



Maestría en Derecho Penal

**Consentimiento sexual, ¿es necesario que la legislación  
argentina adopte el modelo afirmativo?**

Melina Antonela Ghiringhelli, DNI 33.991.311.

Tutora de tesis: María Luisa Piqué. Especialista en derecho penal y procesal penal por la Universidad Torcuato Di Tella y Máster en Derecho por la Universidad de Georgetown.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09 de febrero de 2024.

***Agradecimientos***

*A todas las valiosas mujeres que me ayudaron y ayudan a recorrer este camino. Especialmente a mi madre, a mi abuela, a mis amigas y a mi tutora María Piqué.*



Universidad de  
**San Andrés**

### ***Abstract***

*En la presente tesis analizaré si es necesario promover un cambio de la legislación penal argentina con perspectiva de género y, en particular, del artículo 119 del Código Penal, con la finalidad de adoptar el modelo de consentimiento afirmativo “sólo sí es sí”.*

*Para ello, abordaré el alcance de los modelos legislativos de delitos sexuales. Analizaré el fallo paradigmático “La Manada” y la consecuente adopción del modelo de consentimiento afirmativo en España. Seguidamente, examinaré el tipo penal de abuso sexual en nuestro país - art. 119 Código Penal - y su aplicación en la praxis judicial en casos simbólicos en la materia.*

*Por último, indagaré sobre la conveniencia de realizar una reforma legislativa en nuestro país y acoger en la norma la fórmula del sólo sí es sí, con una perspectiva de género y en base a ello, propondré una nueva redacción del art.119 C.P.*



Universidad de  
**San Andrés**

## 1. Introducción

## 2. Modelos legislativos

---

### 2. A. El modelo legislativo basado en la coacción

### 2. B. Las interacciones sexuales basadas en el consentimiento

## 3. Los modelos consensuales: “sólo sí es sí” y “no es no”

---

### 3.A. Consideraciones sobre el “no es no”

### 3. B. Consideraciones sobre el “sólo sí es sí”

## 4. El caso España: “La Manada” y el cambio en la legislación penal

---

### 4. A. El controversial fallo que originó la reforma legislativa: “La Manada”

### 4. B. Cambio de la legislación española

## 5. El abuso sexual en la ley penal argentina

---

### 5. A. El fallo “Carrasco” y una limitación a la posibilidad de condenar comportamientos que constituyen abuso sexual

### 5. B. El caso “Lucía Pérez”. Los estereotipos de género en la jurisprudencia

### 5. C. Una resolución judicial que genera cuestionamientos en relación al art. 119 CPN y la presunción del consentimiento

## 6. ¿La legislación actual se ajusta al modelo de consentimiento?

## 7. La conveniencia de una reforma legislativa en los delitos de abuso sexual con perspectiva feminista

## 8. Propuesta de reforma legislativa

## 9. Conclusión

## 10. Bibliografía

---

### 10. A. Doctrina

### 10. B. Jurisprudencia

10. C. Otras fuentes



Universidad de  
**San Andrés**

## **Consentimiento sexual, ¿es necesario que la legislación argentina adopte el modelo afirmativo?**

*“El derecho a negarse a sostener relaciones sexuales como parte de la libertad sexual es una conquista política feminista de enorme envergadura”<sup>1</sup> pero... ¿es suficiente?*

**Antonela Ghiringhelli**

### **1. Introducción**

A partir de mediados del siglo XX, la discusión acerca de la discriminación hacia las mujeres ha estado presente en el sistema de justicia, y ha sido receptada por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular, por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>2</sup>.

En nuestro país, se le ha otorgado jerarquía constitucional a la mencionada Convención por medio del art. 75, inc. 22. Además, contamos con legislación que recoge en buena medida sus lineamientos, como así también con lo normado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida como Convención de Belem do Pará<sup>3</sup>. Asimismo, se encuentra vigente la ley N° 26.485 (2009), de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Sin embargo, pese a los instrumentos señalados, existen en la sociedad múltiples situaciones en las que aún se sostienen o perpetúan la discriminación y desigualdad de las mujeres, y el ámbito del derecho penal está lejos de ser la excepción. Las normas no son ajenas a esta realidad, en la medida en que no son neutrales

---

<sup>1</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, Revista mexicana de sociología, 2016, pág. 741.

<sup>2</sup> La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) es un tratado internacional adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor en 1981.

<sup>3</sup> Aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

al género y sus proyecciones. En suma, podríamos decir que se trata de normas penales escritas por hombres y para hombres; y por supuesto, este también es el caso de la regulación de los delitos contra la integridad sexual.

En este sentido, Katharine Bartlett explica que “hacer Derecho como feminista significa mirar debajo de la superficie del Derecho para identificar las implicancias genéricas de las reglas y los supuestos subyacentes en ellas e insistir en la aplicación de reglas que no perpetúen la subordinación de las mujeres.”<sup>4</sup>

Por ello, es preciso recordar las reflexiones de Catharine MacKinnon, relativas a que “criticamos la idea de que la violación se reduzca a la palabra de la mujer contra la del hombre: pero en realidad es la perspectiva de ella contra la perspectiva de él, y la ley fue escrita desde la perspectiva de él. Si él no tuvo la intención de que fuera sexual, no es sexual. Si él no lo consideró forzado, no es forzado. Lo que equivale a decir que sólo las violaciones masculinas –es decir, sólo las ideas masculinas sobre qué es lo que nos viola sexualmente como mujeres– son ilegales. Nosotras en tramos en el juego cuando decimos que nuestras violaciones sexuales son abusos de poder, no sexo”<sup>5</sup>.

Siguiendo esta línea y observando a los países latinoamericanos, nos encontramos con datos que demuestran que son principalmente delitos que cometen hombres contra mujeres, con elevadas tasas de prevalencia<sup>6</sup>, bajos niveles de denuncia<sup>7</sup>, y que muchas veces suelen quedar impunes por escasez probatoria.

En la actualidad, el consentimiento para las relaciones sexuales es concebido como una fórmula mágica que hace las veces de línea divisoria entre una violación y una relación consensuada. Así, la falta de violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio, aprovechamiento de que la mujer no haya podido consentir libremente la acción o ausencia una resistencia vigorosa e inequívoca, otorga validez y le quita toda posibilidad de ilicitud al acto. Sin embargo, esa fórmula deja fuera de la protección a todo

---

<sup>4</sup> BARTLETT, K, “Métodos legales feministas”, Harvard Law Review, Vol. 103, No. 4, 1990, pág. 8

<sup>5</sup> MACKINNON, Catharine, “Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho”, ed. Siglo XXI, 2004, pág. 133.

<sup>6</sup> Del informe sobre Muertes violentas y otras violencias contra las mujeres, llevado a cabo en el año 2020 por el Ministerio de Seguridad de la República Argentina se desprende que, en el año 2017, hubo 3.151 víctimas de abuso sexual con acceso carnal, y que el 80.3% de las víctimas fueron mujeres; en el año 2018 hubo 3.643 víctimas por el mismo delito, y el 85.4% fueron mujeres; en el 2019 hubo 4.314 personas damnificadas, y el 77,8% fueron mujeres, y en el 2020 hubo 4.574 víctimas, de las que el 80.2% fueron mujeres. A modo ilustrativo, se recomienda ver la tabla 58 del informe, que refleja la cantidad de víctimas de abuso sexual con acceso carnal por sexo (valores absolutos y porcentajes), en la República Argentina. durante los años 2017-2020. Pág. 110

<sup>7</sup> Se observa que sólo una proporción pequeña de casos denuncia. Se calcula que en Latinoamérica solo un 5% de las víctimas adultas de violencia sexual notifican el incidente a la policía. Informado por la UNESCO - VIOLENCIA SEXUAL

un universo de casos en los que no ha habido violencia física o coacción, y en los que la mujer estaba consciente para consentir, pero, sin embargo, no lo hizo.

En ese estado de cosas, distintos países han virado sus normas penales relativas a los delitos sexuales hacia el “modelo del consentimiento” y, dentro de él, algunos hacia la fórmula del “consentimiento negativo”, o “no es no”, y otros hacia la del “consentimiento afirmativo”, también conocida como “sólo sí es sí”.

El modelo del “consentimiento afirmativo” ha sido adoptado por las legislaciones penales de países como Dinamarca, Reino Unido, Inglaterra, Escocia, Gales, Suecia, Grecia y España, y, como veremos, resulta el más respetuoso de los derechos de las mujeres, en tanto entiende a los silencios, resistencias o indecisiones como una negativa, y plantea que solo será válido el consentimiento explícito, positivo, consciente y voluntario.

De todos modos, este modelo también cosechó críticas. La legislación del “solo sí es sí” tiene varios detractores. Algunos recalcan que es un modelo con alto contenido moralista y que se excede al regular estrictamente las relaciones sexuales y que incluso puede acarrear inseguridad jurídica. También, que en el plano probatorio puede suponer una inversión en carga de la prueba; es decir, una vulneración al principio de inocencia y al de igualdad ante la ley;<sup>8</sup> esto, debido a que podría implicar que el imputado tenga que probar que tuvo un consentimiento afirmativo de su *partner* para realizar la práctica sexual.

En este marco, en los acápites subsiguientes, analizaré si es necesario promover un cambio de la legislación penal argentina con perspectiva de género y, en particular, del artículo 119 del Código Penal, o bien, si el modelo del consentimiento afirmativo puede ser adoptado con la legislación vigente.

Con respecto a la metodología que utilizaré para lograr el objetivo explicado, en primer lugar, trataré de abordar el alcance de los modelos legislativos de delitos sexuales. Analizaré el fallo paradigmático “La Manada” y la consecuente adopción del modelo de consentimiento afirmativo en España. Seguidamente, examinaré

---

<sup>8</sup> Ver en este sentido el informe sobre la Ley de consentimiento afirmativo del Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ), en el que unánimemente se enumeran críticas al modelo. Disponible en: <https://elderecho.com/el-cgpj-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual>  
Últ. consulta 30/10/2023



el tipo penal de abuso sexual en nuestro país - art. 119 Código Penal - y su aplicación en la praxis judicial en casos simbólicos en la materia.

Por último, indagaré sobre la conveniencia de realizar una reforma legislativa en nuestro país y acoger en la norma la fórmula del sólo sí es sí, con una perspectiva de género.

Entiendo que esta perspectiva ofrece herramientas para advertir las consecuencias del género que en el derecho y en la justicia penal, se presentan como neutrales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido a la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia<sup>9</sup>.

En esta dirección, intentaré abordar la problemática con una visión feminista, coincidiendo con la autora Katharine T. Bartlett, quien explica que “ser feminista significa reconocer el rol que uno juega dentro de una sociedad sexista, ello implica tomar responsabilidad -por la existencia y transformación de nuestra identidad de género, nuestras políticas y nuestras elecciones-.”<sup>10</sup>

Finalmente, corresponde aclarar que voy a referirme a casos en los que el sujeto activo es un varón y el sujeto pasivo una mujer. Ello, debido a que como dije anteriormente, las estadísticas<sup>11</sup> reflejan que son principalmente delitos que cometen hombres contra mujeres, y las elevadas tasas de prevalencia resultan preocupantes.

Si bien, definir a la mujer como la parte pasiva y al hombre como la activa de una interacción sexual puede resultar “estereotipante”, lo cierto es que lamentablemente es representativo de los casos sexuales que se judicializan con mayor incidencia, y por ello entiendo que el modelo de consentimiento afirmativo puede encontrar en este tipo de casos mayor utilidad.

En este sentido, voy a intentar referirme a un estereotipo descriptivo. Así el investigador Federico Arena explica que: “Cuando es usado de manera descriptiva, el

---

<sup>9</sup> CIDH. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre de 2019

<sup>10</sup> BARTLETT Katharine T., Métodos legales feministas, 1990, pág. 4

<sup>11</sup> Informe sobre Muertes violentas y otras violencias contra las mujeres, llevado a cabo en el año 2020 por el Ministerio de Seguridad de la República Argentina. Pág., 110.

estereotipo pretende —entre otras cosas, y más allá de que lo logre o no— ofrecer información acerca del mundo, es decir, persigue describir un estado de cosas ...”<sup>12</sup>

Sin perjuicio de esto, no ignoro que los encuentros sexuales no se dan siempre de esta forma. En muchos casos es la mujer quien actúa como la persona que propone, y asume un rol activo. Y, por supuesto que también, varones y disidencias no binarias son frecuentemente víctimas de agresiones sexuales; pero ello excede al objeto de esta tesis.

## **2. Modelos legislativos**

### **2.A El modelo legislativo basado en la coacción**

Nuestro país, al tipificar los ilícitos sexuales en el Código penal del año 1921, escogió el llamado “modelo coercitivo” que estuvo vigente hasta la reforma de la ley N° 25.087 del año 1999; y, aún existen en la actualidad, especialmente en la región sudamericana<sup>13</sup>, un gran número de definiciones legales de abuso sexual y violación que requieren coacción, la que suele encontrarse bajo el uso de fuerza o amenazas.

De acuerdo con este modelo, los sujetos activos del hecho deben recurrir a la coacción para someter al sujeto pasivo, que, en general, se trata de una mujer o un niño/a. Así, la intromisión en la autodeterminación sexual es vista como un ilícito de coacción, y se da cuando el autor doblega la autonomía de la víctima, ya sea por el uso de la fuerza o aprovechamiento de una situación de indefensión.<sup>14</sup>

En cuanto a ello, Tatjana Hörnle explica que el delito de violación fue construido para determinar si una mujer que mantuvo relaciones sexuales por fuera del matrimonio debía ser castigada o no por fornicación o adulterio y que, si bien en el siglo XX la descripción de los delitos sexuales fue modernizada, y autores y víctimas

---

<sup>12</sup> ARENA, José Federico, “Estereotipos normativos y autonomía personal”, en Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia, Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 2022. Pág. 183/4

<sup>13</sup> Un ejemplo de ello, es el art. 128 del Código Penal Paraguayo que sólo supone que un acto sexual no es consentido si se coaccionó a la víctima “mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o integridad física”

Código Penal de Paraguay, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_paraguay.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf) (última visita: 30 de enero de 2024)

<sup>14</sup> HOVEN, Elisa, “Reforma del derecho sexual, en Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven”. Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pág. 19

comenzaron a ser descritos de manera neutral respecto del género y se incluyó a la violación dentro del matrimonio, el modelo basado en la coacción persiste<sup>15</sup>.

En las legislaciones que sostienen el modelo coercitivo, se acredita la ausencia de consentimiento en el acto sexual, cuando pueda probarse que existió coerción expresa o circunstancias que acrediten una escena intimidatoria<sup>16</sup>. Esta situación es un aspecto preocupante en toda la región de Sudamérica, debido a que implícitamente se mantienen valores morales como objeto de protección y se analiza si las víctimas presentaron suficiente resistencia, como una suerte de defensa física del honor, aun cuando ello pueda representar un mayor riesgo para su integridad e incluso para su vida<sup>17</sup>.

En ese sentido, la coacción presente en un delito sexual implica una ilicitud mayor, pero no debería ser considerada como una condición necesaria, en tanto la ausencia de coacción no indica que el acto sexual sea consentido.

Por este motivo, ONU Mujeres<sup>18</sup> destacó la importancia de que las legislaciones definan el consentimiento como un acuerdo voluntario e inequívoco en donde quede de manifiesto el acto consensuado, libre de todo tipo de coacción<sup>19</sup>. Por ello, en el informe *“La violación como violación grave y sistemática de los derechos humanos y violencia de género contra la mujer de la ONU”*, la falta de consentimiento es el elemento central para poder diferenciar entre una situación de violación de un acto sexual voluntario. Entonces, los Estados Parte tienen la obligación de conceptualizar y analizar de manera clara el concepto de consentimiento en leyes al efecto<sup>20</sup>.

