

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XVIII

ABOSLAIMAN, Lucrecia; ADEN, Ercilia; ARNAUDO, Daniel;
AZARIAN, Fidel; BARBARÁ, Jorge E.; BERGOGLIO, María I.;
BERROTARÁN, Alejandro; BUTELER, Enrique R.; CENA, Julieta;
DEL CAMPO, Cristina; DI PIETRO, María Cristina; DURAN, Valeria;
ECHEGARAY DE MAUSION, Carlos E.; ETCHICHURY, Horacio J.;
EUBE MADUSSI, Alfredo; FARAONI, Fabián; FERREYRA, María E.;
GARAYO, Nadia; GÓMEZ PERDIGUERO, Ignacio; GORRA, Daniel;
JULIÁ, Marta; KOWALENKO, Andrea; LLOVERAS, Nora; LLORENS,
María P.; MIGNON, María B.; MOLINA, Matías E.; MONJO, Sebastián;
MORA, María A.; MORENO UGARTE, Graciela; MOYANO, Rami-
ro; ORLANDI, Olga; PARMIGIANI, Myriam C.; PARODI, Lucía H.;
PERETI, Carla; RÍOS, Juan P.; ROSSI, Julia; SAHARREA, Juan M.;
SELEME, Hugo; TAVIP, Gabriel; URQUIZA, María I.; VELASCO,
Milagros; VERCELLONE, Adriana; VERPLAETSE, Susana.

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

ISSN: 1667-6122

Editado por:



Universidad
Nacional
de Córdoba

C I J S

Impreso en:

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

ÍNDICE GENERAL

Reglamento del Anuario	9
Prólogo.....	13

SECCIÓN I

Derecho Público y Análisis de Políticas Públicas

El valor público como principio de una nueva gestión pública <i>Lucrecia Aboslaiman</i>	25
La Representación: dos ideas contrapuestas <i>Jorge Edmundo Barbará</i>	39
Acción penal: prescripción y la ley de ética pública. Fundamento de la causal de suspensión por delitos de funcionarios públicos. (art. 67 2do párrafo CP) <i>Enrique R. Buteler</i>	81
Tensiones constitucionales de la objeción de conciencia ante casos de salud sexual y no reproductiva <i>María Julieta Cena</i>	95
Evaluación Ambiental Estratégica -Notas caracterizantes- <i>Cristina del Campo</i>	115
Banco Mundial, seguridad social y derecho argentino <i>Horacio Javier Etchichury</i>	135
Uso de energías renovables: elementos sobre la construcción de las políticas energéticas y ambientales <i>Marta Juliá</i>	165

“La victoria no da derechos”: doctrina internacional <i>María Pilar Llorens</i>	165
Propiedad e ideología en clave constitucional. Consideraciones a partir de la constitución de Weimar <i>Myriam Consuelo Parmigiani</i>	205
Atentados a la competencia de la Corte Penal Internacional: Revisión de los Acuerdos Bilaterales de Impunidad a veintiún años de la firma del Estatuto de Roma <i>Lucía Hipatía Parodi</i>	221
La Corte Suprema y los pueblos indígenas (2013-2018) <i>María Isabel Urquiza</i>	243

SECCIÓN II

Derecho Privado ~ Derecho Internacional Privado

La Estrategia Probatoria: La prueba en la mediación -proceso autocompositivo- y en juicio –proceso heterocompositivo-. <i>María Cristina Di Pietro</i>	263
La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico argentino: Interpretación en valores de su regulación <i>Alfredo Eube Madussi ~ Milagros Velasco</i>	277
Aplicación exclusiva de la ley 27.449 <i>María Eugenia Ferreyra</i>	301
La colación en el Código Civil y Comercial de la Nación, la igualdad de los legitimarios y su debate actual <i>Nora Lloveras y otros</i>	309
Las compensaciones económicas - Efectos diferenciados en las uniones convivenciales, en el matrimonio y ante la muerte <i>Olga Etelvina Orlandi, Gabriel Eugenio Tavip y otros</i>	325

SECCIÓN III
Filosofía ~ Sociología ~ Ética

Legitimidad democrática internacional. Un análisis de la propuesta de Thomas Christiano <i>Ercilia Irene Adén</i>	359
¿Opresión y/o explotación? Aportes del feminismo a la concepción marxista del trabajo <i>Fidel Azarián</i>	377
Desafíos y oportunidades para la investigación socio-jurídica latinoamericana <i>María Inés Bergoglio</i>	393
“No” es “No”. Algunos casos para reflexionar sobre consentimiento y sexualidad <i>Nadia Garayo ~ Adriana Vercellone</i>	417
Una nota de la persona jurídica: la actividad intencional colectiva <i>Ignacio Gómez Perdiguero</i>	445
Análisis de criterios de aplicación del término violencia de género en fallos judiciales en Villa Mercedes ¿Cómo interpretan los jueces el femicidio? <i>Daniel Gorra ~ Juan Manuel Saharrea</i>	461
El estatus de la igualdad educativa en el liberalismo rawlsiano. Exegesis crítica de dos perspectivas contemporáneas <i>Ramiro Moyano</i>	479
Consideraciones sobre el castigo penal a carreros por actos de maltrato animal <i>Hugo Seleme y otros</i>	497

SECCIÓN IV
Becarios de Pregrado

Reforma a la ley de migraciones: ¿Lucha contra el crimen internacional organizado o legitimación para expulsar migrantes? <i>Diego A. Cevallos Ammiraglia</i>	511
Ampliación de la función judicial en el Estado argentino. El caso de las acciones de clase <i>Luis Eugenio Fasoli</i>	517
Leyes de cupo femenino en el régimen federal argentino <i>Franco Valdéz</i>	523
Abstracts	529

“NO” ES “NO”. ALGUNOS CASOS PARA REFLEXIONAR SOBRE CONSENTIMIENTO Y SEXUALIDAD*

*Nadia K. Garayo ~ Adriana L. Vercellone***

Resumen: Este artículo evalúa las condiciones bajo las cuales el consentimiento es válido, en especial cuando se trata de la disposición del propio cuerpo. Para ello, se resalta la importancia de la voluntad como único antecedente de cualquier intercambio entre personas. Luego, se analizan algunos casos difíciles que cuestionan nuestras intuiciones básicas sobre el consentimiento, como ser, el arrepentimiento o la voluntad manifestada bajo los efectos de alcohol. Las conclusiones no constituyen respuestas últimas sobre el tema sino, más bien, un llamado de atención sobre algunos argumentos irrazonables a los que se suele apelar para opinar o decidir sobre consentimiento y sexualidad.

Palabras clave: consentimiento ~ sexualidad ~ abuso ~ género.

INTRODUCCIÓN

Existen situaciones en las que no hay duda que se ha cometido un abuso sexual. Sucede, por ejemplo, cuando la víctima es menor de edad o cuando el hecho fue perpetrado bajo amenaza de muerte. Pero también podemos reconocer un número importante de casos en los que, para algu-

* Artículo recibido el 05/07/2019 - Aprobado para su publicación el 04/11/2019.

** Abogada (UNC), Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Coordinadora de “Clínica Jurídica” en Programa de Ética y Teoría Política (CIJS). Adscripta en Ética y en Privado VII (Daños), en la Facultad de Derecho (UNC). Email: nadiagarayo@gmail.com.

Magister en Derecho y Argumentación y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Profesora en Ética y en Derecho Político, en Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política (CIJS). Coordinadora del Departamento de Estudios Básicos (Facultad de Derecho, UNC). Email: adrivercellone@gmail.com

Agradecemos a colegas del Programa de Ética y Teoría Política que se tomaron el tiempo de leer y observar este artículo. Especialmente a Ercilia Adén, Ramiro Moyano, Cristian Fatauros, Valentina Huais y Florencia Rodríguez Nasuti.

nos, es difícil alcanzar dicha certeza, dada la presencia de elementos que entorpecen el juicio. Estos elementos suelen referirse a los antecedentes de la víctima y el victimario, el tipo de práctica sexual involucrada o el contexto en el que sucedieron los hechos. Así, se cuestiona la verosimilitud de un abuso cuando, por ejemplo, existe vínculo matrimonial previo, cuando la víctima es trabajadora sexual o cuando prestó consentimiento bajo los efectos de alcohol. En definitiva, determinar la existencia de una relación sexual no consentida no siempre es tarea fácil.

