

**Escuela de Derecho**

**Tipo de documento:** Tesis de maestría



*Maestría en Derecho Penal*

# **El problema del consentimiento en el delito de violación: Hacia una propuesta de tipificación culposa**

**Autoría:** Rognoni, María Candelaria

**Año:** 2025

## **¿Cómo citar este trabajo?**

Rognoni, M. (2025). "El problema del consentimiento en el delito de violación: Hacia una propuesta de tipificación culposa". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella

<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/13498>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**El problema del consentimiento en el delito de violación:**

**Hacia una propuesta de tipificación culposa**

**ALUMNA: María Candelaria Rognoni**

**LEGAJO: 18W2340**

**DNI: 36.727.114**

**TUTORA: Mercedes Cavallo**

Firma tutora

**FECHA DE PRESENTACIÓN (6-03-2025)**

## ÍNDICE

### **1. Introducción**

1.1. Aclaraciones conceptuales en torno a la violación y presentación del nuevo tipo penal

### **2. Problemáticas en torno a la libertad sexual**

2.1. Datos estadísticos y conclusiones obtenidas a partir de los datos recopilados

2.2. Identificación de nuevas problemáticas en la libertad sexual de las mujeres

2.3. Consentimiento. Diferentes modelos

2.3.1. Modelo de coacción

2.3.2. Modelo de consentimiento

2.4 Marco normativo

2.4.1 Legislación argentina

2.4.1.1 Elementos del tipo objetivo

2.4.1.2. Aspecto subjetivo

2.5. Jurisprudencia de los tribunales argentinos

2.6. Derecho comparado

### **3. Posturas relacionadas a los problemas del consentimiento**

3.1. Del modelo no comunicativo hacia el modelo comunicacional

3.1.1. Problemas del modelo comunicacional

3.2. Feminismo estructural-constructivista

3.3. La tesis de los errores “razonables”

3.4. Las llamadas “estrategias de comportamiento protector”

3.5 Consentimiento en situaciones de consumo de estupefacientes o alcohol

### **4. La falta de una respuesta punitiva al problema**

### **5. La posibilidad del tipo culposo como respuesta al problema**

5.1. Ventajas del nuevo tipo penal

### **6. Respuestas a posibles críticas**

### **7. Conclusión**

### **8. Bibliografía**

## 1. Introducción

El escalofriante caso de Gisèle Pelicot, una mujer francesa de 72 años, capturó la atención del mundo y desató una ola de indignación colectiva tras revelarse una historia de horror inimaginable: fue víctima de violación por 90 hombres, con la aterradora complicidad de su propio esposo. La oscuridad de esta trama comenzó a desvelarse cuando Dominique Pelicot, su marido, fue sorprendido filmando bajo las faldas de clientas en un supermercado de Carpentras. La denuncia llevó al secuestro de su teléfono celular, donde se hallaron impactantes videos que documentaban a hombres abusando de Gisèle, quien se encontraba evidentemente inconsciente. La investigación reveló que Dominique utilizaba sitios web para atraer a hombres, afirmando que su esposa disfrutaba ser violada mientras estaba sedada, presentando este horror como un "juego sexual" consensuado entre ambos <sup>1</sup>. Este caso, que culminó con la condena de 51 acusados, desató un intenso debate sobre la noción de consentimiento, ya que muchos de los perpetradores argumentaron desconocer que Gisèle no estaba de acuerdo. Sin embargo, los investigadores sostienen que los videos son una prueba contundente del estado comatoso de la víctima, evidenciando la grave violación de sus derechos y la urgencia de una reflexión profunda sobre la naturaleza del consentimiento en nuestra sociedad.

Este caso, similar a otros polémicos como el de la Manada de Pamplona, en el que cinco hombres fueron acusados de violar en grupo a una joven de 18 años en España y finalmente fueron absueltos por el delito de agresión (violación), pone de manifiesto la carencia de una herramienta jurídica específica que permita abordar de manera adecuada las situaciones en las que el acusado alegue desconocer la falta de consentimiento de la víctima.

En nuestro ordenamiento jurídico, no está prevista la figura de abuso sexual agravado por acceso carnal en modalidad culposa, por lo cual la no representación de la falta de consentimiento en estos casos deviene en que la conducta sea atípica. Dicha circunstancia genera que los casos en los que no hubo una negativa vehemente, ni fuerza física, o donde hay un vínculo previo, sean muchas veces percibidos como actos consensuados, y no como violaciones. Ahora bien, ese universo de casos, debido a los preconceptos existentes sobre la violencia sexual, termina no pudiendo ser englobado por el artículo 119 del Código Penal argentino. Esto provoca

---

<sup>1</sup> Avignolo, M. L. (21 de septiembre de 2024). La pesadilla de Gisele Pelicot, drogada por su marido y violada por decenas de hombres durante décadas, estremece a Francia y al mundo, *Clarín*.  
[https://www.clarin.com/mundo/pesadilla-gisele-pelicot-drogada-marido-violada-decenas-hombres-decadas-estremece-francia-mundo\\_0\\_zTeJsWdPpm.html?srsId=AfmBOop\\_qbgv8P7uBLbeta4xAYLIVrSzhBcP0\\_Ymlu5fvIMrRYSKzDG](https://www.clarin.com/mundo/pesadilla-gisele-pelicot-drogada-marido-violada-decenas-hombres-decadas-estremece-francia-mundo_0_zTeJsWdPpm.html?srsId=AfmBOop_qbgv8P7uBLbeta4xAYLIVrSzhBcP0_Ymlu5fvIMrRYSKzDG)

que no se le dé una particular solución a estas dinámicas que, muchas veces, se enmascaran como actos de seducción.

Particularmente en esta tesis, se hablará de las violaciones en cita (*rape dates*), violaciones en fiestas (*party rapes*), remoción de preservativo (*stealthing*) y violaciones en contextos socioafectivos como nuevas modalidades de abuso sexual, situaciones que revisten particularidades únicas y que contrastan con la idea generalizada de violación producida por un extraño.

En el presente trabajo, y a raíz de un relevamiento de los diferentes conceptos de consentimiento, se llegará a la conclusión de que el modelo más acertado, en consonancia con los derechos de las mujeres y en miras a proteger su libertad sexual, es el modelo comunicacional.

En consecuencia, y como respuesta a la problemática descrita, se sugiere la posibilidad de la tipificación de un tipo penal culposo, que aborde las situaciones en las que el sujeto activo del hecho ilícito alega haber actuado en error acerca del presunto consentimiento que habría dado la víctima, cuando, en el caso concreto, le era exigible haber despejado esa alegada ignorancia o error.

Previo a introducirnos en el análisis de la problemática concreta considerada en este trabajo, es conveniente formular algunas aclaraciones conceptuales respecto de los términos recién utilizados.

### **1.1. Aclaraciones conceptuales en torno a la violación y presentación del nuevo tipo penal**

A continuación, entonces, daremos las definiciones de los conceptos de a) *rape date*; b) *party rape*; c) *stealthing* y d) violaciones en el marco de vínculos socioafectivos. Por *rape date* debemos entender la violación que se lleva adelante en el marco de una cita convenida, por ejemplo, entre un varón y una mujer, es decir, aquella que se produce cuando ya existe algún tipo de vínculo social previo y, en lo general, sin mediar violencia ni coacción en los términos tradicionales, lo que, sin embargo, no permite afirmar que la relación sexual haya sido libremente consentida.

La *party rape*, o violación en una fiesta, es la que tiene lugar en el contexto de alguna celebración de tipo social, en la que además, y por lo general, concurren el consumo de alcohol o estupefacientes, que llevan a la disminución del umbral de autodeterminación de la víctima. En tal situación, el consentimiento es presuntamente otorgado, directamente se ausenta, o bien, no reúne condiciones de validez. En este ámbito pueden darse situaciones en las cuales el

consumo es realizado por la propia víctima, y también escenarios donde el abusador induce el estado de ebriedad o consumo de drogas con el fin de lograr la violación.

La práctica conocida como *stealthing* consiste en la remoción del preservativo durante el acto sexual sin que la víctima lo advierta, cuando específicamente fue una condición para tener relaciones.

Por último, las violaciones en contexto de relaciones socioafectivas se dan, precisamente, en el marco de un vínculo previo de naturaleza íntima. Debido a ese vínculo o mayor confianza entre los intervinientes, pueden surgir encuentros sexuales que no son plenamente consentidos. En estos casos el autor del acto suele alegar una suerte de consentimiento presunto, argumentando que la víctima ya había mantenido relaciones sexuales con él anteriormente.

En este tipo de casos, los acusados —al igual que en otras situaciones de abuso sexual— argumentan que no tenían conocimiento de los hechos relevantes como la falta de consentimiento o la edad de la otra persona. Por consiguiente, en sistemas jurídicos como el nuestro, que hacen un fuerte énfasis en el dolo, se requiere prueba del conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo. Esto puede generar una mayor facilidad para evitar una sentencia condenatoria.<sup>2</sup>

La conflictividad descrita se visualiza, fundamentalmente, en el aumento de las denuncias por violaciones en la Argentina (como se expondrá más adelante con datos estadísticos), así como en las complicaciones probatorias que se dan al resolver este tipo de casos, —los cuales usualmente están plagados de estereotipos de género y errores al momento de conducir la investigación y valorar la prueba— y en la consecuente resolución errónea del conflicto para las partes. Ahora bien, ante este panorama particular, se precisan herramientas específicas, ajustadas a las necesidades de este tipo de interacciones, para poder sancionar estos comportamientos y, de esa forma, cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Argentino para erradicar la violencia contra las mujeres.

En esta tesis se intentará ofrecer una posible solución a las problemáticas que revisten esas dinámicas y, en particular, se analizará la posibilidad de tipificar en el sistema penal argentino la figura de abuso sexual con acceso carnal en la modalidad culposa, para casos de imprudencia grave. En otras palabras, se propondrá la introducción en el ordenamiento

---

<sup>2</sup> Ocurre algo similar en materia de delitos sexuales en el derecho alemán, en tanto la afirmación irrefutable de haber creído erróneamente en el consentimiento del otro o de haberse equivocado sobre el otro hecho relevante da lugar a una absolución, incluso si el error fue claramente superable y cualquier otra persona en la misma situación habría percibido lo obvio, (Hörnle, T., (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra: Derecho Penal*, año VI, número 10, pp. 197-217).

legislativo interno de una figura penal que procure la punición —y por tanto que despeje las chances de impunidad— a los autores de violaciones que alegan un error sobre el consentimiento de la víctima. Esta figura, contempla penas más bajas al evaluar que el desvalor de la acción es menor en este tipo de casos.

## **2. Problemáticas en torno a la libertad sexual**

### **2.1 Datos estadísticos y conclusiones obtenidas a partir de los datos recopilados**

De la información recopilada por el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), organismo dependiente del Ministerio de Seguridad de la República Argentina que recolecta datos sobre los hechos presuntamente delictuosos registrados por las fuerzas policiales, las fuerzas federales de seguridad y otras entidades oficiales de recepción de denuncias en todo el territorio de la República Argentina, se desprende que desde el año 2000 hasta el 2022 se registró un aumento en el 130% de violaciones denunciadas y un 131% de la cantidad de víctimas de abusos sexuales con acceso carnal. En el año 2000, los hechos de abuso sexual con acceso carnal ascendieron a 3.023 y en el año 2022 la cifra ascendió a 6.964 casos. En cuanto a la cantidad de víctimas, en el año 2000 se registraron 310 y en el año 2022, 7.069.<sup>3</sup>

Sin embargo, también se deben tomar en cuenta las deficiencias que usualmente presentan este tipo de estadísticas, debido a la falta de un sistema unificado que contabilice los casos en cuestión. Los datos mencionados anteriormente son producto del relevamiento de los hechos delictuosos denunciados en las 24 policías de cada jurisdicción, Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria.

En este sentido, no se visibilizan, por ejemplo, datos de las denuncias directamente radicadas en juzgados o investigaciones de oficio. A ello también se suma la gran cifra negra de hechos que no son denunciados por las características de estos delitos, que causan vergüenza o temor en las víctimas. Por lo tanto, se puede deducir que hay una cantidad mayor de casos que los señalados estadísticamente.

---

<sup>3</sup> Información obtenida del portal oficial del Estado argentino <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales>, (consultado el 20 de junio de 2024).

La *rape attrition*<sup>4</sup> es un fenómeno que se da particularmente en estos casos y que consiste en una especie de retirada de la víctima en el proceso de justicia. El puntapié inicial es la gran imposibilidad por parte de la víctima de darse cuenta de que lo vivido es una violación de acuerdo a definiciones legales. Un segundo escalón de esta retirada es el fracaso al denunciar los hechos a la policía. Esta deserción o retroceso de la víctima en el proceso penal —que incluye una variedad de actitudes, comportamientos y procesos institucionales— impide que podamos ver la magnitud de los casos de violación, y que se mantenga la ilusión de que el sistema legal disuade esos delitos.<sup>5</sup>

A pesar de las falencias a la hora de recopilar este tipo de datos, se puede observar un incremento tanto de las denuncias como de las víctimas de violaciones en nuestro territorio nacional.

La encuesta nacional de victimización realizada en el año 2017 por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) también demuestra esta cuestión, en tanto indica que la cifra de casos no denunciados respecto de ofensas sexuales sería del 87,4 %. Asimismo, de los delitos violentos, el menos denunciado es la ofensa sexual, que solo es reportada en el 12,5 % de los casos.<sup>6</sup>

Siguiendo con los datos referentes a las violaciones, la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) realizó un informe estadístico sobre mujeres a partir de 14 años, que sufrieron hechos de violencia en las relaciones de pareja, compulsando datos correspondientes a los años 2018, 2019 y primer semestre de 2020. Entre las mujeres afectadas en esos años (16.800), el 12 % (1.934) fueron víctimas de violencia sexual, y mantenían algún tipo de vínculo de pareja o afectivo con su agresor (cónyuges, convivientes, exparejas o novios).<sup>7</sup>

Por otra parte, la primera encuesta de percepción e incidencia sobre la violencia contra las mujeres en relación de pareja realizada por parte del Gobierno de la Ciudad, junto al Equipo

---

<sup>4</sup> Elegí la utilización del término en inglés debido a que fue tratado con mayor extensión y profundidad en el derecho anglosajón, sobre todo en el derecho penal canadiense. En ese sentido consulté la siguiente bibliografía: Rotenberg, C. (2017). “From arrest to conviction: Court outcomes of police-reported sexual assaults in Canada, 2009 to 2014”. *Juristat: Canadian Centre for Justice Statistics*, pp. 1–57.; Fitzgerald, J. (2006). “*The attrition of sexual offences from the New South Wales criminal justice system*”. *Contemporary Issues in Crime and Justice*, No. 92, New South Wales Bureau of Crime Statistics and Research; Johnson, H. (2012). “Limits of a criminal justice response: Trends in police and court processing of sexual assault”, en E. Sheehy (Ed.) *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice, and Women’s Activism*, Ottawa, Ontario: University of Ottawa Press, pp. 613-634.; y Lievore, D. (2003). *Non-reporting and hidden recording of sexual assault: An international literature review*, Archive, Canberra: Australian Institute of Criminology. <https://www.aic.gov.au/publications/archive/archive-135>.

<sup>5</sup> Koss, M. P. (2011). “*Hidden, Unacknowledged, Acquaintance, and Date Rape: Looking Back, Looking Forward*”, *Psychology of Women Quarterly*, 35 (2).

<sup>6</sup> Información obtenida del sitio web del INDEC [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/env\\_2017\\_02\\_18.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/env_2017_02_18.pdf), (consultado el 20 de junio de 2024).

<sup>7</sup> Información obtenida del sitio web de la Oficina de Violencia Doméstica, <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=4295>, (consultado el 20 de junio de 2024).

Latinoamericano de Justicia y Género, detectó que el 13,6 % de las mujeres encuestadas manifestaba haber sido víctima de violencia sexual en sus relaciones de pareja.<sup>8</sup>

Por otro lado, en 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación presentó un estudio nacional sobre violencia contra las mujeres,<sup>9</sup> el cual arrojó que el 21 % de las encuestadas experimentaron violencia sexual alguna vez en su vida a partir de los 16 años. Respecto a los tipos de violencia sexual más padecidos, el intento de acto sexual forzado se encuentra en segundo lugar, con un porcentaje de 6,8 % a partir de los 16 años, y un 1,4 % en los últimos cinco años. En tercer lugar, están los actos sexuales forzados consumados, con un 4 % a partir de los 16 años, un 0,4 % en los últimos cinco años y un 0,1 % durante el último año. Por otro lado, el 28,6 % de las mujeres manifestó haber sufrido actos de violencia física o sexual por parte de su pareja actual o anterior durante su vida (desde los 16 años), un 7,9 % durante los últimos cinco años y un 3,4 % durante el último año.