En esta línea, Hörnle explica que las recientes reformas legislativas en el ámbito penal muestran una tendencia hacia un modelo basado en el consentimiento y, en ese sentido, brinda el ejemplo de Alemania, donde, desde el año 2016, la coacción no es

---

<sup>15</sup> HÖRNLE, Tatjana, “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, Revista En Letra: Derecho Penal, año VI, número 10, pág. 201.

<sup>16</sup> SILVA, Cinthia/ LLAJAL, Jeannette, “la tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Género y Justicia Penal, Julieta di Corleto (ed), Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, pág. 156

<sup>17</sup> *Ídem*, pág. 146/7

<sup>18</sup> **ONU Mujeres** es la organización de las Naciones Unidas dedicada a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

<sup>19</sup> ONU MUJERES. Consentimiento. 11 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.endvawnnow.org/es/articles/469-consent.html>

<sup>20</sup> Citado en la recomendación general del comité de expertas del MESECVI (NO. 3): “La Figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género”. Año 2021

Disponible en:

[https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI\\_CEEVI\\_doc.267\\_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf](https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf) (última visita 15 de noviembre 2023)

una condición necesaria para que se configuren abusos sexuales, y la falta de consentimiento pasó a ser el concepto central<sup>21</sup>.

Entonces, para que un delito sexual se configure por medio de la coacción, el sujeto activo debe lesionar el derecho a la autodeterminación sexual del sujeto pasivo doblegando su autonomía, por ejemplo mediante el uso de la fuerza<sup>22</sup>. En cambio, un modelo basado en el consentimiento sostiene que toda persona tiene derecho a que sea respetada su autodeterminación sexual y la decisión que haya tomado y exteriorizado en ese sentido.

## **2.B Las interacciones sexuales basadas en el consentimiento**

La Real Academia Española define al consentimiento como: “permitir algo o condescender en que se haga”<sup>23</sup>. En otras palabras, ello indicaría que se trata de aceptar lo que un otro nos propone, entonces al otorgar nuestro consentimiento le estaríamos permitiendo un hacer sobre algo de lo que nosotros tenemos la potestad.

En cuanto al derecho, nuestro Código Civil<sup>24</sup> nos enseña que el consentimiento solo puede ser dado por una persona jurídicamente capaz; debe ser voluntario y libre, es decir que no medie para su obtención coacción, engaño o fraude; debe ser exteriorización - no se presume-; y, su otorgamiento debe ser previo a la realización del acto que se consiente.

En el ámbito del Derecho Penal, el consentimiento se traduce en una suerte de acuerdo que le brinda el titular de un bien jurídico a otro para que realice una conducta típica, es decir: “un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho”<sup>25</sup>. Para que adquiera validez -igual que para la rama civil-, sólo puede darse hasta el momento de ejecutarse el hecho típico y en el caso de que se haya otorgado después, únicamente podrá constituir perdón del ofendido y el cual, en delitos de acción privada, extingue la responsabilidad penal<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> HÖRNLE, Tatjana, “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, Revista En Letra: Derecho Penal, año VI, número 10, pág. 202.

<sup>22</sup> HOVEN, Reforma del derecho penal sexual, 2023, pág. 19

<sup>23</sup> Página oficial de la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/consentir?m=form>; última visita: 29 de agosto de 2023).

<sup>24</sup> Ver en este sentido: Algunos aspectos de la formación del consentimiento en los contratos en el Código Civil y Comercial por PABLO CARLOS BARBIERI. 27 de mayo de 2015. Disponible en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACF150631 (última visita: 20 de agosto de 2023)

<sup>25</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General (traducido por Dr. Carlos FONTÁN BALESTRA). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, pág. 99.

<sup>26</sup> RÍOS, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, en Política Criminal, vol. 1, núm. 1, 2006, Universidad de Talca, Chile, 2016. pág. 6

Ahora bien, el concepto de consentimiento en la violencia sexual se reduce a nociones de sentido común: existe cuando dos o más personas están de acuerdo en realizar una práctica sexual de un modo determinado y en un momento determinado. Por el contrario, cuando está ausente se vulnera y se fuerza una práctica sexual<sup>27</sup>.

Por ello, su presencia pretende distinguir, por un lado, un acto sexual significativo y cariñoso entre dos personas de, por el otro, una violación grave a la dignidad humana y la autonomía sexual de una de esas personas<sup>28</sup>. Sin embargo, existen ciertas particularidades que hacen que esta acción no resulte del todo clara ni delimitada.

En primer lugar, podría decirse respecto del consentimiento que se lo conceptualiza como una fórmula mágica, que actúa como línea divisoria entre un acto sexual y un abuso. Su aparición otorga validez y le quita toda posibilidad de ilicitud al acto. Así es que se ve como una especie de límite delictual.

En el mismo sentido, autores definen al consentimiento como una suerte de “magia moral”<sup>29</sup>, porque su existencia tiene la capacidad de transformar un acto que de otro modo sería ilegal, en moral y por tanto, válido. Pero, para que esto cobre sentido, se debe presuponer que las individualidades en juego están en un pie de igualdad.

Así, Pérez Hernández sostiene que: “el consentimiento entendido como conducta o acción individual juega un papel central en la reproducción del sistema de géneros y, en este sentido, actúa en detrimento de los derechos sexuales de las mujeres. A nivel simbólico, social y subjetivo, consentir se estructura a partir de un sistema de oposición jerárquicamente organizado, fundamentado en el orden sexual: es responsabilidad de las mujeres establecer límites a los intentos masculinos por obtener ‘algo’ de ellas. Dar o conseguir aprobación es un tema serio. Las consecuencias de aceptar —querer o desear, aceptar, o bien, no tener otra opción que aceptar, no tener más opciones, entre otras— o negarse —no poder negarse, no tener la fuerza de negarse, no querer negarse— recaen sobre nadie más que ellas”<sup>30</sup>.

Por ello, el consentimiento sexual formulado desde una concepción liberal no es neutral u objetivo, sino que responde a experiencias subjetivas, y por ello no se lo

---

<sup>27</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolínliztli, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, *Revista mexicana de sociología*, 2016, pág. 741.

<sup>28</sup> O’MALLEY Tom/ HOVEN Elisa, *El consentimiento en la legislación en materia de delitos sexuales, en Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*. Editores Del Sur, Buenos Aires, 2023, pág. 67

<sup>29</sup> MILLER F. / WERTHEIMER A., *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, pág. 79.

<sup>30</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, 2016, pág. 743

puede analizar sin tener en cuenta el contexto sociocultural que subyace a la interacción social en cuestión.

La discusión y su abordaje deberían tener en cuenta las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y las condiciones de su constante reproducción social, que dificultan el cumplimiento de la exigencia que el derecho penal pone en cabeza de las víctimas de poner frenos a los avances de sus agresores. Y es esta atribución de responsabilidad respecto del establecimiento de los límites la que en definitiva lleva a que, muchas veces, sean las víctimas las que resultan cuestionadas y juzgadas, en lugar de que lo sean sus atacantes.

Desde la perspectiva de género, existen numerosas críticas a esta concepción del consentimiento sexual que ignora las diferencias de género y que en definitiva tiene al patriarcado como paradigma, que ubica al hombre como parámetro de lo humano. No se puede ignorar que el patriarcado como sistema es una estructura que impregna todos los ámbitos de desarrollo de las personas y, por lo tanto, se debe bregar al legislar por no perpetuar esa falsa neutralidad.

Siguiendo esta línea, se critica que el fenómeno termina descargando en las mujeres la responsabilidad de establecer límites a los avances masculinos, naturalizados y aceptados culturalmente como inevitables. Así, la perspectiva jurídica descarga la total responsabilidad en quien permite —sin considerar las acciones de quien recibe, pide o vulnera el consentimiento—, presentando el fenómeno como si fuera neutral, sin reparar en las diferencias del contexto sociocultural y las experiencias subjetivas de las personas involucradas.<sup>31</sup> Por lo que en general, el consentimiento así planteado no logra resolver las cuestiones derivadas de las diferencias individuales de los sujetos intervinientes.

Tampoco, las dificultades que plantean los diferentes tipos de engaños que se pudieran presentar y/o amenazas, o si la víctima se encontraba muy afectada por el uso de estupefacientes o alcohol. Por lo que se exige un examen minucioso de la palabra “consentimiento” y su relación con otras nociones afines como asentimiento, aquiescencia, acuerdo y sumisión. En este sentido, existen legislaciones que recogen este problema, como la neozelandesa, que establece una serie de circunstancias en las que permitir la actividad sexual no equivale a consentimiento - Crimes Act 1961, art. 128 A. Estas circunstancias son el uso de amenaza y/o fuerza, el error por parte del sujeto pasivo

---

<sup>31</sup> *Ídem.*

respecto de la identidad de la otra persona, el error sobre la naturaleza o calidad del acto, entre otras cosas<sup>32</sup>.

Estas circunstancias, y la necesidad de delimitar una fórmula que se presenta como muy amplia, hicieron que se plantearan dos modelos de consentimiento, el negativo, o bien, “no es no”, que solo conmina penalmente al acto sexual que haya sido llevado a cabo pese a que la víctima dijo, o expresó de algún modo con claridad, que no consentía el acto en cuestión, y el afirmativo, también llamado “solo sí es sí”, según el cual el sujeto activo sólo podrá avanzar ante la existencia de un consentimiento claro – esto es, un “sí”– porque cualquier otra alternativa estaría punida penalmente como un delito.

### **3. Los modelos consensuales: “sólo sí es sí” y “no es no”**

Si se define al consentimiento relativo a una relación sexual como un acto de comunicación, es necesario preguntarse qué tipo de comunicación se requiere: según el modelo negativo, se constituye el acto de abuso sexual si el sujeto activo ignoró una expresión de rechazo efectuada por el sujeto pasivo. La fórmula positiva, por su parte, sostiene que el consentimiento se debe expresar afirmativamente<sup>33</sup>. Ambos modelos pretenden dejar de poner el foco en la suma de fuerza - resistencia, siempre presentes en los análisis de estos delitos. Surgieron como reacción esta posición clásica, según la cual lo determinante para comprobar la configuración de una violación es que haya existido coerción por parte del hombre/sujeto activo hacia la mujer/sujeto pasivo.

Así, tanto en el modelo de consentimiento afirmativo como en el negativo, lo que determinará la existencia de una violación será la clase de comunicación entablada entre los “partners” de la relación.

#### **3.A. Consideraciones sobre el “No es no”**

Ahora bien, el modelo del “no es no”, espera de la mujer una conducta activa: si no explicita su rechazo al acto sexual al cual el sujeto activo quiere someterla, ya sea de forma verbal, o bien, de otro modo, pero que indique con claridad esa negativa, el tipo penal en cuestión no se verá configurado.

---

<sup>32</sup> O' MALLEY TOM/ HOVEN Elisa, El consentimiento en la legislación en materia de delitos sexuales, 2023, pág. 70

<sup>33</sup> *Ídem*, pág.203.

Claro que, aún con esas falencias, ese modelo es superior respecto del de coacción, en tanto las legislaciones que lo adoptan - por ejemplo, Alemania - no supeditan la existencia de un delito sexual a la concurrencia de violencia, amenazas, o intimidación, sino que entienden que el delito se configura ya por el simple hecho de que la mujer haya dicho que no y su voluntad no haya sido oída. Si, por ejemplo, un hombre intentara tener una relación sexual con una mujer que le expresara su negativa, pero, luego, no ejerciera “actos de defensa”, y el sujeto continuará adelante con su cometido, pese a esa negativa, frente a una legislación que hubiera adoptado un modelo de consentimiento negativo ese acto configura el tipo penal. Por el contrario, en un país que conservase el modelo de la coacción, el tipo penal no se configuraría, o al menos eso no estaría de ningún modo claro.

Sin embargo, ese modelo también implica que, en supuestos en que el sujeto pasivo no se haya manifestado de alguna forma –verbal o físicamente– en contra del acto sexual no habrá abuso, y que, en caso de duda, deberá afirmarse la inexistencia de la situación de abuso. Ello, toda vez que la pasividad de la mujer y su silencio no resultan suficientes para constituir la configuración de un delito sexual.

En este sentido, la profesora Elisa Hoven analiza la reforma del derecho penal sexual en Alemania de noviembre de 2016 y con ello, la adopción de la fórmula de consentimiento negativo y explica que, en la nueva regulación, para que un acto sea punible solo alcanza con que el autor ejecute una acción sexual en contra de la voluntad reconocible de la otra persona. Además, lo diferencia con el régimen de coacción que existía antes de la reforma, en el que el autor doblegaba la autodeterminación de la víctima mediante, por ejemplo, el empleo de fuerza. Ahora, toda persona tiene derecho a que sea respetada la decisión que haya tomado y exteriorizado sobre su sexualidad<sup>34</sup>. Y textualmente refiere: “Un derecho a la autodeterminación así entendido es menoscabado cuando el autor ignora el rechazo que la víctima le ha comunicado respecto de actos sexuales”<sup>35</sup>.

Así, el nuevo art. 177 del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch – StGB) reza: “Quien, en contra de la voluntad reconocible de otra persona, ejecuta actos sexuales sobre ella o los haga ejecutar por ella o hace que esa persona ejecute o tolere actos sexuales sobre o de parte de un tercero, es reprimido con pena de prisión de seis meses a cinco años”. Y, a partir de esta reforma - noviembre 2016-, la coacción exigida en la

---

<sup>34</sup>HOVEN Elisa, Reforma del derecho penal sexual, 2023, pág. 18

<sup>35</sup> *Ídem*, pág. 19



redacción anterior ahora constituye un agravante. Por lo cual, ahora el tipo penal en Alemania con la fórmula del “no es no” se basa en el desprecio de la voluntad contraria y no en el sometimiento coactivo.

Si bien este sistema de consentimiento negativo se presentó como un gran avance, fue alcanzado por varias críticas, debido a que pone en cabeza de las mujeres la responsabilidad de comunicar de manera fehaciente su voluntad contraria. Por esto, se sigue analizando el comportamiento de la mujer como objeto de la pesquisa y de alguna manera, se la carga con la culpa de lo sucedido por no haber sido capaz de negarse; cuando esta incapacidad no se encuentra vinculada con casos extremos en los cuales operan variables manifiestas, por ejemplo, de inconsciencia repentina por consumo de drogas o alcohol.

Además, no se tienen en cuenta factores externos que pueden restringir o afectar la autonomía individual, pasando por alto datos del contexto que pueden resultar fundamentales, especialmente las variables de género y clase<sup>36</sup>.

Un empleo de ello: estas variables, claramente pueden limitar considerablemente a una mujer sometida a una relación de poder con quien podría ser su empleador o mentor. Ella, ante un avance sexual de este hombre, inmersa en este contexto, bien podría no encontrar las fuerzas, ni tener las posibilidades comunicativas para manifestar abiertamente su voluntad negativa, o bien tener miedo a represalias y quedarse rígida, sumisa o en shock ante tal avance sexual. Este hecho, para este sistema no constituye abuso y, por tanto, no sería punible.

En este punto, cabe traer a colación la Recomendación General del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI)<sup>37</sup>, en la que se indicó, explícitamente, que “el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esté imposibilitada de dar un consentimiento libre”; que “el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual” y que “el consentimiento no podrá inferirse cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por un temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción”.