Este artículo analiza algunos argumentos que pueden aclarar estas divergencias. Como punto de partida, asumimos que el consentimiento es trascendental a los fines de determinar el derecho que alguien tiene para actuar en el área o dominio de otra persona.¹ Es decir, es necesaria una manifestación de voluntad para que un encuentro sexual sea validado. Asimismo, que sus elementos fundamentales -discernimiento, intención y voluntad- y las formas de manifestarlo merecen especial atención cuando se discute sobre el dominio del propio cuerpo y la sexualidad. Entre otras razones, porque son escasas las situaciones en las que se consiente un encuentro sexual con un “sí” directo, y abundantes aquellas en donde la voluntad sexual se expresa mediante gestos tácitos o bajo los efectos del alcohol, lo cual puede conducir a equívocos.

Particularmente, nos interesa evaluar la importancia y formas en las que puede manifestarse el consentimiento a una relación sexual, prestando especial interés a algunas situaciones “difíciles”; es decir, escenarios en los que dichas manifestaciones pueden ser interpretadas de varios sentidos -inclusive, contradictorios entre sí-. En este punto, el objetivo del artículo es doble. Primero, delimitar el papel que juega la voluntad en la configuración de las relaciones sexuales, los límites que importa, las situaciones bajo las cuales puede ser manifestado mediante gestos implícitos y el contenido que sucinta. Segundo, evaluar cómo deben interpretarse dichas categorías teóricas en situaciones complejas, como las antes mencionadas.

Para ello, en la primera parte se despeja la pregunta central del artículo -*porqué importa el consentimiento y cuáles son sus alcances en relación con la sexualidad*-, estableciendo vinculaciones con otras cuestiones nor-

¹ MCGREGOR, J. “Why When She Says No She Doesn’t Mean Maybe and Doesn’t Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and the Law”. *Legal Theory*, 2 (3), 1996, pp. 175-208.

mativas, conceptuales y jurídicas de relevancia. En la segunda parte del trabajo se analizan situaciones problemáticas que desafían nuestras intuiciones comunes sobre el consentimiento. Son casos que, dado el contexto o las víctimas que importan, pueden generar controversias y conclusiones contradictorias. Para la presentación de estas situaciones hemos escogido la categoría binaria mujer-hombre como presunta víctima y victimario, respectivamente. Ello en virtud de que el delito de abuso sexual ha constituido una forma histórica de dominación del hombre sobre la mujer. No obstante vale aclarar que, así como las situaciones posibles son múltiples y variadas, quienes pueden intervenir en ellas también, pues existen otras tantas minorías vulneradas en razón del género.²

El análisis de estos casos sirve, no tanto para concluir respuestas últimas sobre el tema, sino más bien para poner en evidencia algunos argumentos “distractores” que, aunque muy recurridos por operadores de la justicia en el tema, poco tienen que ver con el consentimiento y la sexualidad.

DIFERENTES INTERROGANTES Y CONSENTIMIENTO

Las siguientes son algunas de las preguntas que atraviesan todo análisis sobre sexualidad:

- a. *Cuestiones normativas.* ¿Qué es lo que define a una práctica sexual como correcta o incorrecta? ¿Existen actos sexuales *malos en sí mismos*? ¿Cómo evaluar a las prácticas que dañan físicamente a las personas? ¿Es reprochable el acto sexual cuando es motivado por fines materiales -dinero, ascenso laboral, etc.-?³ Para el abordaje de estos interrogantes se suele recurrir a categorías de la filosofía moral clásica, como el “consentimiento”, la “virtud” o el análisis de “consecuencias”.

² De hecho, MacKinnon resalta que se trata de una injusticia que los hombres sufren cuando son homosexuales o pertenecientes a una minoría étnica (por ejemplo), pero no por el mero hecho de ser hombres. Ver: MACKINNON, C. A. *Hacia una teoría feminista del Estado* (No. 227). *Universitat de Valencia*, 1995 p. 283.

³ Estos interrogantes son bien diferenciados en: HALWANI, Raja. “Sex and Sexuality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/sex-sexuality/>>.

- b. *Cuestiones conceptuales.* ¿Es el deseo sexual un apetito biológico o un mero estado mental? ¿Qué define a una “actividad sexual”? ¿Exige la presencia de más de una persona? ¿Es meramente procreativa o exige deseo e intención? ¿Puede admitir formas perversas?⁴ La definición conceptual de “práctica sexual” también contribuye a delimitar si algunas prácticas pueden ser censuradas o no (a).
- c. *Sistema patriarcal y cosificación.* ¿Es suficiente el consentimiento cuando una práctica sexual cosifica a las personas, es decir, las trata como un mero objeto sexual? ¿o cuando alguien consiente motivada por un entorno opresor? En este punto, la cuestión radica en definir si existen prácticas sexuales que son reprochables por el modo en que tratan a las mujeres u otras minorías sexuales, aun cuando consienten libremente.
- d. ¿Por qué está mal el abuso? Nadie duda de su reprochabilidad, pero ¿qué lo define como incorrecto? ¿Constituye un atentado contra la dignidad? ¿Depende del daño causado? ¿Es una interferencia sobre la autonomía? ¿Es malo porque importa un daño sobre un colectivo especialmente vulnerable? Esta pregunta, también normativa, admite respuestas que pueden englobar, o no, a las anteriores tres.
- e. *Cuestiones jurídicas.* Además de las dificultades enunciadas, el derecho enfrenta problemas de otra índole al atribuir responsabilidad. El abuso sexual es un tipo de delito muy difícil de acreditar frente a la justicia: a menos que exista acceso carnal o violencia física, no siempre deja pruebas ni testigos; además, la prueba de los hechos se torna difícil de recabar con el transcurso del tiempo y, en última instancia, la única evidencia real del daño causado suele ser la psiquis de la víctima. Si a esto sumamos que la legislación y los operadores jurídicos reproducen prejuicios de género al definir las preguntas conceptuales (b) y normativas (a), entonces el panorama para las víctimas no es muy esperanzador. Ya que, el derecho no ofrece herramientas suficientes para prevenir y sancionar este tipo de faltas.

⁴ HALWANI. Ob. Citada, 2018.

La lista enunciada –que, vale decir, no es exhaustiva- revela la cantidad de interrogantes vigentes sobre el tema y el modo en que estos se entremezclan. En el análisis de unos, siempre emergen argumentos vinculados con otros. Sin pasar por alto esta dificultad, en este artículo nos interesa concentrarnos en el problema del consentimiento y sus alcances en relación con la sexualidad. Fundamentalmente, porque entendemos que sólo el consentimiento puede autorizar o validar cualquier intercambio entre personas, incluido uno sexual.

Para que se entienda esta posición, son necesarias algunas aclaraciones previas.⁵

En primer lugar, que el consentimiento es *necesario* y *suficiente* para autorizar un encuentro sexual. En otras palabras, no puede validarse una relación sin que exista consentimiento por parte de sus involucrados y, asimismo, tampoco es necesaria la concurrencia de otro factor o expresión además de las manifestaciones de voluntad. Es decir que, para emitir un juicio sobre una situación, es relevante valorar sólo la satisfacción de los criterios que exige toda manifestación libre de voluntad –concretamente: discernimiento, intención, libertad-.

Esta concepción consensualista es llamada “minimalista”.⁶ No porque sean mínimos los requisitos que exige el consentimiento, sino porque deja de lado cualquier juicio moral acerca del tipo de práctica sexual involucrada. Así, para evaluar si una persona ha sido abusada es apropiado considerar si verdaderamente fue coaccionada o si su juicio fue alterado por un elemento externo; pero no es relevante si entre las personas existía amor, intercambio de dinero o inclusive algún tipo de violencia física –como sucede con las prácticas masoquistas-. Estos últimos elementos sólo importan cuando interfieren sobre las consideraciones de la voluntad. La ventaja de este enfoque es su “pluralismo sexual”, pues reconoce las

⁵ Centrar la discusión en el “consentimiento” importa asumir una postura sobre las otras preguntas mencionadas. Por ejemplo, si el consentimiento es determinante, entonces no existen prácticas sexuales *malas en sí mismas*, sino sólo cuando no son libremente consentidas (a); asimismo, significa que sólo puede cuestionarse una relación sexual cuando existen elementos del contexto que indujeron las preferencias o elecciones de las personas (c); o finalmente, que el abuso sexual es incorrecto porque vulnera la autonomía individual (d). Sin embargo, estas conclusiones merecen un mayor análisis que excede el objetivo de este artículo.