También corresponde resaltar la información proporcionada por la línea nacional 144. Entre enero y diciembre de 2022, en las tres sedes de la línea, se recibieron 125.235 comunicaciones, de las cuales un 96 % correspondía a denuncias realizadas por mujeres y el 14 %, a denuncias por violencia sexual. Al comparar dichos datos con los del año anterior, se observa una suba de la cantidad de denuncias en la mayoría de los meses. Del mismo modo, al hacer un balance anual, se percibe un aumento en el número total de casos, ya que en el 2021 se recibieron en las tres sedes de la Línea 144 113.340 comunicaciones. En el año 2021, se registró el mismo porcentaje de casos de abuso (14 %). Si nos retrotraemos un año más, vemos menos casos, ya que se recibieron 108.403 comunicaciones, de las cuales un 13 % correspondieron a casos de violencia sexual. En definitiva, lo que traslucen estas comunicaciones es un aumento de las denuncias por violencia realizadas mayoritariamente por mujeres, y también el aumento de casos de comunicaciones por abuso.<sup>10</sup>

Siguiendo con una estadística elaborada en el 2018 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, surge que, en dicho ámbito, del total de las entrevistadas un 48,5 % fue obligada

---

<sup>8</sup> Información obtenida del sitio web correspondiente a la Dirección General de Estadística y Censos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, [https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2019/12/violencia\\_contra\\_las\\_mujeres\\_noviembre2019.pdf](https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2019/12/violencia_contra_las_mujeres_noviembre2019.pdf), (consultado el 20 de junio de 2024).

<sup>9</sup> Información obtenida del portal oficial del Estado argentino [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estudio\\_nacional\\_sobre\\_violencia\\_contra\\_las\\_mujeres\\_2018.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estudio_nacional_sobre_violencia_contra_las_mujeres_2018.pdf), (consultado el 20 de junio de 2024).

<sup>10</sup> Información obtenida del portal oficial del Estado argentino <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica>, (consultado el 20 de junio de 2024).

a mantener relaciones sexuales sin consentimiento por el esposo o pareja, exesposo o expareja, y novio o exnovio.

De los datos estadísticos recopilados se desprenden dos conclusiones: por un lado, hubo un aumento de las denuncias de violación y de la cantidad de víctimas, por otro, el hecho de que los principales agresores son personas conocidas por las víctimas, y en general media o medió algún tipo de vínculo afectivo.

El aumento de casos puede obedecer al impacto y concientización del movimiento feminista, incluido el “Me Too”, que dio lugar a muchas denuncias relacionadas con casos de violencia de género. Sin embargo, considero que también está relacionado con un cambio de paradigma respecto de la violencia sexual y con el hecho de que, encuentros sexuales que anteriormente se consideraban como consentidos, actualmente se categorizan como violaciones. Particularmente me estoy refiriendo a lo que se llama violación en cita —*rape date*—, violaciones en fiesta —*party rape*— o abusos que se dan en situaciones de pareja o expareja.

## **2.2 Identificación de nuevas problemáticas en la libertad sexual de las mujeres**

La violación en cita es un modo de violencia que se ejerce de forma mayoritaria para con mujeres y es un reflejo de ideas patriarcales relacionadas a mitos sobre la violencia sexual y a roles que deben cumplir las mujeres, por su género, en esa dinámica. Según las palabras de Pineau, las *rape dates* serían una agresión sexual no consentida que no implica lesiones físicas, o la amenaza explícita de lesiones de esa naturaleza. Como no implica lesiones físicas, lo cual generalmente es el único criterio que se acepta como prueba de que el acto no fue consentido, lo que en realidad es una agresión sexual queda enmascarado como un acto de seducción.<sup>11</sup>

Un reporte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos distinguió la modalidad de *party rape* o violación en fiesta como un término diferente al de una violación, definiéndola como aquella que involucra el suministro de alcohol a la mujer, o *cazar* mujeres alcoholizadas para mantener relaciones sexuales, aprovechándose del grado de vulnerabilidad que la ingesta de alcohol genera.<sup>12</sup>

Armstrong, Hamilton y Sweeney, en el ensayo *Sexual Assault on Campus: A Multilevel, Integrative Approach to Party Rape*,<sup>13</sup> intentan ahondar en el aumento de casos de abusos

---

<sup>11</sup> Pineau, L. (1989). “Date Rape: A Feminist Analysis”, *Law and Philosophy*, 8(2), p. 217.

<sup>12</sup> Sampson, R. (2002). “*Acquaintance Rape of College Students*” *Problem-Oriented Guides for Police Series*, No. 17. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services.

<sup>13</sup> Armstrong, E. , Hamilton, L. y Sweeney, B., (2006). *Sexual Assault on Campus: A Multilevel, Integrative Approach to Party Rape*, *Social Problems*, Volume 53, Issue 4, 1 Pág. 483–499.

sexuales dentro de campus universitarios, el cual lo adjudican a diferentes cuestiones. En primer lugar, la caracterización de la víctima y victimario; en segundo lugar, la *rape culture*, —un conjunto de creencias estandarizadas respecto de la naturaleza de los hombres y las mujeres, la sexualidad y el consentimiento—, que crea un ambiente fructífero para las violaciones. Un ejemplo de esto es que los hombres sean sexualmente agresivos, o que la falta de respeto hacia las mujeres sea un comportamiento normal. El tercer *approach* se basa más en el contexto de fraternidades y bares como lugares peligrosos.

Un tema relevante hoy en día es el consumo de estupefacientes y alcohol en el marco de las relaciones sexuales, y cómo poder dirimir si una relación en ese contexto es o no consensuada. Si el consentimiento es la voluntad expresada de querer hacer o no hacer algo en un plano sexual, muchas veces el consumo de estupefacientes podría dificultar que los deseos o la ausencia de ellos se manifiesten con claridad, impidiendo así que se respete la autonomía sexual de la persona.

En esta línea se supone que, para que una persona pueda brindar consentimiento, debe previamente encontrarse en un estado mental que le permita ejercerlo, sin ningún tipo de alteración o situación que lo inhiba de tomar una decisión libre. Debe encontrarse en un estado que permita que su libertad sexual sea expresada y respetada, tanto para afirmar su deseo de iniciar algún tipo de encuentro sexual como para rechazarlo.

El consumo de alcohol y de estupefacientes genera una serie de efectos que, en ciertos casos, podrían poner en duda o cuestionar si las decisiones tomadas fueron realmente consentidas, o si, por el contrario, los efectos de dichas sustancias impidieron que hubiera una decisión libre y consciente de las prácticas sexuales a llevar a cabo.

En la práctica se pueden dar dos situaciones relacionadas al consumo de estas sustancias. En primer lugar, supuestos donde la víctima ingiere alcohol o estupefacientes, lo que provoca un estado de fragilidad que es aprovechado por el agresor para llevar adelante algún tipo de acto sexual.<sup>14</sup> Por el otro, que el agresor, mediante el uso de alguna sustancia, reduce la capacidad de la víctima de ejercer su consentimiento.<sup>15</sup> Hörnle también subsume a

---

<sup>14</sup> También se suele llamar a este tipo de escenarios casos de vulneración química.

<sup>15</sup> Este tipo de hechos recibe el nombre de sumisión química, este término fue empleado originariamente en 1982, en Francia, por Poyen, Rodor, Jouve, Galland, Lots y Jouglard, para referirse a la *soumission chimique*, es decir, a las situaciones donde se le administra una sustancia a un individuo sin su conocimiento, con el objeto de provocar una modificación de su grado de vigilancia, estado de consciencia y capacidad de juicio. (v. Isorna Folgar, M.; Rial Boubeta, A. (2015). “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”, *Salud y drogas*, vol. 15, núm. 2, p. 138, Alicante, España: Instituto de Investigación de Drogodependencias).

Asimismo, en el marco del derecho anglosajón se conoce a este tipo de accionar como “*drug-facilitated crimes or assault*”, los cuales tienen motivaciones tanto económicas (robo de datos bancarios, o de dinero, efectos personales, etc) como sexuales.

este último tipo de comportamientos bajo el título de coacción, refiriendo que un alto grado de intoxicación equivale a una discapacidad mental temporal grave, cuyas consideraciones deben ser similares a aquellas. Sin perjuicio de ello, considera que englobarlo en una capacidad genérica limitaría la libertad de personas que desean consumir alcohol y mantener relaciones sexuales, por lo que postula que los tipos penales deben incluir una cláusula sobre explotación, y, para definir si un comportamiento es explotación, se deben tomar en cuenta ciertas circunstancias —relaciones sexuales previas, grado de conocimiento, interacción, etc.—.<sup>16</sup>

### 2.3. Consentimiento. Diferentes modelos

Del relato de las problemáticas que existen en torno a la libertad sexual se desprende una conflictividad a la hora de definir el consentimiento y su consecuente forma de exteriorización. En este sentido, se proponen diferentes modelos para abordar esta tarea.

#### 2.3.1. Modelo de coacción

La mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el argentino hasta la reforma incorporada por la ley 25.087, estaban basados en el modelo de la coacción<sup>17</sup> en el cual se demandaba que el sujeto activo utilice la violencia o amenaza para someter a la víctima, debiendo en consecuencia ser necesario para acreditar dicha coacción la exteriorización de alguna resistencia física por parte de la víctima. La doctrina argentina, en este punto, subrayaba la necesidad y la consecuente carga en la víctima de exteriorizar su falta de consentimiento. Esta postura no confiaba en la palabra de las mujeres —basándose en estereotipos de la “mujer mendaz”— y obligaba a repeler la agresión de manera tal que su relato fuera creíble:

La mujer que, de veras, no quiere, tiene modos bien positivos para hacer cierta y patente su contrariedad, tanto al hombre que la requiere como después al magistrado; y así se presentara indudable el dolo del primero y se tranquilizará la conciencia del segundo[...] la resistencia de la mujer debe ser seria y constante, seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad expresa un

---

En 2007, el Gobierno británico percibió el incremento de casos de esta naturaleza y su particular dinámica al publicar el “*Advisory Council on the Misuse of Drugs*” en donde definió a estos casos como “*all forms of non-consensual penetrative sexual activity whether it involves the forcible or covert administration of an incapacitating or dysinhibiting substance by an assailant, for the purposes of serious sexual assault; as well as sexual activity by an assailant with a victim who is profoundly intoxicated by his or her own actions to the point of near or actual unconsciousness.* 2.3.2 *This definition does not distinguish between the use of controlled drugs, and other substances (including alcohol), that may induce people to engage in penetrative sexual activity without their consent; nor does it distinguish between forced, covert or self-administration*”. (v. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7b4fe940f0b646469354f6/ACMDDFSA.pdf>, consultado el 22 de junio del 2024).

<sup>16</sup> Hörnle, T. (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra; Derecho Penal*, año VI, número 10, p. 211.

<sup>17</sup> V. artículo 222-22,23 del Código Penal francés y artículo 190 del Código Penal de Suiza, que aún mantienen este modelo basado en la coacción.

querer decididamente contrario; constante, esto es mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a concurso en el goce mutuo.<sup>18</sup>

Sin embargo, dicha versión hoy en día resulta insuficiente y anacrónica, más ligada a responsabilizar a la víctima que no pudo defenderse o cumplir con los estándares morales impuestos. Significa que la falta de consentimiento solo puede expresarse mediante un acto de rechazo corporal, sin poder dimensionar a la falta de consentimiento como un elemento de por sí propio del ilícito.

En esta línea se ha expresado la sala de apelaciones del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia descartando expresamente que la ausencia de resistencia por parte de la víctima suponga automáticamente que esta haya consentido la relación sexual. En este sentido sostuvo que:

[...]aunque el uso de fuerza sea una prueba evidente de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, el uso o la amenaza de fuerza no es un elemento definidor del crimen de violación, ya que la concurrencia de otros factores distintos puede hacer que la penetración sexual sea un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima.<sup>19</sup>

### **2.3.1.2 Modelo de consentimiento**

El consentimiento dentro del encuentro sexual según Hickman y Muehlenhard es la aceptación verbal o no verbal, dada libremente, por el sentimiento o la voluntad de participar en una actividad sexual.<sup>20</sup>

Ahora bien, entendemos que en dinámicas sexuales ese consentimiento debe ser exteriorizado de alguna forma. El modelo afirmativo propone, como dice su nombre, expresar de forma afirmativa —ya sea de manera verbal o corporal—, la voluntad de participar en un encuentro sexual, y la consecuente renovación de dicha voluntad a medida que el encuentro transcurre. De esa forma, impone que haya signos inequívocos que expresen con claridad la voluntad de la persona de participar en la actividad sexual. No se aceptan los silencios, cuando las acciones indican una negativa a participar en algún tipo de acto sexual, declarando que ese

---

<sup>18</sup> Carrara, F. (1945). *Programa de Derecho Penal, Parte Especial*, Volumen II, Ed. DePalma, Buenos Aires, p. 254. También son importantes las palabras de Soler para reafirmar la dogmática de la época que afirmaba que: “No debe confundirse la verdadera violencia —que generalmente dejará en las ropas y en el cuerpo de la víctima otras señales que las del acto sexual mismo— con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consciente”. (Soler, S. (1992). *Derecho Penal argentino*, Editorial Tea, Buenos Aires, p. 307).

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia del 22 de febrero de 2001, The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. N° IT-96-23-T& IT-96-23/1-A, párr. 460.

<sup>20</sup> Hickman, S. y Muehlenhard, C. (1999). “*By the semi-mystical appearance of a condom’: How young women and men communicate sexual consent in heterosexual situations*”. *Journal of Sex Research*, 36 (3), 258-272.

silencio significa un no o, al menos, debería interpretarse de esa manera. Se entiende que ha habido un cambio de paradigma al entender que “*el silencio, la sumisión y la inexpresividad no deben entenderse como consentimiento, sino, justamente, como su ausencia.*”<sup>21</sup>

Hay sectores doctrinales que proponen un paradigma comunicacional aún más radical, que pretende incluso descartar el consentimiento en situaciones en donde la mujer lo ha prestado en forma verbal, por lo que se deben evaluar las circunstancias concurrentes que puedan limitar la libertad y autonomía de las mujeres. En esta línea, en el año 2011, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica impone a los estados parte centrar la definición de la violación en la ausencia de consentimiento, exigiendo que sea prestado voluntariamente, como manifestación del libre arbitrio de la persona, y teniendo en cuenta el contexto en el cual es brindado.<sup>22</sup>

Una posible problemática de este modelo comunicacional es que, muchas veces, los tribunales entienden la asertividad femenina (ya sea en materia sexual o como rasgo general de la personalidad de la mujer) como una forma de consentimiento genérico o tácito, sin poder diferenciar y analizar el acto sexual en particular, y si en ese momento la mujer prestó o no su conformidad a realizarlo.<sup>23</sup> Es decir que valoran la personalidad de la víctima o su pasado para determinar si consintió una relación sexual, en lugar de analizar en concreto las características del encuentro y las circunstancias que lo rodearon.

Otro problema podría ser determinar cuándo, con cuánta frecuencia y cómo debe expresar su voluntad. Este modelo implica una atención constante respecto de los deseos y sentimientos de la otra persona y muchas veces ha sido objeto de críticas. Se alega que, en el plano sexual, el estar pendiente de otra persona puede interferir con el placer o disfrute propio. Sin embargo, se puede argumentar contra este punto que el bienestar de uno no puede superar los deseos y el disfrute ajeno, debiendo primar el deber de monitoreo. Otra crítica que surge es que, si bien el deber moral de preocuparse por el otro es entendible y hasta justificable, las

---

<sup>21</sup> Arduino, I. y Di Corleto, J. (comp.) (2022). *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, (1° ed compendiada), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

<sup>22</sup> Arduino, I. y Di Corleto, J. (comp.) (2022). *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, (1° ed compendiada), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

<sup>23</sup> Angel, K. (2021). *El buen sexo mañana. Mujer y deseo en la era del consentimiento*, Buenos Aires: Alpha Decay, p. 31.

valoraciones de índole jurídica no son idénticas, debiendo el derecho penal imponer normas menos restrictivas y excluir cuestiones morales, aplicándose como una medida de *ultima ratio*.

Este modelo también aborda el concepto de consentimiento negativo, que establece la presunción de consentimiento entre las partes, a menos que una de ellas exprese de manera explícita su negativa. Las problemáticas asociadas a este enfoque son evidentes. En primer lugar, el silencio se interpreta erróneamente como aceptación, lo que puede llevar a que situaciones en las que la víctima no puede manifestar su oposición—ya sea por miedo, por estar en estado de shock o por el consumo de sustancias—se clasifiquen como actos consensuados. En segundo lugar, recae nuevamente sobre la víctima la carga de tener que expresar su negativa, cuando no debería asumirse que hay consentimiento de forma automática.

#### **2.4. Marco normativo**

Previo a analizar si efectivamente el ordenamiento jurídico ofrece una respuesta a esta problemática, corresponde hacer un breve relevo de los antecedentes de la regulación de delitos sexuales.

En la Antigüedad, la tipificación de los delitos sexuales tenía por objeto la protección y tutela del honor de las mujeres, el cual estaba estrictamente relacionado con el de su familia. La tutela de dicho honor estaba a cargo del padre de la familia, aquella figura que lo suplantara o el marido de la víctima.<sup>24</sup> Por medio de la tipificación de estos delitos se intentaba resguardar la rectitud moral y social sobre el sexo, y no la afectación individual de la libertad sexual.