---

<sup>36</sup> GARCÍA María Fernanda, “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063 | pp. 117-140 | Año 18, N° 1 | junio de 2020, pág. 121

<sup>37</sup> Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género, del 7 de diciembre de 2021. [https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI\\_CEEVI\\_doc.267\\_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf](https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf).

En este sentido, la autora Patricia Faraldo Cabana manifiesta que esta posición ha sido objeto de reprobación, porque ha resultado en la desprotección de muchas mujeres incapaces de manifestar su falta de consentimiento o de probarlo en un proceso judicial. Por esta razón, en los últimos años se ha propuesto ir más allá y exigir, no ya la manifestación de la ausencia de consentimiento - “no es no”-, sino la de su existencia - “solo sí es sí”-. Así, el sujeto activo se hará merecedor de pena cuando actúe sin que la víctima haya dado a conocer, de alguna forma reconocible para él, su voluntad afirmativa<sup>38</sup>.

### **3.B. Consideraciones sobre el “sólo sí es sí”**

La fórmula del “sólo sí es sí”, por su parte, sostiene que el consentimiento se debe expresar afirmativamente. Por lo tanto, considera delictivo a cualquier comportamiento de índole sexual que se lleve a cabo sobre otra persona, en el que ésta no haya manifestado de manera expresa o concluyente<sup>39</sup> su conformidad con la práctica que se le propone.

Esta postura hace que el foco deje de estar en el accionar del sujeto pasivo, de quien ya no se espera un comportamiento activo en caso de que no desee consentir la relación sexual. Por el contrario, se le exige al sujeto activo que recabe el consentimiento de su “*partner*” antes de avanzar, bajo la consecuencia de ser penado en base al tipo penal que corresponda.

Los autores Ribas y Faraldo explican que el modelo consensual afirmativo establece que sólo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por todas las partes. Esto no quiere decir que el acto sea necesariamente deseado, pero sí, al menos, aceptado como manifestación de una decisión libre. Y expresamente manifiestan: “Pero es preciso subrayarlo, pues en la práctica existe un muy extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. SOLO SÍ ES SÍ, por supuesto; pero no es preciso un sí verbal, ni un documento escrito ni, mucho menos, una escritura notarial (al margen de su revocabilidad en cualquier momento). No es posible seguir ignorando si, en realidad, una persona consciente o no participar en una actividad sexual. En caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> FARALDO CABANA, Patricia, Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, pág. 68

<sup>39</sup> HOVEN, Elisa, Reforma del derecho Penal Sexual, 2023, pág. 21

<sup>40</sup> RIBAS, R. / FARALDO CABANA, P. "Solo sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. Estudios Penales Y Criminológicos, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.40.6878>

Asimismo, una característica primordial del modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual, es la función pedagógica que cumple. Un ejemplo de ello, es el Estado de California que incluyó en su código de educación por primera vez el concepto de consentimiento afirmativo en Estados Unidos de América.

A partir de esa modificación, las instituciones educativas del Estado de California que reciben fondos estatales, deben promover políticas, protocolos de prevención y garantizar canales de atención en casos de agresiones sexuales, violencia en el noviazgo y acoso sexual. Para ello, se requiere que los instrumentos contengan de manera clara la definición de “consentimiento afirmativo”, que no dejen dudas de que en un encuentro sexual “solo sí significa sí” y que el silencio, la resistencia o la indecisión implican en todo momento una negativa. En ese sentido, solo será afirmativa una comunicación explícita, positiva, consciente y voluntaria. Además, la existencia de una relación de pareja no debe presumir un consentimiento dado y debe renovarse en cada encuentro sexual<sup>41</sup>.

Otro punto a destacar es que, el “sólo sí es sí” se diferencia del “no es no” por cómo determinan el acceso al cuerpo femenino: si el modelo consensual parte de la disponibilidad por definición del cuerpo femenino, salvo que la mujer diga que no. En cambio, el consentimiento afirmativo parten del supuesto contrario: la indisponibilidad por principio salvo que la persona manifieste su asentimiento, de forma tal que el silencio, la sumisión, el sometimiento y la pasividad no cuentan como expresión del consentimiento<sup>42</sup>. Por lo tanto, deberá negarse la existencia de consentimiento en aquellos casos en los que la mujer/el sujeto pasivo haya permanecido callada frente al avance del agresor y durante el acto sexual, y la duda sobre la existencia de una situación de abuso o violación deberá resolverse siempre en favor de la posición de la persona damnificada.

Este modelo busca también reconocer y punir “la zona gris de violaciones”, que actualmente quedan impunes. En las que un hombre, quizás conocido o cercano a la víctima, con el que en algunos casos puede haber tenido una o más citas, iniciado una relación sentimental o mantenido previamente relaciones sexuales, no ha utilizado la fuerza ni la amenaza pero donde tampoco ha habido consentimiento; hechos donde la víctima se ha mostrado pasiva y silenciosa; o en los que se ha negado y resistido

---

<sup>41</sup> Cfr. PÉREZ HERNANDEZ, California define qué es “consentimiento sexual”, en Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana ISSN 1984-6487 / n. 25 - abr. / abr. / apr. 2017 - pp.113-133 / pág. 116

<sup>42</sup> FARALDO CABANA, Patricia, Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, pág.69

pero de forma que algunos podrían considerar insuficiente o ambivalente, haciendo factible un error de interpretación por parte del acusado. Es entonces, una fórmula legal capaz de abarcar la amplia variedad de situaciones en las que una mujer se ve sometida a una experiencia sexual no consentida, desde las más violentas y abiertamente coercitivas, física o psicológicamente, hasta las menos.

Sin embargo, el consentimiento afirmativo ha despertado críticas entre juristas. Malón Marco explica que los fundamentos de sus detractores refieren a que “la doctrina del consentimiento afirmativo” tendría potenciales efectos nocivos: castigar a personas moralmente inocentes que sencillamente no respetaron un formalismo legal; aumentar el número de denuncias falsas o las presentadas por razones insuficientes; o generar confusión entre las víctimas y los acusados.<sup>43</sup> Y sobre esto, también se ha hecho énfasis como aspecto preocupante en el avance re moralizador del derecho penal, que se dirige a sancionar todo comportamiento indeseable, con el peligro asociado a la criminalización como instrumento intensivo de intervención estatal sobre los individuos.<sup>44</sup> Entre otros argumentos en contra, que iré desarrollando y contestando en los próximos párrafos.

En primer lugar, no podemos ignorar que el derecho penal sexual refleja la evolución social como casi ningún otro ámbito del derecho<sup>45</sup> y sus modificaciones legales históricamente fueron la consecuencia de movimientos progresistas y/o feministas. En esta dirección, Hoven ejemplifica este fenómeno en el derecho alemán diciendo: “... hasta que se modificó la ley en 1997, se luchaba en contra de la punibilidad de la violación conyugal, ya que se la consideraba como delito moral y mero símbolo de emancipación. Lo que los ‘empresarios de la moralidad’ de entonces exigían se reconoce ahora como un ilícito evidentemente merecedor de pena”<sup>46</sup>.

Por ello, al analizar la evolución legislativa de este tipo de ilícitos, que actúa en consecuencia de las variaciones sociales, se podría pensar que las reformas que hoy diversos sectores del feminismo reclaman hacia un modelo de consentimiento afirmativo, en unos años nos resulten quizás también incuestionables, del mismo modo que ocurrió en lo reseñado por la autora en el párrafo precedente sobre la violación conyugal.

---

<sup>43</sup> MALÓN MARCO, Agustín, “La doctrina del consentimiento afirmativo”. 1ª ed., Editorial Thomson Reuters, diciembre 2020.

<sup>44</sup> HOVEN, Elisa, “Fundamento y Límites del consentimiento en los delitos sexuales”, 2023, pág. 15

<sup>45</sup> *Ídem* pág. 14

<sup>46</sup> *Ídem* pág. 15/16

Así, Estrich afirma: “El hecho de que el sistema jurídico (y la sociedad que refleja) se niegue a limitar el ámbito de la seducción independientemente del consentimiento y a empoderar a las mujeres mediante el estándar de consentimiento produce el problema de la advertencia apropiada por parte de las mujeres a los varones, que a su vez exige como respuesta un estándar de resistencia. Podríamos buscar la prohibición de ciertas formas de seducción”. Y continúa: “... no tengo ninguna duda de que, a veces, el silencio de una mujer no es el producto de la pasión y del deseo, sino de la presión y del dolor.”<sup>47</sup>

Entonces, así sea porque la mujer queda psicológicamente bloqueada por el shock o el miedo, sea porque es incapaz de expresarse, resistir o huir por el estado etílico en el que se encuentra, el consumo de drogas o cualquier otra circunstancia limitante, ello no significa que haya consentido.<sup>48</sup> Y, sin embargo, para muchas legislaciones que no adoptan el sistema afirmativo estas circunstancias hacen que ese tipo de intercambio sexual no esté tipificado.

Por otro lado, respecto a la crítica que hace referencia a que el “sólo sí es sí” fomentará las falsas denuncias resulta a mi entender contradictoria, pues el modelo afirmativo justamente busca animar a las víctimas a denunciar más fácilmente hechos reales de relaciones sexuales no consentidas, no a denunciar falsos casos. Y aunque así fuera, las personas encargadas de proseguir con las acusaciones penales, estarán allí para frenar ese tipo de acusaciones fraudulentas si fuera necesario; por ejemplo cuando la denuncia es efectivamente falsa o exagerada; o cuando, sin ser falsa, el acusado es en realidad moralmente inocente.<sup>49</sup> En el mismo sentido, la jurista Aya Gruber explica que lo lógico sería pensar que si reformamos la ley es para, precisamente, exigir su aplicación en ese tipo de casos más confusos y difíciles donde, en cualquier caso, la víctima no consintió. Solo así se podrá cambiar una realidad donde las víctimas no denuncian, donde la policía no investiga, los fiscales no acusan y los jueces o jurados no condenan.<sup>50</sup> Además, esta crítica no hace más que reforzar el prejuicio sexista sobre “la mujer

---

<sup>47</sup> ESTRICH, Susana, “Violación”, en Di Corletto Julieta, (compiladora), “Justicia, género y violencia”, Buenos Aires, 2010, pág. 80

<sup>48</sup> FARALDO CABANA “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación” pág. 70

<sup>49</sup> MARCO MALÓN, “La doctrina del consentimiento afirmativo”, 2020.

<sup>50</sup> GRUBER, Aya. Consent Confusión, en Cardozo Law Review, V. 38. Disponible en: <https://cardozolawreview.com/consent-confusion/>

mentirosa y vengativa”. Cuando, como hemos visto, el problema de las violaciones no es que se denuncien demasiado, sino que se denuncian muy poco.

Otro argumento en contra, entiende que se trata de un concepto anticuado de la sexualidad que parte de la base de que todos los contactos sexuales son indeseados y solo pierden el estigma de punibles con una aprobación positiva. Por otra parte, en situaciones poco claras carga la parte activa con todo el riesgo del castigo penal, a pesar de que quien no desea el contacto sexual puede expresarlo fácilmente.<sup>51</sup> Lo cierto es que la norma moral contra la que se atenta no es la interacción sexual en sí, sino que el no respeto de la autonomía personal e integridad corporal de la otra persona y el derecho penal debe legislarse en pos de la protección del respeto, la igualdad, la dignidad, la libertad.

Por otra parte, otras de las principales críticas del consentimiento afirmativo derivan de sostener que las mujeres quedan liberadas de toda responsabilidad y que los hombres, que la reciben en su totalidad, corren además el riesgo de ser injustamente castigados. Afirman que es el hombre el que, en cualquier versión del consentimiento afirmativo, debe demostrar que la conducta o conductas sexuales en disputa fueron efectivamente queridas o deseadas, afirmativa y libremente; y que para ello, primero el hombre y luego la justicia, deberían partir de la presunción de que la mujer *no consiente* y revocar esa presunción sólo cuando haya consentido de un modo expresivo y más o menos inequívoco.<sup>52</sup>

Esto no es tan así porque otra de las consecuencias relevantes del modelo consensual es que la acusación soporta la carga de probar la ausencia de consentimiento, mientras que, al menos formalmente, el acusado queda relevado de toda obligación de demostrar la presencia de consentimiento<sup>53</sup>.

Es cierto, la fórmula del “sólo sí es sí” no es una pócima mágica que resuelve todo el universo de conflictos derivados de la violencia sexual, pero sí es un modelo más respetuoso de la dignidad, la libertad, la igualdad. Y, el reclamo de que haya una voluntad clara por parte de los intervinientes de un acto sexual, es decir que no haya dudas sobre si una persona consiente o no consiente mantener relaciones sexuales, no parecería un absurdo, ni una premisa carente de sentido, más bien sería lo justo.

---

<sup>51</sup> HOVEN, Reforma del derecho penal sexual, 2023, pág. 19

<sup>52</sup> MALÓN MARCO, Agustín La doctrina del consentimiento afirmativo, 2020, cap 6.3

<sup>53</sup> O' MALLEY / HOVEN, El consentimiento en la legislación en materia de delitos sexuales, pág. 74

Es que como expresaron los ya citados Ribas y Faraldo: “En realidad, esto no debería ser así por imposición legal: nadie debería mantener dichas relaciones con otra persona (u otras personas) si alberga dudas sobre si esta (o estas) las consiente (n). Ojo: dudas no sobre si las desea, sino sobre si las consiente.”<sup>54</sup>

Además, en el plano de la praxis judicial, el “sólo sí es sí” permite apreciar una agresión sexual sin poner el foco en el sujeto pasivo/ mujer, y en cambio, enfocarse en las acciones llevadas adelante por los sujetos activos. No enfocar la pesquisa en la mujer, debería colaborar en la erradicación de resoluciones sexistas, que usualmente se llenan de contenido, conceptos, e interpretaciones acerca de cuál es el comportamiento que debe tener una víctima creíble de violación. Es así, que distinguen entre víctimas que no merecen tanta protección, porque ellas mismas se han ido voluntariamente a una vivienda con hombres o a emborracharse o drogarse con ellos, y víctimas que sí la merecen, porque han resistido heroicamente, con riesgo e incluso pérdida de su vida<sup>55</sup> - Situación que se refleja claramente en el caso de Lucía Pérez, que analizaré más adelante.

Entonces, parece que el modelo afirmativo se erige como una mejor opción, por no exigirle al sujeto pasivo, sino que se le solicita al sujeto activo haberse cerciorado previamente de que su *partner* consiente los actos sexuales propuestos. En esta dirección, diversos movimientos de activistas feministas en el mundo proclaman a los países que adopten esta fórmula y bregan también por un cambio cultural, con el fin de que las sociedades entiendan que el sexo sin consentimiento es violación.<sup>56</sup>

Lo reseñado en este acápite me permite afirmar que el modelo más adecuado para adoptar es el del “solo sí es sí”, toda vez que es aquel que protege de manera más integral y eficaz a las mujeres, y podría contribuir al objetivo de que las relaciones sexuales sean cada vez más sanas, satisfactorias y libres de todo tipo de violencia, pues busca combatir mejor las actitudes, mitos y estereotipos sexistas, otorgando a la mujer un papel más activo y equiparable al del hombre, igualmente capaz de decir *no* pero también de otorgar un *sí* auténtico y libre.