⁶ WERTHEIMER, A. *Consent to sexual relations*. Cambridge University Press, 2003.

disímiles razones y expectativas que las personas sostienen respecto de la sexualidad sin juzgarlas como permisibles o no.⁷

Segundo, que una correcta enunciación del consentimiento requiere considerar no sólo su aspecto *performativo* –es decir, el modo en que es exteriorizado- sino también su costado *subjetivo*. Fundamentalmente porque las manifestaciones externas de la voluntad no siempre son fieles indicadores del estado mental de las personas. Piénsese en alguien que no ofrece resistencia a una violación porque cree que así sufrirá menos golpes o, contrariamente, en quien disfruta simulando una situación de abuso: sus gestos externos –la resistencia o el silencio- claramente revelan lo contrario que sus estados mentales.

Esto nos lleva a una tercera y última cuestión: la importancia de ofrecer una concepción performativa y subjetiva sobre el consentimiento que reconozca las percepciones femeninas sobre el tema. Resulta verdaderamente problemático deducir el verdadero estado mental de alguien a partir de sus gestos implícitos. No sólo porque estos pueden contradecirse, sino también porque las percepciones sobre la sexualidad juegan un papel importante en dicha presunción. Por ejemplo, algunas teóricas sostienen que los hombres y las mujeres guardan diferentes experiencias y expectativas en relación con la sexualidad –dadas por diferencias en el aprendizaje, la crianza y la cultura-.⁸ Piénsese en dos personas que acuerdan un encuentro casual: es posible que mientras él alberga ciertas expectativas sobre dicho encuentro, *ella* cree algo distinto. Estos sesgos de género concluyen en percepciones sobre la sexualidad diferentes que no deben subestimarse al elaborar conclusiones.

Si esto último es cierto, entonces los conceptos fundamentales del consentimiento –libertad, conocimiento, etc.- no debieran ser definidos en base a estándares exclusivamente masculinos.⁹ Lo cual es especialmente relevante si se considera que las normas que regulan la cuestión

⁷ WERTHEIMER, Ob. citada, 2003, pp. 140-142.

⁸ GOODMAN, C. “Protecting the Party Girl: A New Approach for Evaluating Intoxicated Consent”. *BYU L. Rev.* 57, 2009.

⁹ MACKINNON, C. A. “Feminism, Marxism, method, and the state: Toward feminist jurisprudence”. *Signs: Journal of women in culture and society*, 8(4), 1983, pp. 635-658.

son definidas e interpretadas por varones -o al menos eso indican algunas estadísticas locales¹⁰-.

CONSENTIMIENTO: CONCEPTO FUNDAMENTAL Y ELEMENTOS

Antes de avanzar en el análisis de casos, es necesario profundizar sobre los presupuestos y elementos del consentimiento. De esta manera, resultará más sencillo en el complejo entramado de situaciones posibles, percibir su ausencia.

Probablemente su enunciación más clara la encontramos en el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Analizar dichas normas nos acerca, no sólo a los presupuestos teóricos sobre el consentimiento -ya que dicho artículo reconoce los principales aportes filosóficos y jurídicos en el tema-, sino también a la idea más difundida que es fundamental para la práctica jurídica al decidir en estos casos. En su artículo 260 sostiene que un acto es voluntario *“cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”*. De dicho enunciado, se extraen sus fundamentales elementos.

En primer lugar, para que el acto se considere voluntario la persona debe poder discernir lo que acontece, y tener la intención y libertad de llevarlo adelante. Estos constituyen los elementos internos de la voluntad. En segundo lugar, es necesario que dicha voluntad sea exteriorizada mediante un hecho, constituyendo éste su elemento externo.

Siguiendo a Brebbia¹¹, el discernimiento es aquella aptitud que permite a alguien distinguir las implicancias de sus actos o sus consecuencias. Dicho estado se adquiere con la maduración psicofísica a una edad

¹⁰ El 66% del personal del Poder Judicial de Córdoba son mujeres; dicho porcentaje se reduce a 44% en los cargos jerárquicos -magistrados, fiscales y asesores letrados-. La brecha es mayor en el fuero nacional, donde el 27% de los cargos jerárquicos en la Corte, Procuración y Defensoría General son ocupados por mujeres. Datos disponibles en: <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/comienza-a-romperse-el-techo-de-cristal-en-la-justicia-de-cordoba/?fbclid=IwAR0jFFcuw1WmNduTIXImwCy4C-FLk0M-ctXI4pSeGUzsDV5n716ALTWUSeOM>

¹¹ BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 47, comentario al art. 897 como se cita en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 28.

determinada y puede interrumpirse por diferentes factores que afectan la capacidad de conocer y evaluar los hechos del mundo de forma plena, como la hipnosis o un estado de locura sobreviniente. Así, el acto es involuntario cuando lo despliega quien se encuentra privado de razón (o en estado de inconsciencia o perturbación mental) o por inmadurez en razón de la edad (menores de 13 años en actos lícitos y menores de 10 en ilícitos).

La diferencia entre el discernimiento y la intención es que mientras esta última se posiciona sobre el acto concreto que alguien está por realizar, el primero refiere a una aptitud más general para comprender. De acuerdo con ello, un acto es inválido cuando un error elimina la intención. Así, una persona adulta puede tener aptitud para conocer y discernir sobre un objeto del mundo, y sin embargo equivocarse al elegir o ejecutar su acción. Por ejemplo, quien tiene mucha sed y desea tomar agua, pero sin saberlo bebe de un vaso que contiene veneno.

El concepto de libertad es tanto más problemático, dada la multiplicidad de definiciones existentes sobre ella. Como aproximación general, diremos que refiere a la posibilidad de elegir entre distintas alternativas de acuerdo a propias preferencias y deseos; es decir, sin que la decisión sea condicionada por elementos externos. La fuerza y la intimidación son formas de condicionar una decisión y, por lo tanto, de eliminar la voluntad.

En cuanto a las formas de exteriorizar la voluntad, el mismo cuerpo normativo determina que ésta no sucede exclusivamente de forma oral, siendo válidos también los signos inequívocos, la ejecución de un hecho material e inclusive la vía escrita (art. 262 CCCN).

VICIOS Y FALTA DE CONSENTIMIENTO

Cuando el consentimiento se traduce en una acción, omisión o gesto inequívoco que satisface los elementos antes enunciados, puede operar sobre los bienes jurídicos de las personas, habilitando a otros a actuar o a disponer de ellos. Para el caso de los delitos sexuales que aquí interesan, además destipifica una conducta que afecta dicho bien. En palabras de Buompadre:

“La expresión válida del consentimiento implica la expresión de disposición del bien jurídico del que se es titular. (...) por lo tanto, el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido,

prestado en condiciones normales de discernimiento, intención y libertad, esto es, que no haya sido obtenido o arrancado mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o cualquier otra forma de coerción, es totalmente eficaz y actúa destipificando la conducta.”¹²

En este contexto, es fundamental el estudio de aquellas situaciones en las que una manifestación de voluntad no es válida por la presencia de elementos que afectan el juicio individual, como el error, la ignorancia o la violencia.

Podemos identificar al error como el falso conocimiento acerca de algo. Creemos conocer todo lo necesario sobre una situación, pero en realidad tenemos una falsa y equivocada idea de ella. El error puede ser de hecho, cuando la falsa idea recae sobre los hechos, el contenido o los presupuestos del acto que se lleva adelante, o de derecho, si recae sobre la existencia, el alcance o la vigencia de ciertas normas. El error como vicio de la voluntad se justifica si se trata de un error de hecho el cual, además, debe ser esencial. Es decir, debe recaer sobre un aspecto fundamental del caso que se ha tenido presente al momento de celebrar el acto y no acerca de cuestiones accesorias (arts. 265 y 267 CCCN). Un ejemplo de ello es aquella persona que se exhibe a la vista de terceros teniendo relaciones en un lugar público bajo la falsa idea de que es un espacio privado. El supuesto de la ignorancia es diferente, pues la persona no tiene una falsa noción de algo sino que nada conoce sobre el asunto.

