de forma no culpable basándose en la creencia de que consiente. Aunque no he podido abordar el ensayo de Guerrero con la extensión que se merece, observo que nuestros argumentos son muy similares en el sentido de que ambos defienden la justificación basada en pruebas de las políticas de consentimiento afirmativo, al tiempo que se mantienen neutrales sobre si una elección mental es suficiente para que el consentimiento sea válido. Nuestros puntos de vista difieren en que el de Guerrero se centra en lo que significa actuar ilícitamente sin el consentimiento sexual de la pareja, mientras que el mío es neutral sobre la cuestión de qué constituye culpabilidad en los delitos sexuales, centrándose en cambio en un deber independiente de diligencia para investigar el consentimiento de la pareja. Fuera del contexto del debate sobre las políticas de consentimiento afirmativo, otros han sostenido que alguien puede ser culpado por cometer un delito sexual a la luz de una creencia irrazonable sobre el consentimiento de su pareja. P. ej., véase: Lois Pineau, "Date Rape: A Feminist Analysis", *Law and Philosophy* 8 (1989): 217-43; David Archard, "The Mens Rea of Rape: Reasonableness and Culpable Mistakes", en *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays on Rape*. ed. K. Burgess-Jackson. (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 213-29; Marcia Baron, "I Thought She Consented", *Philosophical Issues* 11 Social, Political and Legal Philosophy (2001): 1-32; Helen Power, "Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape", *Oxford Journal of Legal Studies* 23 (2003): 379-404; Alexander Guerrero, "The Epistemology of Consent," en *Applied Epistemology*, ed. Jennifer Lackey (Oxford University Press, en imprenta). (N. de T.: en esta nota, el autor alude al texto de Alexander A. Guerrero, editado en 2021, disponible en <https://doi.org/10.1093/oso/9780198833659.003.0015>, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023).

⁵ Kimberly Ferzan, "Consent, Culpability, and the Law of Rape", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 397-439. Desde el punto de vista de Ferzan, quien da el consentimiento debe decidir que la acción de otra persona "le parece bien". Como respuestas alternativas desde la *perspectiva mental* sobre qué constituye el consentimiento de una conducta, Heidi Hurd propone tener la intención de que alguien realice esa conducta; Larry Alexander plantea tener la intención de renunciar a oponerse a la acción; Peter West propone, en diferentes momentos, desear la acción, consentir mentalmente la acción y elegir la acción, y Victor Tadros postula intentar comunicar que alguien puede realizar esta acción (permitiendo que este intento podría ser totalmente mental si alguien pensara que es telepático). Heidi Hurd, "The Moral Magic of Consent", *Legal Theory* 2 (1996): 121-46; Larry Alexander, "The Moral Magic of Consent II", *Legal Theory* 2 (1996): 165-74; Larry Alexander, "The Ontology of Consent", *Analytic Philosophy* 55 (2014): 102-13; Peter Westen, *The Logic of Consent* (Ashgate: Ashgate Publishing, 2004); Victor Tadros, *Wrongs and Crimes* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

Si [...] se castiga a los potenciales acusados para provocar un cambio social o proteger a las mujeres mediante la creación de normas profilácticas, entonces estamos castigando individuos que no son culpables de lo que realmente nos preocupa (el sexo no consentuado) con el fin de lograr nuestro objetivo (una mejor y más precisa comunicación acerca del consentimiento). Estamos castigando a personas moralmente inocentes. Deberíamos detenernos antes de castigar inocentes en nombre del bien colectivo.⁶

Pero la *perspectiva mental* del consentimiento no es la única que se ha planteado. Su rival es la *perspectiva conductual*, según la cual alguien presta consentimiento válido solo si con su comportamiento indica que ha decidido permitir la acción en cuestión.⁷ Desde este punto de vista, los encuentros sin una comunicación clara no estarían moralmente permitidos. Sobre esta base, he provisto una defensa parcial de las políticas de consentimiento afirmativo en trabajos previos.⁸

⁶ Ferzan, "Consent, Culpability and the Law of Rape", p. 421.

⁷ Los partidarios de la *perspectiva conductual* pueden exigir además que el receptor del consentimiento interprete correctamente este comportamiento como indicativo de consentimiento. Pueden, además, sostener que es necesaria una elección o intención mental para que el consentimiento sea válido. Para opiniones que respaldan el punto de vista conductual, véase Joel Feinberg, *Harm to Self* (Nueva York: Oxford University Press, 1986); Pineau, "Date Rape"; Heidi Malm, "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape", *Legal Theory* 2 (1996): 147-64; David Archard, *Sexual Consent* (Oxford: Westview Press, 1998); Baron, "I Thought She Consented"; Alan Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003); Joan McGregor, *Is It Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously* (Ashgate: Ashgate Publishing Limited, 2005); Seana Shiffrin, "Promising, Intimate Relationships and Conventionalism", *Philosophical Review* 177 (2008): 481-524; Franklin Miller y Alan Wertheimer "Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent", en *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, ed. Franklin Miller y Alan Wertheimer (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 79-106; Japa Pallikkathayil, "The Possibility of Choice: Three Accounts of the Problem with Coercion", *Philosophers' Imprint* 11 (2011): 1-20; Govert Den Hartogh, "Can Consent be Presumed?", *Journal of Applied Philosophy* 28 (2011): 295-307; David Owens, *Shaping the Normative Landscape* (Oxford: Oxford University Press, 2012); Richard Healey, "The Ontology of Consent: A Reply to Alexander", *Analytic Philosophy* 56 (2015): 354-63; Tom Dougherty, "Yes Means Yes: Consent as Communication", *Philosophy & Public Affairs* 43 (2015): 224-53; Neil Manson, "Permissive Consent: A Robust Reason-Changing Account", *Philosophical Studies* 173 (2016): 3317-34.

⁸ Una de las deficiencias de mi discusión previa sobre las políticas de consentimiento afirmativo fue que no abordé la cuestión de las sanciones adecuadas por infringir estas políticas (en Dougherty, "Yes Means Yes"). Aunque Ferzan apela a la *perspectiva mental* para proporcionar su línea central de argumentación contra las políticas de consentimiento afirmativo, también sostiene que los defensores de la *perspectiva conductual* deberían preocuparse por algunas de estas políticas, dado que las omisiones pueden constituir comunicación en determinadas circunstancias. Este argumento causaría problemas en el caso de las políticas que no permiten que cualquier omisión cuente como comunicación inequívoca, pero no en el caso de las políticas que solo exigen una comunicación inequívoca (ya sea por acción u omisión). Volveré sobre esta cuestión en la sección V,

Hasta ahora, el debate sobre las políticas de consentimiento afirmativo no ha explorado la posibilidad de que estas políticas puedan tener una justificación aceptable tanto para los partidarios de la *perspectiva mental* como para los de la *perspectiva conductual*. En este ensayo articularé el siguiente razonamiento independiente: cada uno de nosotros tiene un *deber de diligencia** que nos obliga a tomar las medidas adecuadas para investigar si nuestras parejas sexuales están dispuestas a mantener relaciones sexuales. Pero, asumiendo que alguien tiene pruebas suficientes de que su pareja está dispuesta a mantener relaciones sexuales solo cuando ella haya expresado claramente esa disposición, el *deber de diligencia* implicaría que las políticas de consentimiento afirmativo solo deberían sancionar comportamientos que sean incorrectos en sí mismos. Es decir, deberían sancionar a las personas que no se han cerciorado debidamente de que sus parejas estaban dispuestas a mantener relaciones sexuales. Siempre que prevean sanciones proporcionales a la incorrección de este tipo de conductas sexuales, estas políticas aportan una razón para su defensa. Pero, al reflexionar sobre las excepciones en las que esta proporcionalidad no se cumple, el *deber de diligencia* sugiere una manera alternativa de formular políticas de delitos sexuales que permite alcanzar los objetivos de las políticas de consentimiento afirmativo: sugiere que estas políticas podrían simplemente prever un análogo institucional al *deber de diligencia*. En otras palabras, podrían sancionar directamente a alguien por tomar parte en la actividad sexual sin investigar adecuadamente si su pareja estaba dispuesta a participar en ella.