---

<sup>54</sup> RIBAS, RAMÓN/ FARALDO CABANA, P. (2020). "Solo sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat, pág. 35

<sup>55</sup> RAMÓN RIBAS / FARALDO CABANA, P. (2020). "Solo sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. Estudios Penales Y Criminológicos, 40, 21-42. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6878> pág. 32

<sup>56</sup> En este sentido, Amnistía Internacional lanzó la campaña mundial Hablemos del SÍ (#LetsTalkAboutYes) y elaboró una guía con herramientas para debatir la problemática, destinada sobre todo a producir un cambio social: Cómo pasar de la “cultura de la violación” a la “cultura del consentimiento”. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/act30/1897/2020/es/>

#### **4. El caso España: “La Manada” y el cambio en la legislación penal**

La reciente promulgación de la ley orgánica nro. 10/2022<sup>57</sup>, de garantía integral de la libertad sexual, modificó los artículos sobre violencia sexual del Código Penal Español, reformó la definición legal de la violación y convirtió a España en el décimo país de Europa que la define claramente como toda relación sexual sin consentimiento. Ello, con el objetivo de fomentar el conocimiento social de la violación, el consentimiento y la autonomía sexual.

El proyecto de ley comenzó a discutirse a causa de un caso de violación en grupo que ha tenido gran repercusión en España: “La Manada”<sup>58</sup>; en el que un tribunal de primera instancia declaró a cinco hombres culpables de un delito de menor gravedad al que pretendía la acusación, por medio de un fallo carente de perspectiva de género y repleto de prejuicios sexistas, lo que dio lugar a protestas generalizadas en todo el país, contra un servicio de administración de justicia ineficaz frente a la violencia contra las mujeres. Esas manifestaciones de diversos movimientos feministas, generaron que el gobierno nacional se comprometiera a reformar la definición legal de la violación y otros delitos de violencia sexual.

##### **4.a. El controversial fallo que originó la reforma legislativa: “La Manada”**

Los hechos que se analizaron en el cuestionado fallo, transcurrieron en el municipio de Pamplona, en una festividad local, la madrugada del 07 de julio del 2016.

La denunciante tenía 18 años y había llegado a Pamplona en un vehículo particular, sobre las 18:30 horas del día 6 de julio, acompañada de un amigo. Ambos fueron a la Plaza del Castillo donde conocieron a un grupo de personas procedentes de Palencia y Castellón; cerca de la 1:30 horas de la madrugada del ya 07 de julio, el amigo de la denunciante regresó al lugar donde habían dejado estacionado el automóvil; mientras que ella permaneció en la plaza con las personas que habían conocido, a quienes tiempo después perdió de vista entre el tumulto de gente.

A las 2.50 hs., aproximadamente, la denunciante se encontraba sentada en un banco de la Plaza del Castillo, cuando se le acercaron los cinco imputados, quienes

---

<sup>57</sup> La Ley Orgánica 10/2022, promulgada el 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual, es una norma que modifica los artículos contra la libertad sexual del Código Penal Español.

<sup>58</sup> Sentencia nro. 38/2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la ciudad de Pamplona, el 20 de marzo de 2018.



tenían entre 24 y 27 años de edad. Después de intercambiar algunas palabras, la joven les manifestó su intención de irse a dormir al vehículo con su amigo, frente a lo cual los 5 hombres se ofrecieron a acompañarla, por lo que abandonaron la plaza los seis juntos.

En el camino, dos de los acusados, a espaldas de la joven, se acercaron a un hotel pidiendo una habitación por horas “para follar”, pero les indicaron que eso no era posible y los invitaron a dirigirse a otros establecimientos.

Durante el recorrido, uno de los hombres comenzó a tocarle el hombro y las caderas a la denunciante, situación que la puso incómoda.

Las seis personas continuaron el trayecto hacia el automóvil, hasta que uno de los imputados logró entrar a un edificio residencial, y otros dos de ellos tiraron de la denunciante, logrando que entre al recinto de modo súbito y repentino.

Los hombres le dijeron a la joven que se callara, y la condujeron a un habitáculo de forma irregular y tamaño reducido –de unos tres metros cuadrados–. Una vez allí, la rodearon, le sacaron el corpiño, le bajaron el pantalón y la bombacha, para comenzar a realizar diversos actos sexuales consistentes en penetraciones orales, anales y vaginales, todas sin preservativo. De aquello, los denunciados grabaron con un celular seis videos y tomaron dos fotografías, que enviaron a un grupo de WhatsApp al que pertenecían, denominado “La Manada”.

Conforme las declaraciones de la joven, al estar rodeada por cinco hombres mayores se sintió impresionada y sin capacidad de reacción, lo que la llevó a adoptar una actitud de sometimiento y pasividad.

Finalizados los hechos, los procesados se marcharon escalonadamente, y con ellos se llevaron el celular de la joven.

La denunciante salió del edificio caminando sola hasta sentarse en el primer banco situado en la zona central de la Avenida, y comenzó a llorar desconsoladamente. Esa situación llamó la atención de una pareja de transeúntes, quienes se acercaron y, posteriormente, llamaron a la Policía Municipal.

Poco después, la joven fue trasladada desde el lugar de los hechos hasta el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra, donde se le revisó ginecológicamente a partir de las 05:20 horas, y se le administró el tratamiento anticonceptivo de emergencia y profiláctico.

Los hechos fueron reconocidos por todas las partes: acusaciones y defensa afirmaron que en esa madrugada existió un encuentro sexual entre los 5 hombres

y la joven, lo que, además, quedó registrado por el material fílmico tomado y compartido por los imputados.

Sin embargo, la controversia del debate giró en torno al consentimiento de la joven respecto de los actos sexuales que se llevaron a cabo esa madrugada. Por un lado, la defensa afirmó que la denunciante había participado del encuentro voluntariamente mientras que la acusación sostuvo lo contrario.

Las acusaciones habían solicitado que se condenara a los hombres por el delito de agresión sexual agravada por la cantidad de sujetos activos, la condición de vulnerabilidad de la víctima y por tratarse de hechos degradantes o vejatorios –art. 178, 179 y 180 inc. 1, 2 y 3 del Código Penal español–.

El tribunal, por mayoría, acompañó la postura de las acusaciones, aunque se apartó de la calificación penal propuesta, y condenó a los denunciados por cinco hechos de abuso sexual continuado por prevalimiento consistente en penetraciones (art. 181 inc. 3 y 4 del CP español), a la pena de nueve años de prisión y medidas de no acercamiento a la víctima.

En contraposición, el voto del juez disidente postuló la absolución de los imputados y sostuvo, tal como la defensa, que las relaciones sexuales habían sido consentidas por la joven. Ello, analizando el comportamiento de víctima e imputados en base a estereotipos construidos bajo un paradigma patriarcal, con afirmaciones tales como "[e]n los videos no se observa oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, sufrimiento, dolor, miedo, descontento o desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida" o "debió haber usado el WhatsApp para comunicarse con su amigo y evitar irse acompañada por 5 hombres".

En este sentido, conviene destacar lo dicho por María Luisa Piqué, en cuanto a que "los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos. De esa forma, afectan el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial"<sup>59</sup>. Estos fenómenos judiciales y prejuicios sexistas en torno al consentimiento sexual, ponen en juego ni más ni menos que el derecho efectivo a ejercer la libertad y la autonomía sexual.

---

<sup>59</sup> PIQUÉ, María Luisa, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional", en Género y Justicia Penal, Julieta di Corleto (ed), Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, pág. 15.

Otro punto a resaltar del cuestionado del fallo es la calificación legal escogida por el voto mayoritario que, como se dijo anteriormente, entendió que los hechos debían subsumirse en abuso sexual continuado por prevalimiento consistente en penetraciones –previsto y penado en el Art. 181 inciso 3, en el subtipo agravado del inciso 4, en relación con los Arts. 192 y 74 del Código Penal español–.<sup>60</sup>

La discrepancia entre ambas calificaciones radica en la existencia de intimidación suficiente y falta de consentimiento de la víctima. Es decir, el prevalimiento que sostuvo la sentencia mayoritaria refiere que, debido a la superioridad numérica y física de los acusados, la víctima accedió a mantener las relaciones sexuales, y ese acceder en cierto modo implicó un consentir.

El acusador público insistió en que se trató de una persona desvalida, rodeada por cinco individuos de fuerte compleción y en un espacio mínimo, apartado y con nulas posibilidades de escapar. Además, en esa línea, afirmó que no era admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir que las víctimas tuvieran actitudes heroicas que inexorablemente las condujeran a sufrir males mayores. Por todo ello, sostuvo que de los hechos surgía que la joven no había sufrido una intimidación menor que permitiera aplicar la figura del prevalimiento, sino una intimidación grave que debía determinar la calificación jurídica de tales hechos como agresión sexual.

En consecuencia, que los juzgadores no hayan encontrado en los hechos elementos de violencia o intimidación suficiente para calificar las conductas de los acusados en el tipo penal de agresión sexual, en un fallo tan renombrado y carente de perspectiva de género, despertó en todo el territorio español múltiples cuestionamientos al servicio de justicia y a las leyes que regulaban los delitos sexuales; se exigió, así, una reforma que dé una respuesta concreta a las violencias padecidas principalmente por mujeres, lo que luego dio lugar a la sanción de una nueva legislación de garantía integral de la libertad sexual.

Finalmente, después de los recursos procesales contra la resolución cuestionada, deducidos por la Fiscalía y la acusación particular de la víctima denunciante, el Tribunal Supremo (TS) de España, Sala en lo penal, el 04 de julio de 2019 elevó las penas de los condenados, al discrepar con la calificación legal escogidas por las anteriores

---

<sup>60</sup> Se recomienda para profundizar ver Álvarez, Javier, *Análisis de la sentencia del caso “La Manada” : Debates acerca del consentimiento de las víctimas de delitos sexuales*, en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46829.pdf>. Allí el profesor realiza un exhaustivo análisis del conflicto de los tipos penales escogidos en el voto mayoritario.

sentencias. Por unanimidad, los magistrados consideraron que sí hubo violación debido a que el relato describe un “...auténtico escenario intimidatorio, en el que la víctima en ningún momento consiente a los actos sexuales llevados a cabo por los acusados”.

#### **4.B. Cambio de la legislación española**

El objetivo de la Ley Orgánica nro. 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, es la protección integral del derecho a la libertad sexual de todas las personas, tendiente a la erradicación de todas las violencias sexuales, entendiendo que estos delitos afectan a las mujeres de manera desproporcionada y es conocida popularmente en España como la ley del “solo sí es sí”.<sup>61</sup>

La principal modificación la encontramos en el modelo de consentimiento que adoptó la legislación, al incorporar la fórmula positiva. Esto hizo que, desde su sanción, todas las conductas que afecten a la libertad sexual sin consentimiento sean entendidas como agresiones sexuales.

En este sentido, la norma concretamente establece que “sólo se entenderá que existe consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, expresen de forma clara la voluntad de la persona. (Art. 178 del C.P.)”.

También conviene mencionar que la legislación suprime la diferencia entre agresión y abuso sexual (que son las figuras que se habían discutido en el caso “La Manada”), debido a que –como se dijo– considera agresiones sexuales a todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona; introduce la agresión sexual por sumisión química –mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima–, y prevé como circunstancia agravante el género, y establece una protección especial para personas menores de edad en el ámbito digital, relativa a la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, a la pornografía no consentida y la extorsión sexual.

Asimismo, la nueva legislación considera violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual.

Otro punto interesante a destacar es que la ley establece medidas de prevención y sensibilización contra las violencias sexuales en el ámbito educativo,

---

<sup>61</sup> Cfr. Agencia estatal. Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

sanitario y socio-sanitario, digital y de la comunicación, publicitario, laboral, en la administración pública, en lugares residenciales y en unidades penitenciarias. Conjuntamente, prevé el desarrollo de protocolos y formación para la detección de las violencias sexuales en el ámbito educativo y el sanitario, con el objetivo de identificar y dar respuesta a las violencias sexuales más ocultas, tales como mutilación genital femenina, la detección de casos de aborto y las esterilizaciones forzosas.<sup>62</sup>

En definitiva, estamos ante un importante y amplio cambio normativo que pretende ser más respetuoso de los compromisos internacionales en materia de género y asume, tal como lo dice su preámbulo, la importancia del acceso efectivo de las mujeres y las niñas a estos derechos, que le han sido históricamente negados por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que se cimientan en la discriminación sexo genérica y juzgan, mediante formas violentas, el ejercicio de las libertades contrarias a los roles esperados.<sup>63</sup> Por todo ello, es indispensable el abordaje de estos delitos desde la misma ley y con perspectiva de género.

## **5. El abuso sexual en la ley penal argentina**

Al realizar un repaso sobre la historia de nuestra legislación en materia de delitos sexuales, se advierte que la violación fue un delito basado en la coacción, desde la sanción de la ley 11.179 –esto es, el Código Penal de la Nación–, en octubre de 1921. En aquel entonces, el artículo 119 estipulaba que “será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a quince años, el que tuviere acceso carnal con personas de uno u otro sexo en los casos siguientes:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años.
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir.
3. Cuando usare de fuerza o intimidación”.

A la vez, en aquel entonces, el bien jurídico protegido por la norma era la honestidad sexual, o, dicho de otro modo, el “honor mancillado de las mujeres afectadas por esos comportamientos sexuales”, que como consecuencia de aquellos “dejaban de ser

---

<sup>62</sup> Ver en este sentido Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. <https://www.icab.cat/es/actualidad/noticias/noticia/Ley-Organica-10-2022-de-6-de-setembre-de-garantia-integral-de-la-llibertat-sexual/> (última visita 01 de febrero de 2024)

<sup>63</sup> Ver en este sentido: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

honestas”.<sup>64</sup> Por lo cual, que la mujer acredite su honestidad era un condicionamiento necesario para que el sistema penal le otorgue protección en su carácter de víctima de cualquier tipo de violencia sexual<sup>65</sup>.

Ahora bien luego de un gran avance legislativo, en su redacción actual, el artículo 119 del Código Penal argentino establece que “será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. Y, seguidamente, agrega algunos agravantes, que tendrán una escala penal que va de los ocho a los veinte años de prisión.

Asimismo, el artículo 120 del Código Penal indica que “será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. Y, al igual que la norma anterior, prevé un aumento de la escala –de seis a diez años de prisión–, si mediare de las agravantes previstas en el artículo 119.<sup>66</sup>

De lo expuesto se desprende que el artículo 119 del código de fondo indica que habrá abuso sexual –sea simple, “gravemente ultrajante” o con “acceso carnal”–

---

<sup>64</sup> “B. J. D. s/ denuncia”, Cámara Primera en lo Criminal de la Provincia de Formosa, del 30/07/19, citado en Delitos contra la integridad sexual, Javier Teodoro Álvarez, pág. 21.

<sup>65</sup> SILVA C./ LLAJA J. “la tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Género y Justicia Penal, Julieta di Corleto (ed), Ed. Didot, Buenos Aires, 2017, pág. 144

<sup>66</sup> En esta oportunidad me limitaré al análisis del Capítulo II del Título III del Código Penal, llamado “Delitos contra la integridad sexual”, en razón de que es en los artículos incluidos por ese capítulo donde se ve de forma más patente la vigencia del modelo de la coacción, y de que son esos artículos los que, a mi entender, requieren una revisión con más urgencia, y un cambio de paradigma hacia el modelo de consentimiento. Sin perjuicio de ello, es necesario aclarar que todo el Título III del código tiene la lógica del modelo de la coacción y que una reforma integral de la legislación sobre los delitos sexuales debería también incluirlos.

cuando la víctima sea menor de trece (13) años, circunstancia que invalida completamente la licitud del acto, y que, en esa medida, no requiere un análisis respecto de si la persona en cuestión se resistió o no, de si existió violencia o intimidación, o bien, de si hubo consentimiento. Y, por otra parte, la norma también entiende que habrá abuso cuando “mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La presencia del verbo “consentir” es un gran avance legislativo en contraposición al modelo coactivo que regía antes de la reforma de 1999.