Esta dinámica ha sido utilizada y se sigue utilizando en algunos estratos como herramienta de control sobre las mujeres. Con el objeto de mantenerlas “puras” u “honestas”, se les imponían restricciones y se establecían parámetros sobre cuándo un hombre podía acceder a ellas y cuándo no.<sup>25</sup> En consecuencia, se personificaba al rol femenino como sujeto sin posibilidad de tener poder de decisión sobre su cuerpo y como un sujeto pasivo en la dinámica sexual.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> En la versión anterior del artículo 130 del CP argentino se disponía que era un agravante para el delito de raptó que la víctima sea una mujer casada, ya que había una afectación particular del honor de su cónyuge.

<sup>25</sup> En el fallo de la Cámara Penal de Tucumán, en la causa seguida contra Quinteros, José Luis, resuelta el 07/06/96, se dijo que “la deshonestidad está determinada en la mujer en cuanto no tiene una conducta adecuada a esa virtud”, por lo cual se debía evaluar respecto de la víctima sus “modalidades de vida, trato con el sexo opuesto [y] frecuentación de dudosa moralidad”, por ende había mujeres merecedoras de protección en términos penales y otras que no lo eran por no entrar en los cánones morales aceptados.

<sup>26</sup> La *Constitutio Criminalis Carolina* de 1513 establecía en su art. 119 que las mujeres que no eran castas no podían ser violadas.

Sin embargo, hubo una transición en el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos, que pasó del honor a la libertad sexual de las mujeres.<sup>27</sup> En este cambio se intenta resguardar la autonomía sexual, tanto en su plano positivo —es decir, tener una vida de acuerdo con los deseos individuales, por intermedio de normas que eviten prohibición de sus opciones— como en su plano negativo, asegurando el respeto al derecho a no ser sometidas a actos sexuales no deseados. Por consiguiente, para proteger esa fase de libertad negativa, se deben emplear normas que prohíban las injerencias no deseadas.

#### 2.4.1 Legislación argentina

Actualmente, en nuestro código, los delitos que atentan contra la libertad sexual están categorizados dentro del título III, llamado “Delitos contra la integridad sexual” en virtud de la sanción de la ley 25.087. Durante el debate parlamentario de dicha ley, se sostuvo que, una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura, debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica, y a la libre decisión de la víctima, y no como una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón.<sup>28</sup>

Se han levantado muchas críticas en relación con la errónea titulación de estos delitos. Algunos autores, como Creus, esbozan que en realidad lo que se intenta es proteger la integridad de la persona y que uno de esos aspectos es la esfera sexual. Según esta perspectiva, la integridad sexual se entiende como la suma de aspectos parciales que antes cubrían los tipos penales bajo el rubro honestidad.<sup>29</sup> Siguen la misma línea De Luca y Casariego al referir que la ofensa es al derecho de la disponibilidad sexual del propio cuerpo, entendiendo a la libertad como hacer o permitir que me hagan, pero también como una negación a ello en el ámbito sexual.<sup>30</sup> En similar sentido se ha expresado Donna, al entender que el bien jurídico de la libertad sexual se integra de una doble dimensión, que incluye la capacidad de decidir qué hacer con el cuerpo en un plano sexual, pero también la de negarse a realizar o a tolerar actos de naturaleza sexual que no se desean.<sup>31</sup> Buompadre, por su parte, afirma que “la integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad”.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Silva, C. y Llaja, J. (2017). “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, p.141.

<sup>28</sup> Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 17º reunión, continuación de la 8va sesión ordinaria, 10 de junio de 1998.

<sup>29</sup> Creus, C. y Buompadre, J. E. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, p.180.

<sup>30</sup> De Luca, J. A. y Lopez Casariego, J. E. (2009). *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires: Hammurabi,, p. 28.

<sup>31</sup> Donna, E. A. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial*, 4º ed. act., Santa Fe: Rubinzal Culzoni,, p. 524.

<sup>32</sup> Buompadre, J. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes: Mave, p. 335.

Sin embargo, considero que la titulación de este rubro de delitos esconde el resabio patriarcal de considerar que solo son pasibles de ser víctimas aquellas personas “íntegras”, cuya sexualidad no haya sido corrompida, aquellas mujeres “honestas”, como formulaba la versión anterior de este código. Por tanto, entiendo que es más adecuada la propuesta de titularlos “Delitos contra la libertad sexual” en el sentido que impiden la autodeterminación de esa esfera y el libre albedrío de nuestro cuerpo.

En el caso de la Argentina, la diferencia entre los tipos penales de abuso sexual se da por la intensidad de la interacción, acrecentando la respuesta punitiva de acuerdo a la magnitud del contacto. La figura básica prevista en el artículo 119 del Código Penal tiene estipulada la pena de reclusión o prisión de seis meses a cuatro años respecto del sujeto: “que abusare sexualmente de una persona cuando esta 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”.

Este trabajo se basará específicamente en el artículo 119, tercer párrafo del Código Penal, que establece como modalidad agravada del tipo penal básico de abuso sexual, el acceso carnal vía vaginal o anal o por cualquier objeto en dichas vías, imponiendo la pena de prisión o reclusión de seis a quince años para dichos casos.

#### **2.4.1.1 Elementos del tipo objetivo**

Este tipo en cuestión supone como elemento del tipo objetivo la falta de consentimiento<sup>33</sup> de la víctima, como un modo de expresar de forma libre su voluntad para aceptar una propuesta sexual. El artículo estipula como medios comisivos del abuso situaciones en donde medie violencia,<sup>34</sup> amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de

---

<sup>33</sup> Hörnle cuestiona si el consentimiento es un acto o un estado mental, y reflexiona sobre su necesidad de exteriorización para darle algún tipo de relevancia jurídica (Hörnle, T. (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra; Derecho Penal, año VI, número 10*).

<sup>34</sup> El artículo 119 *in fine* establece el uso de la violencia como uno de los medios comisivos del abuso sexual, ahora bien, el artículo 78 del CP establece que “Queda comprendido en el concepto de ‘violencia’, el uso de medios hipnóticos o narcóticos”. Por consiguiente, se comprende que el uso de narcóticos estaría englobado en el tipo básico de abuso sexual y no como una figura agravada. En este punto la ley de estupefacientes 23.737 establece en su artículo 13 lo siguiente: “Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”, lo cual podría dar lugar a una doble punición de un mismo elemento del tipo, valorando ese elemento tanto como base de abuso sexual como también como agravante. Este debate fue tratado en el fallo “Luque, Guillermo Daniel y Tula, Luis Raúl s/ homicidio preterintencional —causa n° 117/94—, dictado el 26 de noviembre de 2002, por la CSJN (Nro. Interno: L223, 34 34 20030207), del cual resulta relevante el voto del Dr. Carlos S. Fayt y la disidencia parcial del Dr. Adolfo Roberto Vázquez. Por mi parte, considero que los casos en los que le son suministrados a la víctima algún tipo de sustancia que vulnere o

dependencia, de autoridad, o de poder. Sin embargo la enunciación no es taxativa ya que el legislador aclara que el abuso se da en cualquier situación en donde la víctima no haya podido consentir libremente.

Asimismo, el tipo subjetivo requiere que el autor esté consciente de ese elemento. Parecería ser una cuestión bastante simple, pero existe controversia a la hora de analizar este elemento del tipo, puntualmente cómo debe ser su exteriorización —si es que se presupone que debe exteriorizarse—. Por dicho motivo existen diferentes modelos de consentimiento: de coacción, de consentimiento afirmativo y negativo.

Actualmente, el tipo penal:

no requiere resistencia de la víctima, sino que no haya podido consentir libremente la acción, [...] y el consentimiento que haría que esa acción no fuera abuso habrá que encontrarlo en actitudes precedentes de los protagonistas que bien pueden demostrarse por su desenvolvimiento posterior[...]. En la concepción del bien jurídico ‘no’ quiere decir no.<sup>35</sup>

En consecuencia, la simple negativa resulta determinante para la tipicidad del acto. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado la obligación positiva de los Estados de sancionar todo acto sexual no consentido, y no solo el que se produce mediante el empleo de violencia física.<sup>36</sup>

Ahora bien, la pregunta es qué ocurre con el silencio, y determinar si solamente decir “no” expresa la negación, o si ciertas actitudes corporales, cierta reticencia, o la ausencia de un “sí” también implican una falta de consentimiento. Sabemos que no es necesaria la resistencia, ya que la negativa es suficiente, pero en otros casos el silencio, por ejemplo, también entra en la esfera de un acto sexual forzado.<sup>37</sup> Construir el concepto de violación en torno a situaciones en las cuales la víctima debe decir que no, conlleva la obligación o carga de expresar esa negativa indefectiblemente, incluso cuando puede haber situaciones que impidan actuar de ese modo; —por ejemplo, por miedo, bloqueo psicológico, incapacidad de expresarse, resistirse o huir debido al consumo de alcohol, drogas o cualquier otra circunstancia limitante—. En estos

---

quiebre su voluntad y evite dar un consentimiento pleno deberían ser considerados un agravante por el mayor desvalor que implica el accionar, y no deberían verse contemplados en la figura básica del tipo de abuso sexual.

<sup>35</sup> De Luca, J. A. y Lopez Casariego J. E. (2009). *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires: Hammurabi, p.65.

<sup>36</sup> TEDH, “MC v Bulgaria”, 40 EHRR 20 (2005).

<sup>37</sup> En el caso “R. v Ewanchu” (1999) SCR. 1.330, el Tribunal Supremo de Canadá revocó una decisión en la cual se había absuelto al acusado a pesar de que la víctima había dicho que no en varias oportunidades. La absolución se basaba en que existía un consentimiento implícito, ya que la víctima no había sido lo suficientemente asertiva en su negativa.

casos, la incapacidad para manifestar su negativa es interpretada por los jueces y tribunales como consentimiento, cuando en realidad es sometimiento y sumisión, como también lo es cuando las circunstancias que rodean el consentimiento eventualmente prestado son tales que impiden hablar de una voluntad libre. Asimismo, cabe resaltar que, aun cuando algunas víctimas han tenido la capacidad de expresar esa negativa, se encuentran con estereotipos de género y prejuicios sexistas de parte de los magistrados, la sociedad y los medios de comunicación. Esto lleva a que se minimice la cuestión y se descrea de los hechos, perpetuando así roles machistas en los que el hombre es el sujeto activo que predispone las pautas del encuentro pese al rechazo femenino. Esta dinámica es usualmente, y de modo erróneo, tomada como un juego de seducción.

Ahora bien, en contextos de violencia de género, los abusos coactivos o intimidatorios a que hace referencia el artículo 119 del CP requieren una mirada y análisis diferencial, que permita evaluar y dirimir qué actos fueron realmente consentidos y cuáles, debido a este contexto, fueron viciados. El hecho de que haya existido un “sí” no impide analizar el contexto para poder identificar cuándo esa afirmación fue producto de la manifestación genuina de la voluntad, si provino del miedo a una futura amenaza, o fue producto de violencia previa. Los casos de violencia de género presentan, en algunas ocasiones, particularidades en donde existe abuso sexual, debido a la intimidación que se genera en este tipo de relaciones. En este contexto la víctima puede sufrir sumisión en el área sexual, lo que invalida su consentimiento.

En resumidas cuentas, que haya habido una afirmación no excluye necesariamente la posibilidad de abuso sexual, ya que tolerar un acto, no equivale a consentirlo. De esta manera se configura entonces también el tipo en cuestión.<sup>38</sup>

La legislación argentina no suele dar una definición del consentimiento como elemento del tipo. Encontramos definiciones en algunos códigos como, por ejemplo, el canadiense en su sección 153,<sup>39</sup> o el Acta de Ofensas Sexuales del Reino Unido en su artículo 74.<sup>40</sup> La doctrina penal alemana propone dos categorías respecto a los engaños en materia de consentimiento: los relacionados con el núcleo del ilícito y los relacionados con la motivación —dinero, estatus

---

<sup>38</sup> Lancman, A. V. y Caffaro, F. (2022). “El consentimiento en casos de abusos sexuales”, en *Género y Derecho Penal*, De La Fuente, J. E. y Cardinalli, G. I. (comp), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pp. 234-235.

<sup>39</sup> “*Consent means, for the purposes of this section, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question*”.

<sup>40</sup> “*For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*”. Información obtenida del portal oficial del Reino Unido <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/74>, (consultado el 7 de noviembre de 2024).

social, matrimonio, etc.. Son los primeros los que invalidan el consentimiento.<sup>41</sup> Resulta ineludible que una persona sepa con quién, cómo y qué tipo de relaciones tendrá.

Las opiniones contrarias a considerar la autonomía sexual como un derecho absoluto que prevalece sobre cualquier otro, argumentan que ésta se debe valorar y sopesar con el derecho a la intimidad y a la privacidad. Estas tesis se centran en aquellos casos en los que personas trans son condenadas por no haber mencionado su identidad genital previamente al encuentro sexual. En tales situaciones, se las termina condenando como autoras de abuso sexual con acceso carnal, por no haber revelado una cuestión elemental para la otra persona, que podría haber condicionado su decisión de mantener una relación sexual.<sup>42</sup>

Otro grupo de casos en donde existen problemas relativos al consentimiento son en los que hay remoción de preservativo, o *stealth*, es decir, la práctica en la que, en una relación sexual inicialmente consentida con la utilización de un preservativo, una de las personas retira la protección sin el consentimiento de su pareja sexual.<sup>43</sup> La traducción del término *stealth* al idioma español sería “sigiloso”; por ello la denominación de esta práctica en este idioma sería “sigilo”, aludiendo a la conducta del sujeto activo varón que pretende no ser descubierto.<sup>44</sup>

Es importante mencionar un antecedente jurisprudencial argentino de este tipo de casos. La causa trataba acerca de un hombre y una mujer que acordaron tener sexo con la condición de que sea con el uso de preservativo —la condición fue impuesta por la mujer—, lo cual ocurrió, tras lo cual ambos se quedaron dormidos. A la mañana siguiente, conforme relata la resolución de la Sala, la víctima despertó con el acusado encima, penetrándola vía vaginal y, ante su rechazo, él manifestó “espera, espera que ya acabo, ya acabo”, lo que efectivamente ocurrió. Luego lo escuchó decir “ah, tomate la pastilla del día después porque acabé adentro”. Cabe resaltar que esto no es únicamente un caso de remoción de preservativo, ya que el hecho relata que fue sorprendida por la penetración al estar dormida y rechazó la misma.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió procesarlo adscribiendo respecto del consentimiento que: “para que sea eficaz, la persona debe conocer y

---

<sup>41</sup> Roxin, C (1997). *Derecho Penal Parte General*, Vol.1, traducción de la 2º edición alemana, Madrid, España: Civitatis, pp. 544 y sigs.

<sup>42</sup> Álvarez, J. T.(2022). *Debates actuales sobre violencia sexual*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 67.

<sup>43</sup>García, M. F.(2020). Complejidades del “no es no”: un análisis del *stealth* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, N° 1, pp. 117-140.

<sup>44</sup> Luzzo, Y. Y. (2018). “Stealth: un ataque a la integridad sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, VIII, 3, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 27-31.

aceptar todas las circunstancias que rodean al hecho y el imputado ignoró una fundamental: la denunciante no hubiera tenido relaciones sexuales sin protección y él lo sabía; y no le importó”.<sup>45</sup> La Cámara refirió que la verdadera forma de garantizar la sexualidad de una mujer implica que la practique en la más absoluta libertad, y que quedó demostrado que el límite siempre estuvo en el uso de un método que no solo impidiera un eventual embarazo, sino que también protegiera su salud, al evitar el contagio de cualquier enfermedad por esa vía. Concluyó que su consentimiento se vio quebrantado y su esfera de decisión afectada en los términos que exige el tipo para su realización.<sup>46</sup>

#### 2.4.1.2. Aspecto subjetivo

Respecto del aspecto subjetivo:

El dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento de la víctima o sea, el conocimiento, cierto, o dudoso, cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria (por ejemplo, en los casos de ataques sorpresivos). La duda sobre la calidad (edad) o condición de la víctima, como acabamos de ver, equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para la existencia de un deber de saber [...] Para algunos, el error puede referirse a la acción material misma (p. ej. creer que se abusaba sexualmente consumando un coito inter femora, cuando en realidad se había producido la penetración). Asimismo, el error puede referirse a la prestación de consentimiento (p. ej. ante actitudes equívocas de la víctima) en cuyo caso, si no llega a la impunidad, puede también variar el tipo de violación por el estupro, si se dan sus requisitos.<sup>47</sup>

Del análisis de la norma se desprende que, generalmente, los casos de violaciones en cita, en ocasión de fiesta o en relaciones afectivas en donde no media violencia o coacción podrían igualmente subsumirse en el tipo penal previsto bajo la cláusula “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. En tanto en estos casos, la negativa o falta de consentimiento no es expresada en palabras o en resistencia física, si no en el silencio, en la reticencia o en el ceder ante la insistencia. En definitiva, el tipo en cuestión podría abarcar estos casos.

---

<sup>45</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, causa n° 29.727/18, “C. ,F. D. s/ procesamiento”, rta. 28/11/2018.

<sup>46</sup> En nuestro país no se creó un tipo especial para este tipo de casos sino que se subsume dentro del tipo de abuso sexual con acceso carnal. Esto se debe a que se considera que el consentimiento dado está viciado, ya que hubo un engaño respecto a las condiciones bajo las cuales se brindó.