Dado que los defensores de la *perspectiva mental* pueden aceptar que cada uno de nosotros tenga el *deber de diligencia*, pretendo permanecer neutral en el debate entre esta perspectiva y la *perspectiva conductual*. En otras palabras, no pretendo resolver aquí la cuestión sobre qué es el consentimiento moralmente válido. Además, como mi interés se centra en determinar qué acciones deberían estar prohibidas por las leyes y los códigos, pretendo mantenerme neutral en la cuestión ortogonal sobre

cuando analice las modificaciones de las actuales políticas de consentimiento afirmativo (Ferzan, “Consent, Culpability and the Law of Rape”, p. 412).

* *N. de T.*: el texto original refiere a «Duty of Due Diligence» que, literalmente, debería traducirse como «deber de diligencia debidas». Esta expresión, que en español suena redundante, tiene que ver con una sutil diferencia entre «deber de diligencia» y «deber de diligencia debida» que se aplica especialmente al ámbito empresarial del derecho anglosajón. La primera expresión alude a la obligación de actuar con cuidado y diligencia en la toma de decisiones y la realización de actividades; mientras que la segunda a la obligación de tomar medidas razonables y adecuadas para prevenir o evitar daños o violaciones de derechos. (Cfme. UNCTAD, “Live Implementation Matrix: Fostering Investment Reforms for Sustainable Development”, disponible en <https://unctad.org/publication/live-implementation-matrix-fostering-investment-reforms-sustainable-development>, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023). Sin perjuicio de ello, hemos optado por emplear las expresiones «deber de diligencia» o «diligencia debida», dado que el presente trabajo se refiere al ámbito sexual, donde no se aplica la diferencia mencionada. Con esta aclaración queda claro su significado en español y se evita la redundancia.

qué constituye culpabilidad a efectos de castigar a alguien que realiza una conducta prohibida. En general, no se discute que alguien puede ser culpado en virtud de participar *a sabiendas* en una conducta o en virtud de estar al tanto, de modo *imprudente*, de que está asumiendo un riesgo excesivo al llevar a cabo una conducta. Pero la controversia se centra en establecer cuándo es apropiado, si es que lo es, castigar a alguien que realiza una conducta a título de *negligencia*. A grandes rasgos, alguien actúa de forma negligente cuando no es consciente de que existe al menos un riesgo significativo de que esté actuando de forma inadecuada, pero debería haber sido consciente de ese riesgo.⁹

Mientras que la mayoría de la gente tiene la intuición de que al menos a veces podemos ser culpados por actuar con negligencia, algunos sostienen que esta intuición induce a error. P. ej., sobre la base de que la culpabilidad siempre requiere una decisión de asumir riesgos, Larry ALEXANDER y Kimberly FERZAN sostienen que «el derecho penal basado en la culpabilidad no incluye responsabilidad por negligencia».¹⁰ Incluso entre la mayoría de los que creen que algunas formas de negligencia fundamentan la culpabilidad, hay un ulterior debate sobre cuáles formas de negligencia se requieren.¹¹ Personalmente, soy partidario del argumento según el cual alguien puede

⁹ La mayoría de los teóricos coinciden con el artículo 2.02 (2)(d) del Código Penal Modelo (1985) en definir la negligencia en términos de asunción inadvertida de riesgos. Sin embargo, otros consideran que la negligencia abarca algunas formas de asunción deliberada de riesgos. Véase Michael Moore y Heidi Hurd, “Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak and the Selfish: The Culpability of Negligence”, *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011): 147-98, p. 150; Kenneth Simons, “When is Negligent Inadvertence Culpable? Introduction to Symposium, Negligence in Criminal Law and Morality”, *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011): 97-114, p. 106. Ferzan afirma que «la imprudencia es la *mens rea* por defecto en el Código Penal Modelo», y el castigo de los negligentes va en contra de los principios del Derecho penal: “Consent, Culpability and the Law of Rape”, pp. 416, 427. Kenneth Simons señala que el Código Penal Modelo incluye un delito de homicidio por negligencia en su obra “When is Negligent Inadvertence Culpable?”, p. 108.

¹⁰ Larry Alexander y Kimberly Ferzan, *Crime and Culpability: A Theory of the Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pp. 71, 85. Véase también: Matt King, “The Problem with Negligence”, *Social Theory and Practice* 35 (2009): 577-95.

¹¹ Algunos sostienen que la negligencia es culpable solo cuando puede remontarse a una elección o acto culpable anterior. Así, Holly Smith, “Culpable Ignorance”, *Philosophical Review* 92 (1983): 543-71; Michael Zimmerman, “Negligence and Moral Responsibility”, *Nous* 20 (1986): 199-218; Gideon Rosen, “Culpability and Ignorance”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 103 (2003): 61-84; Neil Levy, “Culpable Ignorance and Moral Responsibility: A Reply to Fitzpatrick”, *Ethics* 119 (2009): 729-41; Moore y Hurd, “Punishing the Awkward”. Otros adoptan un enfoque más amplio de la negligencia culpable. Victor Tadros, Kenneth Simons y William Fitzpatrick sostienen que la negligencia también es culpable cuando se deriva de ciertos defectos de carácter; H.L.A. Hart y Steven Garvey sostienen que la negligencia también es culpable cuando se deriva de un fallo en el ejercicio de una capacidad y Joseph Raz sostiene que la negligencia también es culpable cuando se deriva de un mal funcionamiento racional. Victor Tadros, *Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 254; Kenneth Simons, “Punishment and Blame for Culpable Indifference”, *Inquiry* 58 (2014): 143-67; William Fitzpatrick, “Moral

ser culpado por cometer un delito en virtud de la ignorancia que resulta de su falta de cuidado para asegurarse de que no estaba cometiendo la ofensa. Si esta afirmación es correcta, entonces la violación culpable del *deber de diligencia* podría convertir a alguien en culpable a título de negligencia por mantener relaciones sexuales no consentidas. Pero no insistiré en esta cuestión, ya que no es necesario para mi argumento central. Incluso si resultara que solo el conocimiento o la imprudencia fueran motivos de culpabilidad, alguien podría ser adecuadamente castigado por no cumplir —a sabiendas o por imprudencia— el *deber de diligencia*.