La excusabilidad de ambos vicios depende de las precauciones que la persona toma al decidir o al actuar. Así, es diferente el caso de quien pudo razonable y fácilmente conocer que el espacio donde tenía relaciones era público, al de quien deliberadamente le ocultan dicha circunstancia, por ejemplo, falsificando un cartel. Cuando el error o ignorancia no es consecuencia de la propia negligencia, se justifica. En cambio, el error de derecho no puede ser invocado para anular el acto. Por ejemplo, si se desconoce que está prohibido el exhibicionismo.

¹² BUOMPADRE, Jorge E., El delito de Violación. Análisis Dogmático de los Elementos Típicos (tras la reforma de la Ley N° 27.352/17), 2017, p. 82.

Respecto a la violencia, distinguimos dos tipos: la vis absoluta y la vis compulsiva.¹³ La vis absoluta consiste en el despliegue de fuerza física frente a la víctima o por medios mecánicos que actúan sobre ella, con el fin de lograr el contacto sexual o someterla. En el caso de la vis compulsiva, quien la ejerce pretende –mediante amenazas o intimidaciones– someter a alguien a actuar conforme sus deseos, constriñéndola psicológicamente a través del temor. Finalmente, es importante resaltar que en el concepto de violencia se incluye el uso de medios hipnóticos o narcóticos, por el modo en que éstos pueden determinar decisiones (Art. 78 Código Penal -CP).

Un claro ejemplo de falta de consentimiento o de voluntad viciada que encuentra recepción normativa es el abuso sexual, cuya tipificación protege la libertad sexual de las personas, es decir, que cada quien pueda llevar adelante su vida sexual conforme sus propios deseos y preferencias.¹⁴ Al respecto, el artículo 119 (CP) establece que:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

Se evidencia que todos los supuestos contemplados por la norma vinculan la reprochabilidad de la conducta con el consentimiento de la víctima, sea porque éste no ha existido o porque se ha prestado vulnerando alguno de los elementos de la voluntad.

Por último, es importante resaltar que la evaluación de estos elementos resulta sumamente compleja a la luz de los hechos, probanzas y el derecho. En los casos que analizamos, es fundamental que el análisis de los operadores judiciales incluya la llamada “perspectiva de género”. Esto se apoya, principalmente, sobre dos ideas.

¹³ BUOMPADRE, Jorge. “Código Penal Comentado de acceso libre. Asociación Pensamiento Penal”, Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts_119_a_120_abusos_sexuales.pdf Consultado el 04/07/2019.

¹⁴ Este artículo no pretende hacer un análisis exhaustivo de la figura de abuso sexual ni sus diversas causales, sino sólo del problema del consentimiento. Por ello, no se desarrolla en profundidad lo primero.

Primero, que las categorías jurídicas modernas constituyen una forma más de dominio de un género sobre el otro. Aunque tanto el derecho como la jurisprudencia han pretendido guiarse por los principios de objetividad y neutralidad, en realidad esto escondió siempre la imposición y legitimación de las normas y formas básicas masculinas a toda la sociedad. Básicamente porque la defensa de la libertad “negativa” y la neutralidad estatal han servido para sostener un *status quo* históricamente desigual.

Y segundo, que es necesario apartarse de esta común –y profundamente arraigada– visión tradicional sobre los hechos y la norma, para construir una que reconozca las percepciones y vivencias femeninas sobre el tema, ya que son las mujeres las que han debido soportar las injusticias y sometimiento sistemático en todos los espacios de su vida cotidiana, incluidos los no estatales. En ese sentido, es sencillo notar que las mujeres históricamente han padecido injusticias por el solo hecho de ser tales (privación de libertades políticas y derechos básicos, esclavitud doméstica, etc.). Esta disímil posición que ocupan las minorías de género siempre ha sido determinante para la construcción del poder que el Estado y sus normas reflejan. En palabras de MacKinnon: “*La ley ve y trata a las mujeres, como los hombres ven y tratan a las mujeres*”.¹⁵

Este cambio de perspectiva hoy comienza a ser reconocido en el fuero judicial. Al respecto, es de utilidad el reciente auto interlocutorio del Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo:

“(...) debe analizarse a los mismos desde una hermenéutica que tenga presente el sustrato cultural estructural de supremacía del varón sobre la mujer que determina la configuración de roles y conductas esperables (de superioridad del varón y subordinación de la mujer) y que constituyen estereotipos de género. En ese marco debe efectuarse un examen de los hechos que se investigan que contemple las múltiples y sutiles formas de dominación y coacción que pueden operar en una situación concreta, en un contexto de violencia de género, y que son susceptibles de determinar conductas que en apariencia y de acuerdo a interpretaciones tradicionales, puedan lucir como consentidas cuando, apreciadas desde la perspectiva de género no lo serían; superando de este modo las rígidas concepciones que contemplan como formas de coacción sólo aquellas circunstancias en las que se

¹⁵ MACKINNON, Ob. citada, 1995, p. 284.

verifican conductas agresivas o intimidatorias explícitas y concomitantes al episodio de posible vulneración de la libertad sexual."¹⁶

CONSENTIMIENTO TÁCITO

Son muchas las situaciones en las cuales el consentimiento se expresa de forma tácita. En el caso de la sexualidad, podríamos decir que las manifestaciones indirectas y espontáneas de voluntad son mayoritarias, indicándose ésta mediante omisiones, silencios, miradas o el contacto físico. De hecho, la propia legislación reconoce al silencio y gestos como posibles exteriorizaciones de la voluntad.¹⁷ Sin embargo, no es fácil dilucidar el sentido en que deben ser interpretados dichas expresiones, en especial cuando son contradictorias, ambiguas y su interpretación queda en manos de terceros.

Esta dificultad queda en evidencia cuando se piensa en la cantidad de situaciones en las que resulta injusto atribuir efectos disposicionales a una manifestación de voluntad implícita. Por ejemplo, la resistencia suele indicar falta de consentimiento a una relación sexual; pero no puede presumirse que alguien ha consentido algo cuando, por temor, no se resistió. Así, resulta necesario explicitar las condiciones bajo las cuales es válido presumir la voluntad positiva o negativa de otra persona.

Surge entonces una primera pregunta respecto de las diferencias entre las manifestaciones expresas y tácitas de la voluntad: ¿Se trata meramente de una diferencia de forma, o es también de contenido?

Piénsese en las siguientes situaciones. Alguien responde abiertamente "sí" ante la invitación de otra persona a tomar algo; mientras otra persona guarda silencio ante el mismo ofrecimiento, pero se sienta en la mesa de quien la invita y acepta el vaso que le ofrecen mientras sonrío. No puede decirse que la primera ha consentido algo mayor o diferente a la segunda pues, en principio, ambas han aceptado sentarse con otra persona a tomar algo. Es evidente que la voluntad expresada mediante silencios o gestos no es necesariamente más débil que la expresa y directa, ni posee

¹⁶ Auto interlocutorio N° 9, 27/2/2019, Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo en la causa SANCHEZ, PABLO YAMIL - CAUSA CON IMPUTADOS (EXPEDIENTE: 7773947).

¹⁷ Art. 262 CCCN ya citado.

un contenido o alcance menor.¹⁸ La diferencia entre ambas radica en el modo en que la voluntad es revelada a los demás, lo cual genera que en algunos casos sea más difícil conocer la verdadera voluntad de alguien. Pero, en definitiva, tienen similares efectos disposicionales; y así, lo central es explicitar el tipo de gestos que es apto para manifestar la voluntad de forma inequívoca. Despejando dicha cuestión, es posible para cualquiera conocer las verdaderas intenciones detrás de los signos tácitos de alguien.