<sup>47</sup> Creus, C. y Buompadre, J. E. (2013), *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires: *Astrea*, pp. 216-217.

Sin embargo, del análisis jurisprudencial argentino se desprende una clara problemática en el abordaje de estos casos, la cual a mi entender se relaciona con fuertes estereotipos de género y de violencia sexual, que impiden la subsunción de estos casos dentro del tipo penal de violación.

## **2.5. Jurisprudencia de los tribunales argentinos**

En una causa del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 28, se investigaban respecto de un imputado tres hechos que damnificaban a su expareja (lesiones, abuso sexual al haber sido obligada en varias oportunidades a tener relaciones sexuales y amenazas). Además, la causa fue acumulada a otra en la cual se juzgaba un homicidio culposo en ocasión de un accidente vial, todos estos hechos contra el mismo imputado.

Se arribó a un acuerdo de juicio abreviado respecto a las lesiones y el homicidio culposo, mientras que, con relación al abuso sexual, el fiscal de juicio pidió la absolución, argumentando:

[...] que durante la tramitación de la causa, no se ha dispuesto, respecto de la damnificada, ningún tipo de reconocimiento, examen y/o informe pericial dirigido a corroborar los ataques contra su integridad sexual. Que tal escenario impide, a esta altura del proceso, sostener la acusación en lo que a dichos episodios respecta, pues no se encuentran dadas las condiciones para sostener la ocurrencia de tales hechos con el grado de certeza que reclama el temperamento condenatorio. Si bien en la etapa de instrucción el señor Juez hizo alusión a que los hechos que se le imputan a [...] en perjuicio de [...] se enmarcaron dentro de un mismo contexto de violencia de género que haría concurrir en forma ideal cada uno de los hechos investigado (ver fs. 158), lo cierto es que el Fiscal [...] al momento de requerir la elevación a juicio del proceso, calificó las conductas como episodios escindibles, conforme las previsiones del concurso material de delitos. Por tal motivo refirió que sin perjuicio del acuerdo abreviado ofrecido y a los efectos de brindar una respuesta jurisdiccional a cada uno de los hechos por los que viene requerida esta causa a la etapa del debate oral y público, se solicita se disponga el sobreseimiento parcial del acusado [...] en orden a los hechos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio como constitutivos del delito de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal reiterado en tres oportunidades.<sup>48</sup>

El fiscal, en base a apreciaciones genéricas, y sin brindar muchas explicaciones, decidió no hacer caso a las acusaciones de abuso sexual, pero sí estimó que los demás elementos estaban presentes para circunscribir un acuerdo de juicio abreviado por las amenazas y las lesiones.

---

<sup>48</sup> Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 28, Causa n°55759/2017/TO1, rta. 23/09/2019.

En actuaciones llevadas a juicio ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 5, se denunciaron hechos de violencia dentro de la pareja, que incluían un hecho de violación en que la víctima, luego de consumir medicación psiquiátrica, se despierta con rastros de semen, dolores vaginales y sin ropa interior. El Tribunal absolvió por este hecho puntual, utilizando los siguientes argumentos:

[...] no puede eludirse el hecho de que a pesar de las desavenencias o discusiones que había entre ellos seguían compartiendo la misma cama y durmiendo juntos. En este escenario, la falta de consentimiento para una relación sexual tiene que denotar categóricamente y no puede ser librada a una respuesta o situación que bien pueda dar lugar a una interpretación equívoca.<sup>49</sup> (El destacado es propio).

En el marco de una causa del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional número 24, se estudió el caso de una menor de 16 años, quien había denunciado que, en el marco de una fiesta, se había desvanecido producto del alcohol consumido —y debido a la posible ingesta de algún tipo de fármaco en una bebida que le fue suministrada— y que, en un estado de inconsciencia, había sido violada por el acusado. Tras recuperar el conocimiento, en el medio de la violación, se incorporó y volvió a su domicilio. A la mañana siguiente, había descubierto un sangrado en su bombacha, lo cual consideró que era su menstruación, y sufrió un cuadro de angustia. Decidió no contarles a sus progenitores ni a sus amistades lo sucedido, pero luego descubrió que en el barrio circulaba un video sexual de la violación. Fue burlada y ridiculizada por el evento y la gente comenzó a referirse a ella como “la violada”. La madre de la adolescente se da cuenta de esta situación, a raíz de una carta que encuentra, en la cual ella relata lo sucedido.

Lo alarmante de la revisión del caso por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional no es la absolución, sino los argumentos que brindó la mayoría —siendo el voto de la minoría ajustado a los parámetros que intentamos replicar—. En este orden, casaron la sentencia condenatoria, aduciendo falta de prueba suficiente y haciendo un análisis sesgado y fragmentado de la prueba. Asimismo, se observan argumentos que tratan de desacreditar el relato de una supuesta víctima de abuso sexual de 16 años, quien a la vez sufría una campaña de hostigamiento por el hecho sufrido —circunstancia que el voto afirma y asevera—. El tribunal menciona:

Es que si se ha de sostener un reproche penal sobre los solos dichos de la víctima, la coherencia de esta declaración debe ser absoluta y además el testigo debe superar el test de confiabilidad. En este

---

<sup>49</sup> Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°5, Causa n° 32339/14, rta. 11/12/2017.

sentido, llama la atención que el tribunal no haya indagado sobre la afirmación de la víctima de que ese día se escapó de su casa, contraviniendo expresas indicaciones de su madre, para asistir a una fiesta. Es que este comentario da cuenta de que al menos en esa oportunidad estuvo en disposición de mentir. En el mismo camino, insisto en que es la propia víctima quien relata que al momento de identificar al imputado como su agresor sexual, estaba tan confundida que pensó que estaba en otro lugar distinto al que se hallaba, y hasta preguntó por una amiga, quien según ella misma nos relata, no había concurrido a la fiesta.<sup>50</sup> (El destacado es propio).

El hecho de que una adolescente haya mentido a su madre para poder ir a una fiesta no lleva lógicamente a la conclusión de que efectivamente mintió sobre ser abusada, sino, por el contrario, denota un componente clásico en las características de los adolescentes que intentan buscar su independencia y probar vivencias sin el permiso de sus padres. Dicha “mentira” no tira por la borda los testimonios que describen la angustia de la menor, lo referido a la carta que cuenta sus vivencias, ni la prueba referente al hostigamiento en su contra por el supuesto abuso sexual; lo cual repito, fue corroborado por el tribunal. Los jueces que dan su voto en la mayoría se escudan en las afirmaciones genéricas del *a quo*, sin adentrarse en hacer un análisis propio para verificar si, en definitiva, pese a la amplitud de los argumentos, estos son correctos.

Si bien es un antecedente jurisprudencial del año 1994, considero adecuado traer a estudio lo resuelto por la Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, la Cámara del Crimen:

Aunque no imposible, considero altamente improbable que una mujer que no ejerza la prostitución o practique una indiscriminada promiscuidad sexual, pueda copular con un desconocido, en el interior de un transporte público al que había detenido para viajar. La circunstancia de estar fuera de servicio, no convertía al colectivo en un burdel con ruedas que hubiera debido apartar a cualquier mujer honesta, ni la acción de abordarlo por una pasajera, que razonablemente podía estimarlo en servicio, permitía a su conductor calificarla como una evidente concesionaria, al paso, de favores sexuales. [...] Por lo tanto, reiterando que si bien lógicamente posible, resulta ordinariamente improbable que quien no sea ramera o ninfómana, pueda subir a un colectivo con la intención de ser rápida y gratuitamente penetrada por su desconocido conductor.<sup>51</sup>

Este fallo permite dar un contexto a las creencias que se manifestaban abiertamente dentro del fuero judicial respecto de la sexualidad de las mujeres, dividiéndolas en honestas y deshonestas, de acuerdo a cómo vivan su libertad sexual, perfilando a las merecedoras de protección judicial y a aquellas que no cumplen con los estándares de víctimas.

---

<sup>50</sup> CNCCC, Sala I, Causa n° 11919/2011, rta. 3/04/2018.

<sup>51</sup> CNCC, Sala VII “Santillán Miguel O.”, rta.16/08/94, en J.A. 1995-III-670.

Un caso que tuvo cobertura e interés mediático y social fue el de Lucia Pérez, una joven de 16 años que murió en la ciudad de Mar del Plata. En este caso, se investigaba si una menor de edad había sido abusada sexualmente por su *dealer* antes de su muerte, ocurrida en el año 2016 a causa del consumo de drogas.<sup>52</sup>

Dicha sentencia de primera instancia adoleció de fallas de razonamiento, claramente influenciadas por estereotipos de género, al concluir, entre otras cuestiones que debido a que la víctima tenía personalidad fuerte, o era libre en un plano sexual —en tanto mantenía relaciones con diferentes personas cuando y como quería—, eso hacía menos probable la hipótesis de que hubiese sido abusada.<sup>53</sup> Tampoco es acertada la suposición de que, al haber la damnificada concertado e impulsado el encuentro, inequívocamente prestó su consentimiento a las relaciones sexuales posteriores. En esta línea, hay claros problemas relacionados con mitos sobre violencia sexual y la adopción de un modelo de víctima único, lo cual impide que los jueces reconozcan a Lucía como víctima de una violación.<sup>54</sup>

En conclusión, aunque la legislación prevista contempla la posibilidad de sancionar estos comportamientos, no es aplicada satisfactoriamente por los tribunales argentinos, lo cual tampoco contribuye a disuadir comportamientos futuros. Considero que gran parte de ello se debe a los estereotipos de género y mitos sobre violencia sexual presentes en muchos tribunales argentinos, los cuales impiden realizar una correcta evaluación de los hechos, valoración de la prueba y adecuación del injusto penal. Sin embargo, también considero que un tipo penal más especializado y acorde a las características de estos abusos permitiría arribar a soluciones más

---

<sup>52</sup> Tribunal Oral Criminal n°1 de Mar del Plata, causa n° 4974, caratulada “*FARIAS, 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*”, rta. el 26 de noviembre de 2016.

<sup>53</sup> A continuación se transcribe un extracto del fallo en donde los magistrados responden al interrogante de si la víctima era una adolescente que podría ser fácilmente sometida a tener relaciones sexuales sin su consentimiento: “Adelanto que —a mi entender— este interrogante prospecto debe ser contestado también de manera negativa, siendo innegable que L. tenía una personalidad que distaba mucho de ser sumida[...] De las conversaciones mencionadas (chats) surge claramente que L. tenía relaciones sexuales con quien y cuando quería[...] L., a pesar de su edad, tenía la capacidad suficiente como para decir no a los avances o propuestas que le habrían formulado sujetos a los que le habría comprado droga”.

<sup>54</sup> “Los estereotipos de género son construcciones de índole social y cultural. Se pueden resumir como un grupo estructurado de creencias sobre las características de hombres y mujeres que se fundan en sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Ellos implican simplificaciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. A su vez, implícitamente establecen jerarquías de género, donde siempre los hombres se posan en un estrato superior mientras que las mujeres son asignadas a una categoría inferior, y desvalorizada, lo cual deviene en una asignación de roles altamente negativa para nosotras. 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. (cfr. Piqué, M. Luisa (2017). “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, p.323).

justas, estableciendo un parámetro punitivo más acorde al desvalor de la acción en estos casos, que, a mi entender, es menor que en aquellos donde existe violencia o amenazas.

## 2.6. Derecho comparado

Legislaciones como la argentina, chilena, peruana, alemana y el modelo español, edifican la subsunción típica de los delitos sexuales sobre la base de un modelo de consentimiento libre, abandonando así el antiguo modelo de coacción que demandaba la resistencia física de la víctima. A partir de dicho esquema se abre la posibilidad de considerar las infracciones a la autonomía sexual a través de distintos supuestos de limitaciones al ámbito de decisión del sujeto pasivo quien, ya sea por temor, miedo o cualquier otra razón, no haya consentido libremente a participar como interviniente del acto.<sup>55</sup>

En España, previo a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, existía una diferenciación entre agresiones y abusos sexuales, dependiendo del grado de lesión de la libertad sexual. Las agresiones implicaban intimidación hacia la víctima o el uso de violencia como modo de comisión, por otro lado, en los abusos, el consentimiento se veía afectado por otros medios. En estos casos, las agresiones tenían un componente punitivo mayor, pudiendo ser agravadas en casos de acceso carnal. Esta diferenciación fue generadora de distintas discusiones, sobre todo a raíz de un fallo controversial conocido como “la Manada”.<sup>56</sup> A raíz de

---

<sup>55</sup> En esta línea se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los autos “Mc vs. Bulgaria” sentencia de fecha 4 de diciembre del 2023, p. 166: “cualquier enfoque rígido al enjuiciamiento de los delitos sexuales, como exigir una prueba de resistencia física de todas las circunstancias, corre el riesgo de dejar sin castigo ciertos tipo de violación poniendo en peligro la protección efectiva de la autonomía de la persona”.

<sup>56</sup> Los hechos del fallo ocurrieron en la ciudad de Pamplona en la madrugada del 7 de julio de 2016 mientras se celebraba el día de San Fermín. La denunciante —de 18 años de edad— llegó a aquella ciudad en auto, junto con un amigo, durante la tarde del día 6 de julio. Dejaron estacionado el vehículo en un lugar alejado de la plaza central para, desde allí, dirigirse a las fiestas previas al festejo. Alrededor de la 1.30 hs. de la madrugada del día siguiente, el amigo de la denunciante abandonó la plaza para irse a dormir al auto, mientras ella permanecía en ese lugar con personas conocidas. Cerca de las 2.50 hs. la denunciante conoce a los cinco imputados, de entre 24 y 27 años de edad, quienes se le acercan a conversar. La joven les expresa que se iría a dormir al auto junto con su amigo, frente a lo cual los cinco imputados se ofrecen a acompañarla. Alrededor de las 3.00 a. m. los seis abandonan la plaza. Durante el trayecto, la denunciante camina junto con dos de los imputados, mientras que los cuatro restantes se adelantan y comienzan a buscar hoteles para pasar la noche con el propósito de mantener relaciones sexuales con la joven, sin que esta supiera de esas intenciones. En un momento del recorrido, los dos muchachos que acompañan a la muchacha empiezan a abrazarla y tocarle las caderas, situación que la pone incómoda, por lo que intenta apurar el trayecto hasta el automóvil. Así llegan hasta un edificio de viviendas privadas y hacen una parada con la excusa de fumar marihuana, hasta que una de las personas que vive en ese edificio ingresa por la puerta principal, lo que genera la oportunidad de que uno de los imputados logre parar el cierre de la puerta y mantenerla abierta. En esa ocasión, ingresa al edificio, mientras otro de los imputados mantiene la puerta abierta, y busca un lugar hasta encontrar una especie de habitación de mantenimiento. Baja nuevamente y logra que ingrese el resto del grupo, y también la joven a quien toman del brazo. Una vez adentro, le dicen que se calle y la introducen en aquel habitáculo. En ese momento, conforme luego declara, la joven se siente impresionada por la situación y sin capacidad de reacción. Acto seguido, le desabrochan el corpiño, le bajan los pantalones y su ropa íntima para luego comenzar a realizar diversos actos sexuales consistentes en penetraciones orales, anales y vaginales, además realizan la práctica de *anuslingus* sobre la denunciante y esta sobre uno de los imputados. Durante el evento, los imputados tomaron dos fotografías y una serie de videos que,

ello, se reemplazó el artículo 178 por una fórmula que eliminó la distinción entre agresiones y abusos sexuales, responsabilizando como autor de una agresión sexual a quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, incluyendo en esa figura todo contenido sexual realizado con violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad. Sin embargo, el cambio legislativo causó una gran controversia por la técnica legislativa utilizada, ya que se equipararon dos figuras y se unieron sus máximos y mínimos, provocando un problema de proporcionalidad. En consecuencia, al aplicar la premisa de la retroactividad de la ley más benigna, los condenados por delitos de agresión solicitaban una revisión de su condena, y la aplicación de institutos como la excarcelación en el caso de procesos en trámite o condenas no firmes. Por ende, y ante los beneficios penológicos que se derivaron para los agresores sexuales con aquella reforma, el pasado 29 de abril de 2023 entró en vigor la LO 4/2023, del 27 de abril, que modificó el Código Penal con el objetivo de revertir la situación.

El Código Penal sueco ofrece una solución similar a la que propongo, al legislar que: “Una persona que cometa un delito contemplado en la sección 1<sup>57</sup> y sea gravemente negligente

---

con posterioridad, compartieron en su grupo de WhatsApp al que identificaban con el nombre de “La manada”. Alrededor de las 3.27 de la mañana los imputados empiezan a abandonar el lugar. Cuando el último de ellos se estaba retirando, le sustrae el teléfono celular a la denunciante y la deja allí incomunicada. A los pocos minutos, la joven se viste y sale del lugar para luego sentarse en un banco a llorar. En ese momento, es socorrida por una pareja de transeúntes que le ofrece su teléfono y llaman a la policía. Los hechos no se controvirtieron, vale decir, que tanto la acusación como la defensa reconocen que en esa madrugada existió un encuentro sexual entre los cinco imputados y la denunciante. Situación que, además, quedó demostrada tanto por el registro de las cámaras de seguridad de la ciudad, que fueron marcando el trayecto que realizó el grupo desde la plaza hasta el edificio donde se produce, como también por los videos y fotografías que los acusados tomaron durante el suceso. Ahora bien, la materia de debate fue si la denunciante había participado de ese encuentro sexual de manera voluntaria —postura de la defensa— o de forma involuntaria, tal como sostuvo la acusación. El tribunal, por mayoría, le creyó a la víctima, aunque se apartó de la calificación propuesta, calificando al hecho como un abuso y no una agresión, mientras que la disidencia optó por la absolución de los imputados. En segunda instancia se confirmó la misma calificación legal.

Similar solución y resonancia tuvo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N°. 813/2019, del 31 de octubre, en el caso denominado “la Manada de Manresa”, donde se calificaron los hechos como abuso sexual (y no como agresión sexual, tal y como solicitaba la Fiscalía), por los siguientes motivos: “De la prueba practicada, [...] queda acreditado que la víctima, mientras se producían los hechos, y desde momentos antes hasta horas posteriores a los hechos sucedidos, se encontraba en un estado de inconsciencia, sin saber qué hacía y qué no hacía y, consecuentemente, sin poder determinarse y aceptar u oponerse a las relaciones sexuales que mantuvieron con ella la mayor parte de los procesados, los cuales pudieron realizar los actos sexuales sin utilizar ningún tipo de violencia o intimidación para vencer una oposición que no existió u obtener un consentimiento que la mujer no estaba en condiciones de poder dar. Es decir, que se está delante de la hipótesis que prevé el artículo 181.2 CP”.

<sup>57</sup> El delito previsto en la sección primera dispone lo siguiente: “1 § El que, con una persona que no participe voluntariamente, practique el coito vaginal, anal u oral u otro acto sexual que, habida cuenta de la gravedad del delito, sea comparable al coito, será condenado por violación a una pena de prisión de un mínimo de tres y un máximo de seis años. Lo mismo se aplica a quien induzca a una persona que no participe voluntariamente a realizar o tolerar tal acto. Al evaluar si la participación es voluntaria o no, debe prestarse especial atención a si la participación voluntaria se ha expresado de palabra o de obra o de alguna otra forma. Nunca podrá considerarse que una persona participa voluntariamente si la participación es el resultado de una agresión, otro tipo de violencia o la amenaza de un acto delictivo, la amenaza de procesar o denunciar a otra persona por un delito penal o la

con respecto al hecho de que la otra persona no participe voluntariamente, será condenada por violación negligente a una pena de prisión de un máximo de cuatro años”. También prevé la figura culposa para los casos de abuso sexual simple con la misma formulación, y también tipifica, respecto a los abusos sexuales de cualquier índole contra un menor de edad, lo siguiente: “La responsabilidad prescrita en este capítulo por un delito cometido contra una persona menor de cierta edad también se impondrá a una persona que no haya tenido la intención pero haya sido negligente con respecto al hecho de que la otra persona no haya alcanzado esa edad. Ley (2018:618)”.

Por otro lado, la legislación croata también estipula esa figura penal al disponer en su artículo 152 que

(1) El que mantenga relaciones sexuales con otra persona, o un acto sexual equiparado sin su consentimiento, o induzca a otra persona a tener sin su consentimiento relaciones sexuales, o un acto sexual equiparado, con un tercero, o a realizar un acto sexual sobre sí mismo, también sin su consentimiento, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años.

(2) El autor que tuvo un engaño corregible sobre la existencia del consentimiento del párrafo 1 de este artículo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.

(3) El consentimiento a que se refiere el apartado 1 de este artículo existirá si la persona decidió voluntariamente mantener una relación sexual o un acto sexual equivalente a ella, y era capaz de tomar y expresar tal decisión. Se considera que no existe tal consentimiento, especialmente si la relación sexual o un acto sexual equiparado a ella se llevó a cabo con el uso de la fuerza o amenazas, fraude, abuso de posición hacia una persona que se encuentra en una relación de dependencia hacia el perpetrador, aprovechándose de la condición de la persona por la cual no pudo expresar su negativa, o sobre una persona que ha sido privada ilegalmente de su libertad.

Por su parte en el artículo 153 se dispone que

(1) Quien cometa el acto a que se refiere el párrafo 1 del artículo 152 de esta Ley utilizando la fuerza o amenazando con atentar directamente contra la vida o el cuerpo de la víctima o de otra persona, será reprimido con prisión de uno a diez años.

---

amenaza de hacer una declaración perjudicial sobre otra persona. El agresor se aprovecha indebidamente del hecho de que la persona se encuentra en una situación especialmente vulnerable debido a inconsciencia, sueño, miedo grave, intoxicación u otra influencia de drogas, enfermedad, lesión corporal, trastorno mental u otras circunstancias; o el autor del delito permite que la persona participe abusando gravemente del hecho de que la persona se encuentra en situación de dependencia con respecto al autor del delito.

Si el delito es menos grave, la pena será de un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años de prisión. Si el delito mencionado en el primer párrafo es grave, la violación agravada se castigará con penas de prisión de un mínimo de cinco y un máximo de diez años. Al evaluar si el delito es agravado, se tendrá especialmente en cuenta si el autor ha utilizado violencia o amenazas de una naturaleza especialmente grave o si más de una persona ha agredido a la víctima o ha participado de otro modo en la agresión o si el autor ha mostrado una especial crueldad o crueldad con respecto al método o a la corta edad de la víctima o de otro modo. Ley (2022:1043)”.

(2) El autor que tuvo un engaño corregible sobre la existencia del consentimiento mencionado en el párrafo 1 de este artículo será reprimido con prisión de seis meses a cinco años. [...]

Artículo 155 (1) Quien en las condiciones del artículo 152 de esta Ley cuando no se cometió ningún intento de cometer ese delito, comete un acto lascivo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.

(2) Quien en las condiciones del artículo 153 o el artículo 154 de esta Ley cuando no se ha intentado cometer estos actos criminales, comete un acto lascivo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.

También podemos mencionar la reciente legislación del Estado de California —EE. UU.— relativa al consentimiento sexual, que vino a consagrar normativamente la figura del “consentimiento afirmativo”. La llamada “Ley de consentimiento de California” está destinada a un ámbito reducido, ya que estipula que las universidades que pretendan recibir fondos estatales para ayuda estudiantil financiera deberán introducir políticas referidas a la prevención del abuso sexual, estableciendo al consentimiento afirmativo como parámetro para dirimir si un hecho es o no catalogado de esa forma.<sup>58</sup>

La legislación danesa, por su parte, pena el abuso sexual negligente, pero solo para supuestos donde el autor tiene desconocimiento respecto de la condición de la víctima o de su edad: “§ 228 La infracción del § 216(1)(2), § 218 o 222-224, § 225, cf. § 216(1)(2), § 218 o 222-224, § 226 o § 227(1) que, debido al desconocimiento por parte del autor de la condición o edad de la víctima, no se le pueda imputar como intencionada, se castigará con una pena proporcionalmente menor si el autor ha actuado por negligencia”.

En el Reino Unido, bajo el Sexual Offenses Act de 2003 y sus consecuentes modificaciones, en el apartado *consent*, se estipulan ciertas presunciones y bases para analizar los casos de ofensas sexuales, refiriendo que el consentimiento<sup>59</sup> se da cuando una persona acuerda con capacidad y libertad de tomar esa decisión. También en su apartado 75<sup>60</sup> fijan

---

<sup>58</sup> Senate Bill n° 967 del estado de California aprobada por el gobernador con fecha 28/09/2014, disponible en [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB967](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201320140SB967), consultado el 5 de julio de 2024.

<sup>59</sup> Apartado 74: “*For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*”.

<sup>60</sup> Apartado 75: “**Evidential presumptions about consent** (1) *If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved— (a) that the defendant did the relevant act, (b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and that the defendant knew that those circumstances existed, the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it. (2) The circumstances are that— (a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used*

presunciones *iuris et de iure* respecto del consentimiento, al establecer que el consentimiento no será considerado válido si, previo al acto sexual, se usa violencia contra la víctima, o si esta teme que se ejerza violencia sobre ella o sobre un tercero; si el acto sexual se produce cuando la víctima está dormida o inconsciente, o cuando la víctima está ilegalmente detenida. Del mismo modo, si la víctima no puede manifestar su consentimiento debido a una discapacidad física, o a que consumió o se la obligó a consumir sustancias que pudieron causarle la imposibilidad de rechazar el acto sexual.

Respecto de los casos de sumisión química, diferentes legislaciones equiparan a estos casos como un tipo más de la figura básica o como agravante. Ejemplos de la utilización de esta mecánica como agravante serían el Código Penal italiano<sup>61</sup>, el Código Penal venezolano<sup>62</sup>, el Código Penal Federal mexicano<sup>63</sup> y la legislación española en su artículo 180 inc. 7.<sup>64</sup>

---

*against him; (b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person; (c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act; (d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act; (e) because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented; (f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act. (3) In subsection (2)(a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began. **76 Conclusive presumptions about consent**(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed— (a) that the complainant did not consent to the relevant act, and (b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act. (2) The circumstances are that— (a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act; (b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant”.*

<sup>61</sup> El artículo 609 ter del Código Penal italiano estipula las circunstancias agravantes del abuso sexual y dispone que: “La pena es de prisión de seis a doce años si los hechos referidos conforme al artículo 609-bis se cometen: 2) con el uso de armas o bebidas alcohólicas, estupefacientes u otros instrumentos o sustancias gravemente nocivas para el salud de la persona ofendida”.

<sup>62</sup> Por su parte el Código Penal venezolano en su artículo 374 dispone que “Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objeto por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión. La misma pena se le aplicará, aún sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo: [...] 4º. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido” (el destacado es propio).

<sup>63</sup> “Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando: V. El delito fuere cometido previa suministración de estupefacientes o psicotrópicos a la víctima, en contra de su voluntad o sin su conocimiento”.

<sup>64</sup> “Cuando para la comisión de estos hechos la persona responsable haya anulado la voluntad de la víctima suministrando fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

También existen otras legislaciones como la de Reino Unido en su *Sexual Offences Act* del año 2003, que establece un tipo específico para este tipo de casos <sup>65</sup>. En cambio, hay otras legislaciones que subsumen la conducta relatada dentro del tipo básico de abuso sexual, equiparando el suministro de sustancias a un aprovechamiento y en consecuencia a una falta de consentimiento.

### **3. Posturas relacionadas a los problemas del consentimiento.**

#### **3.1. Del modelo no comunicativo hacia el modelo comunicacional**

Lois Pineau reconoce el problema planteado en su artículo “*Rape Date Feminist Analysis*”.<sup>66</sup> Allí, la autora se embarca en el proyecto de tratar de cambiar el modelo sexual no comunicativo por uno comunicacional como método para taclear los problemas que conllevan los casos de *rape dates*.

Partiendo de la base de que estos casos no suelen conllevar amenazas o lesiones físicas, el consentimiento se desprende como una pieza fundamental del debate y también el dolo o *mens rea* respecto de ese elemento. Plantea, en esta línea, la necesidad de que el *mens rea* sea una creencia sincera. Si el jurado o el juzgador consideran que es razonable la creencia de que el acto fue consentido, van a creer que efectivamente hubo consentimiento. Pero ese razonamiento centra el análisis de la situación exclusivamente en lo que el hombre creyó, dejando de lado lo que le ocurrió a la víctima o lo que a esa parte le resultó razonable. También, la autora logra visibilizar la problemática en torno al criterio de consentimiento y cómo se expresa, señalando que usualmente se asume la falta de consentimiento del acto cuando hay algún tipo de resistencia. Sin embargo, Pineau considera que, cuando se trata de declaraciones cruzadas, resulta imposible acreditar la falta de consentimiento, especialmente cuando se suman los estereotipos y creencias previas. Esto genera que, aún en casos donde hubo resistencia, no siempre sea invocado como evidencia de falta de consentimiento. Por dicho motivo, la autora propone trabajar en la construcción del consentimiento.

Pineau comienza a desmontar el criterio actual de consentimiento y su razonabilidad, estipulando que gran parte de la adhesión al sistema se basa en que se considera razonable que las mujeres accedan al tipo de sexo que se lleva a cabo en las *rape dates* o que los hombres lo creen así razonablemente. La autora disiente en este punto, y afirma que si lo que queremos

---

<sup>65</sup> “Administering a substance with intent 1) A person commits an offence if he intentionally administers a substance to, or causes a substance to be taken by, another person (B)— (a) knowing that B does not consent, and (b) with the intention of stupefying or overpowering B, so as to enable any person to engage in a sexual activity that involves B. (2)”

<sup>66</sup> Pineau, Lois, (1989). “Date Rape: A Feminist Analysis”. *Law and Philosophy*, 8 (2), pp. 217–243.

saber es si una mujer consintió, debemos basarnos en las elecciones de agentes razonables, debiendo ser estos los parámetros que delimiten el consentimiento.

Pineau, señala también que el criterio actual de consentimiento está basado en mitos que estipulan que las agresiones sexuales son modos de seducción (aceptando el rol masculino como agresivo y la resistencia femenina como algo normal), y que el silencio o la sumisión son considerados disfrute sexual, posición que es mantenida en los tribunales. Dichos mitos, que tienden a normalizar estas conductas, implican que el dolo no pueda probarse, es decir, que esas conductas no se tomen como actos de violación. Existe una disociación entre cómo culturalmente se imponen estas circunstancias y cómo las siente la mujer.

El mito de que las mujeres quieren entrar en prácticas sexuales y que están dispuestas a sacrificar su deseo por un interés mayor refuerza la suposición de que las mujeres quieren ser violadas. Esto les permitiría, según esta creencia, entablar las relaciones que desean sin la responsabilidad de admitir lo que realmente querían. El texto también plantea la pregunta de hasta qué punto podemos culpar a los hombres de sus tácticas de seducción agresivas, cuando fueron socializados para vencer la reserva femenina, y para sospechar de esas negativas.

Partiendo de la premisa de que, en los encuentros sexuales, las mujeres quieren placer, Pineau se pregunta por qué los operadores del sistema penal piensan que lo van a conseguir mediante la violación. Pineau concluye en que la creencia de que las mujeres no deberían ser sexualmente provocativas está relacionada con una serie de ideas como: a) las personas deberían mantener los acuerdos que hacen; b) el comportamiento sexualmente provocativo, después de cierto punto genera acuerdos; c) las peculiaridades de la naturaleza sexual, tanto masculina como femenina, hace que estos acuerdos tengan cierta categoría, en la cual la retracción es imposible o improbable, y que las mujeres no pueden ser confiadas en materia sexual. De lo cual se concluye que el comportamiento sexual masculino no está sujeto a control moral ni racional.

Pineau, contrario a estas creencias, refiere que, en el derecho, los contratos no son legítimos simplemente por haber sido celebrados; de hecho, las tácticas de presión son al menos mal vistas. Por lo tanto resulta extraño pensar que solo porque en un primer momento se acordó tener relaciones, esto pueda ser demandado más tarde. De más está decir que resulta inaceptable verse obligada a ello, especialmente porque, al celebrar un contrato, se deben conocer los extremos y lo que podría pasar. Si, durante el acto, la mujer cambia de opinión por cualquier razón, nadie debería obligarla a continuar, ni la otra persona, ni el Estado. Si eso ocurre, se estaría cometiendo una violación.

Que el tipo de sexo no sea el que razonablemente quiere la mujer hace que la carga de la prueba la tenga el imputado, debiendo poder controlar racional y moralmente el deseo sexual masculino. Si un hombre quiere estar seguro de que no está forzando a una mujer a estar con él, debe tener la obligación de asegurar que el acto sea disfrutable o, por el contrario, preguntarse por qué la mujer desearía continuarlo a pesar de su falta de goce. A fin de encontrar lógica a este razonamiento, Pineau parte del punto de que la gente interactúa en dinámicas sexuales para obtener placer, por lo que cada uno tiene la obligación de ayudar al otro a encontrar ese resultado. De lo contrario, podría haber riesgo de actuar sin consentimiento. Por consiguiente, es fundamental saber lo que el otro quiere y cómo obtener ese resultado, concluyendo que el método adecuado para ello es a través de una sexualidad comunicativa, en lugar del modelo contractual vigente.

La sexualidad comunicativa es requerida moralmente en base a considerar las relaciones sexoafectivas como una forma de amistad —con las obligaciones morales que ello conlleva— que tiene como objeto el goce. La necesidad de proporcionar a las mujeres protección legal en contra de la violación en cita radica en que la indiferencia temeraria o la ignorancia deliberada han actuado como condiciones suficientes para el dolo. En cambio, la sexualidad comunicativa debería ser el criterio aceptado. Esto implicaría que el sexo agresivo, que ocurre en las violaciones en cita, ingrese en la categoría de violación, responsabilizando al violador por su imposibilidad de abordar el sexo de forma comunicativa.

Al recurrir a la sexualidad comunicativa, la autora presume que el sexo consensuado ocurre con la expectativa de un goce mutuo. Cuando no ocurre, se presume que no es consensuado. La importancia de esta presunción radica en que nos permite, en el proceso criminal, cambiar la carga de la prueba al imputado.<sup>67</sup> En cambio en un modelo contractual, se debería demostrar que la víctima se resistió o fue amenazada.

Los partidarios del modelo comunicacional argumentan que, al haber una participación activa de los intervinientes, el consentimiento se cristaliza de un modo más efectivo, en contraposición con el modelo contractual, en el que el consentimiento se establece en base a la aceptación o rechazo de una propuesta. Al darle importancia al diálogo, el modelo comunicacional incentiva a las partes a expresar sus deseos. Cuenta además con la ventaja de sacar el foco de la cuestión de si la víctima consintió o no, centrándose en el autor. Esto

---

<sup>67</sup> Faraldo Cabana, P. (2022). “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación”, en Arduino, I., Di Corleto, J. (comp.). *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, (1a ed compendiada), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

permite debatir si dialogó o negoció con la víctima acerca de lo que iba a ocurrir, cómo iba a ocurrir, sus gustos, entre otras cuestiones.<sup>68</sup>

### **3.1.1. Problemas del modelo comunicacional**

Pérez Hernández explicita las falencias que pueden tener el modelo comunicacional propuesto anteriormente. La autora señala que es un error considerar el consentimiento como un acto de voluntad libre, racional y autónomo, que se da en un marco de igualdad de posiciones, y en un contexto deliberativo racional, producto de la libre determinación de los actores.<sup>69</sup>

Este tejido, o esas condiciones particulares, que producen las diferencias de clase, de generación, y otras cuestiones estructurales que influyen a nivel social, son importantes a la hora de formar efectivamente ese consentimiento. La autora entiende que estas estructuras afectan y condicionan la capacidad de poder consentir. Por ende, pone en duda cualquier tipo de consentimiento, tanto el brindado como el que se pueda brindar en el futuro.

### **3.2. Feminismo estructural-constructivista**

Esta postura rechaza las teorías radicales que excluyen el consentimiento, pero también postula la necesidad de considerar el impacto de la desigualdad estructural del sistema sobre las diferencias sexuales. Considera que existen patrones de vida institucionalizados que se promueven en la sociedad, y propone un enfoque sistémico para abordar tanto las relaciones individuales como los mecanismos institucionales que las condicionan o moldean.

El enfoque sociológico estructuralista permite extraer la idea de consentimiento sexual desde el ámbito íntimo al privado, para así plantear que no es un atributo individual, sino un fenómeno con expresiones a nivel individual, un problema de orden estructural que se experimenta como personal. Este enfoque intenta abordar el tema del consentimiento desde una perspectiva multidisciplinaria que permita comprender las condiciones en las que se otorga, indagando más allá del acto en sí e incorporando el análisis de la estructura social.

Antes de la segunda ola feminista, la legislación penal no regulaba las situaciones de maltrato que los hombres ejercían sobre las mujeres, amparándose en un discurso que desplazaba estos actos al ámbito de la intimidad. Esto permitía que el concepto de privacidad reforzara la violencia contra las mujeres, otorgando impunidad y protección a las estructuras de

---

<sup>68</sup> El modelo comunicacional presupone un marco de igualdad de posiciones que va de la mano con la corriente feminista liberal o de la igualdad.

<sup>69</sup> Pérez Hernández, Y. (2016). “Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología*, VL - 78.

dominio masculino. En consecuencia, se relegaba a las mujeres al ámbito doméstico y de invisibilidad; negándoles la importancia de ser consideradas en una reglamentación.<sup>70</sup>

### **3.3. La tesis de los errores “razonables”**

Por otro lado, autores como Husak y Thomas<sup>71</sup> establecen que los errores del consentimiento deberían funcionar como defensa ante un cargo de violación, siempre que sean razonables. La tesis de estos autores se basa en que las convenciones sociales son cruciales para distinguir entre la razonabilidad y la no razonabilidad respecto de la creencia del consentimiento, y que la ley no debería aplicar un criterio de razonabilidad que ignore las dinámicas sexuales reales de las mujeres.

Los autores sostienen que estas convenciones sociales crean errores razonables sobre el consentimiento. En su ensayo, ejemplifican cómo las convenciones sociales respecto de la forma en que las mujeres exteriorizan su consentimiento puede resultar confusa en muchas oportunidades y llegan a considerar razonables los errores que los hombres puedan cometer, y concluyen que el cambio paradigmático debe darse en un marco educacional y no por medio de una reforma legislativa.

### **3.4. Las llamadas “estrategias de comportamiento protector”**

Por otra parte, existen abordajes diferentes a estas temáticas que se centran en estrategias de prevención para la víctima. Un ejemplo son las PBS (*Protective Behavioral Strategies*), que incluyen el consumo moderado de alcohol, o la interrupción de su consumo a determinados horarios, las comunicaciones entre amistades al salir a ciertos eventos como citas o fiestas, reunirse en lugares públicos y tomar clases de defensa personal. Estas actitudes, en teoría, servirían como protección para evitar ser víctima de abusos sexuales.<sup>72</sup>

Si bien se aclara que el objetivo no es culpar a la víctima —ya que el único responsable del ataque es el violador— las PBS, o cualquier otro método que ayude a disuadir o evitar los ataques, se consideran una forma de empoderamiento frente a estas situaciones, y como un modo de impulsar un cambio para salir de la pasividad o del lugar de víctima.

### **3.5 Consentimiento en situaciones de consumo de estupefacientes o alcohol**

Como fue desarrollado en el apartado 2.2, la ingesta de alcohol u otras sustancias genera dudas y problemáticas a la hora de definir si las prácticas sexuales entabladas durante o

---

<sup>70</sup> Lancman, A. V. y Caffaro F. (2022). “El consentimiento en casos de abusos sexuales”, en *Género y Derecho Penal*, De La Fuente, J. E. y Cardinali, G. I. (comp.), Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, p. 230.

<sup>71</sup> Husak, D. N. y Thomas, G. C. (1992). “*Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes*”, *Law and Philosophy*, Vol. 11, No. 1/2, *Philosophical Issues in Rape Law*, pp. 95-126.

<sup>72</sup> Sell, N. M., Turrise, R., Scaglione, N. M., Cleveland, M. J., y Mallett, K. A. (2018). “*Alcohol Consumption and Use of Sexual Assault and Drinking Protective Behavioral Strategies: A Diary Study*”. *Psychology of Women Quarterly*, 42(1), pp. 62-71.

después del consumo fueron consentidas; sobre todo, pero no de forma exclusiva, desde el punto de vista probatorio.

Estos contextos difusos, en donde las inhibiciones disminuyen y los sentidos pierden agudeza, crean un ambiente en el que surgen dudas sobre si se respeta la libertad sexual de los individuos. Dichas situaciones se complican aún más cuando no se cuenta con pruebas que evidencien el grado de consumo de los participantes, y las consecuencias específicas que tuvo.

Sin perjuicio de ello, el uso de estas sustancias no puede presuponer la falta de consentimiento o su cancelación; es necesario acreditar que el contexto y los datos particulares del caso resultan relevantes para evaluar la falta o presencia del consentimiento. Esto quiere decir que se debe tomar en cuenta, entre otros supuestos, la cantidad ingerida o las circunstancias en que haya habido una afectación en la determinación de la víctima. En otras palabras, que no haya podido prestar consentimiento plenamente.<sup>73</sup>

Asimismo, adhiero a la postura de Teodoro Javier Álvarez al afirmar que la autopuesta en peligro de la víctima no puede ser aplicada en casos de materia sexual, debido a lo cambiante que es el ser humano en este ámbito. Es decir, que los deseos iniciales de tener relaciones pueden mutar, y el hecho de haber prestado consentimiento en un primer momento no significa que sea un acto irrevocable en momentos posteriores.

En relación a tal vez el punto más conflictivo de la cuestión, que es la exigencia hacia la otra persona involucrada en el encuentro sexual, se deben realizar distintas consideraciones. En primer lugar, corresponde destacar que pueden presentarse distintos supuestos en estos casos, siendo el primero aquel en que ambos se encuentren en igual estado de intoxicación. Hay legislaciones, como la peruana, en el artículo 170 inciso 13<sup>74</sup> o el Código francés,<sup>75</sup> que prevén como agravante el hecho de que el autor haya ingerido sustancias para cometer el delito en cuestión. Esto evita cualquier tipo de escapatoria relacionada con un posible planteo de inimputabilidad o error de tipo debido al estado de ebriedad o consumo.

---

<sup>73</sup> Álvarez, J. T. (2022). *Debates actuales sobre violencia sexual*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, p. 77.

<sup>74</sup> Artículo 170. Violación sexual “El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes: 13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia”.

<sup>75</sup> Artículos 222-24. “La violación se castiga con veinte años de prisión penal: 12° Cuando sea cometido por persona que actúe en estado de evidente ebriedad o bajo evidente influencia de estupefacientes”.

Distinto sería el caso si el consumo de la otra persona no obedece a la intención de realizar un ilícito. En este sentido sería necesario volver a analizar empíricamente los antecedentes del caso y evaluar el impacto de lo consumido, considerando eventualmente la opción de un error de tipo, al no representarse la falta de consentimiento de la víctima.

Otro caso que requiere un análisis particular de las probanzas del caso en sí, son los supuestos en donde la otra persona involucrada no ingirió alcohol o lo hizo de forma moderada, pero se involucró con una persona que sí estaba bajo esos efectos. En estos casos no se puede alegar un consentimiento presunto, y se deben analizar los pormenores de las actuaciones y dirimir si hubo una representación del estado ajeno y su falta de consentimiento, negando que el silencio sea un método afirmativo de prestarlo.

La afectación de la libertad sexual por medios de subsunción química, requieren un enfoque valorativo particular, ya que el método para cometer el ilícito conlleva un mayor reproche hacia el acusado. Esto se debe a que se imposibilita la resistencia o defensa de la víctima, lo que permite un mayor control y potencial daño a la persona vulnerada.<sup>76</sup>

El consumo de alcohol o drogas provoca un estado de vulnerabilidad, por lo que resulta exigible que la otra persona que participa en el encuentro presuma la inexistencia de capacidad para tomar decisiones en materia sexual de forma autónoma. Por ende, la obligación de verificar que se encuentren las condiciones dadas para prestar un consentimiento válido, es aún más fuerte en estos casos que en aquellos donde no hubo ingesta de sustancias; el deber es más importante porque el estado de indefensión es mayor.

#### **4. La falta de una respuesta punitiva al problema**

En primer lugar, la literatura acierta en iluminar y visualizar la problemática que hay en este tipo de casos. Se individualizan de forma correcta las problemáticas que hay en torno al concepto de consentimiento, y a la necesidad de establecer su significado y los límites que existen a su alrededor. Asimismo, las nuevas consideraciones, tendientes a un modelo comunicacional, deben, a mi entender, mutar en consecuentes prohibiciones, con la necesidad de introducir tipos penales correctamente definidos, en pos de darle una solución eficiente y justa al conflicto. Este cambio de paradigma en el modo en que se llevan a cabo los encuentros sexuales, y la necesidad de castigar los comportamientos contrarios a este modelo con una pena acorde al injusto, obedece a la necesidad de establecer como prioridad el respeto de la

---

<sup>76</sup> Agustina, J. R. y Panyella-Carbó, M. N. (2020). “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Revista de Política Pública en materia Penal*, vol. 15, n° 30, Universidad de Talca, Chile.

integridad sexual ajena, y garantizar la igualdad en ese plano. Esto es posible, sin duda, mediante la consolidación del modelo comunicacional, y su respaldo mediante una legislación que lo proteja.

Dichos tipos penales no solo deben incluir los casos en los que la víctima expresó la negación, verbal o corporalmente, sino las situaciones en las cuales no fue posible manifestar el no —debido a la ingesta de narcóticos, estado comatoso, desmayo, etc.—. Además se deben incluir aquellas situaciones en las que existe un consentimiento presunto, pero las señales dadas no implican necesariamente un acuerdo.<sup>77</sup>

Hoy en día el modelo de consentimiento contractual se encuentra vigente no solo en el plano jurídico sino también en gran parte de la sociedad, lo cual, sumado a los estereotipos de género provoca que los casos de *rape dates* no sean visualizados como violaciones. El modelo en cuestión falla en reflejar lo que debería ser una relación sexual entre iguales, en tanto establece un marco en el cual a la mujer se la juzga por sus acciones previas y se la responsabiliza, poniéndola en el centro del problema. Esto pasa por alto la responsabilidad del hombre de tratarla como un igual, y estar atento a sus deseos e intenciones en el plano sexual.

Básicamente, el modelo que debería imponerse, el comunicacional, es exitoso en tomar a la mujer como un sujeto autónomo sexualmente, cuyas decisiones deben ser respetadas. Al colocar a la mujer en ese plano de igualdad, se impone la obligación, por parte del otro, de cerciorarse de que se estén respetando esas libertades. Ahora bien, si no se proporciona una herramienta jurídica para la defensa de dichas libertades, el Estado argentino estaría incumpliendo con las obligaciones internacionales contraídas, no solo de penalizar acciones contrarias a la libertad de las mujeres, sino también de brindar herramientas que permitan alcanzar planos nuevos de igualdad. Esta necesidad va de la mano de evitar la violencia sexual, conforme lo define la ley 26.485 en el artículo 5, inciso 3:

Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Hörnle, T. (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra; Derecho Penal, año VI, número 10*, p. 207.

<sup>78</sup> El art. 4 de la mencionada ley define a la violencia contra las mujeres como toda conducta por acción u omisión, basada en razones de género, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, ya sea en el espacio analógico o digital, y basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, su participación política, como o su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

El tipo penal vigente en la República Argentina falla en dar una respuesta particular y especializada a estos casos, ya que no logra distinguir entre un acto sexual mutuamente deseado y una agresión sexual forzada.

Comparto lo esbozado por Constanza Pagani y Radi<sup>79</sup> en su planteo de que, si bien el auge feminista ha causado que ciertos temas se pongan en agenda, ello no significa que la visibilización de la problemática genera mágicamente la solución a los problemas que azotan a las mujeres.

Si bien, como se ha expresado anteriormente, estas conductas podrían subsumirse en el artículo 119 del CP, lo cierto es que los mitos sobre la violencia sexual, los estereotipos de género, y las dinámicas de este tipo de encuentros sexuales —en tanto son encuentros casuales sin un conocimiento completo de las preferencias o modos de interactuar de la otra persona— junto con un tipo penal que no comprende estas cuestiones, impiden una correcta aplicación. Como resultado, la respuesta jurisdiccional argentina se vuelve inadecuada para estos casos en particular.

Sin perjuicio de que es necesario que los tipos penales no sean excesivamente específicos para permitir englobar el abanico de situaciones que comprenderían la conducta punible, en materia de violencia sexual es importante comprender los cambios socioculturales que se dan y la consecuente necesidad de ajustar los tipos penales a estos. Solo así se puede dar una respuesta legislativa adecuada a las problemáticas que surgen, permitiendo entender las sutilezas de cada caso.

En consecuencia, la solución que trae la literatura se orienta más hacia proponer un cambio sociocultural, pero falta una previsión punitiva que pueda sancionar de forma más satisfactoria este tipo de comportamientos que consideramos contrarios a derecho. Esto es especialmente relevante para los casos en que el consentimiento se encuentra controvertido, particularmente en aquellos en que la defensa alega haber creído que existía ese elemento y no había habido ningún tipo de resistencia física o manifestación expresa verbal, y donde el silencio no puede interpretarse como expresión de voluntad.

## **5. La posibilidad del tipo culposo como respuesta al problema**

---

<sup>79</sup> Radi, B. y Pagani, C. (2021). “Perspectiva de género, violencia de género y optimismo cruel”, en Fraga Utges y Santangelo (comp.), *Violencias sexuales, género y sistema penal, miradas actuales sobre problemas estructurales*, Buenos Aires: Editores Sur, pp. 23-31.

La República Argentina se ha comprometido internacionalmente, a través de diferentes instrumentos, a implementar medidas estatales en diferentes áreas con el fin de erradicar la violencia contra las mujeres.

En esta línea, le otorgó raigambre constitucional a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y suscribió a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer la cual, en su artículo 7.3 estipula que los países firmantes deben “Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

Asimismo, asumió el compromiso de la debida diligencia, es decir, el deber de conducir investigaciones de forma eficiente, mediante normativa acorde, y políticas impulsadas desde la órbita del poder ejecutivo y judicial, con el fin de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (artículo 7b de la Convención de Belém do Pará). Básicamente, es el deber de asegurar la protección de las mujeres mediante políticas de Estado, garantizando en primer lugar su protección. Cuando esta protección falla, se tiene el deber de proceder con una investigación eficiente y con la sanción efectiva de los responsables de la vulneración.

A su vez, el Estado argentino asumió la obligación de garantizar el acceso a la justicia, lo cual implica la responsabilidad dual de, por un lado, garantizar formalmente que haya un acceso con debidas garantías al órgano que llevará a cabo la solución del conflicto y, por otro lado, la responsabilidad material o tangible de que el procedimiento efectivamente y de forma real produzca un resultado<sup>80</sup>. El resultado ideal del proceso sería la producción de una sentencia definitiva que traduzca desde el plano jurídico al real, una comprensión de cómo sucedieron las cosas, imponiendo sanciones proporcionales a las responsabilidades acreditadas. Al unir estos dos planos, lo que se intenta es garantizar un debido proceso legal para las mujeres víctimas de algún tipo de violencia. El acceso a la justicia es un derecho que está presente y vigente en el artículo 7 f) y g) de la Convención de Belém Do Pará y los artículos 2, 3, 5 y 15 de la CEDAW.

A su vez, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 8, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, y la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8.1 y 25, establecen el derecho a ser oído y tener disponibles los recursos judiciales. En particular, el artículo 25 exige que los recursos que

---

<sup>80</sup> Piqué, M. L. (2017). “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, p. 310.

los Estados proporcionan a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos sean efectivos, con el fin de determinar si ha ocurrido dicho gravamen y proveer lo necesario para repararlo. Dicha obligación proviene de otra más general, la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la convención (artículo 1.1, CADH). Por ende, los Estados parte están obligados, a la luz de ambas disposiciones, a “garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia” y “a que los recursos que se otorguen, permitan lograr el juzgamiento de los responsables y la obtención de una reparación por el daño sufrido”. Conjuntamente, los artículos 25 y 8.1 conforman el derecho de “acceso a la justicia” que es “una norma imperativa del derecho internacional” y obliga a los Estados a asegurar la debida aplicación de recursos efectivos contra actos que violen sus derechos o definan su obligaciones. El derecho al acceso a la justicia también se encuentra plasmado en los objetos de la ley de Protección Integral (ley 26.485), como así también en la ley de víctimas 27.372 que, en su artículo 3, inciso a) establece que el objeto de dicha ley es:

Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales.

En la Recomendación General N°35, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer encomendó a los Estados parte aplicar un cúmulo de medidas legislativas, entre las cuales se encuentra:

[...] 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 y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.

Considero que la respuesta institucional de un país con obligaciones internacionales asumidas en pos del resguardo de los derechos de las mujeres, debe incluir un abordaje multidisciplinario para resolver la problemática de la violencia sexual. Este enfoque consta de dos ejes.

El primero de carácter educacional, debe centrarse en campañas de prevención, concientización y educación. Estas deben, en primer lugar, abordar la violencia sexual y educar sobre todas sus posibles manifestaciones, a través de medios de comunicación, publicidades, clases en lugares de trabajo, universidades, entre otros espacios. Es un proceso arduo y largo

que buscará transformar la percepción tanto de la pasividad y objetivación de las mujeres en el plano sexual, como también de la necesidad de que esos encuentros se den en un plano de igualdad y respeto mutuo. Cambiar el modelo requiere un cambio de visión del mundo, ya que desde el principio de los tiempos las mujeres hemos sido educadas para combatir y repeler las amenazas sexuales.<sup>81</sup> Lo que se intentará implementar, en primer lugar, es el reconocimiento de la mujer, o del otro, como sujeto —lo cual incluye el plano de la libertad sexual— y, a partir de esa base, emprender un encuentro en donde se respete la individualidad del ser humano.<sup>82</sup> El objetivo debe ser evitar los peligros que enfrentan las mujeres sin limitar su capacidad de disfrutar y ampliar las posibilidades de placer.<sup>83</sup>

También se deben informar los riesgos y las consecuencias de la violencia y fomentar relaciones en donde no se presenten estas dinámicas. Es importante la educación respecto de la violencia sexual y los mitos que la subyacen, reconociendo y explicando que no solo los extraños pueden ser los agresores, sino que la violencia sexual suele ser perpetrada por conocidos.

Se debe enfatizar que es necesario un cambio cultural en las actitudes y creencias, dejando de romantizar o de aceptar dinámicas de violencia que pueden aparecer en las relaciones de pareja.<sup>84</sup>

Sin perjuicio de que estas herramientas son sumamente útiles y necesarias, lo cierto es que, institucionalmente, el Estado argentino debe, además, responder legislativamente a las demandas sociales e internacionales en pos de sancionar a los individuos que no hayan respetado las libertades sexuales de las mujeres.

En este punto entra el segundo eje propuesto: una herramienta de *ultima ratio*, que implicaría proporcionar un tipo penal específico que permita sancionar este tipo de conductas.

---

<sup>81</sup> En la obra *Tess, la de los d'Urberville* de Thomas Hardy, publicada en 1891, la protagonista, una mujer que se vio vulnerada sexualmente a raíz de su pobreza e inexperiencia, le dice a su madre: “*Why didn't you tell me there was danger? Why didn't you warn me? Ladies know what to guard against, because they read novels that tell them of these tricks; but I never had the chance of discovering in that way; and you did not help me!*”. Este diálogo representa prácticas educacionales que se dan hoy en día respecto a hijas mujeres, en donde se enseña a esperar la violencia sexual, y tener el deber de desviar dichos ataques.

<sup>82</sup> Esta dificultad de comprender y respetar la individualidad y libertad de las mujeres radica en la imagen del género femenino como ser nutricio, un ser para los otros, esto es, al servicio de los demás, así como cualquier cosa que los demás conciben como servicio, incluido el coital, mientras que el varón es un ser para sí mismo. A diferencia de las mujeres, los varones no han sido sociabilizados para brindar asistencia a los demás y existe la posibilidad de que ni siquiera los reconozcan como tales. Resultando posible que la violencia, en este caso sexual, obedezca a que no se reconoce en el otro a un ser humano. (cfr. Sotomayor Peterson, Z.; Pesqueira Leal, J.; Rendón Rendón, R. (2010). “Violar: ¿frontera del erotismo masculino?”, *Estudios Sociales*, vol. 21, núm. 42, julio-diciembre, 2013, pp. 279-306, A. C. Hermosillo, México: Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo).

<sup>83</sup> Vance, C. S. (1992). *More Danger; More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference*, 2ª ed., Kitchener: Pandora Press.

<sup>84</sup> Neame, A (2004). “Revisiting America's date rape controversy”, *Family Matters* (68), pp. 50–54.

Vale aclarar que si bien no existe un mandato expreso de tipificación interna de la figura culposa del abuso sexual con acceso carnal, este trabajo explora la posibilidad de que se lo introduzca en el derecho penal argentino. Esta medida podría ofrecer una respuesta más completa a la obligación asumida de proteger integralmente a la mujer, particularmente sancionando todas las formas de violencia contra ella. Esta propuesta se alinea con lo expresado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en donde se sostuvo que no debería suponerse en la ley, ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física.<sup>85</sup>

Si bien de una interpretación amplia del artículo 119 podría permitir sancionar dichos comportamientos, lo cierto es que, en base al principio de legalidad, se requiere una descripción de la conducta reprimida o la falta de la conducta deseada, de forma específica y acabada, a fin de que se sepa que es contraria a derecho.<sup>86</sup>

La norma tiene que poder receptar acabadamente el concepto de consentimiento, en el cual se cristalice la igualdad entre hombres y mujeres, y sobre esa premisa se penalicen los comportamientos que no respetan la libertad del otro individuo. Me refiero a un consentimiento comunicacional, único método para poder llegar a un acuerdo entre iguales y entender lo que la otra persona desea y quiere del encuentro sexual, y así evitar cualquier tipo de duda concerniente a la voluntad de participar en dicho encuentro. Esto requiere dejar de lado los preconceptos que encasillan a las mujeres como sujetos receptores y entes destinados solo a satisfacer las demandas ajenas. La imposición de este modelo mediante la legislación, sumado a las campañas educativas propuestas anteriormente, contribuiría a una mayor asertividad a la hora de entablar vínculos sexuales, lo cual indefectiblemente reduciría los errores en esas áreas.

En el año 2007 se practicó un estudio sobre 927 mujeres que arrojó que bajos niveles de asertividad sexual conducen a la victimización sexual por parte de sus parejas.<sup>87</sup> Mientras que otros estudios develaron que las respuestas asertivas resultan ser herramientas eficientes en la reducción de comportamientos sexuales indeseados,<sup>88</sup> lo cual ratifica con información empírica que el modo más adecuado de interactuar sexualmente es mediante el modelo comunicacional.

---

<sup>85</sup> K. T., V vs Filipinas, CEDAW/c/46/D/18/2008

<sup>86</sup> Silva, C. y Llaja, J. (2017). “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, p.148.

<sup>87</sup> Testa, M., Van Zile-Tamsen, C., y Levinson, J. A. (2007), “Prospective prediction of women’s sexual victimization by intimate and nonintimate male perpetrators”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 75(1), pp. 52-60.

<sup>88</sup> Yagil, D., Karnielli-Miller, O., Eisikovits, Z. y Enosh, G. (2006). “*Its that a “NO”?* The interpretation of responses to unwanted sexual attention”, *Sex Roles*, p. 54.

Si bien la figura penal prevista en el artículo 119 del CP resulta suficiente para criminalizar ciertas ofensas contra la integridad sexual, lo cierto es que no logra abarcar todas o, por lo menos, no le puede dar la especificidad que requiere este tipo de casos.

No solo es necesaria esta modalidad culposa de tipo penal para reprender estas acciones, sino también para modificar la escala penal que actualmente prevé el artículo 119 de nuestro código de fondo. Considero que debería haber algún tipo de variación en la pena para los casos bajo estudio, que sea de menor cuantía que la del tipo penal básico, atendiendo a que el desvalor de la acción estudiada es menor, al no mediar violencia o coacción de modo explícito.

En nuestro ordenamiento no está prevista la figura de abuso sexual agravado por acceso carnal en modalidad culposa, por lo cual la no representación de la falta de consentimiento en estos casos deviene en que la conducta sea atípica. Dicha circunstancia genera que los casos en los que no hubo una negativa vehemente, ni fuerza física, o donde hay un vínculo previo, sean muchas veces percibidos como actos consensuados, cuando en realidad son violaciones. Ahora bien, ese universo de casos, debido a los preconceptos que existen sobre violencia sexual, terminan no pudiendo ser englobados por el artículo 119, lo cual genera que no se le dé una particular solución a estas dinámicas que muchas veces se enmascaran como actos de seducción.

En este sentido, se refuerza la tesis de que la suscripción a convenciones y tratados no ha podido solucionar temas como el que he traído a colación. Es correcto señalar que, si bien la perspectiva de género favoreció la visibilización de una serie de problemas estructurales, lo cierto es que tiene sus limitaciones en tanto que —pese a las legislaciones, planes de acción y propuestas de formación— la violencia contra las mujeres continúa desplegando sus efectos de manera desmedida, en clara contradicción con los ideales de justicia de género que se persiguen.<sup>89</sup>

Por eso, y con miras a generar un cambio real en los patrones socioculturales de conducta entre varones y mujeres y, específicamente, eliminar los prejuicios y las prácticas basadas en estereotipos de género, es preciso realizar modificaciones a nivel legislativo que impacten en las prácticas jurídicas y en las resoluciones de los conflictos. De lo contrario, se envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno. Esto incrementa el sentimiento y la

---

<sup>89</sup> Radi, B. y Pagani, C. (2021). "Perspectiva de género, violencia de género y optimismo cruel", en Fraga Utges y Santangelo (comp.), *Violencias sexuales, género y sistema penal, miradas actuales sobre problemas estructurales*, Buenos Aires: Editores Sur, pp. 23-34.

sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas hacia el sistema de administración de justicia.<sup>90</sup>

Entonces, es necesaria la utilización del derecho como un elemento para facilitar la agenda de las mujeres, valiéndose de su poder prohibitivo y también a través de la capacidad que tiene el mismo de construir ideas que moldean realidades.<sup>91</sup>

En este sentido, y ante un panorama como el descrito es necesario no solamente identificar el problema, sino también darle una potencial solución. Para ello debemos abstraernos del optimismo cruel y trascender al plano activo. No asevero bajo ningún concepto que la propuesta que aquí se presenta sea la mejor opción, pero la considero útil para explorar potenciales salidas a este tipo de problemáticas. Lo contrario —esto es, permanecer en un estado de indiferencia o falsa acción—, perpetúa el estado de indefensión contra estas prácticas.

Considero al proceso penal una pulsión entre dos historias, siendo el final del relato la sentencia o resolución final equitativa, en tanto que, en la práctica judicial, a través de las sentencias, los magistrados vuelven “verdades oficiales hechos que quedaron asentados como ocurridos”.<sup>92</sup>

Entiendo el punto de que la sentencia o finalización del proceso, de cierta forma da un grado de autenticidad a lo que allí se plasma. Zanja las dudas que había al principio del proceso y llega a una solución que ya no es debatible y, de esta manera, la resolución genera un cambio en el mundo. Pasa del plano hipotético a convertirse en una verdad que puede ser presentada y contrastada ante el mundo entero, es decir, que una versión efectivamente prevalece frente a la otra.

Por eso, tiene primordial importancia que existan legislaciones que permitan llegar a resoluciones con perspectiva de género, trasladando desde el mundo jurídico hacia la sociedad resultados que beneficien a las mujeres víctimas de violencia de género. Esto, en definitiva, contribuye a transformar y a construir, de a poco, una sociedad más respetuosa de las garantías de las mujeres. Porque los discursos, en especial el jurídico, tienen la posibilidad de cambiar las prácticas sociales.

Estos discursos, que pueden ser legislaciones nuevas o resoluciones judiciales, tienen un impacto directo en el modo de percibir las dinámicas sexuales entre individuos, y en la

---

<sup>90</sup> Corte IDH, “González y otras (Campo algodón) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 400.

<sup>91</sup> Abrams, K. (2022). “De la autonomía de la agencia: perspectiva feminista sobre la autodirección”, en Cavallo y Michel (comp.), *Autonomía y Feminismos*, Didot, Buenos Aires, pp. 258-260.

<sup>92</sup> Fraga Utges, V. (2021). “Agresiones sexuales. Lenguajes y realidades en el discurso jurídico”, en Fraga Utges y Santangelo (comp.), *Violencias sexuales, género y sistema penal*, Buenos Aires: Editores Sur, p. 34.

resignificación de prácticas, roles y situaciones que hoy en día pueden parecer permitidas o comunes.

En consecuencia, considero que una posible solución a esta problemática podría ser el imponer un deber u obligación al sujeto activo del tipo, para que se cerciore del consentimiento de su acompañante en los actos sexuales. Mediante la imposición de esa conducta, se cristaliza el ver al otro como un sujeto de derecho, con independencia sexual, al que se debe respetar. La conducta debida del tipo sería que se asegure de que la otra persona haya dado su consentimiento para realizar cualquier tipo de acto sexual. Esto debería lograrse mediante un acto preferentemente comunicacional, lo cual evita, o por lo menos disminuye, el riesgo de un potencial ataque. El incumplimiento de este deber, sumado a un daño físico o psicológico es lo que generaría la subsunción en este nuevo tipo penal. No se trataría de ningún tipo de obligación especial, a título de garante, sino más bien una obligación genérica de cuidado, con la intención de preservar el bien jurídico de la libertad sexual. Las circunstancias en las que muchas veces ocurren los encuentros sexuales —ya sea por el poco conocimiento de las partes o debido al consumo de sustancias— generan en los participantes la responsabilidad de asegurar que se produzcan con el consentimiento de todas las partes. El mejor método para evitar que haya un problema en esta área es mediante el consentimiento comunicacional, es decir, haciéndole saber al otro si efectivamente se acuerda con las prácticas que se van a realizar.

Una posible tipificación podría ser la siguiente: Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que en los casos previstos en el artículo 119 tercer párrafo, haya incurrido en un error evitable respecto del consentimiento de la víctima.

### **5.1. Ventajas del nuevo tipo penal**

Lo que se busca con esta formulación culposa del delito, es dejar de lado la controversia sobre si el agente tenía o no conocimiento de la falta de consentimiento de la víctima. En su lugar se propone pasar a un plano en donde el agente debería tener la obligación de asegurarse que se está llevando a cabo un acto consentido. La ley permitiría superar parte del problema probatorio, ya que el acusador debería probar que el imputado no cumplió con los deberes de cuidado o que un sujeto razonable hubiese advertido la falta de consentimiento en el caso en cuestión.

En resumen, considero que el tipo culposo correspondiente a la violación debería estar tipificado para evitar la impunidad de cierta clase de delitos de índole sexual contra la mujer, ello en base a las obligaciones internacionales a las que se comprometió el Estado argentino.

Sumado a ello, se propone una escala penal más baja en comparación con el tipo penal doloso, atendiendo a que el accionar culposo de este tipo de acciones tiene una carga de desvalor menor. Esto se debe a que, en estos casos, se presupone que el autor no se representó previamente que estaba vulnerando la libertad sexual ajena, sino que por las costumbres y el modo en que fuimos socializados, crearon estándares erróneos a la hora de valorar el consentimiento, los cuales deben ser corregidos.

Si bien hay una importancia en la tipificación de la conducta, en miras a su sanción, no es menos importante cómo internamente adoptamos y traspolamos esas normas en el espacio jurídico y en los fallos. Es un proceso que comienza con la regulación pero termina indefectiblemente con efectos prácticos al internalizar esas normas y cumplirlas.

Creo que es un avance en este ámbito percibir el consentimiento como un acto comunicativo, y ver la legislación como un método o una herramienta que puede transformar nuestra comprensión actual del consentimiento.

Este elemento debería estar basado en el acuerdo con respeto y contactos claros de ambas partes; el foco de la cuestión debe recaer en cómo el acusado sabía que la víctima consentía.<sup>93</sup>

Este modelo de consentimiento logra desarmar los estereotipos de género que se dan a la hora de mantener una relación sexual, donde el hombre es visto como el buscador y la mujer, como ente pasivo que se debe superar. En los casos penales lo que se debe desarmar es si el agresor buscó algún tipo de indicador de consentimiento, y si realizó el esfuerzo debido para asegurarse de que existía.

La ley trabaja como un reflejo y como un modo de regular los cambios sociales, es lo que anhelamos que sea el comportamiento modelo. Por lo tanto, estas nuevas pautas en relación al tipo penal en cuestión ayudarían a reformar las relaciones sociales futuras.

El objetivo es pensar las leyes y los tipos penales en un sentido integral, tomando en consideración la perspectiva femenina, pero también con la meta de lograr, a largo plazo, una igualdad de trato y de condiciones. La formulación del artículo 119 no logra captar las sutilezas o las problemáticas que se dan en los encuentros sexuales entre conocidos, y más aún entre parejas, sin poder vislumbrar o especificar el concepto de consentimiento o su falta en estos casos.

No se puede obviar la desigualdad estructural que existe entre hombres y mujeres desde nuestra socialización, educación y crianza, y el trato que recibimos del mundo. Todas

---

<sup>93</sup> Burgin, R. y Flynn, A. (2019). “Women’s behavior as implied consent: Male “reasonableness” in Australian rape law”, en *Criminal Justice 1–19*, pp. 17-18.

estas actitudes que se internalizan en las mujeres desde un momento cero, influyen a la hora de tomar decisiones. A esta circunstancia se suma el hecho de que el Estado y sus organismos actúan, piensan, legislan y fallan judicialmente desde una óptica masculina y objetiva, sin tomar en cuenta la mirada feminista, contribuyendo a mantener y perpetuar estructuras de poder.<sup>94</sup>

Se espera de las mujeres que sean libres y autónomas para tomar decisiones, pero, contradictoriamente, se las educa para que no lo sean; por ende cuando hay una situación de agresión y no son lo suficientemente asertivas, se interpreta como un acto consentido.

Ahora bien, mi propuesta es intentar legislar para las mujeres con óptica femenina, buscando que la obligación de los hombres de cerciorarse de que haya consentimiento de parte de las mujeres, tenga por fin un tipo de equiparación de las voluntades. Si las mujeres fueron educadas para estar calladas y asistir, además de incentivar cambios educativos en ese sentido, los hombres tienen la obligación de verificar si dicho comportamiento, al que fuimos condicionadas, es verdaderamente una forma de consentimiento.

Utilicemos la legislación como un arma igualadora que eleve la voluntad de las mujeres, reflejando de modo realista lo que sucede —debido a la desigualdad estructural entre los géneros— en situaciones cotidianas. A la vez, la legislación debe servir para corregir esta desigualdad mediante la implementación de un modelo de consentimiento comunicacional.

## **6. Respuestas a posibles críticas**

Una posible crítica a mi propuesta desde el feminismo anticarcelario podría ser que esta solución refuerza o amplifica la imagen de la mujer como víctima, y que las respuestas punitivas no generan un cambio social, que es lo que, en definitiva, podría reducir este tipo de delitos.

Aunque esta crítica es válida, lo cierto es que hoy en día no estamos próximos a ningún sistema abolicionista. Asimismo, el sistema penal es una de las pocas herramientas con las que cuentan las mujeres para su protección. Por ende, si bien no soluciona el problema social de base ni el esquema patriarcal de nuestra sociedad, actualmente es una de las pocas herramientas que tenemos para enfrentar esta problemática.

Asimismo, resulta imperioso destacar el cambio social que podría generar la norma desde el punto de vista de la prevención general, ya que da un claro mensaje de tolerancia cero respecto a la violencia contra las mujeres. El objetivo de la norma es realizar un cambio social

---

<sup>94</sup> MacKinnon, C. (1989). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, pp. 277-327.

que concientice a los hombres y, de este modo, proteger de potenciales ataques o soluciones injustas. Además, se suma el alto grado de legitimidad que tiene la penalización de conductas violentas hacia las mujeres.

Aunque existen alternativas al modelo punitivista, es fundamental, para comprender y respetar la diversidad de situaciones, ofrecer a la víctima la opción de decidir si desea iniciar un proceso penal. La decisión de continuar con el proceso corresponde exclusivamente a ella. Es crucial que el abordaje del caso sea multidisciplinario y claro, lo que implica proporcionar a la víctima la información necesaria sobre los posibles resultados, las alternativas disponibles y otros aspectos relevantes. De este modo, podrá tomar una decisión informada sobre el camino que considere más adecuado

Cercenar esta opción es caer en el resultado que nos vienen dando hace años y no es suficiente. El aprendizaje y la deconstrucción son también importantes, pero sacar la pata punitiva restringe las opciones de quienes han sufrido y desean, como parte de su camino de sanación, una respuesta del aparato estatal que confirme su verdad.

Otra de las principales críticas que se le puede hacer a este tipo penal es el tema probatorio. ¿Cómo probar que el hombre cumplió con la obligación establecida? ¿Cómo acreditar que efectivamente se dio el consentimiento en el ámbito privado?

El tema probatorio es una de las mayores dificultades de mi trabajo y entiendo que puede ser atacado desde la óptica de las garantías del imputado. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en temas de género, debido a las características del delito, se debe ampliar el marco probatorio clásico que tenemos y explorar otras vías que no son las tradicionales. Asimismo, resulta imperioso reconocer que, muchas veces, en temas de género, el estándar probatorio es mucho más severo o alto que en otros delitos. Por ejemplo, en delitos contra la propiedad, donde se cuenta solo con el testimonio de la víctima, no existe tanta reticencia a aceptar la veracidad de sus dichos.<sup>95</sup> Sin embargo, cuando la víctima de violencia de género o delitos sexuales hace una denuncia se tiende a realizar numerosas pericias psicológicas y a dudar de su testimonio. Por eso, resulta clave la perspectiva de género al realizar la investigación.

---

<sup>95</sup> En esta línea se han expresado los legisladores en los antecedentes parlamentarios de la ley 25.087, al expresar que “es preciso garantizar que al examinar judicialmente un acta para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino solo que su voluntad fue quebrada. Paradójicamente, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellas se resistieron o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza para superar su voluntad. No obstante, a las víctimas de violación se les exige prácticamente probar estos requisitos, porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado y una agresión forzada.” (“Antecedentes Parlamentarios”, L.L., Desarrollo parlamentario, p. 1614).

Respecto a la opinión de que se podría ver cercenado el principio de inocencia e invertiría la carga de la prueba, entiendo que este no es el caso. Lo que se intenta hacer es, por un lado, tender a un consentimiento expreso; la ausencia del mismo y la falta de verificación por parte del acusado, sumado a una lesión de tipo físico o psicológico llevaría a la configuración del tipo. Por eso, el no cumplir con el mandato de cuidado es un tema central, cuando se entabla esta dinámica. El imputado no debe probar su inocencia, sino que, como método de defensa, debe acreditar haber cumplido con su obligación. Sin perjuicio de ello, su contraparte tendrá que probar que efectivamente la incumplió.<sup>96</sup>

Otro tipo de crítica puede girar en torno a que solo se vea como víctimas a las mujeres, al argumentar que los varones también pueden ser víctimas de actos sexuales no consentidos. Aunque esto resulta innegable, en este punto debo decir que mi elección obedece a cuestiones fácticas y estadísticas que indican que la mayoría de las víctimas de esta clase de delitos son mujeres. Por eso, pongo como eje central de esta tesis a las mujeres, dado que claramente, en la actualidad, siguen siendo fruto de desequilibrio. Es necesario que la legislación intente que, en los actos sexuales, el sistema de poder hegemónico no afecte la voluntad de las mujeres.

Otro problema que observo pasible de crítica está relacionado con el modo de consentimiento comunicativo que propongo, ya que se podría aducir que no refleja las dinámicas sexuales o los encuentros tal como ocurren actualmente. Considero que lo que se busca no es cristalizar situaciones, sino, por el contrario, modificar o sentar un mensaje sobre el comportamiento deseado, máxime cuando el contrario a la norma causa situaciones conflictivas. Si bien puede ser que, en la actualidad, los encuentros no se den de esta manera, lo cierto es que en otros ámbitos las voluntades se acuerdan por intermedio de la palabra, y no veo por qué en los encuentros sexuales no podría seguirse el mismo carril. Esto es aún más relevante cuando los involucrados no se conocen bien o están bajo la influencia de alcohol o drogas.

En esta línea, se podría decir que se equipara el consentimiento con la verbalización absoluta y clara del deseo sexual, lo que coloca la responsabilidad de la satisfacción sexual en la capacidad de las personas para decir y demandar. Esto las convierte en su propia garantía de mantener relaciones sexuales no coercitivas, lo cual es peligroso.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> No es deber de la defensa probar su inocencia, sino que es obligación de la parte acusadora derrumbar esa presunción. Sin embargo, pensando al proceso penal como pulsión de dos historias, se hace referencia a que la defensa, en estos casos, debería intentar probar que se verificó ese consentimiento.

<sup>97</sup> Álvarez, J. T. (2022). *Debates actuales sobre violencia sexual*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, p. 49.

## 7. Conclusión

En el presente trabajo se intentó dar una solución a los casos de vulneración a la libertad sexual de mujeres que ocurren en dinámicas de conocimiento entre las partes —ya sea de un modo ocasional o fruto de un vínculo sentimental—, como así también en el marco de situación de consumo de estupefacientes o alcohol. En estos escenarios se presentan problemáticas relacionadas al consentimiento, esto sucede debido a una serie de variables: el modo en que ambos géneros fueron socializados en torno a la sexualidad —con los hombres vistos como sujetos activos y las mujeres, como sujetos pasivos—, los mitos sobre la violencia sexual, y también la perspectiva masculina que tiene el Estado —desde su rol legislativo hasta el judicial por intermedio de sus fallos—. Todos estos componentes conducen a la imposibilidad de ofrecer una acabada solución a estos casos. El artículo 119 del Código Penal argentino, no logra dar una adecuada respuesta a esta temática porque no logra ver a estos actos como violencia sexual, ya que, al no haber resistencia o una amenaza directa contra las mujeres los tribunales argentinos no subsumen a este tipo de casos dentro de ese espectro, y tampoco las mismas mujeres logran entender que fueron víctimas de violencia sexual. Asimismo, el mencionado artículo no da una respuesta en términos de escala punitiva adecuada para estos casos. Esto se debe a que, como resultado de la desigualdad estructural en nuestra socialización, los varones no se representan que el acto sea contrario a derecho, sino que lo perciben como un acto de seducción. Entonces, considero que, si bien hay una vulneración a la libertad sexual de las mujeres, la escala penal debe ser menor ya que el accionar reviste una menor carga de desvalor, en comparación a casos donde el autor sí se representó que estaba cometiendo una violación.

En consecuencia, propongo un nuevo tipo penal culposo que prevea este tipo de delitos, debiendo las partes que inician una relación sexual verificar que el otro consiente, y la forma de hacerlo es el modo comunicacional. La falta de este deber junto con el daño físico o psicológico causado a la víctima, generaría la configuración del tipo.

De ese modo, se igualarían los roles, se respetaría la voluntad sexual de cada parte y se eliminarían las posibles confusiones.

## 8. Bibliografía

-ABRAMS, K. (2022). “De la autonomía de la agencia perspectivas feministas sobre la autodirección.”, en Cavallo y Michel (comp.), *Autonomía y Feminismos*, Didot, Buenos Aires: pp. 258-260.

- AGUSTINA, J. R. y PANYELLA-CARBÓ, M. N. (2020). “Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas”, *Revista de Política Pública en materia Penal*, vol 15, n°30, Universidad de Talca, Chile.
- ÁLVAREZ, J. T. (2022). *Debates actuales sobre violencia sexual*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.
- ANGEL, K. (2021). *El buen sexo mañana. Mujer y deseo en la era del consentimiento*, Buenos Aires: Alpha Decay,, p. 31.
- ARDUINO, I. y DI CORLETO, J. (comp.) (2022). *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, 1° ed. compendiada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.
- ARMSTRONG, E. A.; HAMILTON, L.; SWEENEY, B. (2006). “Sexual Assault on Campus: A Multilevel, Integrative Approach to Party Rape”, en *Social Problems*, Vol. 53, No. 4, pp. 483-499.
- BUOMPADRE, J., (2000). *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes: Mave, p. 335.
- BURGIN, R.; FLYNN, A. (2019). “Women’s behavior as implied consent: Male ‘reasonableness’ in Australian rape law”, *Criminal Justice 1–19*, pp. 17-18.
- CABANA, P. F. (2022). “Hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación”, *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*, compilación de Arduino I., Di Corleto, J., 1a ed compendiada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.
- CARRARA, F. (1945). *Programa de Derecho Penal, Parte Especial*, Volumen II, Buenos Aires: DePalma, p. 254.
- CREUS, C. y BUOMPADRE, J. E.(2013). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*, Buenos Aires: *Astrea*, p. 180.
- DE LUCA, J. A y LÓPEZ CASARIEGO, J. E. (2009). *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 28.
- DONNA, E. A. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*, 4° ed. act., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 524.
- FRAGA UTGES, V. (2021). “Agresiones sexuales. Lenguajes y realidades en el discurso jurídico”, en Fraga Utges y Santangelo (comp.), *Violencias sexuales, género y sistema penal*, Buenos Aires: Editores Sur, p.34.
- GARCÍA, M. F. (2020). “Complejidades del ‘no es no’: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 18, N° 1*, pp. 117-140.

- HICKMAN, S. y MUEHLENHARD, C. (1999). “By the semi-mystical appearance of a condom”: How young women and men communicate sexual consent in heterosexual situations”, *The Journal of Sex Research*, 36 (3), pp. 258-272.
- HÖRNLE, T. (2020). “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra; Derecho Penal*, año VI, número 10, pp. 197-217.
- HUSAK, D. N., THOMAS III, George C. (1992). “Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes”, en *Law and Philosophy*, Vol. 11, No. 1/2, *Philosophical Issues in Rape Law*, pp. 95-126.
- ISORNA Folgar, M., RIAL BOUBETA, A. (2015). “Drogas facilitadoras de asalto sexual y sumisión química”, *Salud y drogas*, vol. 15, núm. 2, p. 138, Alicante, España: Instituto de Investigación de Drogodependencias.
- KOSS, M. P. (2011). “Hidden, Unacknowledged, Acquaintance, and Date Rape: Looking Back, Looking Forward”, *Psychology of Women Quarterly*, 35 (2).
- KOSS, M. P. (1985). “The hidden rape victim: Personality, attitudinal, and situational characteristics”, *Psychology of Women Quarterly*, 9 (2), pp. 193–212.
- LANCMAN, A. V. y CAFFARO, F. (2022). “El consentimiento en casos de abusos sexuales”, en De La Fuente, J. E. y Cardinalli, G. I. (comp.), *Género y Derecho Penal*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 234-235.
- LUZZA, Y. Y. (2018). “Stealth: un ataque a la integridad sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, VIII, 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, pp. 27-31.
- NEAME, A. (2004). “Revisiting America’s date rape controversy”, *Family Matters* (68), pp. 50–54.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, Y. (2016). “Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género”, *Revista Mexicana de Sociología* VL, p. 78.
- PIQUÉ, M. L. (2017). “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires, p. 310.
- PINEAU, L. (1989). “Date Rape: A Feminist Analysis”, *Law and Philosophy*, 8 (2).
- RADI, B.; PAGANI, C. (2021). “Perspectiva de género, violencia de género y optimismo cruel”, en Fraga Utges y Santangelo (comp.), *Violencias sexuales, género y sistema penal, miradas actuales sobre problemas estructurales*, Buenos Aires: Editores Sur, pp. 23-31.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*, Vol.1, traducción de la 2º edición alemana, Madrid, España: Civitatis, pp. 544 y sigs.

- SELL, N. M., TURRISI, R., SCAGLIONE, N. M., CLEVELAND, M. J., y MALLETT, K. A. (2018). “Alcohol Consumption and Use of Sexual Assault and Drinking Protective Behavioral Strategies: A Diary Study”, *Psychology of Women Quarterly*, 42(1), pp. 62-71.
- SILVA, C., LLAJA, J. (2017). “La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica”, en Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires: Didot,, p.148.
- SOLER S. (1992). *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires: Editorial Tea, p. 307.
- TESTA, M., Van Zile-Tamsen, C., y LEVINSON, J. A. (2007). “Prospective prediction of women’s sexual victimization by intimate and nonintimate male perpetrators”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 75 (1), pp.52-60.
- VANCE, C. S. (1992). *More Danger, More Pleasure: A Decade After the Barnard Sexuality Conference*, 2ª ed., Kitchener: Pandora Press.
- YAGIL, D., KARNIELLI-MILLER, O., EISIKOVITS, Z. y ENOSH, G. (2006). “Is that a ‘NO’? The interpretation of responses to unwanted sexual attention”, *Sex Roles*, p. 54