II. Consentimiento afirmativo

Comencemos por examinar más detenidamente los detalles de las políticas de consentimiento afirmativo, utilizando como guía la política de Yale citada anteriormente. Esta contiene un rasgo característico de las políticas de consentimiento afirmativo, a saber, que el consentimiento no puede inferirse del mero hecho de que alguien no se niegue expresamente a mantener relaciones sexuales ("El consentimiento no puede deducirse de la ausencia de un 'no'"). En lugar de ello, se debe indicar activamente la voluntad de involucrarse en la actividad sexual. La política de Yale es flexible en cuanto a la forma que puede adoptar este comportamiento, en tanto señala que no es necesario que sea verbal. En consecuencia, el lenguaje corporal, los gestos o las acciones podrían contar como medios para comunicar el consentimiento. Se trata de una característica sensata de esta política, dado que nos comunicamos de forma no verbal en diversos contextos. Fruncimos el ceño para mostrar que no estamos de acuerdo con la propuesta de alguien, y corremos los pies en un asiento del transporte público para indicar que aceptamos que otro pasajero se sienta a nuestro lado. Pero también hay un aspecto en el que la política es exigente: requiere que esta comunicación sea clara o inequívoca. Así que, si alguien murmura o si su conducta pudiera interpretarse razonablemente en más de un sentido, entonces —según esta política— no habría consentimiento.

Las políticas de consentimiento afirmativo pueden considerarse los últimos ejemplos de una tendencia progresista que se aleja de la idea de que las víctimas tienen la responsabilidad de resistirse a las agresiones sexuales. Contra el trasfondo histórico de las políticas que implicaban que no se había cometido ningún delito a menos que la víctima se resistiera —y de las políticas que reconocían

Responsibility and Normative Ignorance: Answering a New Skeptical Challenge", *Ethics* 118 (2008): 589-613; H.L.A. Hart, "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility", en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1968); Steven Garvey, "What's Wrong with Involuntary Manslaughter?", *Texas Law Review* 85 (2006): 333-83; Joseph Raz, "Responsibility and the Negligence Standard", *Oxford Journal of Legal Studies* 30 (2010): 1-18.

un delito solo cuando la víctima “se resistía al máximo”—; las políticas de consentimiento afirmativo adoptan la postura según la cual la víctima ni siquiera tiene que indicar que no desea mantener relaciones sexuales. En su lugar, la regla por defecto es que no está permitido tener contacto sexual con alguien, a menos que esa persona haya indicado claramente que está permitido.

Pero, al tratar de proteger la autonomía sexual de los individuos, las políticas de consentimiento afirmativo atrapan en su estela encuentros mutuamente aceptados, como los siguientes:

Falta de expresión. A y B tienen predisposición para que B penetre sexualmente a A. Sin embargo, A y B son inexpertos y están nerviosos, por lo que no intentan comunicar que ambos están dispuestos. Aunque B piensa que, muy probablemente, A tiene predisposición para que B le penetre, no está totalmente seguro de ello. Sin embargo, B no se atreve a preguntarlo y teme que, al hacerlo, demuestre inexperiencia. Además, B supone que A se negará expresamente si no tiene esa predisposición. B penetra a A.

Si esta interacción se produjera en Yale, el código de la universidad indicaría que B ha mantenido un contacto sexual sin el consentimiento de A, aunque A aceptara que se produjera el encuentro sexual. Por supuesto, la voluntad de A puede hacer que sea menos probable que A presente una denuncia. Pero si la relación entre A y B empeorase, entonces A estaría en su derecho de presentar tal denuncia. Del mismo modo, como el código de Yale exige una comunicación inequívoca, implica que también se ha cometido un delito en un caso como este:

Ambigüedad. C intenta comunicar que tiene predisposición para que D le penetre sexualmente. Pero como C no tiene experiencia y tiene nervios, sus intentos de comunicación son ambiguos. Aunque D piensa que, muy probablemente, C tiene predisposición a que D le penetre, D no tiene total seguridad de ello. Sin embargo, D no se atreve a preguntarlo y le preocupa que hacerlo indique inexperiencia. Además, D supone que C se negará si no lo desea. D penetra a C.

Como C no se ha comunicado de forma inequívoca, la política de Yale implica que D carece del consentimiento sexual de C, a pesar de que este haya intentado comunicar su voluntad a favor de que la actividad sexual tenga lugar.

Estas implicaciones ponen en duda las políticas de consentimiento afirmativo, ya que estos casos no parecen implicar una agresión sexual grave. Sin embargo, la importancia de las políticas de consentimiento sexual se deriva de su rol en la prevención y sanción de agresiones sexuales. Un paradigma de este tipo de agresiones no se ejemplifica en los casos de *falta de expresión* y de *ambigüedad*, sino en casos como este:

Contra la voluntad. E tiene predisposición a participar en una actividad sexual menor con F, pero no para que F le penetre. Pero como E no tiene experiencia y tiene nervios, no le expresa a F los tipos de actividad sexual en los que tiene disposición a participar. Aunque F piensa que, muy probablemente, E tiene predisposición a que F le penetre, F no tiene total seguridad de ello. Sin embargo, a F le da miedo preguntar y le preocupa que, al hacerlo, demuestre inexperiencia. Además, F supone que E se negará si no desea el acto. F penetra a E.

En este caso, E es objeto de una penetración sexual en contra de su voluntad. Se trata de una grave violación de su autonomía personal y, sin dudas, también será una experiencia angustiante que conducirá a un serio daño psicológico.

Al contrastar el caso *contra la voluntad* con el caso de *ambigüedad* y de *falta de expresión*, pretendo señalar qué tipo de delito sexual se ha cometido —si es que se ha cometido alguno—. Vale la pena subrayar que estos puntos no se refieren a la culpabilidad del agente por su comportamiento. Tal y como están esbozados los casos, B, D y F tienen una situación epistémica similar. Como la culpabilidad de un agente depende de su situación epistémica, puede ser que cada agente sea culpable en el mismo grado. Pero ello no implica que la conducta de cada uno sea moralmente equivalente. F ha penetrado a E en contra de su voluntad, mientras que ni B ni D han penetrado a nadie en contra de su voluntad. Penetrar a alguien en contra su voluntad es un delito particularmente grave. Pasaríamos por alto esta característica si evaluáramos la conducta de cada agente únicamente a partir de su propia situación probatoria. Esta evaluación no toma en cuenta los diferentes efectos en la víctima, y estos efectos tienen que ver con el grado de perjuicio que se le causa.

Así, el caso *contra la voluntad* ejemplifica la forma más grave de delito sexual. Pero, para sancionar un delito sexual en el caso *contra la voluntad*, no es necesaria una política de consentimiento afirmativo. Dado que E no desea que F le penetre, podemos explicar la incorrección de la conducta

de F en términos de los estados mentales de E. P. ej., las revisiones del Código Penal Modelo propuestas considerarían como no consentida esta interacción a la luz de la ausencia de la «voluntad de E de participar en un acto específico de penetración sexual o de contacto sexual».¹² Así, la preocupación de que las políticas de consentimiento afirmativo sean demasiado sobreinclusivas se vería agravada por la preocupación de que sean innecesarias para sancionar las agresiones sexuales graves.