Considerando al “silencio” como gesto de la voluntad, McGregor sistematiza cinco condiciones que responden dicho interrogante: a) la persona debe tener noción que está manifestando su voluntad; b) debe conocer que se manifiesta a través del silencio y prever los alcances y contenido de dicho acto; c) además, debe tener la intención de consentir mediante el silencio; d) debe disponer de un tiempo razonable para responder de otro modo; y finalmente, e) los medios posibles de disenso deben ser razonables.¹⁹

Algunos de estos requisitos refieren a aspectos subjetivos de quien consiente, difíciles de presuponer -por ejemplo, *qué conocía o qué deseaba*-. Sin embargo, en algunas situaciones, son rasgos que el mismo contexto situacional puede exponer mediante una adecuada apreciación.

Así, los requisitos a), b) y c) sugieren que es de presumir la voluntad cuando la situación es apta para ser consentida de forma indirecta y, por encima de todo, dicha información es cierta y al alcance de cualquiera. Es decir, alguien debe conocer no sólo el posible efecto de su omisión o gesto, sino también que éstos son medios aceptables de manifestación de la voluntad. A modo de ejemplo: alguien visita una playa nudista en la que es obligatorio ingresar sin ropa. En la puerta le preguntan si está de acuerdo con dicha norma y le muestran el cartel que así lo exige, para luego ingresar en silencio al lugar. Esta persona puede prever el sentido en el que será interpretado su silencio: como una aceptación de la norma del lugar.

Por otro lado, de acuerdo con d) y e) las personas deben conocer y comprender que cuentan con medios y tiempo razonable para disentir,

¹⁸ SIMMONS, A. J. “Denisons” and “Aliens”: Locke’s Problem of Political Consent. *Social theory and practice*, 24 (2), 161-182, 1998, pp. 168-170.

¹⁹ MCGREGOR, ob. citada, 1996, p. 194. Cabe aclarar que McGregor evalúa el “silencio” como gesto válido de voluntad positiva, aunque sus condicionantes pueden extenderse a otras omisiones o gestos implícitos que pudieran tener similar efecto.

aun cuando esa información se divulga de modo informal. Asimismo, las personas conocen y prevén el momento a partir del cual ya no puede expresarse la voluntad. Para mostrar cómo funcionan estas exigencias, Simmons piensa en el siguiente ejemplo: se planea una reunión en una compañía, y quien lidera la propuesta anuncia que la misma se llevará a cabo al día siguiente en el horario X; seguidamente, pregunta a sus colegas si alguien tiene objeción que alegar. Simmons cree que, dado el contexto, los asistentes pueden prever que su silencio generará la presunción de aceptar el día y horario propuestos.²⁰

Pero al argumento le falta aún una parte. Como existen situaciones en las que dicha conclusión puede ser injusta, Simmons agrega que los medios aceptados para disentir deben ser razonables y fácilmente ejecutables, y las consecuencias de disentir no ser perjudiciales o altamente costosas.²¹ De ningún modo puede atribuirse significado al silencio de quien, bajo amenaza de muerte, es requerida a hacer algo. E igualmente, es oportuno valorar si existía entre las partes involucradas relación de poder, laboral, familiar, etc. que potencialmente pueda conminar una decisión.

Así, un juicio de razonabilidad e imparcialidad sobre el contexto y circunstancias de elección permiten evaluar y concluir sobre los estados mentales y voluntad de las personas. La lectura de un caso paradigmático puede servir para ilustrar cómo funcionan estos juicios en la práctica. Un caso de relevancia es el homicidio de Lucía Pérez. En una cuestionada decisión judicial, el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata presumió -ante la ausencia de manifestaciones expresas e inexistencia de signos inequívocos- la voluntad de la víctima de tener una relación sexual, a partir de rasgos y antecedentes personales. A partir de ello se justificó absolver a los tres imputados por abuso y femicidio.²²

Los argumentos de la sentencia giran en torno a dos ejes: por un lado, si la víctima podía efectivamente prestar consentimiento (pese

²⁰ SIMMONS, A. J. "Tacit consent and political obligation." *Philosophy & public affairs*, 274-291, 1976, p. 279.

²¹ SIMMONS, Ob. citada, 1976, pp. 279-280.

²² 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 a gravado por la gravedad del hecho precedente" 26/11/2018.

a sus 16 años y la edad del principal imputado -Fariás-, 23 años) y el vínculo comercial que los unía (proveedor de estupefacientes y consumidora); por otro lado, si efectivamente consintió la relación sexual que precedió a su muerte.²³

Para evaluar lo primero el tribunal consideró como relevantes los rasgos de carácter de la víctima. En diferentes pasajes, manifiesta que la víctima no era una persona “sumisa”, por el contrario, revelaba un alto grado de “autodeterminación” para decidir con quién tener relaciones sexuales, además de destacar su experiencia y hábitos sexuales previos. Sobre la base de esto sugiere que Lucía podía decidir y comunicar con firmeza su decisión de tener una relación, y de ello presume que consintió el vínculo que desencadenó en su muerte. En sus palabras, si Lucía no lo deseaba podía negarse, *“ya que no es encontraba en una situación de vulnerabilidad que le impida consentir libremente”*.

La mención a la posible “vulnerabilidad” es también notable, ya que se concluye dicha situación del estatus económico y social de Lucía, más no de las circunstancias del caso o del encuentro con los acusados. Así, para el Tribunal, la ausencia de una situación de vulnerabilidad o subordinación se debe a que ella acudía a la escuela, vivía con una familia que la quería y tenía amistades. Sin embargo, el juzgador omite considerar la diferencia de edad con los imputados, que al momento del hecho la superaban en número o su posible adicción a las drogas, elementos que potencialmente pueden viciar una decisión.

Así, a la primera pregunta -si podía consentir una relación sexual-, el tribunal concluye de forma afirmativa. ¿Se encuentra debidamente fundada la conclusión?

Piénsese en la exigencia (a) antes enunciada, ¿tener una familia cariñosa implica conocer y prever que se consiente indirecta o tácitamente una futura relación sexual? ¿puede el “carácter fuerte” ser un signo de

²³ Cabe mencionar que, además del consentimiento, se discuten otros dos temas. Primero, la causa de la muerte, ya que unos la atribuyen a un “empalamiento” -circunstancia que denota evidente violencia física y sexual- mientras otros analizan diversas variables -muerte súbita, asfixia-, para el Tribunal finalmente concluir que se trató de una sobredosis. Segundo, se discute si el cuerpo de la víctima presentaba marcas de violencia, pues éstas suelen ser indicativas de abuso. Sobre este punto, el Tribunal concluyó que las lesiones son compatibles tanto con una relación forzada como con una relación consentida pero “brusca o impetuosa”.

aceptación a cualquier relación? Para concluirlo, el Tribunal pone su atención en características personales de Lucía y su vida privada, omitiendo analizar si se encontraba en estado de elegir y disponer libremente.

En torno a la segunda cuestión -si Lucía consintió la relación con Farías- el tribunal reproduce que acordaron un encuentro mediante mensajes de texto, y que dicho encuentro incluía “*tomar mates y facturas*”. ¿Sirve esto como manifestación de su voluntad de tener deseos de un encuentro sexual? O mejor dicho ¿explica cuál era la intención de Lucía al acudir a la casa de Farías?

Sobre el tema, el tribunal asume que no se vio forzada “*ni física, ni moralmente*” a concurrir a la vivienda de uno de los acusados y a partir de ello, deduce que la relación con los imputados fue consentida. Sin embargo, para llegar a dicha apreciación se consideran algunos antecedentes llamativos y se pasan por alto otros sumamente relevantes. Por ejemplo, se toma en cuenta que Lucía en el pasado se había negado a intimar con uno de ellos, por lo que la aceptación de una nueva invitación indica un cambio de opinión; o que su adicción a las drogas y la deuda con los proveedores, sugiere un posible intercambio sexual consentido a cambio de una quita de deuda. Asimismo, se omite considerar que los presentes al momento de su muerte eran tres (no sólo Farías, con quien se escribió mensajes) o las circunstancias violentas del hecho²⁴. Es decir, acontecimientos que exceden a aquello que ella pudo prever y conocer al enviar un mensaje (b) o que ponen en duda su posibilidad de resistir (e). Si ignoraba o tenía una idea equivocada de lo que implicaba acudir a un encuentro, sin dudas puede cuestionarse que haya consentido una relación sexual al escribir un mensaje de texto.

Las conclusiones del Tribunal sugieren múltiples interrogantes: ¿es posible que alguien, al comprar drogas, consienta algo más? O ¿es posible prever que al comprar drogas también se consiente tener una relación sexual? Una deuda previa entre una persona y el vendedor, ¿admite concluir que han consentido tener una relación sexual y, sobretodo, *cualquier* relación sexual? -es decir, no sólo con el vendedor,

²⁴ Piénsese que son tres los imputados (todos presentes al momento de la muerte, aunque discutido que todos hayan abusado carnalmente de Lucía) y se trabajó sobre la posibilidad de “empalamiento” como causa de la muerte; datos discutidos por la pericia oficial, aunque también se afirmó que el cuerpo había sido “limpiado”.

sino también con sus amistades y de forma violenta-. De ningún otro vínculo comercial concluiríamos esto.

La decisión judicial analizada deja profundas dudas al pasar por alto los tres elementos esenciales que debían evidenciarse en las acciones y gestos de Lucía, discernimiento, intención y libertad. Pasa por alto, también la posibilidad de que éstos hayan estado viciados. El tribunal descartó dicha posibilidad, por ejemplo, sin considerar la intimidación que puede generar una relación desigual a causa de una deuda o la ignorancia de que en el tiempo compartido también estarían presentes más personas. Sin embargo, son muchas las conclusiones a las cuales arriba, todas ellas basadas en concepciones y prejuicios sobre la víctima, propias de un sistema que atribuye roles y rasgos determinados –y arbitrarios- a las mujeres.

Una segunda decisión judicial contribuye a ver este tipo de error argumentativo de forma mucho más evidente. Se trata de lo resuelto por tres juezas penales de Puerto Madryn en 2018. A instancias de un argumento esbozado por la defensa, se negó la existencia de un abuso sexual atento el peso de la víctima. Concretamente, se consideró que no es posible que haya existido abuso porque la víctima es una persona “gorda”.²⁵ De un dato sobre el físico de la víctima, el tribunal concluye que ésta pudo conocer, prever y desear algo, o si tuvo tiempo o medios razonables para disentir. Es decir, presume su tácita voluntad de aspectos sobre los que alguien no siempre tiene poder de decisión.

Aunque puede resultar absurdo, las apreciaciones sobre la apariencia de la víctima y el victimario suelen ser considerados por los jurados al decidir.²⁶ Pero, como se puso en evidencia, poco tienen que ver con el consentimiento y sus elementos constitutivos, ni mucho menos con una interpretación de la norma con perspectiva de género.

²⁵ Fallo no disponible en portales oficiales ni base de datos judiciales. La información se ha extraído de:

https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/04/19/escandalo-en-chubut-un-acusado-de-abuso-sexual-fue-absuelto-porque-la-victima-era-obesa/?outputType=amp-type&__twitter_impression=true

²⁶ Se ha resaltado que los jurados populares suelen considerar que un hombre atractivo “no tiene aspecto de violador” o que mientras aumenta la belleza física de un hombre se percibe un mayor derecho a poseer una mujer (Goodman, Ob. citada, 2009, p. 83).

CONSENTIMIENTO CONDICIONADO Y ARREPENTIMIENTO

En ocasiones, una manifestación de voluntad se encuentra atada a una condición. Por ejemplo, *“te daré el dinero para que compres los materiales -y no otra cosa-”*, *“asistiré a la fiesta, si no debo hablar con X”*, *“leeré el libro, si tengo tiempo libre”*. Son situaciones en las que los efectos disposicionales de la voluntad, y seguramente la existencia del entero acuerdo, dependen del cumplimiento de dicha condición. Así, no se condiciona sólo una relación o negocio futuro, sino la propia manifestación de voluntad. La condición forma parte esencial de los elementos necesarios para que el consentimiento sea válido, pues también constituye aquello que la persona preveía y tuvo intención de realizar. El resultado es que todo desenlace que incumple la condición establecida, se considera no consentido.

Es sencillo entender los límites que importan las condiciones cuando se piensa en cualquier otro intercambio consensuado entre personas. Quien autoriza a un vecino a ingresar a su casa para que lo ayude con una mudanza de muebles, de ningún modo le concede ingresar cualquier otro día por la ventana, o sentarse en su sillón a ver televisión. Cuando se trata de disponer de la propiedad privada, dichos límites se comprenden como si hubieran sido claramente verbalizados. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata del dominio y autorización sobre el cuerpo ajeno. Ello es así en tanto pareciera que el cuerpo femenino se percibe como siempre disponible.

¿Cómo saber las condiciones bajo las cuales una persona acepta una invitación? ¿o inclusive las condiciones que impone a un encuentro sexual consentido?

Algunos creen que el consentimiento incluye una generalidad de futuras situaciones, que sólo se limita cuando la persona manifiesta abiertamente su negativa a una práctica. Así, dos personas que se conocen en un bar y acuerdan ir a un hotel, pueden suponer que autorizan cualquier situación posterior; mientras que el límite de dicha aceptación será un eventual y futuro “no” que cualquiera exprese.

Sin embargo, esto puede conducir a equívocos. Primero, porque nadie que acepta una invitación a un bar o un hotel lo hace incondicionalmente. Segundo, porque existe una infinidad de situaciones que, por intimidantes, inducen a las personas a no expresar sus condiciones, a modificarlas e inclusive a arrepentirse de aquello que inicialmente consintieron. De

hecho, se ha mostrado que no es necesaria la presencia de un arma y una amenaza para que exista coacción o violencia. Por el contrario, muchas mujeres revelan su reticencia a imponer condiciones o a expresar una negativa cuando se sienten amedrentadas mediante palabras, contacto físico, o que ha sido su culpa exponerse a una situación vergonzosa. Y así, eligen sucumbir evitando una posible situación violenta.²⁷ Es decir, aun cuando existe una clara intención de no realizar algo, perciben que son forzadas a consentirlo.

Esto revela que cualquier concepción “negativa” sobre la voluntad es demasiado amplia, pues implicaría que las personas siempre consienten una relación con cualquier extraño, a menos que se resistan o expresen abiertamente un “no”.²⁸

La posición contraria exige una manifestación positiva de la voluntad como requisito ineludible para validar un encuentro sexual. Aunque es flexible al admitir que dicha manifestación pueda no ser verbal, sí requiere de una clara y no ambigua comunicación del consentimiento.²⁹ El problema de este argumento es que no importan las diferencias sustanciales entre varios casos de abuso que reconocen grados de reprochabilidad. Por ejemplo, Dougherty menciona que no puede ser igualmente cuestionado quien tiene relaciones sexuales con una persona que también lo desea aunque no ha sido clara al expresarlo (B desea tener un encuentro sexual con A pero es dubitativa al expresarlo; encontrándose en una situación de intimidad, A no le pregunta y la penetra), y quien asume que la pareja se negará a tener dicha relación entonces elude la pregunta (A no sabe si B desea tener relaciones pero, asumiendo que puede negarse, sin preguntarle la penetra).³⁰ Según esta concepción “afirmativa” del consentimiento, ambos casos serían igualmente reprochables.

En el medio, encontramos otras posiciones que exigen comportamientos a las personas involucradas, los cuales implican responsabilidades puntuales -por ejemplo, interesarse sobre los deseos de la otra persona, preocuparse por requerir el consentimiento, etc.-. Estos argumentos serán

²⁷ GOODMAN, Ob. citada, 2009, p. 82-83.

²⁸ GOODMAN, Ob. citada, 2009, p. 57.

²⁹ DOUGHERTY, T. “Affirmative Consent and Due Diligence”. *Philosophy & Public Affairs*, 46(1),90-112, 2018, p. 7.

³⁰ DOUGHERTY, Ob. citada, 2018, pp. 7-9.

profundizados al evaluar los casos de intoxicación pero, por el momento, vale la pena destacar la dificultad que todos encuentran al intentar elucidar el contenido del consentimiento no verbalizado y, especialmente, cuando se trata de la presunción e interpretación de condiciones. ¿Qué consiente quien acepta una invitación a cenar o a un hotel? ¿Qué condiciones impone si acepta tener relaciones sexuales?

El derecho internacional y la práctica judicial han dado importantes avances sobre este tema.³¹ Entre otras conductas, por ejemplo, hoy se sanciona el “stealthing” (o la práctica de retirarse el preservativo durante la relación sexual sin consultar a la pareja), el “revenge porn” (o la filmación y divulgación de un encuentro sexual íntimo sin autorización) y el abuso dentro del matrimonio.

Un modo de justificar la posición de los tribunales sobre el tema, implica interpretar que algunas condiciones de la voluntad se hallan implícitas en la aceptación de determinadas situaciones, dada la alta valoración social de los bienes en juego y su importancia para el desarrollo humano. Así, es posible sancionar algunas prácticas sexuales, apelando a una adecuada interpretación sistemática de las normas y los bienes que éstas tutelan.³²

En el caso del “stealthing”, dichos bienes son la salud y la integridad del propio cuerpo. La preocupación por la prevención de enfermedades de transmisión sexual y de embarazos no deseados es hoy tan difundida -de hecho, los Estados invierten grandes cantidades de dinero en campañas de concientización sobre el tema- que el uso de anticonceptivos se sobreentiende como una condición. Y no cualquier anticonceptivo, sino más bien el preservativo, ya que sirve a ambos fines -prevención de embarazos y enfermedades-. Así, el uso de preservativo puede reconocerse como una condición implícita al consentir un encuentro sexual. Aun cuando no se manifiesta de forma expresa, no caben dudas de cuál es el límite y alcance que esta condición importa; luego, es fácil identificar cualquier actividad que la incumple.

³¹ Ver, por ejemplo: Comité CEDAW. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/CO/06, 16-08-2010.

³² Otro problema persistente es la inexistencia de normas que sancione expresamente estas situaciones.

En ese sentido lo entienden nuestros jueces, por ejemplo, al sancionar a quien mantiene relaciones sexuales sin preservativo con una persona dormida -aun cuando esa misma mujer consintió la relación unas horas antes-³³; o al penar a quien filtra o amenaza con la difusión de imágenes personales en redes sociales.³⁴ No se requiere de una manifestación expresa y abierta de estas condiciones, pues existen buenas razones para entender que siempre obran como condicionantes de la voluntad, y sólo ceden ante una expresión de voluntad contraria.

En la vereda contraria, la difusión de imágenes íntimas –“revenge porn”- no siempre es reprochada ya que, para algunos, aceptar la grabación de dichas imágenes implica asumir el riesgo de su posible difusión. De acuerdo con esto, cuando A consiente filmar un encuentro sexual con B, puede prever que B difundirá dicho video entre sus amistades; si no desea que eso suceda, no debió exponerse a la grabación.

El mejor modo de discutir este argumento implica asumir que B ha excedido aquello que A inicialmente consintió. Es decir, A aceptó la filmación, pero no su difusión. Sin embargo, lo interesante es que al elaborar esta conclusión, los operadores judiciales también suelen apoyarse sobre el valor de los bienes en juego. Así, la difusión de imágenes íntimas o la propia filmación no autorizada de un encuentro sexual son prácticas en las que *“el propio contenido de la imagen da a entender que su difusión afecta gravemente la privacidad de la víctima”*.³⁵ En definitiva, valores como la intimidad y la privacidad sirven para concluir sobre las condiciones tácitas y el contenido del consentimiento individual.

El último caso de interés refiere, no sólo al consentimiento condicionado, sino a la posibilidad de retirar el consentimiento válidamente dado. Aunque durante mucho tiempo la doctrina local negó que pueda existir abuso cuando existe vínculo matrimonial (aunque sí lesiones), desde hace algunos años el “débito conyugal” es ampliamente discutido. Primero, porque legitima prácticas abusivas y degradantes en la esfera de

³³ Ver: C.F.D./Procesamiento(PG), Cámara Nac. de Apelac. en lo Criminal y Correccional - Sala 6, CCC 29727/18/CA2.

³⁴ Ver Tribunal Oral N° 6, causa 4786, 2-12-15, “Ioselli, Emanuel Carlos”.

³⁵ PALAZZI Pablo A. “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)”, *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, miércoles 2 de marzo de 2016, ISSN 1666-8987, N° 13.906, AÑO LIV, ED 266, p. 7.

intimidad de una pareja. Segundo, porque implica la concesión, por parte del Estado, de derechos incuestionables sobre el cuerpo de las personas, mayoritariamente en perjuicio de la mujer.³⁶ La principal consecuencia de ambas críticas es que resulta ilegítima la existencia de un “deber” de intimar con otra persona, e inclusive la pretensión de obligar a la mujer a inseminarse artificialmente o usar un tipo u otro de anticonceptivo.

Así, apelando a valores como la disposición del propio cuerpo y la autodeterminación, se concluye que el consentimiento prestado admite condiciones implícitas o, mejor dicho, que nunca es incondicionado. No puede asumirse que una manifestación de voluntad –contraer matrimonio- importa autorizar cualquier cantidad de futuros actos que involucran la más amplia gama de atributos y decisiones. Inclusive si así alguien lo hiciere -es decir, renuncia a condiciones de la voluntad-, no existe figura legal alguna que niegue la posibilidad de arrepentirse; del mismo modo que comprometerse a un encuentro sexual no importa la obligación de llevarlo a cabo. Pensar que puede limitarse de esa forma la voluntad, especialmente cuando se trata de la disposición del propio cuerpo, es irrazonable.

CONSENTIMIENTO “INTOXICADO”³⁷

Probablemente el consentimiento sexual manifestado bajo los efectos de alcohol y/o estupefacientes constituye el escenario más difícil de resolver, por varias razones. Primero, porque el consumo de algunas sustancias disminuye los frenos inhibitorios, de manera que expone a las personas a situaciones o actividades que sobrias rara vez consentirían.³⁸ Segundo, porque su consumo en exceso reduce la capacidad de discernir y de ofrecer resistencia al punto, a veces, de anularla. Tercero y último, porque son numerosas las relaciones que se consienten de esa forma. Así, son casos en los que los gestos tácitos de la voluntad pueden ser malinterpretados, y las condiciones o el arrepentimiento pueden no ser evidentes para la

³⁶ Corte IDH, caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16/11/ 2009, serie C No. 205, párr. 400.

³⁷ Al igual que Goodman, se utiliza esta expresión para referir a todo consentimiento prestado bajo efectos de sustancias –alcohol, drogas, pastillas, etc.- que alteran el juicio.

³⁸ GOODMAN, *Ob. citada*, p. 76.

víctima hasta después de transcurrido el hecho (por ejemplo, A se despierta al lado de B y se da cuenta la noche anterior realizó algo que no deseaba).

Esta discusión siempre se ha planteado en términos de “responsabilidad”. Si es sabido que el consumo afecta la capacidad de consentir libremente, ¿sobre quién pesa la responsabilidad de asumir sus costos? ¿puede responsabilizarse a las víctimas por consumir y exponerse a situaciones de riesgo? ¿o debe negarse la posibilidad de consentir libremente cuando se consumen sustancias?

Lo primero -responsabilizar a las mujeres por el consumo y las situaciones de riesgo- se apoya sobre una clásica argumentación en torno a la responsabilidad y la voluntad: que somos responsables tanto de nuestras acciones como de nuestros vicios. Quien comete actos bajo los efectos del alcohol, puede acusar no tener posibilidad de elegir o discernir con claridad aquello que realiza. Sin embargo, existió un momento en el que sí pudo hacerlo, y esto sucedió cuando decidió consumir. Aristóteles lo ejemplifica con el ejemplo de una persona que arroja una piedra al aire: una vez arrojada, ya no puede controlar su curso; sin embargo, existió un momento en el que sí pudo decidir si arrojarla al aire o no.³⁹ Del mismo modo, quien elige consumir alcohol o estupefacientes no puede negar que ha controlado dicha decisión, aunque luego no controle lo que sucede bajo sus efectos.