Sin embargo, si bien la norma se acerca al modelo consensual, lo hace por la negativa, ya que dispone que también será punido quien lleve a cabo un delito sexual aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, “no haya podido consentir libremente la acción”. Y, nada dice de la exigencia de un consentimiento claro, afirmativo y previo al acto sexual.

Sobre este requerimiento de una legislación clara y afirmativa del consentimiento, Faraldo sostiene: “El anuncio legal debe ser manifiesto: no se pretende sólo convencer intimidando, asustando, sino, asimismo, y muy especialmente, concienciando, dando a conocer lo que está mal y lo que está bien, fomentando la dignidad, la libertad, la igualdad”.<sup>67</sup>

Otro aspecto a destacar es que la norma sigue receptando como medios comisivos a la violencia o abuso coactivo, mientras que otras legislaciones modernas, como la de Alemania, los toman como agravantes del tipo.

Ahora bien, a partir de la reforma del Título III del Código Penal promovida por la ley 25.087, del año 1999, la norma reconoce distintos tipos de agresiones sexuales –ya que, en la actualidad, se distinguen el abuso sexual simple, el “gravemente ultrajante” y el abuso con “acceso carnal”– y, a la vez, ha ampliado el catálogo de acciones que puede llevar a cabo el autor para la comisión del delito –en la redacción primigenia del artículo solo se hacía mención de la fuerza o la intimidación, y hoy se prevén otras posibilidades, como la amenaza o el abuso coactivo o intimidatorio.

En el mismo sentido, se ha dado un giro fundamental respecto del bien jurídico tutelado, toda vez que, a partir de la sanción de esa ley, se abandonó una

---

<sup>67</sup> FARALDO CABANA “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación” pág. 78

pretendida tutela de carácter colectivo o social –como era la honestidad–, para ser reemplazada por el amparo de la disponibilidad de la vivencia sexual<sup>68</sup>.

En cuanto a ello, Javier T. Álvarez explica que “así nació el concepto de la integridad sexual como bien jurídico merecedor de resguardo por el ordenamiento jurídico penal” y aclara que, si bien el término “integridad sexual” reconoce varias acepciones, es fundamental reafirmar que el bien jurídico siempre debe concebirse como libertad sexual en el sentido de autonomía, tanto en el desarrollo de la sexualidad como en la decisión de las conductas en las que se quiera participar<sup>69</sup>.

Sin embargo, se puede observar que el tipo penal sigue sin abarcar un universo de casos, en tanto se pone el foco en que, para que exista abuso, debe haber fuerza, violencia o intimidación, o bien, el acto debe haberse llevado a cabo sin que la víctima haya podido consentir. Pero ¿Qué pasa si, aunque la mujer haya estado consciente, y haya podido negarse, la situación en la que fue puesta la mantuvo pasiva, como sucedió en el caso de “La Manada”? O bien ¿Qué sucede si el sujeto pasivo/la mujer, aunque no se sintiera amedrentada, ni en shock, simplemente, se quedó callada? Si en casos así, el sujeto activo avanza y concreta el acto sexual, esa conducta no queda contemplada por la actual redacción del artículo. Por lo tanto, muy probablemente no serían punidas.

Y lo mismo ocurre con otro tipo de casos, en los que en un primer momento hubo consentimiento y, luego, aquél fue retirado por la víctima, pese a lo cual el autor continuó con el acto sexual en cuestión, ya sin aquel consentimiento, pero sin ejercer violencia ni coacción; o bien, con casos en los que la persona damnificada accede a la práctica, pero no al modo en el que aquella se desarrolla, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su *partner* se saca el preservativo en el medio de la relación sexual, sin hacérselo saber, ni buscar su convalidación, o bien, cuando la relación se torna más violenta de lo esperado, sin un aval previo que autorice aquel cambio.

Desde una perspectiva feminista aquellas prácticas constituyen también un abuso sexual, en tanto atentan contra la libertad sexual de la víctima al no darle a las mujeres un rol activo, en el que deban expresar legítimamente un sí y que esa voluntad sea respetada. Un silencio, sobre todo en situaciones de incomodidad o de temor, no

---

<sup>68</sup> ÁLVAREZ, Javier Teodoro, “Delitos contra la integridad sexual”, 1 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2022, pág. 26

<sup>69</sup> *Ídem*, pág. 27.



implica voluntad de que se produzca el acto sexual, pero lo cierto es que, al menos, en una primera lectura, el Código Penal no las incluye entre los comportamientos prohibidos.

De igual modo, resulta difícil concebir a la protección de la libertad sexual como bien jurídico tutelado, en tanto la libertad sexual sólo estará asegurada si resultan punibles todos aquellos actos de índole sexual que se hayan excedido del consentimiento brindado por la víctima, sin perjuicio de si fueron cometidos con violencia, intimidación o mediando una relación de poder.

Seguidamente, se analizará de forma sucinta precedentes jurisprudenciales que resultan ilustrativos para demostrar que las limitaciones del código de fondo y, en particular, que nuestro modelo puede generar que se niegue la existencia de un abuso sexual en circunstancias en las que, con una legislación con foco en el consentimiento brindado de forma libre y expresa, se afirmarían la conducta delictual.

#### **5.A. El fallo “Carrasco” y una limitación a la posibilidad de condenar comportamientos que constituyen abuso sexual**

Un fallo representativo de las limitaciones del Art. 119 del CP es el precedente “Carrasco”<sup>70</sup>, que se juzgó en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2019 y de gran repercusión mediática debido a que el denunciado era un periodista públicamente reconocido.

Así, se le atribuyeron al acusado dos sucesos. El primero de ellos incluyó tanto una penetración anal como la realización de sexo oral. La primera de esas prácticas fue realizada con violencia y mediando una negativa explícita de la denunciante. Por otra parte, según surge de la sentencia, luego de ello y “por temor a que le sucediera algo más grave –ya que el imputado estaba bajo los efectos del alcohol y las drogas–”, la víctima accedió a practicarle sexo oral debajo del escritorio en el que aquel se encontraba sentado. Transcurrido un tiempo, “le manifestó que se había cansado, por lo que el imputado le colocó cocaína en su boca, provocando que se le adormeciera, teniendo que continuar practicándole sexo oral”.

El fiscal de juicio acusó a Carrasco respecto de la penetración anal, en tanto aquel “usó fuerza física, reteniéndola contra su voluntad, en los términos del párrafo tercero” pero consideró que el segundo tramo del hecho –la práctica de sexo oral–, no tenía “características típicas”. Sin perjuicio de ello, la querrela acusó al imputado también

---

<sup>70</sup>“Carrasco, Lucas Emanuel sobre abuso sexual”, causa nro. CCC 46611/2016, dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 9, el 18 de septiembre de 2019.

por ese comportamiento, y la jueza de grado condenó a Carrasco por ambos sucesos, en tanto consideró que “la exigencia de práctica de sexo oral y para ello la colocación de cocaína en la boca, en un escenario de temor, también fueron acciones forzadas para la damnificada”.

En el marco del segundo suceso, se le imputó a Carrasco el haber abusado sexualmente, con acceso carnal, de K.G.B. En ese sentido, de la descripción del hecho se desprende que en el mes de febrero de 2015, el imputado y la damnificada fueron a la casa de aquél, con el objeto de tener relaciones sexuales y que, en el interior de su habitación, Carrasco “le pidió que le practicara sexo oral, pero al no gustarle la manera en que B. lo hacía, la corrió y metiéndole sus dedos dentro de la boca le refirió ‘así se hace’, introduciéndole su pene hasta la garganta, queriendo evitar que fuera rozado por los labios”.

Ante ello, “la damnificada lo sacó diciéndole que eso no le gustaba porque le daban náuseas y, como se negó a continuar, el acusado comenzó a penetrarla vaginalmente. Durante la penetración Carrasco le expresó que estaba por eyacular, y dado que la víctima pensó que no tenía puesto preservativo le pidió que dejara de hacerlo, provocando con ello que el imputado se ofendiera, se sacara el preservativo y lo tirara de mala manera”.

El fiscal de juicio refirió que no formularía acusación respecto de ese hecho, en tanto, “la circunstancia de que Carrasco le impusiera a la denunciante un tipo de movimiento para que la práctica sexual fuera como él quería, no configura la imposición de un comportamiento contrario a la voluntad de ella”.

A la vez, el fiscal reconoció que, “ante la imposición de un comportamiento sexual contrario a su voluntad y aún ante la posibilidad de vomitar, la denunciante continuó porque era una situación que no sabía cómo manejar”. Entendió que el hecho imputado había sido “un procedimiento desarreglado, descortés y hasta violento con la persona con la que mantuvo un encuentro consentido”, pero que “no se aprecia que esa imposición se haya efectuado a través de alguno de los modos comisivos para forzarla”. Y añadió que no dudaba de que, para la denunciante, la situación “fuera humillante y la vivenciara con vergüenza, pero opinó que no encuadra en las formas de la ley, por lo que solicitó la absolución”.

La jueza a cargo del caso, por su parte, indicó que la fiscalía había dado fundamentos de las razones que la habían llevado a no poder sostener una acusación en los términos de los hechos que se presentaron en el requerimiento, por lo que el tribunal

habría de “pronunciarse por la absolución de Lucas Emanuel Carrasco en orden al delito de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal respecto de la denunciante K.G.B.”.

Ahora bien, ni la práctica de sexo oral relativa al primer suceso, ni los dos hechos sexuales que incluye la segunda conducta imputada –y, en particular, la práctica de sexo oral en el modo en que el imputado la quería– fueron consentidas expresa ni libremente por las víctimas.

En este sentido, no se vislumbran en el fallo el desarrollo de actos probatorios tendientes a recabar información acerca del comportamiento que debería haber tomado el Sr. Carrasco para diagnosticar si la víctima consentía la actividad sexual que él proponía; y corresponde decir, que esa ausencia es correcta, se ajusta a derecho porque nuestra redacción legislativa no lo exige, debido a que no adopta la forma consensual afirmativa.

A la vez, ya del alegato final del fiscal a cargo del caso, relativo al segundo hecho imputado al agresor, se desprende el reconocimiento de que la práctica de sexo oral imputada por Carrasco a la damnificada había sido un comportamiento sexual contrario a la voluntad de aquella. Sin embargo, el representante del Ministerio Público entendió que no se apreciaba que esa imposición se hubiera efectuado a través de alguno de los modos comisivos establecidos en el Código Penal para forzarla y que, en esa medida, no encuadraba “en las formas de la ley”, por lo que debía solicitar la absolución del imputado.

Esa circunstancia demuestra que la formulación actual de la ley puede dar lugar a soluciones injustas, en las que se produjo un acto sexual contrario a la voluntad y a la libre decisión de la víctima sobre su sexualidad y su cuerpo y, sin embargo, aquel puede resultar impune, porque tal como dijo la acusación pública, el acto sexual analizado no fue resultado del consentimiento de la víctima pero no encuadra dentro de la norma vigente, por lo que no le otorga las bases legales para formular una acusación válida.

## **5.B El fallo Lucía Pérez. Los estereotipos de género en la jurisprudencia**

Como vengo sosteniendo, el modelo de consentimiento negativo - que es el que más se adapta a la redacción de nuestra norma-, permite que los ojos sigan puestos en el sujeto pasivo. En tanto, la mujer adquiere un protagonismo mucho mayor que en cualquier otro tipo de ilícitos, pues se le exige que se comporte de determinada forma -

expresar de forma reconocible su voluntad contraria- para reconocerle judicialmente que fue víctima de una violación.

Por ello, los procesos judiciales muchas veces se convierten en juicios sobre ellas, en lugar de dedicarse al análisis de la conducta de los acusados; así, en las legislaciones que no se define expresamente que el sexo no consentido es violación, no evalúan si el autor ha dicho o hecho algo para diagnosticar si la otra persona ha consentido la actividad sexual, pero sí evalúan el comportamiento de la víctima y si es que logró comunicar en forma clara su negativa, sino en caso contrario se la carga con la responsabilidad de lo sucedido.

En este marco, se crean estereotipos de consentimiento sexual. La jurista Yolínliztli Pérez refiere que el silencio, la participación en estados de intoxicación, la falta de negativa o de límites frente a los avances masculinos son tomados como una suerte de acuerdo tácito brindado por las mujeres previo a un acto sexual.<sup>71</sup> Este tipo de argumentos, crea una suerte de estándares de víctimas, lo que resulta inadmisibles desde una perspectiva de derechos humanos. Las mujeres que escapen a estos “lineamientos performativos”<sup>72</sup> y que, como en el caso de Lucía Pérez, hayan sufrido algún tipo de agresión sexual, deberán enfrentarse a rigurosos escrutinios morales que se traducen en estándares probatorios diferenciados.

En este escenario, María Fernanda García indica que: “Cabe la pregunta acerca de si las argumentaciones del tribunal no crearon estándares probatorios discriminatorios que proyectados en el tiempo harán recaer en cabeza de las mujeres el deber de dejar sentado “públicamente” sus condiciones para el acto sexual. Nuevamente el “no” brindado en el ámbito privado de una relación sexual se pone en cuestionamiento”.<sup>73</sup>

Si bien desde el año 1999, el bien jurídico protegido por el art. 119 dejó de ser la honestidad, y a consecuencia de esto, las mujeres afectadas por comportamientos sexuales no elegidos ya no deberían tener que demostrar que se les ha “mancillado el honor”, el sistema de justicia sigue cuestionando la moralidad de las víctimas denunciantes. Esto da lugar a fallos que son auténticos reflejos de la “cultura de la

---

<sup>71</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, California define qué es “consentimiento sexual”, pág. 116

<sup>72</sup>GARCIA. María Fernanda, “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”. pág. 123

<sup>73</sup> *Ídem*, pág. 127

violación”<sup>74</sup> perpetuada en la justicia, en el que una vez más se culpa a la víctima de la agresión sexual por su forma de vestir, su actitud, su educación, consumo de tóxicos, etcétera. Así, la valoración de este tipo de prueba invierte el foco de la pesquisa y es la víctima denunciante quien termina siendo la persona investigada y juzgada<sup>75</sup>.

Un ejemplo paradigmático de ello es el caso de Lucía Pérez<sup>76</sup>, en el que se juzgó a Juan Pablo Offidani (43 años) y Matías Gabriel Farías (25 años). Quienes, según la acusación, el 8 de octubre de 2016 trasladaron a Lucía Pérez Montero de 16 años de edad hasta la casa de Farías, con la finalidad de abusar sexualmente de ella, sabiendo su condición de adicta a los estupefacientes.

En ese contexto, Farías le suministró cocaína y marihuana, y aprovechándose de las circunstancias de Lucía - que le impedían consentir libre y plenamente la acción -, la penetró vaginal y analmente. Seguidamente, a raíz de una asfixia tóxica, con congestión y edema pulmonar por el consumo de los estupefacientes, se produjo la muerte de la joven.