III. El deber de diligencia

Incluso los que apoyamos ampliamente las políticas de consentimiento afirmativo deberíamos reconocer una idea central en el núcleo de esta crítica: hay una clara diferencia moral entre los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, por un lado, y el caso *contra la voluntad*, por otro. Independientemente de lo que pensemos del comportamiento de B y D en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, F comete algo mucho más grave en el caso *contra la voluntad*. Negar esto es sostener —de modo inverosímil— que la perspectiva de la víctima, su experiencia durante el encuentro y los efectos que el encuentro tiene para ella no son importantes para definir la gravedad del ilícito. Volveremos a este punto más adelante pero, por ahora, señalemos que aun si se ha cometido un agravio en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, no es el tipo más grave de ofensa sexual, y las sanciones de cualquier política deberían reflejar esto.

Esta observación es acertada, pero no demuestra por sí sola que una política de consentimiento afirmativo no se justifique por el hecho de sancionar un comportamiento moralmente permisible. Queda la posibilidad de que B y D hayan cometido una infracción más leve.¹³ De hecho, argumentaré que tal es el caso.

Creo que debería incomodarnos la forma en que B y D actúan en estos casos. De hecho, esperaríamos que nadie que nos importe actuara de esta manera o estuviera en la posición de A o C. Cuando evaluamos qué es lo incorrecto en la conducta de cada agente, el candidato natural es que el agente ha procedido sin cerciorarse de que su pareja estuviera dispuesta a tener relaciones sexuales. Mientras su pareja no haya indicado claramente que está dispuesta, el agente no sabe si

¹² Moringo, "Updated 'Consent' Definition".

¹³ Este es un punto con el que los defensores de la *perspectiva conductual* deberían estar de acuerdo. Quien defiende esta perspectiva debería sostener que para que A y C consientan válidamente debe darse el caso de que tanto A como C hayan decidido permitir la actividad sexual, y que hayan expresado esta decisión. Una vez adoptada esta postura, quien defiende la *perspectiva conductual* es libre de sostener que está mal mantener relaciones sexuales con alguien que ha decidido consentir sin expresar su decisión, pero que es mucho peor mantener relaciones sexuales con alguien en contra de su voluntad.

consiente. Para que B o D sepan que A y C tienen predisposición para mantener relaciones sexuales, A y C tendrían que expresar esta voluntad mediante su comportamiento. A su vez, el hecho de que el receptor del consentimiento no se asegure de que su pareja está dispuesta, sugiere que no está actuando de una forma que exprese preocupación suficiente por la voluntad de ella. Si el receptor del consentimiento hubiera actuado de un modo que expresara mayor preocupación, entonces se habría esforzado más para determinar si su pareja estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales. Siguiendo esta línea de pensamiento, deberíamos concluir que el receptor del consentimiento ha actuado de modo no permitido al no expresar la debida preocupación por la autoridad de la otra persona sobre sus límites personales.

Para desarrollar esta noción, empezamos con la idea general de que la agencia moral responsable no solo implica actuar de formas que creamos que son moralmente permisibles. También implica tratar de formarse creencias precisas sobre cuáles acciones son moralmente permisibles. Es plausible que esto implique una reflexión de antemano sobre lo que la moralidad requiere de nosotros, así como investigar empíricamente los efectos de nuestras acciones. Esta idea general se aplica a todo lo que moralmente debemos hacer. Así, si tenemos el deber de preservar la Gran Barrera de Coral para preservar su valor intrínseco, entonces debemos evaluar si nuestras acciones contribuyen al blanqueamiento del coral. Este deber de investigación impersonal no es debido a nadie en particular.

Sin embargo, cuando nuestras acciones afectan a otras personas, no solo tenemos un deber de investigación impersonal para descubrir lo que debemos hacer. También tenemos deberes de investigación específicos para con esas personas. Si tu acción puede perjudicar a Jane o infringir sus derechos, entonces le debes a Jane la tarea de reunir pruebas sobre si tu acción lo hace. En términos más generales, por cada deber que tenemos de respetar los derechos de otra persona, tenemos el deber correlativo de investigar si nuestra acción respetará sus derechos. No se trata solo de decir que alguien que no haya llevado a cabo estas investigaciones sería una mala persona. También se trata de decir que esas investigaciones les son exigibles. Si alguien nos pidiera que investigáramos el estatus moral de sus acciones, nuestro consejo sería que debe hacerlo ella y, si se mostrara reticente a hacerlo, le exigiríamos que lo hiciera.

Podemos aplicar esta idea al consentimiento. Supongamos que alguien está considerando la posibilidad de realizar una acción para la que necesita el consentimiento de otra persona. El agente tendría el deber de investigar si la otra persona está consintiendo. También debería averiguar qué

está consintiendo la otra persona. Un fundamento plausible de este deber es que su incumplimiento es una forma de falta de respeto. Como dice Peter Westen,

Los acusados pueden infligir dos tipos de daños ilícitos a las víctimas de los delitos cometidos en contra de su consentimiento: daño primario de someterlas a una conducta sin que la hayan elegido subjetiva y voluntariamente para sí mismas; y el daño menor a la dignidad de manifestar una *disposición* o *voluntad* de someterlas a ese daño primario.¹⁴

En este contexto, el daño a la dignidad es el daño de ser tratado irrespetuosamente —de una manera que somete a la víctima a una indignidad—. Si bien Westen se centra en el daño a la dignidad que supone llevar adelante la voluntad de someter a alguien a una actividad no consensuada, es plausible que el daño a la dignidad también sea infligido por un agente que actúa como si estuviera dispuesto a someter a esta persona a una actividad no consensuada.¹⁵

Ahora bien, si un agente no investiga adecuadamente si la otra persona está dispuesta a participar en esa actividad, entonces ese agente estaría actuando como si estuviera dispuesto a someter a esta persona a una actividad no consensuada. Por tanto, este agente tendría la obligación de investigar, asumiendo que planea realizar una acción para la que se requiere el consentimiento. Si, por el contrario, el agente opta por retirarse y no hacer nada, entonces no tendría el deber de investigar si la otra persona está dando su consentimiento. Por tanto, el deber de investigación tiene una forma disyuntiva: exige, o bien la inacción, o bien la investigación. Para captar esta idea, deberíamos formular el deber de la siguiente manera:

Deber de diligencia

Si X necesita el consentimiento de Y para realizar la acción A, entonces X tiene un *deber de diligencia* frente a Y con respecto a la realización de A por parte de X. X evita incumplir este deber si y solo si

¹⁴ Westen, *Logic of Consent*, p. 161.

¹⁵ Agradezco a un editor asociado por señalarme este punto.

O bien (i) X se abstiene de realizar A;

O (ii) X ha investigado adecuadamente que Y ha decidido que está dispuesto a que X realice A.