Aunque el argumento es útil para reprochar a quienes cometen faltas encontrándose “intoxicados”, no es directamente extensible cuando se trata de sexualidad. Por un lado, porque la actividad que se cuestiona no involucra sólo a quien ha consumido, sino también a un tercero. Es decir, no se trata sólo de la decisión que alguien adopta, sino también de la acción voluntaria de otra persona sobre el cuerpo de ésta. En otras palabras, una mujer puede ser fácilmente reprochada por atropellar a alguien cuando conducía su auto borracha, pero el escenario es diferente si se pretende reprocharla por la actividad que un tercero (hombre) realizó sobre su cuerpo encontrándose ella borracha. Aunque pudo controlar el momento en que comenzó a consumir y ser responsable de sus efectos, de ningún modo puede prever y controlar lo que terceros realizarán sobre ella encontrándose intoxicada.

³⁹ ARISTÓTELES (2003). *Ética nicomaquea*. Buenos Aires, Losada S.A.

Por otro lado, cabe recordar todo lo anteriormente expresado en relación al consentimiento tácito y el condicionado: la aceptación de un trago no implica más que eso, así como el consumo de alcohol o estupefacientes de ningún modo indican que se autorizan posibles y futuras relaciones sexuales.

La segunda alternativa invalida todo consentimiento prestado bajo los efectos del alcohol o estupefacientes. Esto, además de prohibir cualquier relación sexual cuando las personas han consumido, pone sobre los hombres la responsabilidad especial de asumir las consecuencias de dichos encuentros, aun cuando la otra persona ha prestado consentimiento.⁴⁰ Es decir, como el consentimiento intoxicado es inválido, los hombres deben indagar el estado mental de su pareja evitando tener relaciones con personas incapaces de consentir.

Aunque es lógico interpelar a las personas a requerir el consentimiento o a preocuparse por el estado mental de la persona con quien tendrán un encuentro sexual, también es cierto que existen casos en los que dicha exigencia puede ser desmesurada, sino imposible de cumplir. Por ejemplo, Goodman señala que algunas mujeres pueden consumir alcohol y no mostrar síntomas evidentes; otras, pueden ver su capacidad de discernimiento distorsionada ante el menor consumo (un vaso, por ejemplo). A menos que sea el hombre quien le haya proveído aquello que la intoxicó -y si se agrega que los hombres también consumen alcohol y/o estupefacientes- la decisión última descansará sobre un análisis que distinga, no sólo el grado de intoxicación de cada quien sino también la respuesta usual de sus frenos inhibitorios ante el consumo. Por ello, se señala que es una posición que requiere de excesivas pruebas empíricas para ser certera.⁴¹

Para negar ambas tesis puede señalarse también cuán absurdo resulta que la responsabilidad de una persona por un abuso sexual aumente o disminuya de acuerdo al grado de alcohol o sustancias que ha consumido (es decir, A es culpable de abuso porque B había consumido un vaso de cerveza al tener relaciones, pero es menos responsable si consumió siete). En el caso de Lucía Pérez antes citado, el consumo de drogas y su adicción probada parecen ser indicios -para el Tribunal- de culpabilidad por lo sucedido. Sin embargo, las víctimas de abuso que consumen sustancias no

⁴⁰ GOODMAN, Ob. citada, p. 90, nota 111.

⁴¹ GOODMAN, Ob. citada, p. 75.

pueden ser responsables por la existencia de predadores sexuales. No sólo porque importa negarles la posibilidad de disponer de su propio cuerpo, aun cuando hayan elegido intoxicarse, sino también porque implicaría quitar la culpabilidad real que existe sobre quienes abusan de los demás.

Una tesis más plausible exige a las personas requerir el consentimiento de la otra persona cuando su acción le afectará. Esta posición asume que: a) las personas tienen el deber de preocuparse por formular creencias ciertas acerca de cuáles acciones son permisibles; b) las personas deben especial preocupación cuando se trata de acciones que afectarán a terceros; de lo cual se sigue que, c) cuando una actividad requiere del consentimiento ajeno, es necesario indagar si la otra persona efectivamente tiene intención de involucrarse en ella.⁴² Así, la responsabilidad recaerá sobre quien, teniendo el deber de requerir o indagar la voluntad de otra persona, no lo hace.

Es interesante pensar en este argumento cuando se trata de personas intoxicadas porque no invalida cualquier relación sexual, sino más bien refuerza la preocupación que las personas se deben mutuamente cuando sus acciones afectarán a otros. Asimismo, porque considera el contexto y costos de indagar en la voluntad ajena y su estado mental de acuerdo a las circunstancias; como se dijo, es sumamente difícil dilucidar la validez del consentimiento prestado bajo efectos de algunas sustancias y, por lo tanto, se traslada la discusión al problema de asumir la responsabilidad de tener relaciones en dicho estado.

Puede agregarse que dicha indagación debe ser tanto más minuciosa cuando una persona ha consumido e, inclusive, que la expresión afirmativa de voluntad deba ser más clara y directa a medida que aumenta el grado de consumo.⁴³ Así, A no sólo debe preocuparse por conocer la verdadera intención de B si planea un encuentro sexual con ella, sino también procurar que ésta expresión sea directa e indiscutiblemente positiva cuando se hallan intoxicados.

Y aun cuando pensamos en una situación en la que ambos (hombre y mujer) se encuentren intoxicados y con sus estados mentales afectados, el

⁴² Esta tesis -“due diligence”- es defendida por DOUGHERTY, Ob. citada, 2018; DOUGHERTY, T “Yes means yes: Consent as communication”. *Philosophy & Public Affairs*, 2015, 43 (3), pp. 224-253.

⁴³ GOODMAN, Ob. citada, p. 97.

acto se percibe como desigual. Quizás ello se debe a que, entre otras cosas, a lo largo de la historia el cuerpo de la mujer ha tenido que mostrarse y estar disponible, lo cual permite apreciar dicha situación como una de posible dominación. Para ponerlo en evidencia, piénsese en el riesgo que perciben las mujeres al imaginarse en ese estado con un hombre intoxicado, temor que no sucede cuando al frente se encuentra una mujer.

CONCLUSIONES

Nuestra realidad presenta la imperante y urgente necesidad de erradicar el abuso y cualquier tipo de práctica sexual intimidatoria o que atente contra la libertad sexual. También es cierto que nuestra sociedad en su totalidad y el servicio de justicia en particular, sigue inmerso en prejuicios de los cuales no pueden apartarse a la hora de analizar determinadas prácticas o encuentros sexuales. De esta manera, el abuso sexual denunciado por una mujer contra su esposo, por una prostituta contra su cliente o por una persona que ha consumido estupefacientes contra alguien que se aprovechó de esta situación presenta reticencia. La desigualdad en razón del género aún reinante permite que dichos casos se perciban como difíciles y que cualquier afirmación arbitraria pueda ser sostenida como premisa para negar la existencia de un abuso sexual.

El presente artículo intentó poner algo de luz en dichas situaciones. Para ello, tomamos como punto de partida y eje central de análisis la figura del consentimiento. Sostuvimos, desde el comienzo, que el consentimiento es fundamental y necesario a los fines de determinar el derecho que alguien tiene para actuar en el área o dominio de otra persona, y analizamos algunos casos que permiten concluir en la práctica sobre dichos elementos.

En el caso del consentimiento tácito, se concluyó que éste puede ser válidamente dado mediante gestos implícitos o el silencio, pero que ello requiere de un minucioso análisis de las circunstancias del contexto que pongan en evidencia el estado mental de la víctima. Este contexto debe ser considerado con prudencia, ya que la actividad sexual de una persona, sus rasgos de carácter o relaciones familiares no pueden ser tomados como antecedentes y menos si eso lleva a reafirmar prejuicios machistas.

En el supuesto del consentimiento condicionado se mostró que siempre existen condiciones cuando se consiente un encuentro sexual e, inclusive, que no es difícil para una persona adulta conocer dichas condiciones.

Finalmente, el análisis sobre el consentimiento intoxicado demuestra que es necesario preocuparse por el modo en que nuestras acciones interfieren y afectan bienes jurídicos ajenos, razón por la cual es imperante indagar en el estado mental de los demás cuando esto sucederá. Inclusive, negarse a hacer algo cuando las expresiones de voluntad son dubitativas, no directas o pudieran generar cualquier duda.

En todo ello, la perspectiva de género cumple un rol fundamental, pues expone las desigualdades y prejuicios que las mujeres y otras minorías hemos tenido que resistir históricamente, aunque aún este tipo de abordaje esté ausente en muchos juzgados.