A raíz de estos hechos, el 26 de noviembre de 2018, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata emitió un fallo absolutorio de los imputados por el delito de femicidio y abuso sexual de Lucía Pérez. Se trató de una sentencia carente de perspectiva de género, con estereotipos sexistas y discriminatorios, transformó el juicio en uno contra Lucía, la víctima, en lugar de concentrarse en el análisis de la conducta de los acusados. Se recurrió a “investigar” a Lucía por su condición de mujer y, especialmente, se centraron en su comportamiento sexual previo para desacreditar su persona<sup>77</sup>. El fallo es un reflejo de la “cultura de la violación” perpetuada en la justicia, en el que una vez más se culpa a la víctima de la agresión sexual por su forma de vestir, su actitud, su educación, consumo de tóxicos, etcétera.

---

<sup>74</sup> En este sentido, la ONU Mujeres, desde su sitio web dedicado a promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres refiere: La cultura de la violación afecta a toda la población, independientemente de la identidad de género, la sexualidad, el nivel económico, la raza, la religión o la edad. Erradicarla significa desterrar definiciones restrictivas del género y de la sexualidad limitan el derecho de una persona a definirse y a expresarse.

<https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/compilation-waysyou-can-stand-against-rape-culture> (última consulta: 28 de diciembre de 2023).

<sup>75</sup> DI CORLETO, J., “límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, 2006.

<sup>76</sup> Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, causa N° 4974, “Farías, Matías Gabriel, Maciel, Alejandro Alberto, Offidani, Juan Pablo s/tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad, abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio, encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente”, 26/11/2018.

<sup>77</sup> POSTIGLIONE, María L., “Análisis de la sentencia del caso de Lucía Pérez (Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/18) desde una perspectiva de género”, [www.sajj.gob](http://www.sajj.gob), 10/4/2019.

Contra la resolución absolutoria, el acusador público y los particulares damnificados interpusieron recurso casatorio; el 12 de agosto de 2020 la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por Mario Eduardo Kohan, Carlos Ángel Natiello y Fernando Luis María Mancini, hizo lugar a las impugnaciones, revocó la sentencia absolutoria y dispuso la devolución de los autos al Tribunal Criminal N° 1 de Mar del Plata para que —integrado con jueces hábiles— procediera a la realización de un nuevo juicio y el dictado de un nuevo fallo.

Esto fue recurrido por los imputados, y el 12 de mayo de 2021 la resolución fue confirmada por la Suprema Corte, con fundamento en los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, pues corresponde juzgar con perspectiva de género, para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una tutela judicial efectiva.

Lo dicho en el fallo constituye un precedente que aporta lineamientos y reflexiones para cualquier caso en el que resulte necesario aplicar perspectiva de género, independientemente del delito o del rol que la mujer ocupe en el proceso. Concretamente, la Suprema Corte sostuvo:

“El juzgar con perspectiva de género propende a garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una tutela judicial efectiva, evitando la reproducción de estereotipos que dan por supuesto el modo en que deben comportarse las personas en función de su sexo o género, sin perder de vista que el principio de amplia libertad probatoria que debe regir en estos procedimientos —arts. 16.1 y 31 de la ley 26.485— no implica una flexibilización de los estándares probatorios sino que ‘... está destinado, en primer lugar, a desalentar el sesgo discriminatorio que tradicionalmente ha regido la valoración probatoria a través de visiones estereotipadas o prejuiciosas sobre la víctima o la persona acusada’ (Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres —femicidios—, de la Procuración General de la Nación, año 2018, pto. 4.2.2.)”.

La confirmación de la Suprema Corte de la anulación de la sentencia de los jueces de grado que absolvió a los acusados, sin dudas constituye un importante avance y precedente tendiente a erradicar sentencias judiciales androcéntricas, carentes de perspectiva de género y basadas en prejuicios sexistas, y por tal constituye un elemento al que deben acudir los operadores del sistema de justicia; pero no logra eliminar la revictimización a la que se sometió a Lucia Pérez y a su familia en el debate oral y público

anulado; el que violó de manera flagrante los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar una justicia con perspectiva de género, para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad y una tutela judicial efectiva. El tribunal de grado fundó la sentencia absolutoria en argumentos sexistas y discriminatorios, algunos desarrollados por la defensa de los imputados y otros por los propios miembros del tribunal, en los que se hacía referencia a mensajes privados de la damnificada, sus experiencias sexuales previas, su relación con las drogas, el tipo de vínculo con su familia, sus inasistencias escolares o la edad de las personas con las que se vinculó en otros momentos, por mencionar solo algunos de los prejuicios proyectados en la sentencia, como elementos que trazaron la idea de que Lucía no era una víctima adecuada, por no encajar con los roles de género impuestos en el paradigma patriarcal.

Estos casos, son los que en la praxis judicial resultan muchas veces en sentencias judiciales basadas en prejuicios y en estereotipos de género, que revictimiza a las víctimas y a sus familias. Pues, sus víctimas no encajan exactamente en el modelo tradicional esperado por la moral social. Los abusos en los que existe una relación previa entre víctima y victimario son un ejemplo de ello. Sobre todo, teniendo en cuenta que suelen ser hechos cometidos en el ámbito de la privacidad y mayormente sin testigos presenciales, lo que reviste de cierta dificultad en la investigación penal.

En igual sentido, en otra causa<sup>78</sup> de abuso sexual agravado con acceso carnal y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, que si bien esta vez el autor sí fue condenado, para ello se basaron pura y exclusivamente en el análisis de las características de la víctima y refirieron: “Además, algunos testimonios que fueron también incorporados a la causa (...), no llegan a desmentir la situación que vivió la menor víctima, sino que por el contrario son afirmativos del carácter apocado, de la timidez de la misma y de otra circunstancia que se considera importante, cual es que (nombre de la niña) nunca tuvo novio, lo que avalen cierta medida sus afirmaciones de que con el único que tuvo relaciones sexuales fue con el imputado.

Lo que debe quedar claro es que, aunque la víctima se encuentre bajo los efectos de alcohol o estupefacientes, o lleve ropa provocativa y haya decidido irse a una vivienda con otra (s) persona (s), y se llevan adelante actos sexuales sin su consentimiento previo, es violación. Sigue siendo violación, aunque la víctima no haya transmitido

---

<sup>78</sup> Sentencia 122/2002 de la Cámara Criminal 2 de Santa Rosa, citada en Salanueva Olga, Violencia sexual y discurso jurídico: análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual, 2015, pág. 127

claramente su voluntad contraria. Porque lo que importa, tal como enarbola la fórmula del sólo sí es sí, es que una persona consienta o no participar en una actividad sexual. En caso de duda, debe entenderse que no hay consentimiento.

### **5.C. Una resolución judicial<sup>79</sup> que genera cuestionamientos en relación al art. 119 CPN y la presunción del consentimiento**

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial San Martín, en la causa N° 3898, dictó un veredicto absolutorio respecto de un hombre –B. – con relación al delito de abuso sexual con acceso carnal, en los términos del art. 119, tercer párrafo del C.P.N., hecho que fuera denunciado por su ex pareja – R.-.

Para ello, los argumentos del juzgador para concluir que la relación sexual fue consentida y que no hubo delito, fueron:

- Que la condición de Gendarme de la víctima, y, por tanto, su preparación debió importar la posibilidad de una resistencia más eficaz frente al ataque del hombre: “...aun colocándonos en la situación de inferioridad de la mujer, puede inferirse imposibilidad de defensa, lo cierto es que en la época del suceso denunciado R. ya revistaba en Gendarmería y ello conlleva para su situación personal la chance de ejercer actos de defensa que por lo menos hubiesen dejado secuelas más trascendentes en dirección a establecer que realmente su cuerpo estuvo impedido de ser defendido.”

- Que no se había logrado acreditar, con la certeza requerida para el juzgador “...que todas las acciones desplegadas [por B.] hayan sido efectivamente realizadas con tal ímpetu y violencia para doblegar su voluntad...”

- Qué, “...una circunstancia de tal calibre en cuanto a la gravedad de la afectación del bien jurídico, implique verosímelmente lógico que compartan el momento dentro de una habitación de tres metros por tres metros durante casi tres o cuatro horas, sin que la presunta damnificada hubiese realizado acciones que la reivindiquen como mujer afectada por actos tan gravosos...”

- Que no se hubiera roto la ropa interior. “Surge del relato de R. que B. le quitó su bombacha, sin hacer mención –al menos en función de lo consignado por el a quo en su sentencia- a que se hubiera producido algún daño en la misma ...”

- Que la damnificada se encontrara en compañía de dos hombres, cuando ingresó al lugar de los hechos el imputado.

---

<sup>79</sup> Casación Penal de la Provincia de BS AS, sala V, causa N° 92.376 caratulada “B. J. A. B. S/ recurso de casación interpuesto por el agente fiscal” 3/11/2019



Estos y otros argumentos del mismo tenor, le sirvieron al juez para inferir que la damnificada prestó el consentimiento para el acto sexual denunciado. Expresamente dijo: “De todo lo expuesto y pasadas las pruebas por el tamiz de la lógica y sana crítica, entiendo que la Fiscalía no ha logrado demostrar que la relación sexual mantenida con el imputado durante la noche madrugada del día 15 de abril de 2015 en la pensión de Bella Vista, fuese consecuencia de un acto desprovisto del consentimiento de la denunciante, y añadido que no debe excluirse del análisis la condición de promiscuidad en que se colocó la mujer al reunir a tres hombres de manera simultánea en el mismo lugar y para el mismo objetivo...”

Contra esta sentencia absolutoria, la representante de la acusación pública interpuso recurso de casación, razón por la cual llegó el expediente a la Sala V. de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, oportunidad en la que los jueces decidieron hacer lugar al recurso de casación, anular el fallo dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial San Martín, y disponer el reenvío al tribunal de origen a fin de que se realice un nuevo debate y decida de conformidad con las reglas citadas. El voto mayoritario entendió que debía aplicar perspectiva de género en la decisión y que la desincriminación del acusado no tuvo la motivación necesaria para constituir un acto jurisdiccional válido, concretamente se dijo:

“Del texto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género en el análisis de casos como el que aquí nos ocupa; perspectiva que ha sido normativamente patentizada en nuestra legislación nacional a través de su incorporación expresa en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres”

[...]

“Cuando las decisiones judiciales carecen de la debida y adecuada motivación, se encuentran viciadas de arbitrariedad, configurando una clara e inaceptable violación a las reglas del debido proceso, cuyo control y corrección es consustancial a la función de este Tribunal de Casación”

Como se observa para el juzgador de primera instancia no hizo falta que la mujer haya manifestado de manera inequívoca su voluntad, sino que la falta de resistencia y defensa suficiente, la falta de “acciones que la reivindiquen como mujer afectada”, la falta de una violencia tal que se traduzca en roturas de la ropa interior y su “condición de promiscuidad”, le bastaron para presumirlo.

Si bien, se logró revertir la sentencia, lo cierto es que la casación se tuvo que valer de criterios relacionados con la valoración probatoria, imparcialidad del juzgador y con la obligación asumida por el estado de juzgar con perspectiva de género, pero no se hizo referencia a la norma de fondo. Y esto es, según entiendo, porque la redacción actual de nuestro art. 119 CPN no genera la certeza suficiente para definir a todo acto sexual no consentido como violación, y en tanto ello siga así se genera el espacio para interpretaciones ambiguas, y, como claramente se ve en este caso, para que se le siga exigiendo a la mujer determinado accionar para considerarla víctima, y si no actúa de una manera “adecuada” para el juzgador, posiblemente se presumirá que consintió la relación sexual.

## **6. ¿La legislación actual se ajusta al modelo de consentimiento?**

En el marco de la doctrina, se ha considerado que la última parte del primer párrafo del artículo 119 –“aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”–, constituye “una fórmula genérica” que pretende expresar que las posibilidades de abuso no quedan agotadas con las formas comisivas ya analizadas, sino que incluyen, en definitiva, todos los casos en que, de una manera u otra, no exista consentimiento por parte de la víctima”<sup>80</sup>.

Asimismo, en el ámbito de la jurisprudencia, también pueden encontrarse algunos casos en los que los/as jueces/zas han ido más allá de lo establecido expresamente por los medios comisivos del artículo 119, y, valiéndose de esta fórmula genérica han dirimido casos en base al modelo del consentimiento.

En el precedente “E.A.G.”<sup>81</sup>, la magistrada a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, condenó al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en tanto tuvo por probado que “el día 19 de diciembre de 2021, en horas de la mañana, un sujeto del sexo masculino abusó sexualmente de la víctima de autos forzándola, tomándola del cuello y sujetándola por las manos, para luego accederla por vía vaginal, pese a la negativa de esta”.

A la vez, consideró que aquel suceso debía considerarse acreditado, sin perjuicio de la relación previa que tenían la víctima y el agresor, y de que aquellos habían

---

<sup>80</sup> KLAPPENBACH/ GIÚDICE BRAVO, en “Código Penal de la Nación, comentado y anotado”, Tomo II, Dir. D’Alessio, Andrés José, coord. Divito, Mauro A., segunda edición actualizada y ampliada, 2011, pág. 234.

<sup>81</sup> E.A.G. sobre abuso sexual con acceso carnal”, causa nro. 6610, dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4, el 13 de octubre de 2022.

mantenido relaciones sexuales consentidas en otras oportunidades, y, en particular, la noche anterior al hecho.

En ese sentido, la jueza hizo hincapié en que “aun cuando ha quedado plenamente acreditado que la víctima aceptó mantener relaciones sexuales previas, dicha conducta no la obligaba a soportar una propuesta sexual cuyo contenido no era de su agrado, en razón de que precisamente (...) el bien jurídico tutelado por la figura penal en juego es la libertad sexual, la autodeterminación del individuo en el plano de la sexualidad, es decir, la posibilidad de toda persona de elegir CUÁNDO, CÓMO, DÓNDE Y CON QUIÉN realizar actos de esta naturaleza”. Y agregó que “sostener que por mediar una previa relación íntima podría inferirse que la mujer consciente ser accedida carnalmente, constituye un prejuicio de género que da por sentada la inferioridad o subordinación de la mujer”.

También indicó que “sin consentimiento, la actividad sexual es una agresión sexual. El consentimiento debe ser dado libremente, sin fuerza o violencia. Asimismo, el consentimiento contempla situaciones específicas. Decir que sí a algo (como en el caso, haber mantenido relaciones sexuales con anterioridad) no significa aceptar otras prácticas, como un nuevo encuentro sexual llevado a cabo con violencia y sin uso de preservativo”.

De igual modo, explicó que “el consentimiento siempre es reversible”, que se puede retirar en cualquier momento, que no se presume ni debe darse por sentado.

Algo similar ocurrió con el fallo “G.T.E.”<sup>82</sup>, dictado por un magistrado de Paraná, provincia de Entre Ríos, en el que se condenó a un joven de diecisiete años por el delito de abuso sexual con acceso carnal. En ese sentido, se tuvo por probado que “[e]n fecha 9 de enero de 2018, durante la madrugada, en la quinta sita en calle xxx, T. procedió a acceder vía vaginal con su miembro viril a A –de 15 años de edad–, en contra de la voluntad de esta, desplegando violencia y utilizando su preeminencia física para retenerla allí; ello previo cerrar con llave la habitación y a pesar de que la víctima le solicitaba que se quería retirar”.

Al igual que en el caso anterior, el imputado y la víctima se conocían, y habían consensuado que ella iría con él a la quinta en la que sucedió el hecho en cuestión.