Incluyo el calificativo «con respecto a la realización de A por parte de X» para reconocer que puede haber otras formas en las que X podría faltarle el respeto a Y al no tener la debida diligencia con respecto a ella.¹⁶ Tal vez haya margen para seguir discutiendo acerca de cómo debería formularse el principio. Pero la idea central es que, para cualquier acción para la que se requiera el consentimiento de alguien, el principio impone al agente correspondiente un *deber de diligencia*. El agente incumple este deber si realiza la acción sin haber investigado adecuadamente si la persona está dispuesta a realizarla.

La expresión «investigar adecuadamente» es deliberadamente vaga, dado que las formas adecuadas de investigación se vinculan con el contexto. Dependerá de si se trata de un consentimiento «de baja entidad», como el consentimiento para usos menores de la propiedad de otro, o de un consentimiento «de alta entidad», como la cirugía médica invasiva. Lo que se considere una investigación adecuada también dependerá de los costes de la investigación. Supongamos que alguien tiene buenas pruebas de que la otra persona está prestando su consentimiento. Si le resulta oneroso seguir investigando, puede considerarse que ha investigado adecuadamente el asunto. Pero, si la investigación adicional no tuviera coste, el agente tendría que llevarla a cabo.

Los defensores de la *perspectiva mental* del consentimiento pueden adherir al *deber de diligencia*. Al igual que la *perspectiva conductual*, la *perspectiva mental* solo se refiere a lo que se necesita para que alguien preste un consentimiento válido que le exima del deber primario de no interferir en la persona o la propiedad de otro. Por el contrario, el *deber de diligencia* es un deber secundario que regula los pasos que alguien debe dar para asegurarse de que está cumpliendo el deber primario. Se podría sostener que el consentimiento válido es un estado mental, y seguir sosteniendo que tenemos el deber adicional de investigar adecuadamente si la otra persona tiene los estados mentales requeridos. De hecho, en todo caso, postular el *deber de diligencia* ayuda a la *perspectiva mental* en la discusión con la *perspectiva conductual* en el siguiente aspecto. En ese debate, desde la *perspectiva conductual* suele argumentarse que el consentimiento debe ser público para que su receptor pueda

¹⁶ Agradezco a un editor asociado por señalar que esta matización es necesaria, en la medida en que un agente puede tratar a alguien irrespetuosamente si no considera su consentimiento para una posible acción, aunque el agente acabe no realizando la acción.

tener acceso epistémico a él.¹⁷ Pero esta argumentación se ve socavada al plantear el *deber de diligencia*. Si el receptor del consentimiento cumpliera este deber, entonces mejoraría su acceso epistémico al consentimiento. Así pues, en la medida en que consideremos una virtud que los principios normativos que rigen el consentimiento hagan más probable que todas las partes tengan un conocimiento común sobre si cada una de ellas está dispuesta a permitir un encuentro, este fin epistémico puede lograrse incluyendo el *deber de diligencia* en este conjunto de principios, sin necesidad de adoptar la *perspectiva conductual*.

Permítanme aclarar mi propuesta comparándola con otra idea. He señalado al principio que, al abordar qué acciones deberían estar prohibidas por las leyes o los códigos, me mantengo neutral en la controversia sobre lo que se necesita para que alguien sea culpable de realizar una acción prohibida. En el marco de esa controversia, algunas personas han argumentado que, si un agente cree irrazonablemente que su pareja presta consentimiento para mantener relaciones sexuales, entonces ese agente puede ser castigado adecuadamente por agresión sexual. Esta propuesta está motivada por una preocupación por casos como el caso *contra la voluntad*, en el que F comete el delito sexual de penetrar a E contra su voluntad, mientras cree que E tiene disposición para ello.

La propuesta sería que, si F mantiene esta creencia en el consentimiento de E de forma negligente, entonces F es culpable por el delito sexual y puede ser castigado. Aunque este argumento coincide con la intuición de muchas personas, depende de la adopción de una perspectiva controvertida de la culpabilidad. Como hemos visto, algunos filósofos niegan que la negligencia sea un motivo de culpabilidad apropiado para el castigo.¹⁸ No es necesario que tomemos partido en esta controversia cuando apoyamos el *deber de diligencia* como un deber que nos debemos unos a otros. Al respaldar este deber, estamos adoptando una postura sobre cuándo alguien se ha comportado de forma moralmente aceptable y cuándo su comportamiento es moralmente inadmisibles. Como la permisividad de una acción es distinta de la culpabilidad del agente por realizarla, no estamos tomando posición sobre cuándo el comportamiento de alguien es culpable. En consecuencia, el *deber de diligencia* puede ser postulado incluso por los teóricos que adoptan una perspectiva estrecha de la culpabilidad, basada únicamente en el conocimiento o la imprudencia.

IV. Un nuevo fundamento para las políticas de consentimiento afirmativo

¹⁷ Healey “The Ontology of Consent”; Dougherty, “Yes Means Yes”.

¹⁸ En el contexto de la crítica a las políticas de consentimiento afirmativo, Ferzan cuestiona extensamente esta propuesta en “Consent, Culpability and the Law of Rape”.

Hagamos un balance. Observamos que las políticas de consentimiento afirmativo implican que se han cometido delitos en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*. Así que buscamos ilícitos plausibles cometidos por los agentes relevantes y esto nos llevó a plantear el *deber de diligencia*. Dado que estos agentes infringen ese deber, las políticas de consentimiento afirmativo sancionarían a los infractores en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*. ¿Significa esto que hemos alcanzado un fundamento normativo para estas políticas?

No. El cumplimiento del *deber de diligencia* no requiere un comportamiento expresivo por parte del otorgante del consentimiento. Consideremos el siguiente caso:

Distracción. Anya envía un correo electrónico a su amiga Brittney para preguntarle si puede tomar prestado su coche durante el resto del día. A Brittney le parece bien. Pero antes de que Brittney pueda escribir un correo electrónico en respuesta, se distrae con un alboroto en su oficina. Mientras Brittney atiende la conmoción, Camila escribe disimuladamente un correo electrónico de respuesta desde la cuenta de Brittney diciendo que está bien que use el coche y lo firma «Brittney». Anya lee ese correo electrónico y toma prestado el coche.

Brittney ha decidido consentir la acción de Anya. Además, Anya ha cumplido con su *deber de diligencia*, al investigar adecuadamente si Brittney está dispuesta a que ella tome el coche. Anya tiene la creencia justificada de que Brittney ha indicado que está dispuesta a que utilice el coche. Sin embargo, Brittney no ha expresado que esté dispuesta a que Anya utilice el coche, porque se distrajo antes de poder hacerlo. Esto demuestra que el comportamiento expresivo del otorgante del consentimiento no es necesario para que su receptor cumpla su *deber de diligencia*.

Aun así, este resultado se mantiene debido a las características especiales del caso de la *distracción*. Aquí se trata de un consentimiento para el uso de una propiedad impersonal. Hay al menos dos características distintivas de este tipo de consentimiento. En primer lugar, se trata de un tipo de consentimiento de escasa entidad. En segundo lugar, el otorgante del consentimiento puede utilizar el bien a distancia del receptor del consentimiento. En conjunto, estas características hacen que sea apropiado que el receptor del consentimiento investigue la voluntad de la otra persona a través del correo electrónico. La considerable comodidad del correo electrónico compensa su ligera falta de fiabilidad. Exigir a Anya que visite a Brittney en la oficina o incluso que la llame por teléfono

sería excesivo. E incluso esos métodos podrían no frustrar a Camila si fuera la gemela idéntica de Britney, o capaz de imitar la voz de Britney...

Contrastemos esto con el consentimiento sexual. En un encuentro sexual, un agente se encuentra muy cerca de su pareja, por lo que —al menos usualmente— la investigación adecuada no podría completarse sin que su pareja sexual tuviera un comportamiento comunicativo claro en esas circunstancias. En este caso, es significativo que el consentimiento sexual sea un paradigma de consentimiento de alta entidad, y esta característica incrementa la carga de investigación de los intervinientes en el acto sexual para esclarecer la voluntad de la otra parte de mantener relaciones sexuales. Esta carga debe entenderse en función del tipo de pruebas que deben recabarse. El agente tendría que haber encontrado pruebas claras e inequívocas de la voluntad de su pareja de mantener relaciones sexuales. Además, como ha argumentado Jennifer LACKEY, el agente tendría que recibir estas pruebas de un testimonio de primera mano de su pareja; dada la entidad de lo que está en juego, basarse en el testimonio de terceros no sería apropiado.¹⁹

Esto no quiere decir que se niegue un papel probatorio a las circunstancias de fondo. Al fin y al cabo, el significado de todo comportamiento comunicativo depende del contexto en el que se produce. Incluso un enunciado como “¡quiero acostarme contigo ahora mismo!” solo puede expresar el consentimiento sexual en razón de las convenciones de fondo que rigen el idioma del que se trata. Además, la interpretación adecuada del comportamiento implícito o no verbal está influenciada por la relación entre los intervinientes, así como por sus interacciones previas. P. ej., si dos hombres se han conocido recientemente a través de una aplicación para teléfonos que se utiliza exclusivamente para facilitar encuentros sexuales casuales, esa evidencia influirá en la forma de interpretar las comunicaciones posteriores entre sí. Del mismo modo, si “un principio central de su religión es que el sexo solo deba tener lugar en el contexto de un matrimonio —religión que usted ha abrazado desde la infancia—, y usted habla con frecuencia acerca de cómo sus creencias religiosas son fundamentales para su identidad como persona”, entonces esto influirá en cómo interpretar si está consintiendo tener relaciones sexuales, independientemente del enunciado.²⁰ En general, deslindarse del *deber de diligencia* exige tener en cuenta todas las pruebas disponibles, incluido el contexto de fondo.

¹⁹ Jennifer Lackey defiende esta idea en “Sexual Consent and Epistemic Agency”, en *Applied Epistemology*, ed. Jennifer Lackey (Oxford University Press) (de próxima publicación). (N. de T.: la obra fue publicada en 2021, se encuentra disponible en <https://doi.org/10.1093/oso/9780198833659.003.0014>, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023).

²⁰ Lackey, “Sexual Consent”.

Aunque la importancia del consentimiento sexual cuenta para aumentar la carga de la investigación, esta carga también tiene que tener en cuenta los costes de investigar. Algunos críticos de las políticas de consentimiento afirmativo objetan que estas políticas darían paso a una cultura sexual monótona, en la que los encuentros sexuales habrán perdido su espontaneidad y emoción. Sin embargo, los méritos de esta crítica son discutibles. Por un lado, estos costes parecen relativamente menores si se comparan con los costes de los errores. Por otra parte, en la medida en que alguien tenga habilidades sociales competentes y pueda interpretar y señalar hábilmente las señales verbales y no verbales, esta persona será capaz de averiguar si su pareja está dispuesta a tener relaciones sexuales con ella sin arruinar el momento. Los costes de la incomodidad los pagan quienes no han desarrollado estas habilidades sociales, pero son precisamente estas personas las que corren más riesgo de equivocarse sobre el consentimiento de sus parejas. Para ellos, es preferible ser precavidos que arriesgarse a equivocarse con tal de preservar la excitación (además, podemos asumir que los encuentros sexuales de los principiantes suelen ser un tanto incómodos de todos modos). Así pues, la preocupación por los encuentros sexuales menos excitantes no nos da buenos motivos para negar que una investigación adecuada implique tomar medidas razonables para asegurarse en gran medida de que la pareja sexual presta su consentimiento.

Lo que esto sugiere es que la mayor parte del tiempo se mantendría una asunción como la siguiente:

Asunción de investigación/expresión. Al participar en un encuentro sexual, el receptor del consentimiento cumple con su *deber de diligencia* solo si el emisor del consentimiento ha indicado de forma positiva e inequívoca que está de acuerdo en participar en ese encuentro a lo largo de toda su duración. El receptor del consentimiento no ha investigado adecuadamente esta aceptación si se basa únicamente en la ausencia de un «no».

Esta presunción está formulada deliberadamente en el lenguaje de la política de la Universidad de Yale para mostrar cómo la asunción, en combinación con el *deber de diligencia*, aseguraría que la política solo prohíbe comportamientos ilícitos.

V. Dos ajustes a las políticas de consentimiento afirmativo

Lo anterior constituye una defensa para la implementación de políticas de consentimiento afirmativo como la de Yale en los casos en que se mantiene la *asunción de investigación/expresión*. Sin embargo, nuestro análisis sugiere dos posibles revisiones que podríamos hacer a estas políticas.

La primera revisión posible tiene que ver con el hecho de que es cuestionable que la *asunción de investigación/expresión* sea oponible universalmente. Los contraejemplos más plausibles son los encuentros sexuales en el contexto de relaciones estables de larga duración. Supongamos que dos cónyuges han negociado un acuerdo en virtud del cual una de las personas se opondrá explícitamente al contacto sexual si no está dispuesta a mantenerlo. Esta persona es segura de sí misma, es parte de un grupo privilegiado en términos de poder social y existe un sólido vínculo de confianza entre los cónyuges. ¿Estaría cumpliendo su pareja con su *deber de diligencia* si se guiara por la omisión de articular una expresión de falta de voluntad para mantener relaciones sexuales conforme al acuerdo establecido con su pareja?

Podemos tener dos opiniones sobre esta cuestión. Por un lado, podríamos sentirnos atraídos por la idea de que, dado que existe la posibilidad de que cualquier agente se muestre inusualmente reticente, la diligencia debida de su pareja requiere siempre la búsqueda de un comportamiento inequívoco que indique su voluntad de participar en un encuentro específico. Este pensamiento nos llevaría a sentirnos incómodos con la idea de que se pueda inferir responsablemente esta voluntad a partir de una omisión. Por otro lado, existe una tendencia a pensar que hay versiones de este caso en las que la pareja podría saber lo que esta persona estaba pensando a la luz de su omisión. Pero, si realmente es cierto que *saben* que su pareja sexual está dispuesta a permitir y participar en el encuentro sexual, entonces parecería que no es necesario investigar más.

Supongamos, en pos de tal argumento, que en casos como este un miembro de la pareja podría conocer la voluntad del otro en virtud de su omisión. Esto crea un problema a la hora de apelar al *deber de diligencia* para apoyar una política de consentimiento afirmativo como la de Yale. Como la política de Yale no reconoce la omisión como constitutiva de comunicación, y la política forma parte de un código general que se aplica tanto a los encuentros sexuales dentro de relaciones duraderas como a los encuentros casuales, la política prohibiría el encuentro si se produjera en la universidad. Si el encuentro no es ilícito, entonces la política parece sobreinclusiva. He aquí una forma de limitarla. La política podría definir el consentimiento de la siguiente manera:

La actividad sexual requiere consentimiento, definido como un acuerdo inequívoco y voluntario para participar en una actividad sexual específica durante un encuentro sexual.

Luego, la política podría añadir la siguiente directriz sobre cómo interpretar la definición al aplicarla en la práctica:

En casi todos los casos —incluida toda actividad sexual entre individuos que no son parejas sexuales estables y toda actividad sexual entre personas que están parcialmente intoxicadas— esta voluntad no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un «sí» claro, verbal o de otro tipo.

Como el consentimiento se define en términos de acuerdo inequívoco, esta definición permite que la pareja casada pueda consentir en virtud de una omisión, siempre que —dadas las circunstancias— esa omisión constituya un acuerdo inequívoco de mantener relaciones sexuales. Aun así, si una política utilizara esta definición para prohibir la actividad sexual no consentida, entonces esa política sería lo suficientemente restrictiva como para penalizar a las personas que se basaran en pruebas inadecuadas. Además, las directrices afirman explícitamente que basarse en la ausencia de una negativa es insuficiente en los encuentros casuales —el tipo de interacción que preocupa a los defensores de las políticas de consentimiento afirmativo—.

La segunda revisión posible se refiere a la redacción de la política. Las políticas de consentimiento afirmativo existentes enmarcan los delitos sexuales en términos de ausencia de consentimiento afirmativo. Pero si un código de la universidad pretende sancionar a las personas que incumplen el *deber de diligencia*, entonces el código podría simplemente codificar ese deber en sí mismo:

ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO. Una persona es punible por una «actividad sexual sin la debida diligencia», si a sabiendas interviene en una actividad sexual con alguien sin investigar adecuadamente si la otra persona está dispuesta a participar. La investigación es adecuada solo cuando es inequívoco que la otra persona está de acuerdo en participar en esa actividad sexual específica.

Una vez más, esta definición puede complementarse con directrices:

En casi todos los casos —incluida toda actividad sexual entre parejas sexuales no habituales y entre personas que están parcialmente intoxicadas— este acuerdo no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un «sí» claro, verbal o de otro tipo.²¹

Como ese delito no menciona el consentimiento sexual, la política estaría reformulando una política de consentimiento afirmativo como una política que exige el debido cuidado en las relaciones sexuales.

Llegados a este punto, alguien podría objetar que ya no estamos defendiendo las políticas de consentimiento afirmativo: simplemente hemos cambiado de tema y ahora estamos proponiendo políticas alternativas que sancionan la falta del debido cuidado en las relaciones sexuales. En respuesta a esta objeción, estoy de acuerdo en que un cambio como el de regular la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO equivaldría al menos a replantear las políticas de consentimiento afirmativo existentes. De todas maneras, sigue habiendo importantes similitudes en cuanto al tipo de conducta que exigen las políticas actuales y las revisiones propuestas. Al igual que la política de la Universidad de Yale, la regla de la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO exige que no haya ambigüedad en el consentimiento de la pareja para mantener relaciones sexuales. Además, las directrices dejan claro que, al menos, esto requiere un claro “sí”, verbal o de otro tipo. ¿Significan estas similitudes que seguimos clasificando la regla de la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO como una “política de consentimiento afirmativo”? ¿O las diferencias significan que debemos considerarla solo como una descendiente de las políticas de consentimiento afirmativo? Me resulta difícil creer que haya demasiadas implicancias según las respuestas que demos. La cuestión fundamental es cómo enmarcar una política de delitos sexuales para que prohíba un comportamiento que es moralmente incorrecto. En respuesta a esa pregunta, ofrezco la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO como candidata a una política que puede defenderse alegando que

²¹ Se me ha sugerido que podríamos preferir una política que prohíba la actividad sexual sin el debido cuidado frente a una política que prohíba la actividad sexual sin consentimiento afirmativo, basándonos en que la primera política podría conducir a mejores prácticas de investigación. Esta podría hacer que la resolución de las denuncias se centrara en la conducta de la persona acusada del delito. (¿Qué hicieron para investigar?) Mientras tanto, una política de consentimiento afirmativo podría llevar a los investigadores a centrarse en la conducta de la denunciante. (¿Se comunicó claramente la denunciante?). Esta sería una consecuencia bienvenida, ya que deberíamos minimizar lo angustiosas que son las investigaciones para las víctimas de delitos sexuales. Pero no queda claro qué prácticas de investigación surgirían de la aplicación de una u otra norma y es difícil creer que, con cualquiera de las dos políticas, quien denuncie se libre por completo de la necesidad de aportar pruebas.

prohíbe un comportamiento que es moralmente incorrecto en virtud de la violación del *deber de diligencia*.

VI. Delitos sexuales de diferente gravedad

Para completar nuestro debate, debemos pasar a un tema que aún no hemos abordado: las penas adecuadas para las infracciones. Una política de delitos sexuales defendible debe sancionar los delitos con un castigo que sea proporcional a su gravedad. Aquí debemos recordar nuestro punto anterior de que la conducta en casos como los de *ambigüedad* y *falta de expresión* es significativamente menos grave que la conducta en un caso como el de *contra la voluntad*. Incluso si alguien se ve afectado por el hecho de que su pareja no investigue adecuadamente su voluntad de participar en la actividad sexual, se vería mucho más perjudicado por una actividad sexual en contra de su voluntad. En consecuencia, la sanción por una actividad sexual llevada a cabo sin la debida diligencia tendría que ser significativamente más indulgente que la sanción por imponer una actividad sexual a alguien en contra de su voluntad.

Esto significa que una política de delitos sexuales debidamente matizada no puede contener un solo delito.²² Por el contrario, la política debería reconocer importantes graduaciones en la conducta sexual indebida. Sugiero que la política establezca como "delito mayor" el participar en actividades sexuales en contra de la voluntad de otra persona. Pero también debería plantear como «delito menor» el participar en actividades sexuales sin que la pareja indique inequívocamente su voluntad. La forma de considerar cada delito dependerá de la posición que adoptemos en el debate entre la *perspectiva mental* y la *perspectiva conductual*. Si adoptamos la *perspectiva mental*, consideraremos como delito mayor la imposición de relaciones sexuales no consentidas y consideraremos el delito menor como un delito separado, p. ej., ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO. Mientras que, si adoptamos la *perspectiva conductual*, consideraremos el delito menor como el delito de imposición de sexo no consentido. Pero, aun así, deberíamos considerar el delito mayor como un delito más grave, p. ej., "actividad sexual no consentida agravada" o «actividad sexual contra la voluntad de alguien».²³ Sin perjuicio de estos puntos, ambas visiones deberían estar

²² Un problema relacionado con el delito único es que es probable que castigue en exceso a algunos agresores o que no castigue suficientemente a otros. Véase Ferzan, "Consent, Culpability and the Law of Rape", pp. 433-5.