En esta oportunidad, el juez explicó que no había sido controvertido por las partes que T. y A. habían tenido relaciones sexuales, “sino que la discusión en el

---

<sup>82</sup> “G.T.E. sobre abuso sexual con acceso carnal”, causa nro. 13410, dictado por el Juzgado Penal de Niños y Adolescentes de Paraná, Provincia de Entre Ríos, el 12 de mayo de 2021.

contradictorio giró en torno a la existencia o no del consentimiento de la víctima para mantenerlas”, el que fue categóricamente negado por aquella. A la vez, reflexionó que, en casos como este, la confianza previa operaba como condición de posibilidad de los abusos, y no como garantía infalible de exclusión.

Luego, realizó algunas precisiones sobre el concepto que nos convoca, e indicó que “el consentimiento es una aceptación inequívoca y voluntaria para hacer una cosa o dejar que se haga”; que “se entenderá que una persona ‘ha consentido’ en mantener una relación sexual si ha aceptado en forma libre y voluntaria mantener esa relación” y que “[s]in consentimiento, la actividad sexual (...) es una agresión sexual”.

Por lo demás, también indicó que el consentimiento debía ser dado “libremente, sin presiones, manipulaciones, engaños, amenazas, fuerza o violencias”; que contemplaba situaciones específicas, lo que implicaba que se podía consentir una cosa y no otra, y que aquél no podía presumirse, en tanto “el silencio no es consentimiento”.

Tanto la posición doctrinaria que fue mencionada al principio de este acápite como este tipo de fallos, que corren a la coacción del centro de la escena y se preguntan por el consentimiento de la víctima, a la vez que se ocupan, de forma didáctica, de brindar precisiones sobre ese concepto y de trazar líneas claras respecto de cuándo existirá consentimiento y cuándo nos encontraremos frente a un abuso, son una prueba tangible de que es posible tomar decisiones con perspectiva de género, y resguardar el bien jurídico de la libertad sexual, aún con la actual redacción del artículo 119 del Código Penal.

Sin embargo, mientras aquello siga siendo solo una opción para los operadores judiciales, que dependa de una interpretación amplia de la norma, los riesgos de que el modelo ambiguo arrase con muchas situaciones que configuran abusos sexuales seguirá siendo muy grande.

## **7. La conveniencia de una reforma legislativa en los delitos de abuso sexual con perspectiva feminista**

Como se dijo anteriormente, el consentimiento actúa como una especie de línea divisoria entre una relación sexual y un abuso. Por ello, el modelo adoptado – positivo o negativo– en una legislación es fundamental para definir a una violación como todo acto sexual no consentido.

Actualmente, en el modelo de consentimiento negativo –no es no– al que el art. 119 parece responder, la presencia de violencia, fuerza o intimidación y la ausencia

de consentimiento son determinantes para que una agresión sexual resulte punida, pasando muchas veces por alto múltiples variables contextuales como, por ejemplo, la clase, el nivel socioeconómico y el género.

Así, nuestra legislación protege la autonomía de los cuerpos humanos, pero dándoles el derecho de negarse a ejecutar o a tolerar actos sexuales. Por ello, es necesario preguntarse: ¿Todas las personas y en todas las situaciones tienen la posibilidad de negarse? o ¿La ausencia de violencia, fuerza o intimidación en un acto sexual implica que la relación fue consentida?

No decir que no, o guardar silencio, de ningún modo pueden resultar equivalentes a consentir. Las relaciones sexuales sin consentimiento constituyen una violación; sin embargo, hoy, en nuestro sistema penal, ello no aparece tan claro. Y, si bien encontramos en el ámbito de la jurisprudencia casos aislados en los que se ha aplicado el tipo penal teniendo como eje central el consentimiento de las partes involucradas, lo cierto es que, aunque resultan beneficiosos en términos de protección de los derechos de las mujeres, esos fallos podrían acarrear inseguridad jurídica<sup>83</sup>, pues se le otorga al juez una libertad que hace imposible predecir cómo se resolverá el caso.

En la misma dirección, María Fernanda García profundizó esa cuestión, al indicar que “la seguridad jurídica también es un valor a tener en cuenta a la hora de ponderar vías de acción. Es necesario legislar con claridad los presupuestos del consentimiento teniendo en miras su contexto y sus condiciones de posibilidad, para evitar lecturas judiciales sesgadas y sentencias tan diversas que prescriban desde penas de multas hasta condenas de doce años de prisión”<sup>84</sup>.

En ese sentido, resulta claro que las personas solo podrán ejercer libremente su sexualidad cuando exista consentimiento, sin que ello implique un deseo, pero sí es necesario que exista una manifestación libre de participar en una relación sexual<sup>85</sup>, lo que solo podrá ser exigido con un cambio legislativo. La consigna que

---

<sup>83</sup> Se debe buscar la aplicación rigurosa de la ley. Así, “la seguridad jurídica puede ser pensada como la probabilidad de prever en qué medida se cumplen las normas de derecho. Cuánto más elevada sea esa probabilidad, más grande será la seguridad jurídica.” - Bacque, Jorge, La seguridad jurídica e independencia del Poder Judicial, en Revista Cuaderno de Doctrina, Colegio Público de Abogados. Año 2000, Pág. 1. (Id SAIJ: DACF000058)

<sup>84</sup> García María Fernanda, Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063 | pp. 117-140 | Año 18, N° 1 | Junio de 2020, pág. 136.

<sup>85</sup> Cfr. Fararilo Patricia, “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación”, pág. 71

propone Amnistía Internacional es que el sexo debe ser consentido por los intervinientes, “dejando claro, ahora y siempre, que solo SÍ es SÍ”.<sup>86</sup>

Un consentimiento moral y legalmente válido idealmente no debería reducirse a una simple forma de conformidad, sino a una implicación activa y cooperativa de la mujer en la experiencia sexual. Este cambio requiere necesariamente de un gran trabajo pedagógico en el conjunto de la sociedad. Si queremos cambiar las leyes de lo que se considera una relación sexual permisible, es inicialmente necesario que las personas las conozcan.<sup>87</sup>

En suma, un cambio en el paradigma legislativo que tenga como eje la fórmula del “solo sí es sí” no debería darse solo, sino estar acompañado de políticas públicas e instrumentos presentes en la escolarización que eduquen sobre la indispensable presencia del consentimiento en las relaciones sexuales, incluso en el noviazgo, lo que ayudaría a eliminar estereotipos sexistas desde temprana edad, recurrentes sobre todo en los delitos sexuales. Es urgente implantar en nuestra sociedad que toda relación sexual sin consentimiento es violación.

#### **7.A. Los beneficios constitucionales de la reforma**

El artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional establece que los “tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales” tienen jerarquía superior a las leyes. Asimismo, enumera algunos tratados que tienen jerarquía constitucional –entre los que se encuentran la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Americana de Derechos Humanos– y dispone que “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

En cuanto a la temática que nos convoca, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deja asentado en su primer artículo que, a los efectos de la convención, la expresión “discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer

---

<sup>86</sup> <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/no-justifiques-la-violencia-sexual-solo-si-es-si/>

<sup>87</sup> MARCO MALÓN, Agustín La doctrina del consentimiento afirmativo. 1ª ed., diciembre 2020

(...), sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

A la vez, el artículo siguiente establece que “[l]os Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”.

Asimismo, la Recomendación general nro. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que es el órgano de expertos que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del año 2017 –el que actualizó la recomendación general nro. 19–, estableció, en el punto “A” de “medidas legislativas generales”, que el Comité recomendaba a los Estados parte “garantizar que las agresiones sexuales, en particular la violación, estén tipificadas como un delito que afecta al derecho a la seguridad personal y a la integridad física, sexual y psicológica y que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento (...)”.

Esas indicaciones ya habían sido dadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el año 2008, y en el marco de un caso seguido contra el Estado de Filipinas<sup>88</sup>, oportunidad en la que le recomendó al Estado filipino que examinara “la definición de violación en la legislación, a fin de que se centre en la falta de consentimiento”; que exigiera “la existencia de un ‘acuerdo inequívoco y voluntario’ y pruebas de medidas para asegurar el consentimiento” y que eliminara “cualquier requisito en la legislación que disponga que el ataque sexual sea cometido por la fuerza o con violencia”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, establece en su artículo 24 que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

---

<sup>88</sup> Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a tenor del párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la CEDAW, <https://juris.ohchr.org/casedetails/1700/en-US>

A la vez, en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han brindado diversas precisiones respecto de la figura del consentimiento en los delitos sexuales. Así, ya en los casos del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”<sup>89</sup>, del año 2006, y de “Rosendo Cantú y otra vs. México”<sup>90</sup>, del 2010, se indicó que “[l]a Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.

En la misma línea, de forma reciente, y en el precedente “Angulo Losada vs. Bolivia”<sup>91</sup>, la Corte Interamericana ha dedicado un apartado a analizar “el consentimiento en los delitos de violencia sexual y el acceso a la justicia”, en el que se dejó asentado que “la legislación penal necesitaría traer la figura del consentimiento como elemento central de los delitos de violencia sexual para permitir un verdadero acceso a la justicia a las víctimas de dichos delitos”.

A la vez, indicó que, desde el año 2001, organismos y tribunales internacionales –como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CEDAW y el Convenio de Estambul– empezaron a identificar al consentimiento como un elemento central del delito de violación sexual.

En ese sentido, hizo hincapié en que coincidía con la posición de los distintos organismos internacionales, en cuanto a que “las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento con su eje central”, lo que implica que “para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual”. A la vez, precisó que “es fundamental que la normativa concerniente a delitos de violencia sexual disponga que el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y de manera previa al acto y que éste puede ser reversible”.

---

<sup>89</sup> CoIDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006.

<sup>90</sup> CoIDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31 de agosto de 2010.

<sup>91</sup> CIDH, “Angulo Losada vs. Bolivia”, sentencia del 18 de noviembre de 2022.



Por lo demás, la Corte constató que “la legislación penal de Bolivia no establecía –y sigue sin hacerlo en la actualidad– el consentimiento como elemento central del delito de violación y exige la demostración de violencia e intimidación para su configuración”.

Y, en base a ello, concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la niñez, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, en función de lo dispuesto por los artículos 19, 24 y 25 de la CADH, y por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 7 “b”, 7 “c” y 7 “e” de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de la damnificada en el caso.

Finalmente, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Belém do Pará– no posee, a la fecha, jerarquía constitucional, pero, conforme lo que fuera expuesto al principio de este acápite, sí cuenta con una jerarquía superior a las leyes en general –y al Código Penal en particular–.

En idéntica dirección, el tratado precisa en su artículo 1 que “[p]ara los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. A la vez, el artículo 2 agrega que “[s]e entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”.

Asimismo, en el marco de la Recomendación General nro. 3 del Comité de Expertas del MESECVI –Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará–, llamada “La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género”<sup>92</sup>, se dejó claro que “[e]l concepto del consentimiento en casos de violencia sexual constituye (...) una figura jurídica que permite discernir entre la

---

<sup>92</sup> Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género, del 7 de diciembre de 2021. [https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI\\_CEVI\\_doc.267\\_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf](https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf). (última visita 10 de enero de 2024)

conformación de un delito contra la libertad sexual de una persona y la realización de un acto consensuado”.

De igual modo, allí se indicó que es importante que la ley defina al consentimiento “como un acuerdo voluntario e inequívoco en donde quede de manifiesto el acto consensuado, libre de todo tipo de coacción”, lo que implica que la falta de consentimiento se torna el elemento central para poder diferenciar entre una situación de violación y un acto de libertad. Y, por lo demás, se hizo hincapié en que “muchas legislaciones penales no ajustan su definición de violación y de violencia sexual con base en el consentimiento sexual, lo cual genera un problema en la conceptualización de todos los delitos relacionados con este tipo de violencia”.

Los tres tratados mencionados han brindado indicaciones y recomendaciones, respecto de la necesidad de realizar modificaciones en las legislaciones internas de los países que no posean normas que, a la hora de establecer si existe o no un delito de índole sexual, pongan el foco en el consentimiento, y respecto de la importancia de ese concepto, no solo para definir qué comportamientos son delictivos, sino también para poner a la libertad sexual de las mujeres como eje.

Asimismo, en el 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad del Estado de Bolivia, por la violación de diversas normas de la Convención Americana y de la Convención de Belém do Pará, y ha instado a ese país a adoptar una legislación penal que ponga al consentimiento como eje de los delitos sexuales.

Esas circunstancias hacen que, en la actualidad, el hecho de que Argentina no tenga una legislación penal que adopte el consentimiento positivo, y que pueda quedar impunes agresiones sexuales no voluntarias, implicaría incumplimiento a las mandas de los tratados que, con jerarquía constitucional, o bien, superior a las leyes internas, nos obligan, así como la configuración de responsabilidad internacional.

Finalmente, entiendo que la adopción del modelo de consentimiento positivo implica también una ventaja para las personas imputadas, en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional, norma rectora del proceso penal, y que lleva ínsito al principio de legalidad.

En ese sentido, el mencionado artículo establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

A la vez, el principio de legalidad, que suele ser definido por el aforismo en latín “nullum crimen, nulla poena sine lege” –no hay crimen, ni pena, sin ley– posee cuatro manifestaciones: el requisito de una ley escrita; el de una ley suficientemente determinada o cierta; el de una ley estricta, o bien, que no permite las analogías en contra del imputado, y el de una ley previa al hecho del proceso<sup>93</sup>.

El cambio en la legislación y la adopción del sistema del “solo sí es sí”, cumpliría, evidentemente, con los requisitos de que la ley sea escrita y previa al momento del hecho<sup>94</sup>, en tanto solo se juzgarían según su prisma los hechos ocurridos con posterioridad a su sanción.

Pero, a la vez, implicaría una evidente mejora en términos de claridad del comportamiento reprochado, y de certeza de la conducta prohibida, en tanto cualquier comportamiento de índole sexual de entre los punidos por la norma –que van desde un tocamiento a una penetración, sea con el pene, con otro miembro o parte del cuerpo o con un objeto– constituiría delito si fuera cometido sin el consentimiento expreso de la persona damnificada.

La CADH<sup>95</sup>, lo que implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos obliga a todos los estados que la ratificaron a permitir de la manera más amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos y a la vez a interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitarlos.

También, la reforma sugerida evitaría interpretaciones amplias o análogas. Conforme refiere el profesor Roxin : “La prohibición de la analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de derecho, que está prohibida”<sup>96</sup>.

De ese modo, no resultaría necesario realizar un análisis respecto de si hubo o no violencia o coacción, ni de si la víctima deseó o no aquél contacto sexual: si no existe consentimiento expreso, hay delito, con la claridad y precisión que ello implica. Todo lo demás podrá ser considerado como un agravante, en términos del delito imputado, o bien, de la pena a imponer –en consonancia con lo previsto por los artículos

---

<sup>93</sup> FRISTER, Helmut, “Derecho Penal, Parte General”, ed. Hammurabi, págs. 89 y ss.

<sup>94</sup> Con respecto al principio de legalidad formal se puede consultar el precedente Mouviel 1957 (fallos 237:636)

También, en el precedente Mussoto 1987 (fallos 310:1909) nuestra corte realizó un exhaustivo análisis sobre el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa.

<sup>95</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad.

<sup>96</sup> ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal- Parte General", Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2° edición alemana, Editorial CIVITAS, Madrid, 1997, p.147.

40 y 41 del Código Penal–, pero no constituirá parte del delito básico, que solo se regirá por la existencia de consentimiento.

En esa medida, sólo resta afirmar que los beneficios constitucionales de una reforma de la legislación penal que ponga al consentimiento como eje de los delitos sexuales resultan, en los términos de dos de los principios rectores de nuestro derecho penal, esto es, el de legalidad y el de igualdad, indiscutibles.