²³ Es plausible que existan otras condiciones agravantes. P. ej., las revisiones propuestas del Código Penal Modelo incluyen un delito más grave de «violación agravada» que se comete cuando, p. ej., se utiliza un arma letal para coaccionar.

de acuerdo en el hecho de que la política debería distinguir al menos dos delitos que se sancionen con diferentes cantidades de pena.

Una vez que se distinguen estos delitos, debemos reconocer que hay varias formas de castigar a los autores. En primer lugar, la conducta del autor podría constituir el delito menor, sin llegar a configurar el delito mayor. Esta es la lección que aprendemos al considerar casos como el de *ambigüedad* y el de *falta de expresión*, en los cuales ambos integrantes de la pareja participan voluntariamente en la actividad sexual, sin comunicar adecuadamente su voluntad. En segundo lugar, incluso si el comportamiento del autor fuera constitutivo de ambos delitos, es una cuestión adicional determinar si es culpable de cada uno de ellos. Y, lo que es más importante, puede ser que el autor no sea culpable de la misma manera por cada delito. Supongamos que el agresor sabe que su pareja no ha comunicado claramente su voluntad de participar en la actividad sexual y, en consecuencia, es consciente de que existe un riesgo significativo de que su pareja no esté dispuesta realmente a participar en esta actividad. El autor sería culpable del delito menor en virtud de la comisión *a sabiendas* de este delito, pero sería culpable del delito mayor en virtud de la comisión *imprudente* de ese delito.

¿Qué ocurre con quien comete el delito mayor de mantener relaciones sexuales con alguien contra su voluntad, pero lo hace por negligencia? Concretamente, ¿cuál es el castigo apropiado para alguien que cree erróneamente que su pareja consiente como resultado de no cumplir con su *deber de diligencia*? Nuestra respuesta dependerá de la posición que adoptemos en el debate que he puesto entre paréntesis al principio sobre cuándo —si es que alguna vez— la negligencia es un motivo de culpabilidad. Algunos niegan que la negligencia pueda fundamentar culpabilidad. Dirán que el autor negligente no puede ser castigado adecuadamente por el delito mayor de mantener relaciones sexuales contra la voluntad de alguien, aunque sí puede ser castigado adecuadamente por el delito menor de mantener relaciones sexuales con alguien que no ha manifestado inequívocamente su voluntad de mantenerlas. Otros piensan que la negligencia puede fundamentar el castigo cuando puede atribuirse a un error moral previo del cual el agente es culpable. En esta línea, consideremos el siguiente principio:

NEGLIGENCIA EN LOS DEBERES DE PROTECCIÓN. Si un deber, D, tiene por objeto proporcionar al agente información para evitar que este cometa inadvertidamente un ilícito, W, entonces el agente es culpable por negligencia de cometer W como consecuencia de la ignorancia resultante de su incumplimiento culposo de D.

Este principio se aplica a un agente que es culpable por no seguir la regla de precaución, p. ej., porque no la siguió a sabiendas o por imprudencia.²⁴ El principio postula que este agente es punible por negligencia por cometer involuntariamente el ilícito que la regla pretende evitar. El fundamento sería que, al desatender culpablemente la norma de precaución destinada a evitar la ignorancia, el agente asumiría la responsabilidad de los percances derivados de su ignorancia. Es plausible que el actor sea menos culpable de lo que lo sería si actuara de forma imprudente, planteándose de forma consciente el riesgo de cometer el ilícito.²⁵ De ser así, el actor podría ser castigado menos por cometer el ilícito de forma negligente que por hacerlo de forma imprudente. Esta me parece una perspectiva plausible de la negligencia culpable. Pero no es universalmente compartida y no la defenderé aquí.²⁶ En su lugar, me limitaré a señalar cómo este principio afecta a nuestro tema de la culpabilidad en los delitos sexuales mayores y menores mencionados anteriormente. El principio implicaría que alguien podría ser culpable por negligencia del delito mayor de mantener relaciones sexuales con alguien en contra de su voluntad en virtud de cometer, a sabiendas o por imprudencia, el delito menor de mantener relaciones sexuales con alguien que no ha indicado inequívocamente su predisposición para mantener relaciones sexuales.

Esto completa nuestro debate sobre cuestiones de fondo. Terminaré con consideraciones sobre una cuestión terminológica, relativas a cómo utilizar la palabra "consentimiento". Esta cuestión es sencilla para los defensores de la *perspectiva mental*: deben utilizar "consentimiento" solo para reconocer una determinada actitud mental. Sin embargo, nuestro análisis implica que la cuestión terminológica está más matizada para la *perspectiva conductual*. Mientras casos como el de *falta de expresión* y *ambigüedad* implican una conducta sexual indebida, esta no se encuentra entre los delitos sexuales más graves. (Concretamente, es menos grave que la actividad sexual en contra de la voluntad de alguien, como ejemplifica el caso *contra la voluntad*). Esto significa que si un defensor

²⁴ En teoría, podría ser posible que un agente fuera negligentemente culpable por no seguir una norma de precaución en virtud de haber incumplido culpablemente otra norma de precaución, pero es difícil imaginar que se dé esta circunstancia.

²⁵ Holly Smith sostiene que esta es una característica general de la culpabilidad, y Kenneth Simons señala que en el Código Penal Modelo «[e]l homicidio negligente es el nivel más bajo de homicidio, por debajo del homicidio imprudente, que está por debajo del asesinato (que requiere propósito, conocimiento o indiferencia extrema)». Holly Smith, "Negligence", en *The International Encyclopedia of Ethics*, ed. Hugh LaFollette (Oxford: Wiley-Blackwell, 2013), pp. 3565-3571. Simons, "When is Negligent Inadvertence Culpable?", p. 108.

²⁶ Apoyando un enfoque similar de la culpabilidad por no seguir una norma de precaución, Moore y Hurd señalan la preocupación de sustituir la culpabilidad por violar a sabiendas una norma por la culpabilidad por un delito diferente, y alegan que «huele a responsabilidad objetiva, ya que sustituye un estado mental grave (la contemplación de que uno va a causar la muerte) por un estado mental potencialmente menos culpable (la contemplación de que la conducta de uno viola una norma)». Moore y Hurd, "Punishing the Awkward", pp. 186-91. Ferzan sigue esta línea de objeción contra los fundamentos basados en la negligencia en las políticas de consentimiento afirmativo. Ferzan, "Culpability, Consent and the Law of Rape", p. 424.

de la *perspectiva conductual* adopta una única definición de consentimiento como consentimiento afirmativo, entonces no puede luego decir que la actividad sexual no consentida es suficiente para el tipo de delito sexual más grave. Para evitar este resultado, sugiero que los defensores de la *perspectiva conductual* no hablen simplemente de consentimiento, sino que hablen tanto de consentimiento mental como de consentimiento afirmativo. Así, podrían decir que, para cometer un delito sexual, basta con mantener relaciones sexuales sin consentimiento afirmativo; pero que, para cometer un tipo de delito sexual especialmente grave, es suficiente con mantener relaciones sexuales sin consentimiento mental.