Y, como fue expuesto previamente, una reforma como esa implicaría el seguimiento por parte del Estado argentino de las recomendaciones e indicaciones brindadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), por la Convención de Belém do Pará y por el Comité de Expertas del Mecanismo de seguimiento de la mencionada Convención (MESECVI), a la vez que impediría que Argentina continúe incurriendo en responsabilidad internacional, al no condenar hechos de abuso sexual en los que la víctima no ha brindado su consentimiento.

## **8. Propuesta de reforma legislativa**

Como vimos, la reforma legislativa de 1999 incluye el verbo consentir y eso implica un gran adelanto. Sin embargo, se siguen suscitando dudas en su aplicación de jurisprudencial, dando lugar a resultados injustos.

Muchas veces se exige que la falta de consentimiento se demuestre por la resistencia física que desplegó la víctima. Otras tantas, se infiere por el comportamiento previo sexual o por relaciones preexistentes entre los sujetos involucrados, lo que plaga las sentencias de prejuicios sexistas, y, además, esto genera que se siga ignorando el comportamiento del autor. Tal como lo vimos en el caso de Lucía Pérez.

Entonces, si bien el avance en nuestra ley es destacable, sobre todo comparada con otros países de la región - como por ejemplo, el caso de Paraguay<sup>97</sup>-, lo

---

<sup>97</sup> Artículo 128 del Código Penal Paraguayo. - Coacción sexual 1º El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años. Cuando la víctima haya sido coaccionada al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de dos a doce años. Cuando la víctima del coito haya sido un menor, la pena privativa de libertad será de tres a quince años.

2º La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando, por las relaciones de la víctima con el autor, se dieran considerables circunstancias atenuantes.

3º A los efectos de esta ley se entenderán como: 1. actos sexuales, sólo aquellos que, respecto del bien jurídico protegido, sean manifiestamente relevantes; 2. actos sexuales realizados ante otro, sólo aquellos que el otro percibiera a través de sus sentidos.

cierto es que siguen quedando casos ambiguos como los hechos del fallo Carrasco, en el que el fiscal reconoció explícitamente que el acto sexual en cuestión había sido en contra de la voluntad de la víctima, pero que sin embargo el hecho no encajaba en la tipificación vigente, por lo cual no podía acusar.

Por ello, y en armonía con los principios internacionales a los que hemos suscripto, entiendo que una reforma legislativa que adopte claramente el modelo de consentimiento afirmativo solucionaría casos a los que aun la legislación actual no da respuesta, lo que genera que los operadores judiciales usen excesivamente su subjetividad, que como venimos sosteniendo en materia sexual adquiere una mayor relevancia que en otro tipo de delitos.

No debe soslayarse, que el derecho penal no sólo tiene la función de castigar los hechos que socialmente se consideran injustos, sino que también tiene la importante función de prevenir esos hechos se cometan. Con lo cual, considero que les asiste razón a los autores Ribas y Faraldo cuando explican la importancia de que el anuncio legislativo sea claro “sólo sí es sí”, y que, por ello, debe operar la doble función preventiva de la ley:

1- “De carácter negativo o intimidatorio” que comunique a la sociedad que si mantienen sexo sin consentimiento o voluntad clara de la otra parte infringen un delito y por tanto, serán castigados.

2- “De carácter positivo” en donde se proclame que la autodeterminación sexual es sumamente importante y por ello, tiene tutela penal. Destinado a todo el conjunto social, pero especialmente a las mujeres que sean objetos de abusos sexuales, para que puedan determinar claramente cuándo son partícipes libres en un comportamiento sexual y cuándo son víctimas.<sup>98</sup>

Por todo ello, propongo una reforma de nuestro actual artículo 119 del CP, tomando como base la legislación alemana, pero virando hacia el modelo afirmativo, con la siguiente redacción:

“Quien, sin mediar consentimiento reconocible de la otra persona o cuando esta fuera menor de 13 años, ejecute actos sexuales sobre ella o los haga ejecutar por ella

---

Como puede observarse esta legislación solo presupone la falta de consentimiento si se coaccionó a la víctima “mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física”. Lo que resulta muy acotado si se presente resguardar la libertad sexual de las personas.

<sup>98</sup> Ribas y Faraldo. “Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. Estudios Penales Y Criminológicos, 2020. págs. 36/7

o haga que esa persona ejecute o tolere actos sexuales sobre o de parte de un tercero, será reprimido con pena de prisión de 4 meses a 6 años”

En este sentido, entiendo que únicamente habría que modificar el primer párrafo del art. 119. Por tanto, el abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2º párr.), abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 119 3º párr. ley 25.352), permanecerían iguales y con la misma sanción punitiva.

Considero que fórmula legal que propongo es aún más clara que la actual, y pretende abarcar a todos los casos de actos sexuales en los que media la ausencia de consentimiento.

## **9. Conclusión**

A lo largo de este trabajo me propuse demostrar que la legislación penal argentina mantiene un modelo poco claro a la hora de determinar qué comportamientos constituirán delitos sexuales, y he concluido que resulta no solo beneficioso, sino incluso necesario, revisar el Código Penal, para adoptar el modelo del consentimiento afirmativo, en tanto es el único que puede proteger acabadamente la libertad sexual, bien jurídico protegido por los artículos 119 y subsiguientes del Código Penal, ello, sin perjuicio de que algunos jueces y juezas logren poner el eje en el consentimiento, o bien, en la falta de aquel, a la hora de juzgar delitos sexuales.

A la vez, he brindado algunas precisiones respecto del modelo de consentimiento negativo, o “no es no” y del modelo de consentimiento positivo - “solo sí es sí”-, para luego afirmar que, sin lugar a dudas, el “solo sí es sí” es aquel que protege de manera más integral y eficaz a la víctima, y para ello he realizado un análisis respecto del cambio de legislación producido en España, como consecuencia del fallo de “La Manada”.

Sin embargo, no ignoro que no está en las posibilidades de esta tesis afirmar que, en caso de llevarse adelante la reforma en nuestro país puede no tener los mismos efectos, pues cada sociedad y cada sistema judicial tienen sus propias características y particularidades.

Seguidamente, llevé adelante un análisis de la normativa penal de delitos sexuales en nuestro país - art. 119 Código Penal - y su aplicación en precedentes jurisprudenciales que resultan ilustrativos para demostrar que la actual redacción de nuestra ley puede generar que se niegue la existencia de un abuso sexual en circunstancias

en las que, con una legislación con foco en el consentimiento brindado de forma libre y expresa, se afirmarían la conducta delictual.

Finalmente, he realizado una reflexión relativa a la conveniencia, en términos sociales, de seguridad jurídica y constitucional, de una reforma del sistema penal, y de los delitos sexuales en particular, con perspectiva feminista, y con el foco en el consentimiento afirmativo, la que sería mucho más respetuosa de los compromisos asumidos internacionalmente en materia de género, y en base a ello, propuse una nueva redacción del art.119 C.P.N.

Así, es importante volver a remarcar que el cambio legislativo debe venir acompañado de políticas públicas, tendientes a educar a la población desde temprana edad. Resulta imperioso un esfuerzo estatal que tenga como objetivo erradicar los sesgos sexistas que constantemente se repiten en este tipo de delitos e impregnan de estereotipos de género gran parte de prácticas sexuales no consentidas, que tienen como principales víctimas a las mujeres.

Además, al igual que Malón Marco, creo que el modelo del consentimiento afirmativo indudablemente debe ser entendido también como un discurso sobre la convivencia sexual desde un punto de vista *político, moral y pedagógico*. Es que, está orientado no solo o no tanto a combatir mejor la violencia sexual desde el ámbito penal, que también, sino a cambiar una realidad social considerada profundamente injusta para con las mujeres<sup>99</sup>.

Por ello, solo queda destacar que resulta claro que lograr un cambio legislativo como el que aquí se propone no es fácil, ni rápido, y, en ese sentido, no debe ignorarse que, en nuestras sociedades patriarcales<sup>100</sup>, existe un histórico y extendido desprecio por la voluntad de las mujeres. Sin embargo, hay esperanzas: la historia reciente de los países que ya han modificado su legislación y adoptado un modelo de consentimiento afirmativo nos demuestra que los movimientos feministas también son importantes impulsores de reformas legales que ponen el consentimiento en el centro de

---

<sup>99</sup>Marco Malón, La doctrina del consentimiento afirmativo. 1ª ed., diciembre 2020

<sup>100</sup> La noción de patriarcado re-emerge para enfatizar el componente de poder en las relaciones de género. Se trata de un sistema de dominación masculina enraizado en las normas sociales, culturales, en las estructuras políticas y jurídicas, en las economías locales y globales que requiere de la violencia como dispositivo real y simbólico para el disciplinamiento de las mujeres. Tiene expresión particular en diferentes momentos históricos y en las diferentes culturas e intercepta con otros sistemas de subordinación y exclusión. Varios de los mecanismos de dominación y control masculinos son comunes a las diferentes culturas: explotación del trabajo productivo y reproductivo; control sobre la sexualidad de las mujeres; y factores como el desplazamiento, la migración, los conflictos armados o incluso formas de construcción nacionalista que exacerban aún más las condiciones de desigualdad en que viven las mujeres, haciéndolas más vulnerables a la violencia masculina (Naciones Unidas, 2006a, en Fries y Hurtado, 2010, p. 14).

la definición de violación, porque entienden que ello implica mayor protección de los cuerpos femeninos contra los delitos sexuales.<sup>101</sup> Y, en nuestro país, la concientización respecto de la necesidad de ese cambio ya está en marcha.

## 10. Bibliografía

### 10. A Doctrina

- ÁLVAREZ, Javier Teodoro, “Delitos contra la integridad sexual”, 1 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2022.
- ÁLVAREZ, Javier Teodoro, “Análisis de la sentencia del caso ‘La Manada’: Debates acerca del consentimiento de las víctimas de delitos sexuales”, en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46829.pdf>.
- ARENA, José Federico, “Estereotipos normativos y autonomía personal”, en Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia, Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 2022.
- BACQUE, Jorge, La seguridad jurídica e independencia del Poder Judicial, en Revista Cuaderno de Doctrina, Colegio Público de Abogados. Año 2000. (Id SAJ: DACF000058)
- BARBIERI, Carlos. “Algunos aspectos de la formación del consentimiento en los contratos en el Código Civil y Comercial”. Disponible en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAJ: DACF150631. 2015
- BARTLETT, Katharine, “Métodos legales feministas”, Harvard Law Review, Vol. 103, No. 4, 1990
- DI CORLETO, Julieta. “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, 2006.
- ESTRICH, Susana, “Violación”, en Di Corletto Julieta, (compiladora), “Justicia, género y violencia”, Librería, Buenos Aires, 2010.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación”, pág. 71.
- FRISTER, Helmut, “Derecho penal, parte general”, ed. Hammurabi, pág. 89 y ss.

---

<sup>101</sup> ver en este sentido <https://amnistia.org.ar/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-por-que-solo-ocho-paises-europeos-lo-reconocen/>



- GARCÍA, María Fernanda, “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063 | pp. 117-140 | Año 18, N° 1 | Junio de 2020.
- GRUBER, Aya. Consent Confusión, en Cardozo Law Review, V. 38. Disponible en: <https://cardozolawreview.com/consent-confusion/>
- HÖRNLE, Tatjana, “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, Revista En Letra: Derecho Penal, año VI, número 10.
- HOVEN, Elisa, “Fundamento y límites del consentimiento”, en “Los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023.
- KLAPPENBACH/ GIÚDICE BRAVO, en “Código Penal de la Nación, comentado y anotado”, Tomo II, Dir. D’Alessio, Andrés José, coord. Divito, Mauro A., segunda edición actualizada y ampliada, 2011.
- MACKINNON, Catharine, “Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho”, ed. Siglo XXI, 2004.
- MALÓN MARCO, Agustín, “La doctrina del consentimiento afirmativo”. 1ª ed., Editorial Thomson Reuters, diciembre 2020.
- RIBAS, Ramón, y FARALDO CABANA, P. "Solo sí es sí", pero de verdad. Una réplica a Gimbernat. Estudios Penales Y Criminológicos, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.40.6878>
- RÍOS, Jaime. “El consentimiento en materia penal”, en Política Criminal, vol. 1, núm. 1, 2006, Universidad de Talca, Chile, 2016.
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal- Parte General", Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición alemana, Editorial CIVITAS, Madrid, 1997
- SALANUEVA, Olga, “Violencia sexual y discurso jurídico: análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual”, 2015
- SILVA, Cinthia y LLAJA, Jeannette, “la tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en “Género y Justicia Penal”, Julieta di Corleto (ed), Ed. Didot, Buenos Aires, 2017.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yoliliztli, “Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género”, Revista mexicana de sociología, 2016.

- PÉREZ HERNÁNDEZ, Yolínzltli, “Sexualidad, Salud y Sociedad” Revista Latinoamericana, ISSN 1984-6487 / n. 25 - abr. / 2017
- PIQUÉ, María Luisa, “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Género y Justicia Penal, Julieta di Corleto (ed), Ed. Didot, Buenos Aires, 2017.
- POSTIGLIONE, María L., “Análisis de la sentencia del caso de Lucía Pérez (Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/18) desde una perspectiva de género”, [www.saij.gov](http://www.saij.gov), 10/4/2019.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General (traducido por Dr. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

#### **10. B. Jurisprudencia**

- “B. J. D. s/ denuncia”, de la Cámara Primera en lo Criminal de la Provincia de Formosa, resuelto el 30 de julio de 2019.
- Casación Penal de la Provincia de BS AS, sala V, causa N° 92.376 caratulada “B. J. A. B. S/ recurso de casación interpuesto por el agente fiscal” 3/11/2019
- “Carrasco, Lucas Emanuel sobre abuso sexual”, del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 9, resuelto el 18 de septiembre de 2019.
- “Caso Angulo Losada vs. Bolivia”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelto el 18 de noviembre de 2022.
- “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelto el 25 de noviembre de 2006.
- “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelto el 31 de agosto de 2010.
- CSJN, Mouviel 1957 (fallos 237:636)
- CSJN, Mussoto 1987 (fallos 310:1909)
- “E.A.G. sobre abuso sexual con acceso carnal”, del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 4, resuelto el 13 de octubre de 2022.
- “G.T.E. sobre abuso sexual con acceso carnal”, del Juzgado Penal de Niños y Adolescentes de Paraná, Provincia de Entre Ríos, resuelto el 12 de mayo de 2021.
- “Sentencia nro. 38/2018”, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la ciudad de Pamplona, resuelta el 20 de marzo de 2018.
- Sentencia 122/2002 de la Cámara Criminal 2 de Santa Rosa.

- Sentencia de la Causa N° 10.098/2007, el 11 de noviembre de 2009

### 10.C. Otras fuentes

- Anna Blus, Amnistía Internacional, “El sexo sin consentimiento es violación ¿por qué solo ocho países-europeos lo reconocen?”, 4 de enero de 2019. <https://amnistia.org.ar/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-por-que-solo-ocho-paises-europeos-lo-reconocen/>
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos n° 7: Control de Convencionalidad.
- Código Penal Paraguayo
- Cidón Mireyra, Amnistía Internacional, “No justifiques la violencia sexual. Solo sí es sí”. 23 de noviembre de 2020. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/no-justifiques-la-violencia-sexual-solo-si-es-si/>
- Ministerio de Seguridad de la República Argentina, Informe sobre Muertes violentas y otras violencias contra las mujeres, año 2020.
- Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI: “La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género”, del 7 de diciembre de 2021. [https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI\\_Cevi\\_doc.267\\_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf](https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_Cevi_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf).