

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año IX N.º 18
Mayo de 2024
ISSN: 2469-0864



Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.



Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES (CEICJUS)**.

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCENIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/ CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/ CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/ CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Héctor OLÁSULO ALONSO (UIROSARIO)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Daniel PASTOR (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UIPF)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Ricardo ROBLES PLANAS (UIPF)

Hernán GULLCO (UTDT)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Máximo LANGER (UCLA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UIPF)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Alejandra VERDE (UIDESA/ UTDT)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Patricia ZIFFER (UBA)



EN LETRA
DERECHO PENAL

“EN LETRA: DERECHO PENAL” es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

Tres declaraciones y garantías:

1. “EN LETRA: DERECHO PENAL” está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).
2. “EN LETRA: DERECHO PENAL” garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.
3. “EN LETRA: DERECHO PENAL” es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL: NÚMERO ESPECIAL SOBRE DELITOS SEXUALES

COLUMNAS

¿Exclusiones probatorias por razones epistémicas?, José Milton Peralta, 7

ARTÍCULOS

El *stealth* en el derecho penal argentino, María Lucila Tuñón Corti, 12

La autoría en el delito de violación, Ignacio N. Guerrero, 53

Modelos de consentimiento sexual, Valentina Pedernera, 97

Criminalización de la mera posesión de representaciones sexuales de menores en Argentina, Gonzalo Artola, 123

Criminalización de la violación imprudente, Mariano Oneca, 155

TRADUCCIONES

El regreso de lo reprimido, Henry Otgaard et al, 201

RECENSIONES

“La criminalización del sexo” de Stuart Green, Agustina Szenkman, 249

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL: SPECIAL ISSUE – SEXUAL OFFENSES

COLUMNS

Evidentiary exclusions for epistemic reasons?, José Milton Peralta, 7

ARTICLES

Stealthing in Argentine Criminal Law, María Lucila Tuñón Corti, 12

Perpetration in Rape Law, Ignacio N. Guerrero, 53

Models of sexual consent, Valentina Pedernera, 97

Criminalization of the Mere Possession of Sexual Representations of Minors in Argentina, Gonzalo Artola, 123

Criminalization of negligent rape, Mariano Oneca, 155

TRANSLATIONS

The return of the repressed, Henry Otgaard et al, 201

BOOK REVIEWS

“Criminalizing Sex” by Stuart Green, Agustina Szenkman, 249

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Editorial: Número especial sobre delitos sexuales

Este número de En Letra: Derecho Penal está dedicado exclusivamente a problemas actuales en el ámbito de los delitos sexuales. Se trata de un ámbito altamente moralizado del derecho penal, sobre el que se opina mucho y se investiga (seriamente) poco. En particular, publicaremos textos innovadores sobre aspectos altamente problemáticos de la criminalidad sexual, como la posible subsunción de los casos de “stealthing” (remoción insidiosa del preservativo durante una relación sexual) en las reglas sobre abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3, CP argentino) o la siempre problemática cuestión de si la mujer puede ser autora del delito de violación. Esperamos que este número pueda ser considerado una contribución importante al conocimiento científico en el ámbito del derecho penal.

Columna

¿EXCLUSIONES PROBATORIAS POR RAZONES EPISTÉMICAS?

José Milton PERALTA¹

En principio, nuestro sistema procesal penal solo conoce prohibiciones probatorias basadas en razones de "integridad del proceso". Estas aplican cuando la prueba se obtiene violando garantías constitucionales. Allí, aunque la evidencia obtenida tenga valor probatorio, es excluida, dado que nos parece incorrecto utilizar prueba habida de ese modo. Un ejemplo clásico sería la evidencia obtenida luego de un allanamiento ilegal.

En el ámbito anglosajón son conocidas estas prohibiciones probatorias, pero también existen otras basadas en razones epistémicas. Se afirma que cierta prueba, aun obtenida lícitamente, debe ser excluida debido a su carácter distorsivo para llegar a la verdad. Allí tampoco se desconoce que la prueba puede aportar información. Pero se afirma que el riesgo de enturbiar el juicio es aún más grave y, por eso, se la excluye. Esto ocurre, por ejemplo, con la prueba de los antecedentes del acusado.

El punto central aquí es que esta prueba puede despertar prejuicios en el juzgador, que lo conduzcan a realizar inferencias incorrectas, con el riesgo de tener por acreditado cierto hecho, cuando, en realidad, la prueba no indica eso.² Se busca que el procedimiento se centre en los hechos y no en la persona del acusado.

En todo caso, como se dijo, no se niega que los antecedentes puedan tener valor probatorio, es decir, que lo que una persona ha hecho en el pasado pueda decirnos cosas sobre lo que puede esperarse de ella en el futuro. De hecho, esta prohibición probatoria está sujeta allí a numerosas excepciones tanto legales como jurisprudenciales, lo que solo puede deberse a que se cree que en estos casos la evidencia tiene más valor probatorio que distorsivo.³ Pero se entiende que, en general, es mejor excluirla.

¹ Doctor en Derecho (UNC); Prof. Titular de Cátedra de Derecho Penal (UNC).

² ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2010, pp. 586 ss.

³ ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010, pp. 621 ss.

Este no es el único caso explícitamente discutido de este modo en ese ámbito jurídico. También se sostiene que se deben excluir, por razones de este tipo, los testimonios de oídas (los *hearsay*) e incluso algunos autores afirman que esta es la justificación del mismísimo *nemo tenetur*. En efecto, ante el aparente fracaso de las tesis normativas para explicar por qué sería incorrecto pedirle al imputado que aporte información al proceso, se proponen justificaciones epistémicas, según las cuales, una violación de ese principio tal podría ser distorsiva para la averiguación de la verdad.⁴

De todos modos, quizás el caso más interesante tenga que ver con la posibilidad de valorar el silencio del imputado. Esto debido a que en Inglaterra y Gales eso está explícitamente permitido,⁵ mientras que en algunos ordenamientos locales está explícitamente prohibido (por ej., art. 261 CPP de Córdoba y 298, CPPN). Claro que podría pensarse que hay una tensión entre la posibilidad de valorar el silencio y el derecho a no autoincriminarse, debido a que, ante la alternativa de que se valore su silencio en su contra, el imputado podría verse compelido a declarar. Una respuesta posible es que esta presión no es mayor que la que ejerce cualquier prueba en contra del imputado. Si él supiera, por ejemplo, que ha sido visto en las inmediaciones del lugar de comisión de un delito, podría sentirse obligado a aclarar la situación y no por eso valorar ese elemento de prueba se torna ilegítimo.

De hecho, la CEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la legitimidad de esta valoración en términos normativos y dijo que no había ninguna incompatibilidad entre esta y el *nemo tenetur*, ya que, a su criterio, el derecho al silencio no es un derecho absoluto.⁶

Sin embargo, aquí también, y concediendo que quizás estos argumentos sean correctos, se han esgrimido razones epistémicas para negar la legitimidad de este medio de prueba. Se ha dicho que permitir inferencias del silencio implicaría asumir que el imputado calla porque “no va a poder hacer frente al contrainterrogatorio”, lo que no sería más que un prejuicio, o que con ello se permitirían “condenas basadas en conjeturas” y no en verdadera evidencia.⁷

Que los “prejuicios” y “conjeturas” predominen a la hora de valorar el silencio muestran escepticismo acerca de que el silencio pueda ser un buen medio de prueba. Así, y más allá de si

⁴ PERALTA, “Nemo Tenetur: warum eigentlich?“, en HILGENDORF / CÓRDOBA / LERMAN, *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Duncker & Humblot, 2020, pp. 912 ss., con referencias ulteriores.

⁵ PERALTA, “El derecho al silencio en Inglaterra y Gales”, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 537, 613 ss.

⁶ PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 641 ss.

⁷ PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 625 s.

permitir la valoración del silencio podría entenderse como una forma de coacción, el argumento aquí sería que al silencio sería distorsivo para el descubrimiento de la verdad y podría conducir a condenas erróneas.

Sin embargo, no toda la doctrina de Inglaterra y Gales le niega valor probatorio al silencio ni sostiene, por ende, que al valorarlo se está presumiendo que alguien es culpable. En este sentido, se dice que negarse a declarar es un comportamiento que no difiere de otras maneras de probar la participación de alguien en un delito, "como cuando se ve a alguien huir de la escena del crimen" y se considera que esto indica que ha participado en el delito. Algunos autores agregan, incluso, que en los casos regulados en Inglaterra y Gales existen buenas razones para hacer inferencias del silencio, pues el acusado resulta razonablemente sospechoso a partir de eso.⁸

Algo similar podría decirse sobre los antecedentes. Ciertamente, es difícil sostener que estos o el silencio carezcan *siempre* de valor probatorio. Imaginemos a un empleado de una empresa que realiza estafas a partir de la venta de automóviles. Al ser interrogado, esgrime no saber que los autos que ofrecía a la venta, en realidad, nunca serían entregados; arguye haber sido manipulado por sus jefes, quienes se han aprovechado de su buena fe. La fiscalía, al revisar sus antecedentes, se da cuenta de que ya había sido antes condenado por estafas de este tipo. ¿Realmente ese antecedente no hace ninguna diferencia con respecto a cualquier otro empleado de la misma empresa que no los tenga?

Y en cuanto a las inferencias del silencio, debe decirse que alcanza con utilizar solo uno de los casos regulados expresamente en Inglaterra y Gales (el de la sección 34 de la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994). El imputado tiene dinero en su cuenta bancaria que le ha sido transferida por otro imputado y que es fruto de un delito de estafa. En una primera oportunidad, al ser citado e interrogado al respecto, guarda silencio hasta que, mucho tiempo después, ya en el juicio, ofrece una explicación del origen de ese dinero. Esgrime que este le había transferido por una acreencia que él tenía contra el otro imputado por la venta de una bicicleta. Aclara que, dado el tipo de bien al que se refería, no documentaron esa transacción. ¿Realmente es esta situación igual a la de aquél que ante la primera citación aclara que ese dinero se debía a la venta de una bicicleta? ¿No es más bien sospechoso ese silencio inicial y nos permite pensar que la explicación de la venta no fue más que una excusa inventada con posterioridad?

Si aquel antecedente o este silencio tienen o no cierto valor probatorio solo depende de si las conclusiones insinuadas más arriba son o no correctas. Pero ciertamente no vale como argumento en contra, en ninguno de los dos casos, que la persona puede ser, a pesar de sus antecedentes y de

⁸ PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 626 s.

su silencio, de todos modos, inocente. Es decir, no vale como argumento señalar que la persona, en el primer caso, realmente quiso volver a encauzar su vida y lo hizo en el rubro en el que se desempeña con más facilidad y que tuvo mucha mala suerte al recalar en otra empresa falsa. Ni vale como argumento afirmar que, en el segundo caso, el acusado no había mencionado lo de la bicicleta porque esta había sido vendida sin informarle a su expareja y quería evitar los problemas que implicaría hacer esto público.

Esto no es suficiente para excluir su valor probatorio, pues en ambos casos el elemento de prueba opera solo como un indicio y, como ocurre con cualquier indicio —y, en rigor, con cualquier prueba—, es compatible con la inocencia del acusado. Toda inferencia es una generalización y, como tal, falible. Encontrar el arma homicida en la casa del acusado es un buen indicio de culpabilidad. Sin embargo, puede que este sea inocente, ya que esta pudo haber sido puesta allí por otro para incriminarlo o que el hecho lo haya cometido otra persona que habita en el mismo domicilio. Nada de esto cambia el hecho de que encontrar allí el arma es un buen indicio de culpabilidad.

No obstante, nada de esto tiene que ser negado por quienes propongan un sistema de prohibición probatoria por razones epistémicas, pues no se trata de excluir prueba que no prueba, como si hubiera una norma que impidiera valorar los dichos de un tarotista. Para estos casos se confía en los órganos decisores. En los casos de prohibiciones probatorias aquí analizados, se reconoce su valor probatorio, pero se supone que su valor distorsivo puede ser mayor. Y lo que hay detrás de esto es una desconfianza en la forma de razonar de los jueces y jurados sobre estas pruebas. Pues si estos razonaran correctamente, podrían darse cuenta por sí mismos del problema y distinguir los casos en que operan prejuicios y conjeturas de aquellos en los que opera la prueba.

Por supuesto, aún podría seguir diciéndose que la prohibición de valoración de estos elementos se funda en razones de integridad. En el caso del silencio, esto podría ser así porque se asume una presión a declarar; y en el caso de los antecedentes, porque implican un estigma social para aquel que alguna vez ha cometido un delito. Pero si estos argumentos no fueran suficientes, seguiría en pie la pregunta de si no tendría sentido excluir su valoración para asegurar el correcto razonamiento del órgano decisor.

Ante esto cabe la pregunta de si, previo a dar una respuesta, no correspondería distinguir según el tipo de órgano decisor del que se trate. En efecto, una medida de este tipo parece más razonable en un mundo en el que los decisores no ofrecen las razones por las que han llegado a sus conclusiones y, por ende, no puede saberse con precisión si la inferencia por ellos realizada ha sido

correcta. Ante esta situación, se hace una evaluación costo-beneficio de permitir o no la valoración, y podría llegarse a la conclusión de que, *en general*, es más perjudicial que positiva la admisión de este tipo de inferencias.⁹

La pregunta es si en los sistemas en los que sí se deben ofrecer razones en el caso concreto, que son controlables por tribunales de mayor jerarquía, puede tener sentido excluir la valoración en estos casos y con esta generalidad. Es decir, se debería pensar si no es mejor, en estos casos, atender a si, en el caso concreto, el razonamiento fue el apropiado, algo en lo que se supone que jueces y juezas bien entrenados tienen la mejor de las pericias.

⁹ ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010, p. 599.

EL *STEALTHING* EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

María Lucila TUÑÓN CORTI*

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2025

Resumen

En el marco de los delitos sexuales, durante los últimos años se ha generado debate en torno a los efectos de los engaños en el consentimiento en mantener una relación sexual. Específicamente, se empieza a visibilizar una práctica llamada “*stealthing*” que implica la retirada furtiva del preservativo durante la relación sexual, a pesar de haberse previamente pactado una relación sexual con protección. Justamente por este motivo, el *stealthing* entra en directa tensión con la autonomía sexual de la víctima. Por lo tanto, esto plantea la siguiente pregunta: ¿es el *stealthing* punible en el Código Penal argentino? La conclusión es que el *stealthing* se subsume en el tipo penal del abuso sexual con acceso carnal según el art. 119, tercer párrafo, CP. El fundamento es que ese grado de injerencia corporal (mucosa-mucosa) no fue consentido por la víctima.

Palabras clave: *Stealthing*, consentimiento, engaño, abuso sexual

Title: *Stealthing* in Argentine Criminal Law

Abstract

In recent years there has been a debate in the field of sexual crimes about the effects of deception on consent to sexual intercourse. Specifically, a practice called “*stealthing*”, which involves the

* Doctoranda (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Magíster (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Abogada y ayudante de segunda (Universidad de Buenos Aires).

furtive removal of condoms during sexual intercourse, despite having previously agreed to a protected sexual relationship, is beginning to become visible. Precisely for this reason, *stealth*ing comes into direct tension with the sexual autonomy of the victim. Therefore, this raises the following question: is *stealth*ing punishable under the Argentine Criminal Code? The conclusion is that *stealth*ing is subsumed in the criminal offense of sexual abuse with carnal access according to article 119, third paragraph of the Criminal Code. The rationale is that this degree of bodily interference (mucous-mucous) was not consented to by the victim.

Keywords: Stealthing, Consent, Deception, Sexual assault

Sumario: I. I. Introducción; II. ¿Relaciones sexuales sin consentimiento?; 1. Antecedentes históricos de los delitos sexuales y legislación actual; 2. Autonomía sexual; 3. ¿Qué es el consentimiento?; a. La postura subjetiva; b. La postura performativa; c. La postura híbrida; III. La cuestión del engaño y su valoración jurídica; IV. *Stealth*ing como violación en el derecho penal argentino; 1. *Stealth*ing como engaño penalmente relevante; 2. Sobre la postura contraria; 3. Subsunción en el tipo penal del art. 119, tercer párrafo, CP; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

En los últimos años se ha generado gran debate en muchos países con respecto a la valoración jurídico-penal del llamado “*stealth*ing” —del inglés *stealth*, traducido como sigilo— en el marco de los delitos contra la integridad sexual. Este concepto describe un acto muy concreto en el ámbito de las relaciones sexuales: el retiro del preservativo en forma furtiva o secreta durante una relación sexual con penetración sin que la otra parte lo note, a pesar de que previamente se había acordado su uso.¹ En otras palabras, este acto consiste en un retiro unilateral y no consentido del

¹ BRODSKY, “‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, p. 185 s.; CHÁVEZ, “*Stealth*ing, nueva forma de agresión sexual”, en *Revista Pensamiento Penal*, vol. 405, 2021, p. 1 s.; CHESSER / CLOUGH-RICCI, “Criminalising *Stealth*ing: Lessons From the UK and Australia”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 88, 2024, p. 309; CHESSER / ZAHRAH, “*Stealth*ing: a criminal offence?”, en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 31, n.º 2, 2019, p. 217; COCA VILA, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 3, 2023, p. 434 con nota al pie n.º 7; DAROYA, “I See Nothing Wrong with *Stealth*ing in Anonymous Sexual Situations: Assemblages of Sexual Consent in Gay, Bisexual, and other Queer Men’s Accounts of ‘*Stealth*ing’ in an Online Barebacking Forum”, en *Sexuality & Culture*, vol. 26, 2022, p. 1733; ESPINOZA URETA, “El retiro no consentido del preservativo en una relación sexual y su vulneración a los derechos sexuales y reproductivos en Chile”, en *Revista derecho del Estado*, n.º 60, 2024, p. 206; FERRARI / NOGUEIRA /

preservativo durante el sexo. Es unilateral porque una de las partes² es la que arbitrariamente decide hacerlo, sin mencionarlo o consultarlo con la otra parte. Es no consentido porque, más allá del último elemento mencionado, ambas partes habían pactado el uso del preservativo, p. ej., como medio de protección, durante toda la relación sexual y el autor lo hace sin el conocimiento o el consentimiento de la pareja sexual. Para ver más en detalle de qué se trata, tomemos el siguiente caso resuelto recientemente por el Tribunal Supremo español³ como ejemplo:

Stealthling: Elena y Marino, ambos mayores de edad, se encontraron para mantener relaciones sexuales sin tener ningún tipo de relación sentimental o afectiva. Elena aceptó tener relaciones sexuales, pero con una condición: el uso de preservativo. Cuando el momento llegó, fue ella misma quien le entregó el profiláctico a Marino,

NASCIMENTO, “Experiences of *Stealthling* and the Sociodemographic Profiles of Women Victims in Brazil: A National Study”, *Social Sciences*, vol. 13, 2024, p. 295; FRANZKE, “Zur Strafbarkeit des so genannten ‘*Stealthlings*’”, en *Bonner Rechtsjournal*, 2019, p. 114; GARCÍA, “Complejidades del ‘no es no’. Un análisis del *stealthling* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, n.º 1, 2020, p. 118; GILI PASCUAL, “*Stealthling*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *Cuadernos de política criminal*, n.º 4, 2021, p. 87; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, “Delitos contra la integridad sexual”, en RAMÍREZ (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, BdeF, 2023, p. 103 s.; HÖRNLE, “The New German Law on Sexual Assault”, en IDEM (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 157; MADDEN DEMPSEY, “The Normative Force of Consent in Moral, Political, and Legal Perspective”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 28; RENZI KOWSKI, “§ 177”, en ERB / SCHÄFER (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2023, n.º m. 51; SCHUMANN, en KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN / SALIGER (eds.), *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2023, § 177 n.º m. 9; THORBURN, “Sexual Assault Law in Canada”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 107; TONI, *Stealthling*, 2024, p. 43; WIBNER, “Das Phänomen *Stealthling*”, en *KriPoZ*, vol. 5, 2021, p. 279; ZIEGLER, “§ 177”, en HEINTSCHEL-HEINEGG / KUDLICH (ed.), *BeckOK-StGB*, 63.ª ed., 2024, n.º m. 10. En este trabajo no trataré el “*stealthling* inverso”. Al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT, “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 4, 2023, p. 201.

² En este trabajo parto de la base de que el autor siempre es un hombre.

³ STS 603/2024 del 14 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418). Sobre las instancias anteriores, COCA VILA, “El *stealthling* como delito de violación. Comentario a las STSJ–Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP–Sevilla 375/2020, de 29 de octubre”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2022, pp. 295 ss. En el caso original, el autor Marino era portador de la bacteria *chlamydia trachomatis* y por esas relaciones sexuales sin protección la había contagiado a Elena. En tal caso, cabe analizar el tipo penal del art. 119, párr. 4, c), CP, aunque la cuestión de las lesiones corporales no es el objeto de este trabajo y por eso se dejará de lado esta cuestión. Al respecto, en profundidad sobre todas las consecuencias posibles, véase TONI, *supra* nota 1, Capítulo 6 y GREEN, *La criminalización del sexo*, (traducción a cargo de José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE), Madrid, Marcial Pons, 2024, p. 162 s. Sobre otras sentencias judiciales, véase GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 124 ss.

observando cómo él lo tomaba y fingía ponérselo, aunque no lo hizo. Sin advertencia alguna, Marino rompió el acuerdo y decidió tener sexo sin protección por lo que inició la penetración por vía vaginal, la cual fue aceptada por Elena en la creencia de que aquel estaba haciendo uso del preservativo.

Por supuesto, el *stealth* no ha llamado la atención únicamente en el ámbito del derecho penal. Se han hecho investigaciones en otras disciplinas como la psicología y sociología al respecto.⁴ Sin embargo, en lo que atañe al objeto de este artículo, interesará solamente la valoración jurídico-penal del *stealth* con algunas cuestiones analizadas desde la filosofía del derecho. Puntualmente, nos concentraremos en la relevancia penal de aquellos vicios del consentimiento que presentan dos facetas: existe un consentimiento para mantener un tipo determinado de relaciones sexuales, pero también hay un rechazo contra-fáctico a esa relación sexual porque el uso de preservativo era decisivo para que una de las dos partes consienta. Es decir, si una parte le hubiese propuesto mantener relaciones sexuales sin profiláctico, la otra no habría aceptado.⁵ En consecuencia, este trabajo se dedicará a tratar tres cuestiones centrales: por un lado, tras un breve recorrido histórico sobre los modelos legislativos de los delitos sexuales (II.1), se abordará la importancia de la autonomía sexual para el análisis de estos delitos (II.2) y para los modelos contemporáneos de consentimiento que han sido adoptados por diferentes legislaciones (II.3). Posteriormente, exploraremos en qué medida se viola el consentimiento ante un engaño penalmente relevante (III.). A continuación, profundizaremos en el ilícito del *stealth* como engaño desde un punto de vista de la filosofía actual en la materia (IV.1). No obstante, se refutarán aquellos argumentos de la postura que concede al *stealth* un carácter de "ilícito menor" (IV.2). Eso nos llevará a analizar si resulta ser simplemente una conducta atípica o justificada,⁶ o bien si puede quedar subsumido en algunos de los tipos penales del art. 119 del código penal argentino (en adelante, CP), en especial si posible subsunción en el tipo penal de la violación del art. 119, párrafo 3, CP (IV.3). Finalmente, ofrezco con una conclusión (V.). Quien

⁴ Paradigmático el estudio revelado por BRODSKY, *supra* nota 1, pp. 187 ss.: Los motivos del *stealth* son variados y pueden incluir, p. ej., la idea de que los agresores varones tendrían un "derecho" natural masculino a mantener relaciones sexuales sin preservativo y eyacular dentro de una mujer (sin preservativo). Véanse además otros estudios realizados en CHESSEY / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, pp. 309 ss.; CHESSEY / ZAHREB, *supra* nota 1, p. 217; DAROYA, *supra* nota 1, pp. 1732 ss.; FERRARI / NOGUEIRA / NASCIMENTO, *supra* nota 1, pp. 295 ss., quienes advierten que también es una cuestión de salud.

⁵ COCA VILA, *supra* nota 1, p. 434.

⁶ Esto depende del efecto que se considere que tiene el consentimiento.

conozca el estado actual de la discusión sobre el concepto central de autonomía sexual y los modelos contemporáneos del consentimiento en la literatura y legislaciones puede saltarse el apartado II para retomar la lectura directamente en el análisis del *stealth* como engaño penalmente relevante, que corresponde al apartado III.

II. ¿Relaciones sexuales sin consentimiento?

1. Antecedentes históricos de los delitos sexuales y legislación actual

Para poder adentrarnos en el estudio del *stealth*, primero debemos explicar sucintamente una serie de conceptos básicos que serán de gran ayuda para entender de qué estamos hablando cuando nos referimos, en términos generales, a un abuso sexual. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, al menos en los sistemas jurídicos occidentales, el consentimiento de las partes involucradas en un acto sexual juega un rol fundamental como la figura central en lo que respecta a la valoración jurídica de los delitos contra la integridad sexual.⁷ Es decir, el consentimiento es el factor clave actualmente para marcar la línea divisoria de un acto sexual lícito y uno que es delictivo. De todas maneras, no es necesario irse demasiado atrás en el tiempo para apreciar ordenamientos jurídicos cuyo núcleo central estaba constituido por otros valores sociales,⁸ incluso en Occidente, generalmente asociados a leyes religiosas.⁹ En el caso de la República Argentina, incluso si no se asumía una visión estrictamente religiosa, el consentimiento cumplía un rol secundario. Así, SOLER hablaba, al explicar los delitos contra la integridad sexual, de la honestidad como uno de los bienes jurídicos protegidos en juego.¹⁰ Generalmente, los códigos penales estaban muy arraigados a un modelo de coacciones. Es decir, una violación (o las conductas típicas similares) tenía que estar acompañada indefectiblemente de la de la violencia o fuerza con una

⁷ CHESSER / ZAHRAH, *supra* nota 1, p. 219 s.; THERON, “Deceiving Someone into Having Sex”, en *Stellenbosch Socratic Journal*, vol. 3, 2023, p. 36.

⁸ Véase, p. ej., RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 16 ss.; RUBENFELD, “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, en *The Yale Law Journal*, 2013, p. 1388.

⁹ HÖRNLE, “Violación como relaciones sexuales no consentidas” (trad. Corina ENGELMANN), *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 10, 2020, p. 197; SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tea, 1992, p. 294.

¹⁰ SOLER, *supra* nota 9, pp. 292 ss., aunque crítico en p. 294 s. Se advierte algo similar en el derecho penal español, cf. CANCIO MELIÁ, “Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity”, en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 215.

atención particular a la figura de la mujer, independientemente de su consentimiento.¹¹ No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XX, surgieron movimientos sociales feministas que le concedieron un importante rol al consentimiento como elemento central en las relaciones sexuales.¹² Recién con ese cambio de paradigma tanto social como jurídico, se empieza a poner al concepto del consentimiento en un lugar central para el análisis de los delitos sexuales: lo ilícito de la violación no sería la aplicación de fuerza o violencia contra un objeto respecto del cual el autor no es "dueño", sino realizar un acto sexual sin el consentimiento de la víctima. Con esta breve reseña histórica podemos constatar, por un lado, que hoy en día nos hallamos ante un aumento del alcance del castigo respecto de las conductas sexuales que no fueron consentidas, ya que la cuestión de si hubo o no coacción pasa a ser secundaria.¹³ Ante este panorama, hubiese sido inimaginable que en tiempos de los modelos de la coacción se discuta la punibilidad del *stealthing*. Por otro lado, que la figura del consentimiento es, podríamos decir, una idea relativamente nueva¹⁴ que funciona como punto de apoyo alrededor de la cual girará la cuestión de la criminalización de una conducta en el marco de un derecho penal de un Estado liberal como el

¹¹ Cf. EISELE, "Das neue Sexualstrafrecht", en *Rechtspsychologie*, 2017, p. 8 s.; EL-GHAZI, "Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.", en *ZIS*, 2017, p. 158; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 141 s.; MURPHY, "Article 213 of the American Law Institute's Model Penal Code", en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 186; SCHULHOFER, "What Does 'Consent' Mean?", en HÖRNLE (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 53, 55 s., con más referencias; RENZIKOWSKI, "Nein! – Das neue Sexualstrafrecht", en *NJW*, 2016, p. 3553; THORBURN, *supra* nota 1, p. 91. Puntualmente sobre el ordenamiento jurídico argentino, SOLER, *supra* nota 9, pp. 305 ss. También GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, pp. 99 ss.

¹² WHISNANT, "Feminist Perspectives on Rape", en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2021. Véanse también las conclusiones de GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 133 ss.

¹³ GARCÍA SÁNCHEZ, "La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 123; TONI, *supra* nota 1, pp. 9 ss. respecto de Alemania. Aunque también cabe observar, tal como aclaran GREEN, *supra* nota 3, p. 24 y SCHEIDEGGER, "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", en *German Law Journal*, vol. 22, n.º 5, 2021, p. 770, que hubo despenalizaciones, como la de la sodomía o el adulterio, que implican una regulación jurídica más permisiva o laxa.

¹⁴ Desde la filosofía moral, véase ALEXANDER, "The Ontology of Consent", en *Analytic Philosophy*, 2014, pp. 1 ss.; HURD, "The Moral Magic of Consent", en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, p. 124. También CHESSER / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, p. 308 s.; WHISNANT, *supra* nota 12, punto I. Para el caso de la Argentina, véase GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 103.

contemporáneo.¹⁵ Veamos más de cerca, entonces, de qué se trata este nuevo paradigma en nuestro contexto actual.

2. Autonomía sexual

Antes de empezar a hablar sobre el consentimiento, es necesario aclarar el término de la “autonomía sexual” en el marco de un derecho penal liberal, porque lo que hace una persona al expresar su consentimiento es justamente ejercer su autonomía sexual.¹⁶ Podría decirse que el fundamento del elemento del consentimiento en los delitos sexuales es la autonomía sexual. Esta se refiere, en términos normativos generales,¹⁷ a un derecho a actuar sexualmente conforme a los deseos o arbitrios personales de cada uno, pero con la limitación de que al hacerlo no se menoscabe esa misma libertad de otros de hacer o no hacer algo.¹⁸ Y detrás de la autonomía sexual está, a su vez, el derecho al respeto por la esfera íntima y la dignidad humana.¹⁹ No obstante, se reconoce que hay dos subtipos diferentes de esta autonomía sexual. Por un lado, la “autonomía positiva” y, por otro lado, la “autonomía negativa”.²⁰ La primera consiste en el derecho a participar en una conducta sexual. Los derechos que encarnan la autonomía sexual positiva están relacionados con la decisión de si, cuando, dónde, cómo y con quién participar en actividades vinculadas a las relaciones sexuales.²¹ Aquí es donde cobra relevancia la figura del *stealthing* porque

¹⁵ Cf. GREEN, *supra* nota 3, p. 21 s.; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 197; MUNRO, “Sexual Autonomy”, en DÜBBER / HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 764; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 772; SHERWIN, “Infelicitous Sex” *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, p. 209.

¹⁶ Cf. BERGELSON, “The Meaning of Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 2014, p. 172; FERZAN, “Consent, Culpability, and the Law of Rape”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13, 2016, p. 409; HURD, *supra* nota 14, p. 124; MUNRO, *supra* nota 15, p. 764; SHERWIN, *supra* nota 15, p. 211.

¹⁷ Véase GREEN, *supra* nota 3, p. 59, quien aclara que hay un concepto de autonomía en sentido normativo y otro descriptivo.

¹⁸ MUNRO, *supra* nota 15, p. 747. También HURD, *supra* nota 14, p. 124: “the capacity for autonomy is the capacity for self-legislation”.

¹⁹ EL-GHAZI, *supra* nota 11, p. 159; HÖRNLE, “§ 177”, en: HILGENDORF / HÖRNLE / NESTLER (ed.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 10, Berlín y otra, De Gruyter, 2023, n.º m. 1.

²⁰ HÖRNLE, “The Challenges of Designing Sexual Assault Law”, en *Current Legal Problems*, vol. 77, 2024, p. 51; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 4; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 771; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 54.

²¹ GREEN, *supra* nota 3, p. 61, también con ejemplos; RENZIKOWSKI, *supra* nota 11, p. 3553. En el mismo sentido se pronunció el AG Berlin-Tiergarten alemán en la sentencia del 11 de diciembre de 2018, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 37. Sin embargo, es oportuno aclarar que, a lo largo de la historia, el derecho penal se ha inmiscuido varias veces en este tipo de autonomía. Piénsese el adulterio o la sodomía: en ambos casos se le prohíbe al ciudadano ejercer su derecho positivo a

la parte afectada, en nuestro caso Elena, había decidido participar, en ejercicio de su autonomía sexual positiva, en las relaciones sexuales por vía vaginal (si) con Manuel (con quién) aquella noche (cuándo) y su condición era la utilización de profiláctico en todo momento (cómo).²² Por otro lado, la autonomía negativa comprende el derecho a *no* participar o ser sujeto de una conducta sexual.²³ Trasladado al caso *stealth*ing, Elena no quería participar de relaciones sexuales sin protección. Tener la capacidad de autonomía sexual es un modo de dar un significado a nuestra libertad y también a los actos que otros realizan.²⁴ Tanto es así que, en cuanto a lo que atañe la forma de relacionarse que tienen estas dos formas de autonomía, en general, la autonomía sexual negativa prevalecerá sobre la positiva en conflicto. A modo de ejemplo, el derecho negativo de *B* a “no tener relaciones” con *A*, triunfa sobre el derecho positivo de *A* de querer tener relaciones sexuales con *B*.²⁵ Por consiguiente, el derecho de *A* a tener relaciones sexuales con *B* estará supeditado al hecho de que *B* consienta tener relaciones sexuales con *A*. Esto tiene como consecuencia la creación un deber en *A* de no vulnerar los derechos negativos de *B*.²⁶ En caso de no cumplirlo, se deberá analizar la subsunción de su conducta en el tipo penal correspondiente, lo que puede acarrear responsabilidad penal.²⁷ Pero en caso de que haya consentimiento, las cosas cambian porque aquel implica un giro en el balance de esos derechos y deberes que las partes se deben unas a otras.²⁸ Si *B* consiente en tener relaciones sexuales con *A*, entonces *B* dispensará a *A* de su obligación de no traspasar ciertos límites de la autonomía sexual de *A*. Igualmente, también

elegir qué tipo y con quién tener relaciones sexuales. En Argentina, recién en 1995 se deroga el adulterio tipificado en el art. 118 CP (cf. Ley n.º 11.179 del año 1921). Véase la crítica que ya hacía SOLER, *supra* nota 9, p. 296.

²² Paradigmático, la Corte Suprema de Canadá en el caso *Kirkpatrick* en el considerando 49.º de la sentencia revisora: “Recognizing that condom use may form part of the sexual activity in question is also the only way to respect the need for a complainant’s affirmative and subjective consent to each and every sexual act, every time. It not only affirms that individuals have the right to determine who touches their bodies and how; it situates condom use at the definitional core of consent, where it belongs. It is the only interpretation consistent with the foundational principles of consent”. Disponible en <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/en/item/19458/index.do> [enlace verificado el día 2 de mayo de 2025].

²³ GREEN, *supra* nota 3, p. 61; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 1.

²⁴ HURD, *supra* nota 14, p. 124; SHERWIN, *supra* nota 15, p. 210.

²⁵ DOUGHERTY, “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, vol. 123, 2013, p. 723 s.; HÖRNLE, *supra* nota 20, p. 52; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 771.

²⁶ GREEN, *supra* nota 3, p. 66 s. Además, ya en la p. 62 se aclara que, si las cosas se invirtieran y el derecho positivo de *A* a tener relaciones sexuales con *B* triunfara sobre el derecho negativo de *B*, su vida sería más que intolerable. Ella sería esencialmente una esclava sexual.

²⁷ Véase ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403. Otros ejemplos en HURD, *supra* nota 14, p. 123 s.

²⁸ BERGELSON, *supra* nota 16, p. 172.

dispensará al Estado de su obligación de protegerla ante un traspaso de *A*.²⁹ Tal como se adelantó anteriormente, en varios países ha habido durante las últimas décadas reformas legislativas y hoy en día podríamos decir que nos hallamos ante un sistema jurídico cuya base es, en efecto, la autonomía sexual y, con ello, el consentimiento.³⁰

3. ¿Qué es el consentimiento?

El consentimiento es una clase de acuerdo sobre algo que, de otra manera, hubiese constituido una violación a nuestros derechos.³¹ Es relevante saber las repercusiones que tiene el consentimiento voluntario³² en el marco de los delitos sexuales, ya que reiteradas veces fue sostenido que el consentimiento tiene un “poder transformador” a nivel normativo.³³ Esto se debe a que altera las relaciones normativas (p. ej., derechos o deberes) en las que se encuentran los demás con respecto a lo que pueden hacer y, en consecuencia, tiene la capacidad de justificar la conducta o excluir la tipicidad.³⁴ El hecho de que *B* consienta en tener relaciones sexuales con *A* implica que la acción de *A* pase a ser permisible gracias al consentimiento.³⁵ Parece haber tres

²⁹ BERGELSON, *supra* nota 16, p. 172; DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 735; HURD, “The Normative Force of Consent”, en MÜLLER / SCHABER, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, p. 45; TADROS, “Beyond the Scope of Consent” en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 50, n.º 4, 2022, p. 430.

³⁰ Véase HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 202.

³¹ BERGELSON, “The Defense of Consent”, en DUBBER / HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 629; SCHNÜRIGER, “What is Consent?”, en MÜLLER / SCHABER, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, p. 21; TILTON / ICHIKAWA, “Not What I Agreed To: Content and Consent”, en *Ethics*, vol. 132, n.º 1, 2021, p. 129.

³² Se presupone que el consentimiento refleja también la voluntariedad del agente (THERON, *supra* nota 7, p. 37), aunque podamos diferenciar distintos “grados” (GREEN, *supra* nota 3, p. 71 s.) incluso hasta el punto de considerarlas indeseadas (p. 74).

³³ *Pars pro toto* WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 119 ss.

³⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025, 22-21. También ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1; BERGELSON, *supra* nota 16, p. 171; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403; HURD, *supra* nota 14, p. 124, habla hasta de “la magia moral” del consentimiento; VANDERVORT, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and *Mens Rea*”, en *Canadian Journal of Women & the Law*, 1987-88, pp. 233 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 121. Sin embargo, esto no es absoluto ya que el derecho penal prohíbe ciertas conductas incluso cuando media consentimiento. Piénsese en el caso de la ayuda a morir activa o el homicidio a petición del § 216 StGB (código penal alemán). Al respecto, véase PAWLK, *La Limitación unilateral del esfuerzo terapéutico y la idea de autonomía*, Bogotá, Universidad del Externado, 2022, pp. 20 ss. y BERGELSON, *supra* nota 31, p. 630 con ejemplos.

³⁵ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 722; HURD, *supra* nota 14, p. 123; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 120. Sin embargo, GARDNER, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, 2018, pp. 58 ss., sugiere que se ha puesto al consentimiento en un lugar demasiado alto y se le ha exigido mucho.

enfoques distintos³⁶ mediante los cuales el consentimiento de una persona puede alterar la valoración jurídica y moral de las acciones de otra persona.³⁷ En primer lugar, una visión *subjetiva* sostiene que el consentimiento se representa en un “estado mental” determinado. En segundo lugar, un punto de vista *performativo* sostiene que el consentimiento es conductual, por lo que es necesaria una señal comunicativa, sea expresa o tácita, de su consentimiento de forma adecuada. En tercer lugar, hay punto de vista *híbrido* en donde convergen las otras dos posturas. Aquí se considera que tanto el estado mental como la señal de consentimiento pertinentes son necesarios para un consentimiento válido. Pasemos a analizar brevemente de qué se trata cada una.

a. La postura subjetiva

La postura *subjetiva* sostiene que el consentimiento se trata de un “estado mental” como fenómeno psicológico o actitud interna.³⁸ Para determinar su existencia en un caso puntual, es necesario buscar pruebas del estado mental de esa persona del mismo modo que buscamos pruebas de otros comportamientos moralmente reprochables (piénsese, p. ej., en el dolo como tipo subjetivo o el ánimo de apropiación en el hurto).³⁹ No se trata del humor ni sensaciones corporales, sino de creencias, intenciones, y/o elecciones: una dirección hacia un objetivo. Esto

³⁶ Tomo la clasificación de WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 144 ss. Por el objeto de investigación de este trabajo, no será necesario optar por una de las tres posturas ni explayarnos en las críticas hechas a cada una de ellas.

³⁷ Estas teorías son hallables tanto en la literatura como en algunas legislaciones. Tal es el caso del código penal australiano y canadiense. Cf. BERGELSON, *supra* nota 31, p. 631.

³⁸ ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 7; DRESSLER, “Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 409, 1998, p. 424 s.; FERZAN, *supra* nota 16, p. 403; HURD, *supra* nota 14, pp. 125 ss. (similar al *mens rea*); WESTEN, *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Londres, Routledge, 2004, p. 25. Dentro de esta postura hay ciertas, aunque mínimas, discrepancias entre los autores, lo cual es reconocido por ellos mismos en ALEXANDER / HURD / WESTEN, “Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty”, en *Law and Philosophy*, vol. 35, 2016, p. 655; HURD y ALEXANDER mantienen posturas divergentes respecto de qué debe entenderse por “estado mental”. HURD sostiene que la persona que consiente debe tener la intención de permitir que la otra parte supere un límite que, sin ese consentimiento, sería moralmente reprochable. En cambio, ALEXANDER, *supra* nota 14, pp. 6 ss., argumenta que el consentimiento implica la voluntad de renunciar o retirar cualquier objeción moral a la transgresión de ese límite que la otra parte llevará a cabo (véase también GARDNER, *supra* nota 35, p. 58, quien lo plantea en un término de asimetría). Para HURD, el consentimiento de *B* es una intención de que *A* haga algo determinado, mientras que, según ALEXANDER, *B* no puede “tener la intención” de que *A* haga algo, sino que su estado mental es lo que *B* hará. Al respecto, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 6 s.; BERGELSON, *supra* nota 16, p.172 s.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 145. Críticos al respecto HÖRNLE, “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. Agustina SZENKMAN), *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 9, 2019, p. 159; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 202 s.; MALM, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 148 ss.

³⁹ HURD, *supra* nota 14, p. 125.

es un estado mental “intencional” en el sentido de una decisión interna relevante para el consentimiento.⁴⁰ Es interesante saber, además, qué consecuencias tiene este consentimiento como “estado mental”. El consentimiento entendido desde este punto de vista sería la reproducción más fiel o lo que mejor refleja cómo la víctima vivió la interacción con el presunto agresor, lo cual más respetaría la autonomía.⁴¹ Es el acto de voluntad del consentidor, su elección, lo que hace permisibles las acciones de la otra parte.⁴² Además, la relevancia del consentimiento entendido como estado mental es el hecho de que tal estado mental existe, o no existe, lo cual tendrá grandes repercusiones en la responsabilidad penal de la otra parte.⁴³ En consecuencia, esta postura funcionaría de la siguiente manera: no es necesario, según esta corriente, la expresión o comunicación alguna de este estado mental.⁴⁴ El motivo de esto es el efecto que despliega el consentimiento, porque aquel lo que hace es remover una barrera moral.⁴⁵ Veamos un ejemplo para explicar esta cuestión:

Noche: Carolina está durmiendo mientras David le empieza a practicar sexo oral, en la creencia de que eso le gustará mucho a David. Cuando se despierta, piensa “este es el mejor reloj despertador para levantarse y empezar bien el día”.⁴⁶

Incluso hasta podríamos ir más allá con los casos y pensar en el siguiente, tal vez hasta más polémico:

Encantada: Clara quiere tener sexo con Juan pero teme que si se lo comunica, él piense que “ella está muerta por él” y acabe rechazando una relación duradera con ella, una relación que ella desea. Una noche, Juan le empieza a hacer insinuaciones sexuales. Clara quiere que siga adelante, pero no le dice nada y, de hecho, se resiste con cierta fuerza a cada paso que avanza la situación. Esta resistencia hace todo menos disuadirlo

⁴⁰ ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 657; FERZAN, *supra* nota 16, p. 408; HURD, *supra* nota 14, p. 125.

⁴¹ FERZAN, *supra* nota 16, p. 407.

⁴² FERZAN, *supra* nota 16, p. 406.

⁴³ ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

⁴⁴ ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 655; FERZAN, *supra* nota 16, p. 406; HURD, *supra* nota 14, p. 146; WESTEN, *supra* nota 38, p. 38, llega a la misma conclusión, aunque habla de “aquiescencia querida” (*willed acquiescence*).

⁴⁵ ALEXANDER/HURD/WESTEN, *supra* nota 38, p. 657.

⁴⁶ FERZAN, *supra* nota 16, 405 s. Otro ejemplo en ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 7 s.; ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656; BERGELSON, *supra* nota 16, p. 174. Véase también sobre el modelo afirmativo, SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/113 s.

y terminan teniendo relaciones sexuales. Clara está encantada porque todo salió como ella esperaba. Juan ha tenido sexo con ella, aunque ella le comunicó que no estaba de acuerdo. Más tarde, sin embargo, una amiga de ella insiste en que Juan estaba dispuesto a tener relaciones sexuales solo porque creía que ella no estaba consintiendo. Lo que era encanto ahora es indignación.⁴⁷

Según esta corriente, en *Noche*, Carolina no estaría cometiendo abuso sexual, debido a que David estuvo mentalmente siempre de acuerdo con el acto sexual y a pesar de que nunca manifestó su deseo de tener relaciones sexuales. Distinto sería el caso si David despertase y quedase paralizado por lo que estuvo pasando, porque no deseaba en absoluto esa conducta sexual, e incluso si no dice ni se opone al acto. Aquí ya nos encontramos en un terreno más oscuro y la conducta sexual sí se subsumiría en el tipo penal de un abuso sexual. En el caso *Encantada*, se mantiene el mismo veredicto: Juan no cometió un ilícito⁴⁸ de violación,⁴⁹ al menos en su faceta de consumación. Pues Juan a pesar de estar en la creencia de que no había consentimiento, ese consentimiento sí existía, con lo cual él, en verdad, tenía el permiso de Clara de traspasar esos límites morales o jurídicos, ya que Clara fue plenamente capaz de ejercer su autonomía sexual y eso es lo que realmente vale.⁵⁰ Por supuesto, en el caso *Encantada*, si bien no se comete un ilícito consumado, esto no obsta a una punibilidad por una tentativa de violación.⁵¹ El tipo objetivo no estaría completo porque sí hubo consentimiento pero el autor se representa una ausencia de consentimiento. En un caso inverso, si el autor se representa que la otra parte ha dado el consentimiento, entonces será punible por un error de tipo.⁵² Sin embargo, en lo que respecta a

⁴⁷ ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 655 s. Véase un ejemplo similar en BERGELSON, *supra* nota 16, p. 174.

⁴⁸ El término en inglés usado por los autores es "wrong" pero es de difícil traducción. Por eso, tomo la traducción hecha por Béguelin, Dias y Verde en GREEN, *supra* nota 3, p. 25 con nota al pie n.º 4. Véase la aclaración de ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

⁴⁹ ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656; ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 2.

⁵⁰ ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 657.

⁵¹ ALEXANDER / HURD / WESTEN, *supra* nota 38, p. 656.

⁵² Véase también la solución de BERGELSON, *supra* nota 16, p. 179.

nuestro código penal, la aplicación de esta última consecuencia concluiría a la impunidad, por no hallarse tipificado un tipo penal de violación imprudente.⁵³

b. La postura performativa

En cambio, la segunda teoría sostiene que el consentimiento es conductual y, por tanto, debe tratarse de un acto performativo.⁵⁴ El consentimiento implica un acto que no se define por el estado mental, sino por la comunicación: una persona expresa su consentimiento de forma adecuada si y solo si da señales de querer o aceptar ese acto.⁵⁵ Esto significa que el análisis del consentimiento debe centrarse ahora en la interacción entre las partes y el hecho de haber explicitado hacia el exterior su aquiescencia es lo que permitirá descartar un delito contra la integridad sexual.⁵⁶ Esta comunicación puede darse mediante un intercambio expreso de palabras o incluso de forma tácita con “señales”.⁵⁷ En el caso puntual del *stealth*ing, TILTON e ICHIKAWA explican que no sería en absoluto necesario que una de las partes le comunique a la otra expresamente que quiere hacer uso de un condón durante las relaciones sexuales. P. ej., si ellos están ya besándose en la cama y uno dice “¿tenés un preservativo?” y el otro le dice que sí, está claro que están consintiendo relaciones sexuales con condón, pero no a relaciones sexuales sin protección. De hecho, puede hasta llegar a ocurrir que la palabra “condón” ni siquiera haya sido mencionada. P. ej., si uno de los dos simplemente le da al otro el condón en un momento

⁵³ Probablemente sería distinto el caso en Suecia, ya que el código penal sueco tipifica en el Chapter 6, Section 1.a), un abuso sexual imprudente: “A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape”.

⁵⁴ Así DOUGHERTY, “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 43, 2015, p. 227; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 203; HÖRNLE, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127, n.º 4, 2016, p. 867; MALM, *supra* nota 38, pp. 147 ss.; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 60 s.; VANDERVORT, *supra* nota 34; VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 130; WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 146-148. Más referencias en WESTEN, “Some Common Confusions About Consent in Rape Cases”, en *Ohio State Journal Of Criminal Law*, 2004, p. 342 con nota al pie n.º 11. Sobre el término “performativo”, véase WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 144 con nota al pie n.º 1. Con dudas acerca de la plausibilidad de esta teoría, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

⁵⁵ Cf. DOUGHERTY, *supra* nota 54, pp. 233 ss.; GREEN, *supra* nota 3, p. 67; HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 159, 161; VANDERVORT, *supra* nota 34; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 144.

⁵⁶ WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 147: las señales del consentimiento son relevantes justamente porque son indicadores confiables de los deseos, intenciones y elecciones.

⁵⁷ HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 203; HÖRNLE, *supra* nota 54, p. 867; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148; VAVRA, *supra* nota 54, p. 129 s.

determinado, esto ya es suficiente para emitir el consentimiento a relaciones sexuales con la condición de usar protección.⁵⁸

De aceptarse esta postura, en el caso *Encantada* ya no se produciría en una mera tentativa, tal como proponen los defensores de la postura subjetiva, sino que Juan sería responsable penalmente por violación consumada.⁵⁹ En el caso *Noche*, Carolina también debería ser condenada por alguna clase de delito sexual (la cuestión de si se trataría de una violación, o no, puede ser dejada de lado aquí), ya que David, al estar dormido, no ha comunicado ninguna clase de aquiescencia. De hecho, puede ocurrir que un consentimiento expresamente comunicado sea inválido porque no se refleja realmente el “estado mental” de la víctima si, p. ej., está siendo amenazada con un arma.⁶⁰

Aquellas autoras defensoras de este enfoque performativo sostienen que no solo se protege a las potenciales víctimas, sino también a la otra parte de la relación, porque se estaría considerando que es imposible que uno sepa qué es lo que está escondido en la mente de la víctima y solamente podemos saber qué piensa otra persona cuando lo expresa. Es por eso que juega un papel fundamental la comunicación entre las partes, porque gracias a lo que exterioriza, el otro puede saberlo aunque también tiene el derecho a confiar en lo que el otro manifestó.⁶¹ Además, se considera que la parte afectada también tiene la obligación de ser transparente en caso de ser una persona adulta y capaz.⁶²

Aquí es donde aparecen los conocidos modelos legislativos del “no es no”⁶³ y “solo sí es sí”⁶⁴ como punto de partida para la forma en que debe llevarse a cabo la comunicación y marcar el

⁵⁸ TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148.

⁵⁹ Véase el análisis de otros casos en WESTEN, *supra* nota 54, p. 343.

⁶⁰ VAVRA, *supra* nota 54, p. 129. Puede haber otros casos de coacción o similares, como fue el #MeToo en el año 2017, cuyo análisis es interesante cuando el acto sexual ocurre en un contexto profesional de jerarquía. Al respecto, GREEN, *supra* nota 3, p. 127 y Capítulo 10; HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 163 s. Esta excepción está bien marcada en el código penal sueco (Capítulo 6, Sección 1).

⁶¹ Cf. DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 236 s.; FERZAN, *supra* nota 16, p. 413.

⁶² HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 159 s., 162. Similar DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 246: Al permitir que las intenciones personales determinen el consentimiento, el punto de vista subjetivo no consigue captar el rol que desempeña el consentimiento a la hora de determinar cómo nos responsabilizamos los unos de los otros.

⁶³ Podría decirse que, a grandes rasgos, este modelo fue adoptado por el código penal alemán: “contra la voluntad reconocible de la otra persona” (§ 177 StGB). Al respecto, HÖRNLE, *supra* nota 20, p. 57 s.; TONI, *supra* nota 1, pp. 1 ss. Véanse algunas objeciones al modelo “no es no” en GREEN, *supra* nota 3, p. 126 s.

⁶⁴ Este modelo fue adoptado recientemente por el código penal español en su art. 178 (por todos, GARCÍA SÁNCHEZ, *supra* nota 13) y algunas jurisdicciones y universidades en Estados Unidos (DOUGHERTY, *supra* nota 54, p. 225 s.; GREEN, *supra*

límite entre los actos sexuales lícitos e ilícitos.⁶⁵ En el primer modelo, lo central está en proteger la autonomía negativa de la persona.⁶⁶ Según este modelo, habría un delito sexual cuando la víctima comunica su negativa a tener una relación sexual y la otra parte, no obstante, decide realizar el acto sexual. No sería necesario que la persona que comunica su negativa de participar en el acto sexual lo diga expresamente, sino que también podría hacerlo por medio de actos inequívocos como llorar, resistirse físicamente, irse del lugar, etc.⁶⁷ En el segundo modelo se requiere un consentimiento afirmativo de las partes en tener relaciones sexuales, cuyo contenido exprese la disposición a favor del acto sexual.⁶⁸ Aquel puede ser comunicado verbalmente o no, lo que incluye lenguaje corporal, gestos, otras acciones,⁶⁹ que por regla general debe darse antes del acto sexual.⁷⁰

Los problemas entre estos dos modelos suelen aparecer en los casos de ambigüedad, cuando hay señales de pasividad notorias. P. ej., la persona permanece en silencio, no se mueve, de un modo más parecido a un cadáver que a una persona.⁷¹ Un caso puede ser el siguiente:

*Soledad en la cima:*⁷² Miguel está en su lujosa habitación de hotel y Sara toca la puerta. Él la invita a pasar. Luego de un rato mirando la televisión, él quiere tener relaciones sexuales con ella. Después de insinuársele, la lleva a su cama donde finalmente mantienen relaciones sexuales. Sin embargo, ella está petrificada sobre la cama y no se

nota 3, p. 129 con nota al pie n.º 26). Escéptico sobre la absoluta plausibilidad del modelo afirmativo, SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/98.

⁶⁵ Un panorama es hallable en GREEN, *supra* nota 3, pp. 124 ss.

⁶⁶ HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 160.

⁶⁷ HÖRNLE, *supra* nota 38, p. 160.

⁶⁸ Cf. FERZAN, *supra* nota 16, p. 413.

⁶⁹ GREEN, *supra* nota 3, p. 129; TUERKHEIMER, "Affirmative Consent", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, pp. 442 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 153 s. Diferente, REMIK, "Read Her Lips: An Argument For A Verbal Consent Standard In Rape", en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, p. 1105, quien sostiene solamente que para el consentimiento es válida una comunicación verbal: "no" significa "no", "sí" significa "sí", y la falta de toda comunicación significa un "no". En términos más específicos, un "no" o su equivalente verbal sería determinante para la cuestión del consentimiento, al igual que un "sí" libremente dado o su equivalente verbal. La falta de un "sí" o de su equivalente verbal daría lugar a la presunción de falta de consentimiento.

⁷⁰ VAVRA, *supra* nota 54, p. 323 s.

⁷¹ HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 205.

⁷² Este caso está tomado del capítulo 8 de la primera temporada de la serie de televisión *The Morning Show*, dirigido por Michelle MacLaren, escrito por JC Lee y emitido el 6 de diciembre de 2019 por AppleTV+.

mueve ni emite sonido alguno. Miguel no se detiene, ya que está convencido de que ella fue a su habitación porque quería tener relaciones sexuales con él.

Este caso es sumamente problemático si se analiza desde el punto de vista performativo porque la víctima no realizó una acción comunicativa en sentido positivo, pero tampoco se puede decir que rechazó el acto. Son casos de suma ambigüedad. El modelo “solo sí es sí” debería asumir que Sara no ha dado su consentimiento válido al acto sexual, porque el consentimiento debe ser claro y reconocible. Pero el modelo “no es no” debería interpretar que hubo un acto no verbal – seguir las relaciones sexuales y no comunicar su confusión o negativa– de aceptación o aquiescencia de la conducta sexual. En particular, se sostiene que en casos de ambigüedad menos claros, aquella parte que no quiere participar tiene una obligación de manifestar la disconformidad.⁷³

c. La postura híbrida

Se la llama híbrida⁷⁴ porque asume que tanto el estado mental como lo que se haya comunicado constituyen elementos para un consentimiento válido. Así, el consentimiento sería tanto una decisión subjetiva como un acto social cuyo objeto es expresar o transmitir un estado mental particular. Es decir, aquello que se comunica debe corresponderse con lo querido. Eso hace que sea una “transacción” entre dos partes.⁷⁵ No queda claro, no obstante, cómo se deberían juzgar los casos en los que no haya una correspondencia entre lo querido y lo expresado: ¿si se expresó un consentimiento positivo, pero el estado mental era negativo, entonces no hubo consentimiento? ¿Y qué sucede en el caso inverso?

III. La cuestión del engaño y su valoración jurídica

Una vez aclarado el estado actual de la discusión sobre cómo debe manifestarse el consentimiento para ser válido, podemos decir que, en la actualidad, el derecho penal de varios países define el injusto penal de los abusos o agresiones sexuales a partir de la falta de

⁷³ Así, HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 205. Véanse las condiciones según GARDNER / SHUTE, “La ilicitud de la violación” (trad. José Milton PERALTA), en MORESO MATEOS / FERRER BELTRÁN (ed.), *Ofensas y defensas*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 47 s.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 154.

⁷⁴ SHERWIN, *supra* nota 15, p. 216. Con dudas, ALEXANDER, *supra* nota 14, p. 1.

⁷⁵ SHERWIN, *supra* nota 15, p. 216 s. Escéptico acerca de su plausibilidad SCHNÜRIGER, *supra* nota 31, p. 25 s.

consentimiento: el abuso sexual sería una relación sexual no consentida.⁷⁶ Estos abarcarían las relaciones sexuales realizadas por medio de fuerza o coacción sobre las personas, lo cual se ha legislado expresamente en muchos códigos penales como el nuestro en el art. 119 CP. Pero la pregunta ahora recae en aquellos casos en los que no es tan evidente que estemos frente a un consentimiento válido. Recientemente ha cobrado mucha visibilidad en la literatura la pregunta por la relevancia penal del engaño⁷⁷ como elemento que excluye un consentimiento válido. La pregunta es si aquel que se aprovecha de un error o engaña a su pareja sexual para conseguir así su (viciado) consentimiento sería responsable penalmente por el delito sexual correspondiente.⁷⁸ Por razones de espacio no podré desarrollar en profundidad toda la discusión en torno a los engaños en relación a las relaciones sexuales, pero intentaré exponer un panorama fundamental al respecto. Esto es necesario porque aquí es donde se abre el debate por la punibilidad de Marino en nuestro caso *stealthing*: Elena y él habían pactado el uso de preservativo y él rompe ese pacto hecho con su contraparte sobre un elemento que era decisivo para conseguir su consentimiento al quitarse el preservativo sin consultarlo o darle aviso. Además, cabe mencionar que nuestro código penal no contiene una disposición explícita sobre cómo debería tratarse el engaño a la pareja sexual, sino que la cuestión ha quedado abierta a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.⁷⁹

En este debate sobre los engaños es de suma importancia su análisis, pues si aceptamos que el abuso sexual se caracteriza por relaciones sexuales no consentidas, tenemos que analizar si un engaño tiene la fuerza suficiente como para hacer caer el consentimiento inicialmente dado y, por

⁷⁶ GREEN, *supra* nota 3, pp. 119 ss.

⁷⁷ Entre muchos otros, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 432 ss.; DOUGHERTY, *supra* nota 25, pp. 719 ss.; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, pp. 772 ss.; THERON, *supra* nota 7, pp. 36 ss. El error o el engaño puede recaer sobre innumerables elementos de diversa naturaleza. Al respecto, en profundidad, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 435 ss.; HOVEN / WEIGEND, “Sobre la punibilidad del engaño en el (nuevo) derecho penal sexual”, en LERMAN / TUÑÓN CORTI (dir.), *Fundamentos y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, pp. 132 ss.; WERTHEIMER, *supra* nota 33, pp. 195 ss. Véase la discusión filosófica sobre qué implica engañar y el concepto de falsedades en el concepto “D6” en MAHON, “The Definition of Lying and Deception”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno 2016.

⁷⁸ Véase COCA VILA, *supra* nota 1, p. 436; DOUGHERTY, *supra* nota 25, 720; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 3; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, pp. 776 ss. El Tribunal Supremo español —STS 603/2024, p. 5 (ECLI:ES:TS:2024:3418)— recientemente declara que, según la redacción vigente del art. 178, CP español (abuso sexual), el engaño no es un medio idóneo para invalidar el consentimiento. Al respecto, RAGUÉS, “Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 457.

⁷⁹ Pero sí están legislados en el Sexual Offences Act 2003 del Reino Unido en su art. 76, en el art. 265.3 (c) del código penal canadiense y Crimes Act 1900, Section 67.1, j) del código penal australiano.

tanto, podemos decir que el engaño transforma esa relación sexual en una “no consentida”.⁸⁰ En los casos de engaños en general, se suele hablar de un déficit del consentimiento porque la persona aquiescente toma una decisión que no se corresponde con sus valores subjetivos.⁸¹ En particular, la mentira fuerza a la víctima a seguir los objetivos de quien la emite en lugar de los propios. Dado que la capacidad de decidir sobre un plan de vida y establecer metas personales es un aspecto esencial de la autonomía sexual, las mentiras utilizadas para manipular constituyen una afectación especialmente grave a la autonomía.⁸² No obstante, se debe señalar que el consentimiento perfecto no existe (o no suele existir),⁸³ en el sentido de que es prácticamente imposible conocer y consentir absolutamente todos los aspectos de un acto, por más mínimos que sean.

En este marco, se discute la cuestión de, entonces, qué condiciones debe cumplir un engaño para que pueda ser suficiente para invalidar el consentimiento de la contraparte en tener relaciones sexuales en un mundo en el que el consentimiento nunca va a ser perfecto. Una primera postura parte de considerar como relevantes a los errores sobre condiciones necesarias para el consentimiento. Así, DOUGHERTY suele partir de dos factores que deberían constatarse acumulativamente.⁸⁴ En primer lugar, el engaño debe referirse al encuentro sexual, lo que incluiría los datos personales, debido a que cada persona es una parte esencial del encuentro sexual. P. ej., esto incluiría el engaño sobre si esta persona utiliza métodos anticonceptivos, sobre su profesión o sobre sus actitudes mentales (p. ej., estar enamorado o una promesa de matrimonio en caso de consumarse la relación sexual).⁸⁵ En segundo lugar, el engaño debe referirse a un

⁸⁰ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 727; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 773. Se ha sostenido que el injusto de la coerción como medio comisivo del abuso sexual es más grave que el engaño. Paradigmático PUNDIK, “Coercion and Deception in Sexual Relations” en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 109 ss., quien sostiene que, en el engaño, el autor no se enfrentó a una reacción de rechazo de la víctima durante el acto sexual, sino que aquel será futuro, a diferencia de las relaciones sexuales coactivas. En contra, STRAUSS, “Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression”, en *Columbia Law Review*, 1991, p. 354: el engaño es más insidioso porque la víctima ni siquiera sabe que se ha apoderado de ella y que está siendo manipulada. Al menos en los casos de coacción pura y dura, su mente es libre.

⁸¹ SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 772.

⁸² STRAUSS, *supra* nota 80, pp. 354 s. También NORTON, “Lies and the Constitution”, en *The Supreme Court Review*, 2013, p. 166, aunque posteriormente indica que las falsedades pueden contribuir al desarrollo de la propia autonomía y privacidad. Sobre ese punto, véase BERGELSON, *supra* nota 31, p. 635 s.; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, pp. 780 ss.; TUÑÓN CORTI, “Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación. Una interpretación a partir del *Means Principle*”, en *InDret*, 2024, p. 327.

⁸³ Similar COCA VILA, *supra* nota 1, p. 450; SCHULHOFER, *supra* nota 11, p. 54.

⁸⁴ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719.

⁸⁵ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719.

dealbreker:⁸⁶ es un factor decisivo respecto de la característica del encuentro sexual que resulta ser *conditio sine qua non* para el encuentro.⁸⁷ En otras palabras, si la otra persona no habría estado dispuesta a participar en la relación sexual en cuestión si hubiese sabido la verdad, entonces estamos frente a un *dealbreaker*.

Esta postura, que considera como abuso sexual todo tipo de engaño o aprovechamiento –sea este creado activamente por el autor o pasivamente cuando reconoce que la otra parte se ha creado una falsa creencia– que sea *conditio sine qua non* para obtener el consentimiento también ha sido receptada en la doctrina de derecho penal.⁸⁸ Estos autores, incluso van más lejos al señalar que, una vez notado el error por parte del autor, aquel tiene un deber de aclarar la verdadera situación y sacar a la otra parte del error, por más mínimo o indiferente que parezca, incluso si resulta moralmente inaceptable o discriminatorio.⁸⁹ Véase el siguiente ejemplo:⁹⁰

Vegano: Santiago tiene una cita con Ángeles en un restaurante vegano. Ángeles le dice a Santiago que ella solo tendría relaciones sexuales con veganos. Santiago, que suele comer carne vacuna habitualmente, no dice nada y cambia de tema. Esa noche, tiene relaciones sexuales con Ángeles.

Se le ha criticado a esta postura que va demasiado lejos, dado que el hecho de ser vegano parecería ser irrelevante para el derecho penal, en el sentido de que un engaño de esta clase no

⁸⁶ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 731. Este concepto es tomado ampliamente en la literatura. P. ej., COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 441 ss.; GREEN, *supra* nota 3, Cap. 6; THERON, *supra* nota 7, p. 41; VAVRA, “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, en *ZIS*, 2018, p. 613. Diferente, TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 135, 141; los autores consideran que es mejor hablar de una característica esencial [*core feature*]. En contra de esto se pronunció el Tribunal Supremo español (ECLI:ES:TS:2024:3418) (cf. RAGUÉS, *supra* nota 78, p. 457 s.).

⁸⁷ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 719. Para un caso práctico donde se ve claramente cómo el uso de preservativo era un *dealbreaker* cf. la resolución CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1).

⁸⁸ HERRING, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, en *Singapore Law Review*, vol. 22, 2002, p. 193; VAVRA, *supra* nota 86, p. 613 s.

⁸⁹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/77. Véase el caso *State of Israel v. Kashur* en PUNDIK, “The Law of Deception”, en *Notre Dame Law Review Online*, 2018, pp. 172 ss.

⁹⁰ Un caso similar es presentado por DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 728.

parecería afectar la integridad o libertad sexual de la víctima de un modo relevante.⁹¹ Estoy de acuerdo con esta crítica y considero que la postura que asume que todo engaño respecto de una condición necesaria para el otorgamiento del consentimiento debe ser rechazada. Es contraintuitivo señalar que en casos como "vegano" se ha producido un abuso sexual, incluso si la víctima fue engañada sobre un aspecto decisivo para otorgar su consentimiento. Dicho en otras palabras, el engaño sobre un *dealbreaker* parecería ser una condición necesaria para que pueda hablarse de un abuso sexual en casos de engaño, pero no suficiente. Exactamente qué es necesario para poder distinguir entre *dealbreakers* suficientes y *dealbreakers* insuficientes para invalidar el consentimiento es una tarea complicada y que todavía no ha tenido una respuesta convincente. Sin embargo, creo que es posible señalar algunos puntos de partida para hacer esa delimitación. Una vez acreditado el engaño sobre un *dealbreaker*, todavía es necesario realizar una evaluación sobre qué razones adicionales hay a favor o en contra de considerar que el consentimiento se encuentra (o no) viciado. Como señala TADROS,⁹² esa consideración es posible que deba ser realizada caso a caso y que no pueda brindarse un principio abarcativo.

En contraposición a esta postura, hay otra corriente que intenta restringir una punibilidad tan amplia y opta por diferenciar normativamente entre clases de engaños que sean penalmente relevantes.⁹³ Principalmente en la doctrina anglosajona, se distingue entre fraude en el hecho (fraud in the *factum*), que siempre viciaría el consentimiento, y fraude en el incentivo (fraud in the inducement), que en principio no lo viciaría.⁹⁴ El primero se refiere al engaño respecto de la naturaleza sexual del acto, p. ej., la víctima no es consciente de estar participando de una relación sexual.⁹⁵ El segundo se refiere a un engaño que más bien cae sobre las características, motivos o

⁹¹ Críticos a esta postura COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 442 ss.; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 778 s; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/81; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 133 especialmente en cuanto a la postura de DOUGHERTY: va demasiado lejos y hace depender la existencia de una violación en la idiosincrasia individual (*supra* nota 33, p. 134).

⁹² TADROS, *supra* nota 29, p. 466. Próximo SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/81.

⁹³ COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 453 ss.; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; GREEN, *supra* nota 3, p. 154; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, pp. 139 ss.; WIBNER, *supra* nota 1, p. 282. En profundidad sobre los fundamentos, GREEN, *supra* nota 3, pp. 152 ss., especialmente p. 155.

⁹⁴ Al respecto GREEN, *supra* nota 3, p. 148 s.; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 140; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 195 s. con claros ejemplos, aunque posteriormente descarta tal distinción en p. 206.

⁹⁵ Un caso muy conocido es aquel en el que el médico ginecólogo finge estar haciendo un examen clínico de rutina cuando, en verdad, le realiza una penetración a su paciente-víctima. Al respecto, CHESSER / ZAHRAH, *supra* nota 1, p. 224; GREEN, *supra* nota 3, p. 157; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, 22/78.

hechos en particular.⁹⁶ Se dijo que el fraude en el incentivo “en principio” no viciaría el consentimiento, porque también hay posturas que consideran que, más allá de esta clasificación, lo relevante es determinar qué clases de engaños son los que finalmente menoscaban la autonomía sexual negativa⁹⁷ jurídicamente protegida por la norma, en el sentido de una afectación penalmente relevante de la autonomía sexual,⁹⁸ ya que no todo engaño tiene tal efecto.⁹⁹ Según COCA VILA hay tres categorías básicas de engaños *dealbreakers* que resultan ser penalmente relevantes:¹⁰⁰ a) la naturaleza sexual de la actividad; b) la identidad personal de las partes; c) el grado de injerencia corporal. Esta última es de suma importancia para el *stealthing*.

En este trabajo asumiré que esta segunda postura es la correcta y dejaré abierta la cuestión de si ciertos fraudes en los motivos, además de los clásicos fraudes en el hecho, pueden viciar el consentimiento. Ya se señaló que no todos los engaños sobre *dealbreakers* son condiciones suficientes para viciar el consentimiento (caso *Vegano*) y se asumió como correcta la visión de TADROS respecto de que los casos de engaño merecen una ponderación caso a caso. Entre los factores de ponderación a tener en cuenta está, especialmente, la cuestión de si el derecho penal puede dejar cierto ámbito de libertad para la configuración del consentimiento en las relaciones sexuales. En particular, un deber de decir la verdad sobre cualquier circunstancia que configura un *dealbreaker* parece ir demasiado lejos en la protección de la libertad negativa, por sobre la libertad positiva de las partes respecto de su derecho a participar en relaciones sexuales. En casos en los que esa ponderación es “dudosa”, parecería que el derecho penal, con su carácter fragmentario o de ultima ratio debería abstenerse de actuar. No obstante, cuando el engaño se produce sobre circunstancias que ya desde una contemplación objetiva son importantes para cualquier parte interesada en tener relaciones sexuales, como las señaladas por COCA VILA (naturaleza sexual de la actividad, identidad personal y grado de injerencia corporal), entonces parecería que estamos frente a un engaño penalmente relevante. Estas circunstancias importantes se condicen

⁹⁶ GREEN, *supra* nota 3, p. 149.

⁹⁷ COCA VILA, *supra* nota 1, p. 449. Así, lo relevante no es que haya sido una *conditio sine qua non*, sino que el engaño lesiona el derecho que tiene una persona a decidir con base en una información veraz (COCA VILA, *supra* nota 1, p. 452).

⁹⁸ COCA VILA, *supra* nota 1, p. 451.

⁹⁹ COCA VILA, *supra* nota 1, p. 453. Similar GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 111; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 781 s.

¹⁰⁰ No desarrollaré el punto a) y b) por carecer de trascendencia en el *stealthing*. Al respecto, COCA VILA, *supra* nota 1, pp. 454 ss.

esencialmente con las correspondientes al clásico fraude en el hecho, aunque, como señalé más arriba, dejo abierta la cuestión de si puede haber fraudes en los motivos penalmente relevantes.

IV. *Stealth*ing como violación en el derecho penal argentino

1. *Stealth*ing como engaño penalmente relevante

En base a lo señalado, voy a considerar que en el caso del *stealth*ing el autor no ha respetado la autonomía sexual de la otra parte cuando se había acordado explícitamente relaciones sexuales con protección, como el caso de Marino y Elena. Esto invalidaría el consentimiento de Elena por hallarse un engaño penalmente relevante¹⁰¹ aunque primero hay que explicar por qué esto es así.

En primer lugar, quisiera retomar la cuestión de si ha habido consentimiento o no en este caso, a partir de las distintas posturas respecto de lo que el consentimiento realmente *es* o, al menos, respecto de cómo ha sido regulado en el derecho penal respectivo. Entiendo que el problema de los engaños, en general, y del *stealth*ing, en particular, es relativamente independiente de la discusión sobre la ontología del consentimiento. Si se considera que el consentimiento es un estado mental, entonces surge la pregunta de si ese estado mental estaba presente al momento del hecho (puntualmente, al momento de la remoción del preservativo) en casos de *stealth*ing. Hay que determinar, entonces, qué engaños son relevantes para afectar al estado mental característico de la aquiescencia en tener relaciones sexuales. Los modelos performativos tienen exactamente el mismo problema, debido a que si bien Marino no actuó en contra de una negativa a tener relaciones sexuales (“no es no”) y, de hecho, obtuvo la aquiescencia positiva de Elena (“sí es sí”), lo cierto es que resta saber si el retiro del condón es capaz de afectar la evaluación. En modelos performativos “sí es sí” esto es evidente: habría que determinar si el engaño es tan relevante como para poder afirmar que Marino tenía un deber de obtener un “sí” de Elena antes de sacárselo. La cuestión no es tan clara en modelos performativos “no es no”, ya que la víctima engañada, por supuesto, no está en condiciones de negarse ante lo que no conoce. No

¹⁰¹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 192; COCA VILA, *supra* nota 3, pp. 300 ss.; GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 108; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 157; THERON, *supra* nota 7, p. 38; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 143; VALVERDE-CANO, “*Stealth*ing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo”, en *Diario La Ley*, 2024, p. 3; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 209. Véase también CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1). En contra FRANZKE, *supra* nota 1, p. 120.

obstante, creo que el caso es igual de relevante que para los otros modelos, en la medida en que el aprovechamiento de que la víctima no tuvo la oportunidad de “vetar” el acto sexual (p. ej., porque estaba dormida o porque se trató de un tocamiento realizado subrepticamente) también son considerados por el modelo performativo como abusos sexuales. La pregunta para este modelo es si esta clase de engaño es lo suficientemente importante como para que pueda hablarse de que la víctima no estuvo en condiciones de consentir por falta de información sobre el hecho. Por tanto, considero que el problema es esencialmente el mismo, con independencia de la postura que uno siga respecto de la ontología del consentimiento.

En segundo lugar, en el caso queda claro que el uso de preservativo es un *dealbreaker*¹⁰² y, dentro de estos últimos, un fraude en el *factum*.¹⁰³ Por tanto, según la posición aquí defendida, tendríamos un engaño penalmente relevante, ya que se cumplen las dos condiciones acumulativas mencionadas más arriba. Por un lado, el uso de preservativo era *conditio sine qua non* para tener relaciones sexuales. Por otro lado, el engaño está vinculado a una característica esencial del hecho mismo, puntualmente a la injerencia corporal del acto sexual. Se trata, por consiguiente, de una característica básica del hecho, respecto de la cual la víctima tenía un derecho a ser informada en caso de que se produjese una modificación intempestiva de la existencia, o no, de esa característica en la relación sexual. De modo un tanto plástico, los casos de *stealthing* lucen más similares a un acto sexual cometido por un médico que le miente a su paciente respecto de la necesidad médica de realizarle un tacto rectal (ejemplo claro de engaño penalmente relevante) que a un acto sexual en el que se produce un engaño sobre el carácter de vegano de una de las partes (ejemplo claro de engaño penalmente irrelevante).

Lo esencial para la fundamentación ya recae en la autonomía sexual en sentido estricto y su expresión a través del consentimiento.¹⁰⁴ Toda persona tiene el derecho de controlar el

¹⁰² DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 731. TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 135, consideran que incluso si Elena se hubiese dado cuenta que Marino se había quitado el profiláctico, pero a ella le era indiferente, a pesar de lo pactado, la conducta sería igualmente punible, ya que ellos no consideran el *dealbreaker* como factor esencial, sino el hecho de que directamente esa conducta no se había pactado.

¹⁰³ SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777; TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 140 s.

¹⁰⁴ COCA VILA, *supra* nota 3, p. 299.

comportamiento de otros dentro de su esfera jurídica,¹⁰⁵ como correlato de ser seres autónomos. Pues cada uno tiene el derecho de renunciar a determinados derechos al permitirle a otro una injerencia en nuestra esfera. El problema aparece cuando uno se representó estar renunciando a cierto derecho pero, en verdad, se estaba invadiendo otro.¹⁰⁶ Es decir, la víctima consintió un acto que en la realidad no terminó ocurriendo, sino que ocurrió otra cosa que ella nunca consintió.¹⁰⁷ Entonces, el engañador, al soslayar un obstáculo que se sabe impediría el encuentro sexual, le quita ese poder a la otra persona de ejercer su autonomía sexual. Ese derecho a decidir en qué medida cada uno quiere involucrarse en una relación sexual está íntimamente relacionado con nuestro derecho agencial.¹⁰⁸ Esto nos dará la posibilidad de tomar decisiones sobre lo que puede ocurrir permisiblemente en los ámbitos personales sobre los que tenemos control exclusivo como lo es el propio cuerpo. Disponer de estos ámbitos personales es crucial para conducir nuestras vidas como nos gustaría. En paralelo, los demás tienen la obligación de respetar esas decisiones. Tal como indica DOUGHERTY, si nuestras decisiones determinan al máximo la permisibilidad de las acciones de los demás, los derechos a los que renunciamos deben ser los derechos a los que pretendemos renunciar. Solo así seremos plenamente soberanos en esos ámbitos.¹⁰⁹ En el caso del *stealth*ing, la parte afectada quiso permitir restrictivamente que la conducta sexual sea con protección, pero de ningún modo sin ella. Este “desnivel” es jurídicamente relevante porque una relación sexual sin protección no fue consentida como injerencia corporal.¹¹⁰

En tercer lugar, se debe señalar que independientemente de que en este caso fue más que explícito que Elena quería e insistió en el uso de preservativo, sería incluso suficiente que el engañador ya hubiese sabido cuál es el *dealbreaker* para la víctima.¹¹¹ P. ej., si uno ya en la primera cita le menciona al otro que siempre tiene relaciones con protección, esto ya puede entenderse de

¹⁰⁵ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 733 s. En general, véase PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, (trad. Ivó COCA VILA, Marcelo LERMAN y Hernán OROZCO LÓPEZ), Bogotá y otra, Editorial Universidad Externado de Colombia y otra, 2023, pp. 134 ss., 214 ss.

¹⁰⁶ Piénsese en el caso del ginecólogo o urólogo que les hace creer a sus pacientes que le debe realizar un estudio pero en realidad les practica un acto sexual.

¹⁰⁷ Así la explicación de TILTON / ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 144.

¹⁰⁸ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 734; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777; WERTHEIMER, *supra* nota 33, p. 208.

¹⁰⁹ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 735. De acuerdo THERON, *supra* nota 7, p. 36 s.

¹¹⁰ Véase BRODSKY, *supra* nota 1, p. 187; CHESSER / CLOUGH-RICCI, *supra* nota 1, p. 309; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209. Véase también el voto particular del STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418).

¹¹¹ DOUGHERTY, *supra* nota 25, p. 734.

manera suficiente como un consentimiento a tener relaciones sexuales pero con protección.¹¹² En ese sentido, la confianza (incluso mínima) que caracteriza a un encuentro sexual coloca en el *partner* un deber de respetar los alcances de su consentimiento de la otra parte.

2. Sobre la postura contraria

En contra de lo aquí sostenido, se ha señalado que en el análisis del *stealth*, debemos hacer una disociación de objetos: por un lado, la cuestión de la relación sexual con penetración propiamente dicha; por otro lado, una cuestión más bien “instrumental”¹¹³ que se refiere a la forma de llevar a cabo la relación sexual, como el uso (o no) de preservativo.¹¹⁴ Aunque ambas pueden afectar la autonomía sexual, la segunda lo hace en menor medida. Así, no habría engaño ni error sobre lo primero, sino sobre la práctica sexual concreta y el consentimiento está afectado en menor medida porque, al fin y al cabo, la penetración sí estaba consentida, entonces el ilícito sería menor.¹¹⁵ Lo que no estaría consentido es la relación sexual arriesgada por la falta de protección.¹¹⁶ Pues sería diferente el caso en el que directamente no hay consentimiento (por coacciones, fuerza, etc.) al caso en el que, de algún modo, algún tipo de consentimiento hubo.¹¹⁷ Esto tendría consecuencias prácticas respecto de la subsunción en uno u otro tipo penal, lo cual será analizado en el siguiente punto.

Además, se ha afirmado que en casos como el aquí tratado no habría un delito contra la integridad sexual por considerar que el tipo penal básico de abuso sexual no reconoce como inválido el consentimiento otorgado en base a informaciones falsas o engaños. En todo caso, cabría una punibilidad por delitos de lesiones corporales, ya que lo trascendental del retiro del condón es

¹¹² TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 148 s. con el ejemplo del caso canadiense Kirkpatrick. Posteriormente, en el 2022, la Corte Suprema de Canadá aclaró que “Non-consensual condom refusal or removal is a form of sexual violence”.

¹¹³ Así lo denomina VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 4.

¹¹⁴ GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 131.

¹¹⁵ La discusión de GILI PASCUAL se centra en el Código Penal español. Por ende, él entiende que el *stealth* merecería la calificación de abuso sexual no agravado por acceso carnal (art. 178, CP español) pero de ninguna manera de violación (art. 179, CP español). Similar, VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9.

¹¹⁶ VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9. Sin dudas, las víctimas tendrán temor ya sea de un embarazo no deseado o de una enfermedad de transmisión sexual. En el mismo sentido, BRODSKY, *supra* nota 1, 186, p. 191 s.

¹¹⁷ GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 115; VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 9, considera que diferenciar dos objetos distintos en una relación sexual es procedente.

el riesgo de transmisión de agentes patógenos o embarazo no deseado¹¹⁸, incluso en grado de tentativa. Además, podría entrar en consideración el delito de injurias por considerar una degradación a la víctima. De esta manera, no habría una laguna legal.¹¹⁹ Esta postura no es correcta como cuestión de derecho positivo en Argentina, ya que el delito de abuso sexual tiene una cláusula explícita de ausencia de consentimiento en la que los casos de engaños pueden ingresar sin mayores problemas, a partir del art. 119, primer párrafo, CP: “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. De ahí que la postura consistente en considerar a los engaños como abusos sexuales no afecte en absoluto la letra de la ley, al menos en Argentina.

Además, tampoco estoy de acuerdo con esta postura recién desarrollada. BRODSKY sostiene correctamente que el consentimiento para el contacto íntimo con un preservativo es muy diferente al consentimiento para un contacto con piel,¹²⁰ lo cual también ha sido confirmado por jurisprudencia de distintos países.¹²¹ No interesa que se haya consentido “la penetración” en un sentido amplio, porque aquella tiene distintos elementos que también se consienten, pues porque uno puede consentir la penetración, pero con ciertas condiciones. Es el *tipo* de penetración que se consiente, sumado a la negativa por parte de la víctima a la exposición a enfermedades de transmisión sexual sugerido. De no sostener esto, deberíamos decir que cuando se consiente una penetración vaginal también sería paralelamente un consentimiento que incluye la penetración anal u oral y esto resulta sumamente contraintuitivo.¹²² Aquí el acto sexual realizado se desvía del consentimiento inicial de un modo que objetivamente conduce a un cambio significativo de la naturaleza e intensidad del acto sexual. Es cierto que el uso de preservativo implica también la restricción a una injerencia en la integridad física que tiene que ver con la salud,¹²³ pero sigue

¹¹⁸ Al respecto, véase TONI, *supra* nota 1, p. 155 s.

¹¹⁹ Así FRANZKE, *supra* nota 1, pp. 120 ss. Crítica TONI, *supra* nota 1, p. 162 s. Sobre la jurisprudencia española que consideró anteriormente el tipo de lesiones corporales, GILI PASCUAL, *supra* nota 1, pp. 89 ss.

¹²⁰ BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190. De acuerdo, COCA VILA, *supra* nota 1, p. 457; CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 104; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 157; RENZIKOWSKI, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 51; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777.

¹²¹ P. ej., la Corte Suprema de Canadá en el caso Kirkpatrick en su segundo considerando: “Sex with and without a condom are fundamentally and qualitatively distinct forms of physical touching”. Similar SAP Sevilla, Sección 4, p. 7 (ECLI:ES:APSE:2020:1459) y STSJ Andalucía, p. 5 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396). En Alemania, AG Berlin-Tiergarten, con fecha 11 de diciembre de 2018, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 37.

¹²² COCA VILA, *supra* nota 3, p. 305; HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 35; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777.

¹²³ VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 7.

siendo una cuestión relacionada al tipo de penetración consentida. El hecho de consentir una penetración no implica que paralelamente se haya dado un consentimiento “en blanco para el futuro” a *cualquier* tipo de contacto sexual.¹²⁴ Por todo esto, la penetración tampoco está consentida y se considera que en *Stealth* nos hallamos ante un engaño penalmente relevante (*dealbreaker* por grado en la injerencia).¹²⁵ Esto se debe a que la víctima no percibe que ha cambiado la naturaleza de la injerencia corporal o del contacto sexual en sus dimensiones físicas y el acto sexual concreto fue en contra de su voluntad.¹²⁶ Esto conlleva a considerar que el consentimiento de la víctima está viciado y, por tanto, no es válido.

De todas formas, creo que quedan por aclarar dos cuestiones no menores al respecto de esta última conclusión. La primera está relacionada con el reproche o incorrección moral en sí del *stealth*, más allá de los daños físicos y psicológicos, incluso de las emociones.¹²⁷ Lo incorrecto del *stealth* no puede residir *únicamente* en la transmisión de enfermedades o riesgos de embarazo no deseados, porque podemos considerar que puede ocurrir que no haya daños, incluso imaginemos un caso donde la víctima no se ha dado cuenta del retiro del preservativo.¹²⁸ En la discusión anglosajona sobre filosofía moral, se suele distinguir dentro de la ética deontológica entre fundamentos *agent-relative* y *patient-relative*.¹²⁹ El primero generalmente tiene que ver con una obligación relativa al autor, como lo es una obligación en particular de realizar o abstenerse de realizar alguna acción, p. ej., el deber negativo de no dañar (*neminem laedere*). En este sentido, autor tenía el deber negativo de no lesionar la autonomía sexual negativa de la víctima y no realizar ningún tipo de injerencia no consentida en su esfera. En lo que respecta a la perspectiva *patient-relative*, esta teoría se basa ya en los derechos más que en los deberes de las personas. Aquí es donde juega un papel fundamental el derecho que todos tenemos a no ser instrumentalizados o utilizados como medio para producir buenas consecuencias —como para el beneficio propio o de otros— sin nuestro consentimiento.¹³⁰ Más concretamente, se ha desarrollado en los últimos

¹²⁴ BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190. De acuerdo, GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 125; SCHEIDEGGER, *supra* nota 13, p. 777.

¹²⁵ HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209.

¹²⁶ HÖRNLE, *supra* nota 19, § 177 n.º m. 35.

¹²⁷ Al respecto FERRARI/NOGUEIRA/NASCIMENTO, *supra* nota 1, pp. 299 ss.

¹²⁸ Tal como lo hacen GARDNER/SHUTE, *supra* nota 73, pp. 27 ss.; GARDNER, “Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape”, *The Denning Law Journal*, vol. 29, 2017, pp. 4 ss., quiero quitar toda intromisión posible como las lesiones físicas, daños psicológicos, etc.

¹²⁹ ALEXANDER / MOORE, “Deontological Ethics”, en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

¹³⁰ *Pars pro toto* TUÑÓN CORTI, *supra* nota 82, pp. 322 ss.

tiempos el concepto del *Means Principle* en la filosofía deontológica centrado en la víctima que prohíbe la utilización del cuerpo, la fuerza de trabajo y el talento de otra persona sin su consentimiento, intentando darle un contenido concreto a esa tan conocida pero indefinida prohibición de instrumentalización.¹³¹ El castigo en el *stealth*ing se fundamenta principalmente desde el lado de la víctima (*patient-relative*) porque se la ha utilizado, instrumentalizado, para lograr un contacto sexual por penetración¹³² del que la otra parte no solo que no era consciente sino que, además, no había consentido ya en un momento anterior. Esto fue plasmado en la jurisprudencia alemana,¹³³ donde se aseveró que al quitarse el preservativo en secreto, el agresor reduce deliberadamente a la víctima a un mero objeto de comportamiento sexual predeterminado por otros y la utiliza para su gratificación sexual personal.¹³⁴ Además de la instrumentalización, también es relevante el desprecio por parte del autor por la falta de consentimiento de la víctima:¹³⁵ En el *stealth*ing hay una pérdida de la barrera mecánica y se somete a la víctima a una

¹³¹ Cf. TUÑÓN CORTI, *supra* nota 82, pp. 327 ss.

¹³² GARDNER / SHUTE, *supra* nota 73, p. 46.

¹³³ KG Berlin, sentencia del 27/7/2020 – 4 Ss 58/20, BeckRS 2020, 18243, n.º m. 17 ss. (ECLI:DE:KG:2020:0727.4SS58.20.00).

¹³⁴ Coinciden en la existencia de una instrumentalización COCA VILA, *supra* nota 1, p. 460; VAVRA, *supra* nota 86, p. 616. Véase también GARCÍA, *supra* nota 1, pp. 133 ss.

¹³⁵ GARDNER, *supra* nota 35, p. 49. También SCHUMANN, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 9. Similar WIBNER, *supra* nota 1, p. 281. Si se asumiese que en los casos de *stealth*ing el consentimiento queda intacto, igualmente eso no significa que el acto sea correcto. De hecho, tal acto puede ser violatorio de derechos y merecería criminalización. Para entender esto, es interesante la argumentación complementaria hecha por GARDNER hace unos años con respecto al consentimiento que puede ser trascendental para entender el reproche hecho en el *stealth*ing. GARDNER, *supra* nota 35, pp. 58 ss., explica que el consentimiento ha sido una herramienta conceptual crucial para diferenciar entre relaciones sexuales válidas-justificadas y abuso sexual, aunque considera que se le ha exigido demasiado poder transformador y realmente no alcanza o refleja lo que se pretende. Le preocupan los casos en los cuales hubo un consentimiento, pero la relación queda de todas formas asimétrica, quedando lejos la posibilidad del consentimiento de ejercer un poder normativo verdadero. El motivo de esto es que una parte simplemente le permite que otra haga algo sobre ella (o al menos es así como se ha entendido el mecanismo del consentimiento). Pero esta estructura implica una dinámica de "agente-sufrido", tornando al que consiente en un sujeto pasivo. Por eso, la actividad sexual no es simétrica agente-agente. Por el contrario, una parte estaría siendo utilizada sexualmente por la otra. Por esto, Gardner sugiere que tendría que exigirse una *actividad verdaderamente mutua o colaborativa*, lo cual iría más allá del consentimiento –tal como es entendido contemporáneamente– y eso es lo contrario a una violación (p. 60). ¿Cómo podría relacionarse esto con el *stealth*ing? El *stealth*ing no podría configurar tal actividad colaborativa en el análisis de GARDNER, sino todo lo contrario porque la víctima había pactado otro tipo de relación sexual. Aquí es donde se puede ver a qué se refiere GARDNER cuando habla de "asimetría" en la relación: Por un lado, no hay una actividad conjunta, basada en la reciprocidad y la agencia compartida (p. 69: "But in good sex, I mean sex that is good in the dimension I have explored in this paper, all parties are active. They act together, ideally as a team. Isn't this how we would like things to be for women, all else being equal? Don't we want women's sexual agency to be affirmed, or at any rate to be in principle affirmable, in sexual relations between men and women?"). Por eso, el *stealth*ing implica un cambio

intimidad sexual demasiado estrecha que no había consentido, cuestión que es decisiva en el contexto de las relaciones sexuales seguras.¹³⁶ Ese desprecio se ve reflejado en lo que el autor está haciendo sobre su víctima, lo cual es independiente de la consideración de la transmisión de enfermedades sexuales.¹³⁷ Esto refuta las posturas arriba descritas que abogan por una minimización del injusto del *stealthing* y dividir los objetos, porque la penetración tampoco estaría consentida desde la perspectiva de GARDNER. También refuta aquella defensa de que el *stealthing* no tiene que ser tratado como un delito contra la integridad sexual y se sugiere solo un delito de lesiones o injurias.

Por último, cabe mencionar que el máximo tribunal español, en su voto mayoritario, rechazó recientemente la relevancia penal de los engaños con un *obiter dictum* de política criminal: “Si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos (...) Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites”.¹³⁸ El argumento de la pendiente resbaladiza siempre es tentador y bastante popular en la argumentación jurídica pero es más exigente de lo que parece. Tal como explica PAWLIK, quienes invoquen un argumento de pendiente resbaladiza tendrán que explicitar cuál es exactamente el peligro que la prohibición que defienden pretende evitar. Ya que el argumento no cuestiona directamente la práctica en cuestión —aquí: el engañar para tener relaciones sexuales—, sino las malas o indeseadas consecuencias que podría acarrear la inclusión en el ordenamiento jurídico-penal de esa práctica, deben demostrar que la urgencia del peligro es empíricamente plausible. Por último, deben indicar la relevancia normativa de su miedo y probar que justifica el (no) uso del derecho penal.¹³⁹ Por eso, el temor por una pendiente resbaladiza no está fundamentada, al menos en lo que hace a la insuficiente justificación por parte del tribunal.

unilateral de las condiciones, eliminando arbitrariamente la reciprocidad, el trabajo en equipo y la simetría activa de ambas partes.

¹³⁶ KG, sentencia del 27.07.2020, BeckRS 2020, 18243, n.º m. 17 ss.

¹³⁷ Cf. GARDNER, *supra* nota 35, 49. También BayObLG, sentencia del 20.08.2021, BeckRS 2021, 31633, n.º m. 17.

¹³⁸ STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418), p. 7.

¹³⁹ PAWLIK, *El derecho de las personas mayores*, (trad. Lucila TUÑÓN CORTI), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 39. Véase también el comentario de VALVERDE-CANO, “Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 504 s.

3. Subsunción en el tipo penal del art. 119, tercer párrafo, CP

La segunda cuestión tiene que ver con la valoración jurídica que merece el *stealth*ing en el derecho penal de acuerdo a lo anteriormente argumentado. En consecuencia, ya estrictamente en el ámbito de la Parte Especial del derecho penal, si entendemos al abuso sexual como “relaciones sexuales sin consentimiento”, tendremos que entender que el autor comete un abuso sexual.¹⁴⁰ Sin embargo, queda por analizar si esto también es así en nuestro sistema jurídico argentino. Es decir, si el *stealth*ing es atípico o se subsume en el tipo penal del art. 119, CP.

El primer obstáculo al que nos enfrentamos es que el art. 119, CP no se pronuncia *explícitamente* sobre los engaños como medio comisivo de un abuso sexual. De todas formas, creo que eso no implica que los rechace ni que los acepte, tal como explica VALVERDE-CANO.¹⁴¹ De hecho, y como ya se señaló, la cláusula de consentimiento del art. 119, primer párrafo, CP (“aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”) ofrece un apoyo textual suficiente para afirmar que en caso de engaño la víctima no consintió el acto sexual y, por tanto, hubo un abuso sexual.¹⁴²

Habiendo aclarado que no hay problemas de legalidad respecto de la consideración de los engaños como casos de abuso sexual en Argentina, debemos aclarar que en todo abuso sexual lo primordial es determinar el acto sexual en cuestión. En otras palabras, ¿cuál es el acto sexual en cuestión que debemos subsumir? En el caso del *stealth*ing, el acto sexual es el contacto directo de las mucosas de los genitales de ambas partes.¹⁴³ En el apartado anterior sostuvimos que BRODSKY tenía razón cuando afirmaba que el consentimiento dado por la víctima de tener contacto con un condón es muy diferente al consentimiento para un contacto con piel.¹⁴⁴ Esto es lo que tenemos que analizar con un poco más de detalle. Más allá de que sean dos consentimientos diferentes, lo central es que hay que distinguir dos *momentos* diferentes. El primer acto sexual con preservativo sí

¹⁴⁰ COCA VILA, *supra* nota 1, 457; THERON, *supra* nota 7, p. 36 s.

¹⁴¹ VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, 5. Véase también FRANZKE, *supra* nota 1, p. 120; GONZÁLEZ GUERRA / IMAZ, *supra* nota 1, p. 103; SCHUMANN, *supra* nota 1, § 177 n.º m. 9.

¹⁴² Véase SCHRODER, “Delitos contra la integridad sexual”, en SIMAZ / VESPA, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Erreius, 2024, p. 74 s., quien sostiene que la última modalidad enunciada en el art. 119, primer párrafo, CP, debe ser interpretada en un sentido amplio y considera que el error o engaño puede ser un medio comisivo.

¹⁴³ TONI, *supra* nota 1, pp. 47 ss.

¹⁴⁴ BRODSKY, *supra* nota 1, p. 190.

está consentido.¹⁴⁵ Pero el segundo acto —la penetración sin preservativo— ya es un acto sexual distinto que no fue en absoluto consentido y constituye una nueva relación sexual.¹⁴⁶ Tanto es así que la víctima del acto sexual de penetración sin protección no conocía siquiera su existencia:¹⁴⁷ se determinó a alguien a participar en un acto sexual en el que no se ha podido reparar. Esto quiere decir que no es que lo central en el *stealth* sea el engaño por privarla a la víctima de la posibilidad de emitir una aceptación libre consciente informada y emitida con competencia. Más bien, directamente no hay aceptación en absoluto porque se pretende *ocultar* que ese segundo acto se está produciendo sin su consentimiento.¹⁴⁸ Esto tiene una repercusión directa en la pregunta de la subsunción del *stealth* en el art. 119, primer párrafo, CP.

Por regla general, la alternativa del primer párrafo que reza “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” hace referencia a una situación de debilidad o indefensión por parte de la víctima para protegerse de la agresión sexual. En términos generales, la víctima se encuentra dormida, carente de sentido o no puede consentir por una enfermedad.¹⁴⁹ No obstante, creo que el acto sexual del *stealth* se subsume aquí por los siguientes motivos. El acto sexual sin protección en *Stealth* requeriría un nuevo consentimiento por parte de Elena, distinto al anteriormente dado porque se trata de una divergencia esencial en cuanto al consentimiento relativo a la injerencia corporal:¹⁵⁰ al ocultarse las características esenciales del segundo acto, se produce una situación en la que tiene lugar un acto sexual aprovechándose que la víctima no pudo consentir libremente la acción. Con esto podemos concluir que el acto del *stealth* se subsume, al menos, en el tipo básico del abuso sexual según el art. 119, primer párrafo, CP. Queda igualmente por analizar si es posible una subsunción del *stealth* pero ahora en el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo),

¹⁴⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193.

¹⁴⁶ CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 193. También Berlin-Tiergarten, sentencia del 11.12.2018, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 35 ss.

¹⁴⁷ TILTON/ICHIKAWA, *supra* nota 31, p. 144. Berlin-Tiergarten, BeckRS 2018, 47070, n.º m. 35 ss.

¹⁴⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, p. 215.

¹⁴⁹ Cf. BALDI, “Art. 119”, en BASÍLICO / VILLADA (dir.), *Código Penal de la Nación Argentina*, 4.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, p. 372; SCHRODER, *supra* nota 142, p. 74 s.

¹⁵⁰ Véase BRODSKY, *supra* nota 1, p. 187; HÖRNLE, *supra* nota 9, p. 209.

es decir, violación.¹⁵¹ No trataré la cuestión de si también es posible una subsunción en el art. 119, segundo párrafo, CP (“gravemente ultrajante para la víctima”), porque el caso inicial no ofrece mayores detalles sobre si el acto fue, en efecto, gravemente ultrajante para la víctima.

En contra de una subsunción en el delito de violación se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo español en un voto mayoritario extraordinariamente discutido.¹⁵² Si bien la redacción del tipo penal no es exactamente igual a la tomada por nuestro código penal en el art. 119, tercer párrafo, es muy similar y hasta podría trasladarse el argumento defendido por la mayoría: puede afirmarse la ausencia de consentimiento con respecto al contacto directo de los órganos genitales, pero debe negarse respecto del acceso carnal por vía vaginal. Por tanto, el atentado contra la autonomía sexual sería menor¹⁵³ porque la penetración sí habría estado consentida (la víctima conocía el acto penetrativo) y el injusto del *stealth*ing residiría solo en un “plus” referido al tipo interacción o injerencia corporal.¹⁵⁴

No coincido con estas valoraciones. Si la víctima, tal como sucedió en el caso, tras notar o sospechar que su compañero se ha quitado el preservativo, lo instase a que se detuviera sería justamente porque esa penetración del *segundo momento* no estaba consentida en absoluto. En ese sentido, no pueden disociarse los “componentes” del consentimiento respecto de la penetración. Aquí entra en consideración una interpretación de los elementos del tipo de violación, si entendemos que la violación es “una penetración no consentida”.¹⁵⁵ Debe entenderse que el acceso carnal, propio de un delito de violación, debe ser *no consentido*, aunque la redacción legal no lo exprese así. Si fuese irrelevante el consentimiento de la penetración y la violación consistiese entonces en un abuso independientemente del estado de la penetración en cuanto al consentimiento, se estaría castigando de forma más grave por un injusto que no tiene tanta relevancia si se aceptase que da igual el estado de la penetración:¹⁵⁶ se castigaría con una pena

¹⁵¹ En esta dirección, recientemente, la resolución de la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, “G.K., M. s/abuso sexual”, Sala VII, 29 de agosto de 2024 (CCC 9235/2024/CA1). Véase también CHÁVEZ, *supra* nota 1, p. 4.

¹⁵² Cf. STS 3418/2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418), p. 10. De acuerdo, VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, 506 ss.

¹⁵³ Cf. COCA VILA, “*Stealth*ing: ¿violación o agresión sexual?”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 483 s.

¹⁵⁴ En esta línea GILI PASCUAL, *supra* nota 1, p. 113; VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, 507. Similar WIBNER, *supra* nota 1, p. 286. Cf. también COCA VILA, *supra* nota 153, p. 484.

¹⁵⁵ GARDNER/SHUTE, *supra* nota 73, p. 43. Véase también CHESSER / ZAHRAH, *supra* nota 1, p. 221.

¹⁵⁶ Véase la discusión en CASTELLVÍ MONSERRAT, “Engaño, consentimiento y acceso carnal”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, p. 494; VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, p. 511.

drásticamente más grave la penetración, a pesar de que el ilícito en ambos casos sería un “acto sexual no consentido”, acompañado por una penetración que daría igual que esté consentida o no. Creo que es evidente que la penetración no fue consentida¹⁵⁷ en casos de *stealth*, porque no se trata ni de cualquier tipo de acceso carnal (es decir, no es que si se acepta una penetración esta incluya por vía oral, anal o vaginal) ni de cualquier acceso penetrativo respecto de la modalidad. El consentimiento es muy específico y sus estándares son exigentes en estos casos: aquello que termina sucediendo en la realidad, puntualmente respecto de la penetración, tiene que coincidir con el consentimiento dado respecto de la penetración, la vía y la modalidad, lo cual incluye el uso de un preservativo.¹⁵⁸

Además, creo que el rechazo tan tajante por parte de algunos autores a considerar el *stealth* como delito de violación se ve teñido por cierto temor a las consecuencias punitivas. En reiteradas oportunidades se ha mencionado la diferencia de los marcos penales entre el abuso sexual simple y la violación.¹⁵⁹ Puede ser cierto que resulte excesivo o desproporcionada la pena aunque sea del mínimo de la violación (en Argentina, 6 años) pero es un problema diferente que nada tiene que ver con la interpretación dogmática. Sí puede decirse que el marco penal puede servir como herramienta interpretativa para saber qué tipo de protección se le está dando al bien jurídico y considerar que el delito de violación se pensó para situaciones más violentas o forzadas. Pero igualmente no es un argumento con suficiente fuerza. Si la discusión se vincula al marco penal y la sensación de excesiva de la pena mínima, el argumento cae inmediatamente si ante una reforma el legislador decide bajar la pena mínima. Imagínese que en unos años el legislador decide que la pena mínima es de un año. A aquellos autores hoy impresionados por la pena se les quita la dificultad, pero el problema dogmático de Parte Especial del derecho penal sigue estando respecto de la ausencia del consentimiento de la penetración sin condón. Por todos estos motivos considero que la conducta propia del *stealth* puede ser subsumida en el art. 119, primer y tercer párrafo, CP.

¹⁵⁷ Véase VALVERDE-CANO, *supra* nota 139, p. 511.

¹⁵⁸ En igual sentido, GONZÁLEZ GUERRA/IMAZ, *supra* nota 1, p. 104 s.; SCHRODER, *supra* nota 142, p. 85.

¹⁵⁹ En España, el tipo penal básico del abuso sexual (art. 178, primer párrafo) tiene una pena mínima de un año y máxima de cuatro años, aunque existe una atenuación facultativa de seis meses o multa. En el tipo de violación (art. 179) la escala es de cuatro a doce años. Véase CASTELLVÍ MONSERRAT, *supra* nota 1, 185; COCA VILA, *supra* nota 153, p. 484 s.; VALVERDE-CANO, *supra* nota 101, p. 8.

V. Conclusión

En este artículo se ha abarcado el problema puntual de la valoración jurídico-penal del *stealth*, un nuevo problema que atañe a la interpretación de los tipos penales contra la integridad sexual, que ha generado gran debate en diferentes jurisdicciones a nivel internacional. Tras explicar las bases de la autonomía sexual y los modelos actuales de consentimiento, se procedió a analizar en profundidad cuál es el injusto del *stealth*, despojándolo de toda intervención respecto de la salud o integridad física de la víctima. Así, se concluye que el *stealth* configura una instrumentalización de la víctima, lo cual es rechazado por la autonomía sexual. Por último, hemos concluido que el *stealth* en el sistema jurídico argentino se subsume no solamente en el primer párrafo del art. 119 CP, sino también en el tercero, con lo que se configura una violación. No cabe duda alguna respecto de la necesidad del imprescindible debate que seguramente continuará, ya al día de hoy que hay varias causas penales en trámite en nuestro país. Además, creo que es fundamental empezar a discutir sobre los delitos contra la integridad sexual, los cuales han sido relegados por muchos años, aunque recientemente ha habido excelentes contribuciones en la literatura. Por el momento, he intentado ofrecer una perspectiva jurídica con argumentos filosóficos sobre la relevancia penal de los engaños en el marco del *stealth*.

VI. Bibliografía

ALEXANDER, Larry, "The Ontology of Consent", en *Analytic Philosophy*, 2014, pp. 1-12.

ALEXANDER, Larry / MOORE, Michael, "Deontological Ethics", en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2007.

ALEXANDER, Larry / HURD, Heidi / WESTEN, Peter, "Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty", en *Law and Philosophy*, vol. 35, 2016, pp. 655-660.

BALDI, Pedro, "Art. 119", en BASÍLICO, Ricardo / VILLADA, Jorge (dir.), *Código Penal de la Nación Argentina*, 4.ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2024, pp. 371-376.

BERGELSON, Vera, "The Defense of Consent", en DUBBER, Markus / HÖRNLE, Tatjana (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 629-653.

BERGELSON, Vera, "The Meaning of Consent", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 2014, pp. 171-180.

BRODSKY, Alexandra, “‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal”, en *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, pp. 183-210.

CANCIO MELIÁ, Manuel “Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 215-234.

CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos, “¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 4, 2023, pp. 171-220.

—, “Engaño, consentimiento y acceso carnal”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 488-500.

CHÁVEZ, Karina, “*Stealth*ing, nueva forma de agresión sexual”, en *Revista Pensamiento Penal*, vol. 405, 2021, pp. 1-4.

CHESSER, Brianna / CLOUGH-RICCI, Amanda, “Criminalising *Stealth*ing: Lessons from the UK and Australia”, en *Journal of Criminal Law*, vol. 88, 2024, pp. 307-318.

CHESSER, Brianna/ZAHAB, April, “*Stealth*ing: a criminal offence?”, en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 31, n.º 2, 2019, pp. 217–235.

COCA VILA, Ivó, “El *stealth*ing como delito de violación. Comentario a las STSJ–Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2022, pp. 294-308.

—, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en *InDret*, n.º 3, 2023, pp. 430-466.

—, “*Stealth*ing: ¿violación o agresión sexual?”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 478-487.

DAROYA, Emerich, “I See Nothing Wrong with *Stealth*ing in Anonymous Sexual Situations: Assemblages of Sexual Consent in Gay, Bisexual, and other Queer Men’s Accounts of ‘*Stealth*ing’ in an Online Barebacking Forum”, en *Sexuality & Culture*, vol. 26, 2022, pp. 1732-1749.

DOUGHERTY, Tom, “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, vol. 123, 2013, pp. 717–744.

—, “Yes Means Yes: Consent as Communication”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 43, 2015, pp. 224-253.

DRESSLER, Joshua, “Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 409, 1998, pp. 409-442.

EISELE, Jörg, “Das neue Sexualstrafrecht”, en *Rechtspsychologie*, 2017, pp. 7-30.

EL-GHAZI, Mohamad, “Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.”, en *ZIS*, 2017, pp. 159-168.

ESPINOZA URETA, Maritza, “El retiro no consentido del preservativo en una relación sexual y su vulneración a los derechos sexuales y reproductivos en Chile”, en *Revista derecho del Estado*, n.º 60, 2024, pp. 201-231.

FERRARI, Wendell / CONCEIÇÃO, Nogueira / NASCIMENTO, Marcos, “Experiences of *Stealthing* and the Sociodemographic Profiles of Women Victims in Brazil: A National Study”, en *Social Sciences*, vol. 13, 2024, pp. 295-306.

FERZAN, Kimberly, “Consent, Culpability, and the Law of Rape”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13, 2016, pp. 397-439.

FRANZKE, Kevin, “Zur Strafbarkeit des so genannten ‘*Stealthings*’”, en *Bonner Rechtsjournal*, 2019, pp. 114-122.

GARCÍA, María Fernanda, “Complejidades del ‘no es no’. Un análisis del *stealthing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, n.º 1, 2020, pp. 117-140.

GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del «solo sí es sí» y su problemática aplicación retroactiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 30, pp. 113-163.

GARDNER, John, “Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape”, en *The Denning Law Journal*, vol. 29, 2017, pp. 3-16.

—, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, 2018, pp. 48-70.

GARDNER, John / SHUTE, Stepehn, “La ilicitud de la violación” (trad. José Milton PERALTA), en MORESO MATEOS, Josep Joan / FERRER BELTRÁN, Jordi (dir.), *Ofensas y defensas*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 23-54.

GILI PASCUAL, Antoni, “Stealth y legalidad penal”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, n.º 4, 2024, pp. 463-477.

—, “Stealth. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual”, en *Cuadernos de política criminal*, n.º 135, 2021, pp. 85-134.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos / IMAZ, Delfina, “Delitos contra la integridad sexual”, en RAMÍREZ, Nicolás (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, BdeF, 2023, pp. 99-147.

GREEN, John, *La criminalización del sexo* (trad. José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Alejandra VERDE), Marcial Pons, Madrid, 2024.

HERRING, Jonathan, “Does Yes Mean Yes — The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity”, en *Singapore Law Review*, vol. 22, 2002, pp. 181-201.

HÖRNLE, Tatjana, “§ 177”, en: HILGENDORF, Eric / HÖRNLE, Tatjana / NESTLER, Nina (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 10, Berlín y otra, De Gruyter, 2023.

HÖRNLE, Tatjana “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. Agustina SZENKMAN), en *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 9, 2019, pp. 144-167.

—, “Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127, n.º 4, 2016, pp. 851-887.

—, “The Challenges of Designing Sexual Assault Law”, *Current Legal Problems*, vol. 77, 2024, pp. 49-80.

—, “The New German Law on Sexual Assault”, en ÍDEM (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 139-162.

—, “Violación como relaciones sexuales no consentidas” (trad. Corina ENGELMANN), en *En Letra: Derecho Penal*, año VI, n.º 10, 2020, pp. 197-217.

HOVEN, Elisa /WEIGEND, Thomas, “Sobre la punibilidad del engaño en el (nuevo) derecho penal sexual”, en LERMAN, Marcelo / TUÑÓN CORTI, Lucila (dir.), *Fundamentos y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2023, pp. 119-138.

HURD, Heidi, “The Moral Magic of Consent”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 121-146.

—, “The Normative Force of Consent”, en MÜLLER, Andreas / SCHABER, Peter (dir.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 44-54.

MADDEN DEMPSEY, Michelle, “The Normative Force of Consent in Moral, Political, and Legal Perspective”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 11-31.

MAHON, James E., “The Definition of Lying and Deception”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno de 2016.

MALM, Heidi, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 147-164.

MUNRO, Vanessa, “Sexual Autonomy”, en DUBBER, Markus / HÖRNLE, Tatjana (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 745-767.

MURPHY, Erin, “Article 213 of the American Law Institute’s Model Penal Code”, en: HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 185–214.

NORTON, Helen, “Lies and the Constitution”, en *The Supreme Court Review*, 2013, pp. 161-201.

PAWLIK, Michael, *El derecho de las personas mayores* (trad. TUÑÓN CORTI), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

—, *El injusto del ciudadano* (trad. Ivó COCA VILA, Marcelo LERMAN y Hernán OROZCO LÓPEZ), Bogotá y otra, Editorial Universidad Externado de Colombia-Atelier, 2023.

—, *La limitación unilateral del esfuerzo terapéutico y la idea de autonomía* (trad. Bernarda MUÑOZ), Bogotá, Universidad del Externado, 2022.

PUNDIK, Amit, “Coercion and Deception in Sexual Relations”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 28, 2015, pp. 97-127.

—, “The Law of Deception”, en *Notre Dame Law Review Online*, 2018, pp. 172-186.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Número monográfico: El tratamiento jurídico del *stealthing*. Comentario a la STS 603/2024, de 14 de junio”, en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, pp. 455-462.

REMIK, Lanni A., “Read Her Lips: An Argument For A Verbal Consent Standard In Rape”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, pp. 1103-1151.

RENZIKOWSKI, Joachim, “§ 177”, en ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

—, “Nein! – Das neue Sexualstrafrecht”, en *NJW*, 2016, pp. 3553-3616.

RUBENFELD, Jed, “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, en *The Yale Law Journal*, 2013, pp. 1372-1443.

SCHEIDEGGER, “Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception”, *German Law Journal*, vol. 22, n.º 5, 2021, pp. 769-83.

SCHNÜRIGER, Nora, “What is Consent?”, en MÜLLER, Andreas / SCHABER, Peter (dir.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, pp. 21-31.

SCHRODER, Federico, “Delitos contra la integridad sexual”, en: SIMAZC, Alexis (dir.) / VESPA, Felicitas (coord.), *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Erreius, 2024, pp. 71-114.

SCHULHOFER, Stephen, “What Does ‘Consent’ Mean?”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 53-72.

SCHUMANN, “§ 177”, en: KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ullfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich / SALIGER, Frank (ed.), *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2023.

SHERWIN, Emily, “Infelicitous Sex”, en *Legal Theory*, vol. 2, n.º 2, 1996, pp. 209–31.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2025.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Buenos Aires, Tea, 1992.

STRAUSS, David, “Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression”, en *Columbia Law Review*, 1991, pp. 334-371.

TADROS, Victor, “Beyond the Scope of Consent”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 50, n.º 4, 2022, pp. 430-466.

THERON, Shirah, “Deceiving Someone into Having Sex”, en *Stellenbosch Socratic Journal*, vol. 3, 2023, pp. 35-46.

THORBURN, Malcolm, “Sexual Assault Law in Canada”, en HÖRNLE, Tatjana (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

TILTON, Emily / ICHIKAWA, Jonathan, “Not What I Agreed To: Content and Consent”, en *Ethics* vol. 132, n.º 1, 2021, pp. 127-154.

TONI, Fiona, *Stealth*ing, Tesis de doctorado en la Universidad de Múnich, 2024.

TUERKHEIMER, Deborah, “Affirmative Consent”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 441, 2016, pp. 441-468.

TUÑÓN CORTI, Lucila, “Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación. Una interpretación a partir del *Means Principle*”, en *InDret*, n.º 4, 2024, pp. 304-337.

VALVERDE-CANO, Ana, “Agresión sexual por engaño: disensos aparentes y acuerdos tácitos”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 2024, pp. 501-513.

—, “*Stealth*ing y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo”, en *Diario La Ley*, 2024.

VANDERVORT, Lucinda, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and *Mens Rea*”, en *Canadian Journal of Women & the Law*, vol. 2, 1987-88, pp. 233-309.

VAVRA, Rita, “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, en *ZIS*, 2018, pp. 611-618.

—, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden, Nomos, 2020.

WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

WESTEN, Peter, “Some Common Confusions About Consent in Rape Cases”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, pp. 333-360.

—, *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Londres, Routledge, 2004.

WHISNANT, Rebecca, “Feminist Perspectives on Rape”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2021. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-rape/> [enlace verificado el día 2 de mayo de 2025]

WIBNER, Andres, “Das Phänomen *Stealththing*”, en *KriPoZ*, vol. 5, 2021, pp. 279-286.

ZIEGLER, Theo, “§ 177”, en HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von / KUDLICH, Hans (eds.), *BeckOK StGB*, 63.ª ed, 2024.

LA AUTORÍA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

Ignacio N. GUERRERO*

Fecha de recepción: 9 de diciembre de 2024

Fecha de aprobación: 12 de febrero de 2025

Resumen:

En el presente trabajo, se analizará el problema de la autoría en el delito de violación. La doctrina argentina tradicional considera que solo el hombre, mediante el miembro genital masculino, puede ser autor de este delito. De este modo, principalmente, los casos de “violación inversa” (aquellos en los que la figura principal del hecho es una mujer porque, o bien obliga a un hombre a que la penetre, o bien obliga a un hombre a penetrar a otro hombre) no pueden ser subsumidos en este tipo penal. Aquí se busca demostrar que la interpretación en cuestión es incorrecta y que cualquier persona, sea hombre o mujer, tenga o no pene, puede ser autora del delito de violación.

Palabras clave: Intervención criminal, autor, autoría, coautoría, autoría mediata, mujer, violación, abuso sexual, penetración, género

Title: Perpetration in Rape Law

Abstract:

This paper discusses the problem of whether women can commit rape. The “classical” Argentine doctrine considers that only men can be the perpetrator of this offence. Thus, above all, cases of “reverse rape” (those in which the perpetrator was a woman) cannot be considered rape. This contribution seeks to prove that the classic interpretation is incorrect and that any person, male or female, with or without a penis, may be the perpetrator of sex crimes, including rape.

* Abogado (UBA). Magister en Derecho Penal (UTDT). Contacto: ignacio.nicolas.guerrero@gmail.com. El presente trabajo es el resultado de la tesis presentada y aprobada en el marco de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella.

Keywords: Criminal intervention, perpetration, co-perpetration, women, rape, sexual offences, penetration, gender

Sumario: I. Introducción; II. La postura restrictiva de la autoría; 1. ¿Qué es la violación? La acción típica como límite de la autoría; 2. La violación como delito de propia mano; III. Crítica de la postura restrictiva de la autoría; 1. Las posibles justificaciones de la postura restrictiva; 2. Las consecuencias problemáticas de la postura restrictiva; 3. La violación como delito común; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción

En el año 2017, el art. 1 de la ley 27.352 (B.O. 17/5/2017) modificó el art. 119 del Código Penal argentino (en adelante, CP) y, en lo que aquí interesa, el tipo penal de violación (también llamado abuso sexual con acceso carnal), que quedó redactado del siguiente modo:

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 mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (el énfasis no pertenece al original).

A su vez, el 17 de mayo de 2022, en un caso relativo a los crímenes ocurridos durante la última dictadura militar argentina,¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) revocó una

¹ CSJN, “Martel, Osvaldo y otros s/averiguación de delito”, 17 de mayo de 2022 (Fallos: 345:298).

sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), en la que los jueces de casación excluyeron de la condena impuesta en primera instancia a los delitos de violación y abuso deshonesto (antiguos arts. 119 y 127, CP),² que habían sido imputados a título de coautoría a quienes habían tenido dominio del hecho y habían brindado un aporte fundamental para la ocurrencia de este, pero no habían realizado de forma personal el ataque sexual. Para fundar su decisión, los magistrados argumentaron que los delitos imputados eran *delitos de propia mano* y que no se había acreditado la realización corporal de la acción prohibida, tal y como exige la categoría en cuestión. Con base en la normativa y la jurisprudencia internacional aplicable y en los compromisos asumidos por el Estado argentino,³ la CSJN entendió que la decisión de la Sala III de la CFCP era arbitraria porque carecía de una fundamentación adecuada, en tanto se basaba únicamente “*en referencias de la dogmática penal imprecisas e insuficientes para sustentar lo resuelto sobre una cuestión tan trascendente*”.⁴

De esta manera, la modificación legislativa, cuya redacción se mantiene en el último Proyecto de Código Penal,⁵ y el pronunciamiento de la CSJN permiten retomar discusiones relacionadas con la interpretación de la violación en el derecho penal argentino y, en particular, aquella relativa al ámbito de la autoría de este delito, que se resume en la siguiente pregunta: ¿quién puede ser autor del delito de violación según el art. 119, párr. 3, CP?

Desde antaño la doctrina nacional reconoce que este es un tema que puede dar lugar a dudas y discrepancias y a una diferencia de solución según los casos.⁶ No obstante, existía cierto consenso en la teoría argentina tradicional. Con base en tipos penales parcialmente diferentes a los que hoy están vigentes, los juristas afirmaban que la conducta prohibida por este tipo penal era la

² El abuso deshonesto se corresponde, *mutatis mutandis*, con el delito que hoy se conoce como “abuso sexual simple”. En detalle sobre el abuso deshonesto antes de la reforma, véase SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 5.º ed., Buenos Aires, TEA, 1987 [1945], p. 308.

³ CSJN, *supra* nota 2, considerando 13, en el que se citan los criterios de tribunales internacionales sobre el concepto de autor.

⁴ CSJN, *supra* nota 2, considerando 8.

⁵ El art. 119, CP del Anteproyecto redactado por la “Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación”, creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N.º 103/17, prevé una redacción prácticamente idéntica a la actual: “... Si, mediando las circunstancias del primer párrafo, **hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral, o el abuso sexual se realizare mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, la pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión...**” (el destacado no pertenece al original).

⁶ SOLER, *supra* nota 3, p. 308.

penetración, sin consentimiento, del órgano genital masculino en el cuerpo de la víctima y que, en consecuencia, solo el hombre podía ser autor de este delito. De este modo, principalmente, los casos de “violación inversa” (es decir, aquellos en los que la figura principal del hecho era una mujer o una persona sin pene⁷ que se hacía penetrar por un hombre) no podían ser subsumidos en este tipo penal.⁸ Así, p. ej., SOLER expresaba que, si bien la mujer podía cometer actos impúdicos, esos actos serían ultrajes al pudor, o serían corrupción⁹, o no serían nada.¹⁰

Las causas de esta forma de interpretar el ámbito de la autoría en el tipo penal de violación son múltiples, pero es posible identificar ciertas líneas argumentales independientes.¹¹ En definitiva, la decisión acerca de quién puede ser autor de este delito y, particularmente, si puede ser una mujer depende principalmente de los criterios interpretativos que se adopten respecto de, al menos, las dos cuestiones problemáticas que presenta la figura penal.¹²

⁷ Se hace esta aclaración para evitar la discusión, actualmente en extremo polémica, respecto de qué significa (en sentido “metafísico”) ser una “mujer” y cómo se vincula esto con los estudios de género modernos. Al respecto, para mayor detalle, ver BYRNE, “Are women adult human females?”, en *Philos Stud* 177, 2020, pp. 3783–3803; DEMBROFF, “Escaping the natural attitude about gender”, en *Philos Stud* 178, 2021, pp. 983–1003; MASON, “Women Are Not Adult Human Females”, en *Australasian Journal of Philosophy*, 2022; COSKER-ROWLAND, “The Normativity of Gender” en *Noûs*, 2023, pp. 1–27.

⁸ Cf., por todos, NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV (Parte especial), Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, pp. 250-251; SOLER, *supra* nota 3, pp. 308-310; ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1999 [1982], p. 343; DONNA, *Delitos contra la integridad sexual*, 2.º ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 59 ss., especialmente p. 67; KLAPPENBACH / GIUDICE BRAVO en D’ALESSIO (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, 2.º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 243 ss.; ABOSO, *Derecho penal sexual. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*, 2.º ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2022, pp. 217-219.

⁹ SOLER, *supra* nota 3, p. 309 se refiere aquí al delito de corrupción de menores previsto en el art. 125, CP. Este artículo establece: “[e]l que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.

¹⁰ SOLER, *supra* nota 3, p. 309.

¹¹ FALCONE, “¿Delitos de propia mano? Supuesto de violación inversa”, en *Fundamentos de la intervención delictiva*, Buenos Aires, La Ley, 2020, p. 519.

¹² BASCUR RETAMAL, “La mujer como (eventual) autora de un delito de violación”, en *Ars Boni Et Aequi* (12 N.º 1), 2016, pp. 61-62.

En primer lugar, el problema está íntimamente relacionado con cuál es el contenido de la acción típica,¹³ más precisamente con el modo en el que se define el término *acceso carnal* y con la forma en la que esta redacción puede restringir el círculo de la autoría.¹⁴

En segundo lugar, como reconoce adecuadamente parte de la doctrina¹⁵ y también la CSJN en la sentencia citada, esta interpretación depende no solo de la redacción de la ley, sino también (y especialmente) de la categorización (implícita o explícita) de la violación como un delito de propia mano: un delito que impone como requisito para la autoría (y, eventualmente, coautoría) la ejecución personal del hecho.¹⁶ La importancia de incluir a la violación en esta categoría dogmática radica en que, dependiendo de cuál sea la postura que se elija, se ampliará o restringirá el círculo de autores posibles más allá de la sola autoría directa.¹⁷

En efecto, si se considerara a la violación como delito de propia mano no sería posible responsabilizar como autor de ese delito a quien obliga a dos personas a tener relaciones sexuales que incluyan acceso carnal (autoría mediata) ni a quien realiza alguna de las circunstancias concomitantes exigidas por el art. 119, CP (v. gr. violencia, intimidación, etc.) en conjunto con el acceso carnal realizado por otro (coautoría), pero sin ejecutar el acceso carnal.¹⁸

El objetivo principal de este trabajo es demostrar que la interpretación tradicional argentina sobre la autoría en el delito de violación es incorrecta y, en consecuencia, se ofrecerá una justificación teórica de las siguientes intuiciones:

¹³ Cf. NÚÑEZ, *supra* nota 9, pp. 247 y 250 y, principalmente, SOLER, *supra* nota 3, pp. 308 ss. En igual sentido, respecto de la discusión en Chile, *vid.* BASCUR RETAMAL, *supra* nota 13, pp. 60 ss.

¹⁴ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022 [1991], pp. 612-613 expresa claramente, en relación con la coautoría: “*la conclusión de que varios que co-realizan el tipo deben responder como autores, depende menos de una breve frase como aquella [la regla del art. 45, en tanto prevé expresamente que ‘los que tomasen parte en la ejecución del hecho... tendrán la pena establecida para el delito’], que de la interpretación del tipo penal respectivo, es decir, de qué significa imputar a alguien un homicidio, un robo, una falsificación, un prevaricato como autor. Más brevemente: es ante todo una cuestión de hermenéutica sobre el alcance del tipo penal respectivo*”.

¹⁵ SANCINETTI, *supra* nota anterior, pp. 580-584 y DONNA, *supra* nota 9, pp. 67-69.

¹⁶ Cf., por todos, SATZGER, “Los delitos de propia mano”, en AMBOS / BÖHM / ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Segunda*, Göttingen, Göttingen University Press, 2016, p. 121; STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*, 4.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2005], p. 377; FRISTER, *Derecho Penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2022 [2011], p. 543.

¹⁷ Cf. BASCUR RETAMAL, *supra* nota 13, pp. 60 ss.

¹⁸ SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 584.

- 1) Cualquier persona, sea hombre o mujer, tenga o no pene, puede realizar la conducta prohibida por el tipo penal de violación.
- 2) La violación no es un delito de propia mano y, por lo tanto, es posible cometer una violación en autoría mediata, coautoría o comisión por omisión.
- 3) Como consecuencia de las dos premisas anteriores, una mujer que se hace penetrar por un hombre en contra de la voluntad de este (“violación inversa”) es autora de una violación.

Con el fin de corroborar las hipótesis, se seguirá un método usual en la ciencia jurídica, consistente en recabar información sobre el problema en la legislación, los debates legislativos, los proyectos de reforma, la doctrina y la jurisprudencia y se argumentará que la postura tradicional no resulta convincente y se debe interpretar el tipo penal de forma diferente.¹⁹

En definitiva, en primer lugar, se abordará el panorama actual de la discusión doctrinaria relativa a la autoría en el delito de violación en el derecho penal argentino (acápite II). Por un lado, se describirá cuál es la forma tradicional de interpretar la conducta prohibida por la norma (específicamente: ¿qué significa el término *acceso carnal*?) y cómo esta interpretación determina el círculo de posibles autores de este delito (II.1). Por otro lado, se analizará si la violación es o no un delito de propia mano y cuáles son las consecuencias que conlleva la adopción de una categoría como esta (II.2).

Seguidamente, se realizará un análisis crítico de las posturas existentes (acápite III). Se buscará mostrar que la interpretación del término *acceso carnal* no debe limitarse a la penetración del miembro genital masculino porque no existen razones suficientes para ello. Asimismo, se mostrarán las consecuencias contraintuitivas de esta postura y las razones por las que se considera que la interpretación mayoritaria de la conducta prohibida es deficiente (III.1). A continuación, se explicará que la violación es un delito común y que no existe ninguna limitación en lo relativo a las distintas formas de intervención (III.2).

Por último, se presentarán las conclusiones del trabajo (acápite IV).

¹⁹ Para la aplicación de este método, véase, p. ej., LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

II. La postura restrictiva de la autoría

1. ¿Qué es la violación? La acción típica como límite de la autoría

a. La violación como penetración forzada del miembro genital masculino

Tradicionalmente, la doctrina nacional definió a la violación como el acceso carnal de un varón a otra persona, abusando de la inmadurez o estado mental de esta o de su indefensión o mediante violencia y sin derecho a exigirlo²⁰ o bien como el acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, ejecutado mediante violencia real o presunta.²¹ Así, la nota distintiva de este delito la constituía el *acceso carnal*.²² Si bien la ley no contenía una definición de este término, la doctrina mayoritaria lo definió como la penetración del órgano genital masculino, sea por vía normal (vaginal) o anormal (anal).²³ De esta manera, según esta postura, la ley descartaba que otros actos de carácter sexual que no implicaban penetración pudieran subsumirse en este tipo penal. En palabras de SOLER: “*Al referirse la ley a acceso carnal clara y castizamente descarta que se puedan considerar como violación los actos de molicie, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal. Este es el sentido tradicional de la expresión en la doctrina*”.²⁴

Por lo demás, los autores coincidían en que no resultaba necesario que el acto sexual alcanzase la “perfección” fisiológica, que se produjera la eyaculación o que la penetración fuera completa.²⁵ En cambio, la discusión se centraba en las vías de acceso, en particular en la cuestión relativa a si la

²⁰ Cf., NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 246. La cláusula “sin derecho a exigirlo” se vincula con una antigua consideración de que no podía haber violación si había un deber de tener relaciones sexuales con el autor, derivado de un “débito conyugal”. Esto generaba el problema del “privilegio marital”, en el sentido de que era considerada conceptualmente imposible una violación dentro del matrimonio. Estas ideas sobre la sexualidad dentro del matrimonio han sido, obviamente, superadas. Al respecto, véase DONNA, *supra* nota 9, pp. 70 ss. y ABOSO, *supra* nota 98.

²¹ Cf. SOLER, *supra* nota 3, p. 306.

²² Cf., por todos, NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 247; SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 582; DONNA, *supra* nota 9, pp. 59 ss.; DE LUCA / LÓPEZ CASARIEGO “Artículos 118/119” en BAIGÚN / ZAFFARONI (Dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 599.

²³ Cf., SOLER, *supra* nota 9, p. 305 y DONNA, *supra* nota 9, pp. 62-63.

²⁴ SOLER, *supra* nota 3, p. 306.

²⁵ Por todos, SOLER, *supra* nota 3.

introducción del órgano genital masculino en la boca de la víctima podía subsumirse en este tipo penal.²⁶

En definitiva, según la postura argentina clásica, el autor material de una violación solo podría ser el hombre, puesto que era el único que podía realizar la conducta prohibida: *acceder carnalmente* (penetrar con el pene) a otro u otra mediante violencia real o presunta.²⁷

Para SOLER, esta solución estaba impuesta por dos razones. En primer lugar, era una consecuencia obligatoria del texto originario del Código Penal de 1921, en particular, las antiguas redacciones de los artículos 119 —que regulaba ya en ese entonces el delito de violación— y 127 —que regulaba el abuso deshonesto—. Llámese a esto **argumento gramatical**. En efecto, mientras que el primero de los artículos establecía “*será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a quince años, el que **tuviere acceso carnal** con personas de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1. ° Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2. ° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir; 3. ° Cuando usare de fuerza o intimidación*”, el segundo de los artículos preveía: “*será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, **sin que haya acceso carnal***” (el destacado no pertenece al texto original). SOLER se concentraba, específicamente, en el sentido de la expresión “*tener acceso carnal*”,²⁸ puesto que acceso querría decir entrada o penetración y no “compenetración”. Es decir, quien tiene acceso sería el que penetra y el que penetra únicamente podría ser quien tiene el miembro que sirve para ello. El sujeto pasivo también tendría acceso carnal, pero *solo* en el sentido de que lo sufre. SOLER afirmaba de forma expresa: “*El genio del idioma juega aquí algún papel. En inglés, p. ej., tanto se puede decir ‘I enter the room’ como ‘the room is entered by the door’. En español, en tales casos el (verbo entrar, penetrar, acceder) no tiene acusativo, es neutro con respecto al objeto de la penetración. Yo puedo entrar un*

²⁶ Para un desarrollo de la discusión ver, entre otros, KLAPPENBACH / GIUDICE BRAVO, *supra* nota 9, DONNA, *supra* nota 9; DE LUCA / LÓPEZ CASARIEGO, *supra* nota 23 y; ABOSO, *supra* nota 9. En cuanto a la jurisprudencia, ver a modo de ejemplo Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala 2.°, caso “F., C. A.”, comentado por GULLCO, Hernán V., *Casos de derecho penal: Parte Especial, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2017, pp. 237-249.

²⁷ Por todos, SOLER, *supra* nota 3, pp. 308 ss.

²⁸ Redacción del tipo penal de violación según el Código Penal de 1921: “*Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a quince años, el que **tuviere acceso carnal** con personas de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1. ° Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2. ° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir; 3. ° Cuando usare de fuerza o intimidación*” (el destacado no pertenece al original).

clavo en la pared (sentido activo), pero entonces lo entrado no es la pared sino el clavo”.²⁹ De esta forma, SOLER no solo explicó cuál sería la conducta prohibida por este tipo penal y el caso acusativo en el idioma español, sino que, además, resumió en buena medida la posición tradicional: “*la mujer no puede ser sujeto activo de violación, de la misma forma que la pared no puede clavar al clavo*”.³⁰

En segundo lugar, para SOLER, la solución se imponía también por razones históricas (**argumento histórico**). El Proyecto Tejedor (part. II, lib. I, tít. III, § 2, art. 1) y el Código de 1886 (art. 127), anteriores al artículo analizado por SOLER, requerían solo la *aproximación sexual*³¹ y el sujeto pasivo de este delito era solamente la mujer, de modo que, si la conducta en cuestión tenía como víctima a una persona de sexo masculino, el delito que entraba en consideración no era la violación, sino otros que estaban regulados en figuras independientes como, p. ej., la sodomía (art. 129, CP de 1886).³² Cuando se modificó la norma con el objetivo de comprender los diversos casos en una sola figura, se incluyó la frase “*persona de uno u otro sexo*” para ampliar el sujeto pasivo. Sin embargo, no se hizo una aclaración semejante con respecto al sujeto activo. A ello se le suma la letra del art. 121, CP en su versión de 1921, que establecía: “*Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal*”. SOLER argumentaba, además, que se había utilizado esta expresión con el fin de sustituir otros términos, como “aproximación carnal” o “aproximación sexual” o “tener concubito”, que formaban parte de proyectos de reforma de las leyes penales y que adolecían de una vaguedad inaceptable.³³

La consecuencia de esta concepción era evidente: una mujer (y cualquier persona que no tuviera pene) estaría imposibilitada de acceder carnalmente a otro y, por lo tanto, de ser autora del delito de violación. De esta forma, si una mujer tenía relaciones sexuales (que incluyeran coito anal o vaginal en sentido estricto o la introducción de algún objeto o parte del cuerpo distinta del pene) con una persona que estuviera demasiado ebria como para poder consentir, inconsciente o que no hubiera podido consentir por cualquier otro motivo, o incluso si ella hubiera atacado

²⁹ SOLER, *supra* nota 3, p. 309, nota al pie 14. En sentido similar, aunque planteando posibles excepciones, ver NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 250.

³⁰ FALCONE, *supra* nota 12, p. 455.

³¹ NÚÑEZ, *supra* nota 9, p. 248 y, más actualmente, ABOSO, *supra* nota 9, p. 211.

³² SOLER, *supra* nota 3, p. 309. En igual sentido el derecho alemán vigente en ese momento, citado por el autor en la nota al pie número 11.

³³ *Idem* y también NÚÑEZ, *supra* nota 9, pp. 247-248.

sexual y violentamente a la víctima en contra de su voluntad, no podía ser considerada como autora del delito en cuestión.³⁴

Interpretada de este modo, la acción típica en sí misma limitaba desde un comienzo el círculo de posibles autores.³⁵

b. La reforma integral de los delitos sexuales

La promulgación de la ley 25.087 (B.O. 14/5/1999) implicó una reforma integral de los delitos sexuales contenidos en el Título III del Libro II del Código Penal. El título en cuestión dejó de denominarse “Delitos contra la honestidad” y pasó a llamarse “Delitos contra la integridad sexual”. Además, se suprimieron los nombres de los capítulos, se derogaron algunos tipos penales y se modificaron los restantes. De esta manera, con una técnica legislativa cuestionada por parte de la doctrina³⁶ y sin solucionar las principales discusiones que se suscitaban, se cambió una tradición centenaria por nuevas reglas, que, según algunos especialistas, dificultaban la labor del intérprete y alteraban el sistema del Código.³⁷

En relación con el tipo penal y el problema que aquí se analiza, esta ley modificó los arts. 119 y 127, CP y unificó los abusos deshonestos y la violación en el primero de estos, que ahora contiene al abuso sexual simple (primer párrafo), el abuso sexual gravemente ultrajante (segundo párrafo) y la violación o abuso sexual con acceso carnal (tercer párrafo). Con relación a este último delito, la reforma modificó la redacción y reemplazó la frase “...*el que tuviere acceso carnal...*” por la frase “*cuando... hubiere acceso carnal por cualquier vía...*”, principalmente con el fin de incluir los casos de *fellatio in ore* en el ámbito del delito y finalizar la discusión existente.

³⁴ Del mismo modo, respecto de la discusión en el Reino Unido, ver: MCKEEVER, “Can a woman rape a man and why does it matter?” en *Criminal Law and Philosophy*, 13 (4), 2019.

³⁵ Cf. DE LUCA / LÓPEZ CASARIEGO, *supra* nota 23 y, principalmente, BASCUR RETAMAL, *supra* nota 13, p. 72.

³⁶ Ver DONNA, *supra* nota 9, pp. 12-14 y 18-22, entre otras.

³⁷ Véase FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal: parte especial*, 17.º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 215-216, que expresa: “*Con pésima técnica legislativa, mientras derogaba artículos que quedaron vacíos de contenido, en el artículo 119 se establecieron tres distintos tipos penales y las agravantes correspondientes a éstos, una de las cuales no es común a los tres sino a dos de ellos... Por otra parte, la reforma no ha dado solución a las discusiones doctrinarias que se suscitaban en algunos supuestos de la ley que se reemplazaba*”.

La reforma hizo resurgir, además, una posición minoritaria de la doctrina argentina relativa al autor del delito de violación. Esta postura sostenía que el término *acceso carnal* solo podía tener el efecto de excluir la violación entre mujeres y que nada decía en relación con quién debía ser el sujeto activo. Así, lo prohibido estaría dado ya no por la penetración del pene por parte del autor, sino por la obtención de una relación sexual que involucre acceso carnal en alguno de los orificios previstos por la ley, con independencia de qué interviniente sea el que realiza la penetración.³⁸ En otras palabras, se consideraba que acceso carnal significaba acceso *en* la carne y no acceso *con* la carne. De esta manera, en tanto no se establecían distinciones de sexo en la letra de la ley, la mujer también podía ser sujeto activo de este delito.³⁹

A su vez, a partir del nuevo texto legal, se planteó que el cambio de verbo parecía indicar que ya no se requería que el autor “*tuviera acceso carnal*” y que, en consecuencia, los argumentos de SOLER, tanto el gramatical como el histórico, ya no podían sostenerse. Por el contrario, en tanto el nuevo texto de la ley habría reformado radicalmente los delitos sexuales para diferenciarlos de sus antecesores y exigiría que “*hubiere*” acceso carnal, sería posible inferir que tanto un hombre como una mujer podían ser sujetos activos del delito en cuestión.⁴⁰ En efecto, a los fines de la determinación del sujeto activo, “*acceder carnalmente*” sería equivalente a “*hacerse acceder*”, dado que ambos serían casos especiales del concepto general “*hubiere acceso carnal*”.⁴¹

No obstante, la doctrina mayoritaria desconfiaba de la agudeza de los legisladores argentinos⁴² y, principalmente, argumentaba que la expresión *acceso carnal* no permite una interpretación “impersonal” como la propuesta. Los tipos penales siempre se referirían a una persona que realiza una conducta determinada, de modo que en este caso se describiría una conducta positiva del autor que accede carnalmente a otro y, por lo tanto, se excluirían las situaciones en las que una

³⁸ Cf. FONTÁN BALESTRA, *supra* nota 38, pp. 240-241; FALCONE, “Paredes y Clavos. Algunas consideraciones de la mujer como sujeto de imputación del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3.º)”, en *Revista de derecho penal*, 2/2012, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 456-458; BUOMPADRE, *Manual de Derecho penal: parte especial*, 3.º ed., Resistencia, Contexto Libros, 2021, p. 207; MOLINA, *Manual de Derecho penal: parte especial*, Resistencia, Contexto Libros, 2021, pp. 250-251 y ABOSO, *supra* nota 8.

³⁹ FONTÁN BALESTRA, *supra* nota 38, pp. 240-241.

⁴⁰ BUOMPADRE, “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, 1999, p. 56.

⁴¹ Según RAGUÉS I VALLÉS, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 5.º ed., Atelier, Barcelona, 2018, p. 134, esta es la opinión del Tribunal Supremo español a partir del Pleno no Jurisdiccional del 25 de mayo de 2005 y de resoluciones como la STS 1295/2006.

⁴² DONNA, *supra* nota 9, p. 69.

persona se sirve de otra para que esta última la acceda. De esta forma, con independencia de las cuestiones históricas, el argumento gramatical retomaba todo su esplendor.⁴³ Nuevamente, en palabras de SOLER: “yo puedo entrar un clavo en la pared, pero en ese caso lo entrado no es la pared, sino el clavo”.⁴⁴

En la más reciente doctrina chilena y ante una regulación legal similar al texto originario del CP argentino de 1921,⁴⁵ se puede encontrar una versión más sofisticada de la postura tradicional argentina, en especial del llamado *argumento gramatical*. En efecto, con cita de SOLER, MAÑALICH entiende a la violación como un delito de penetración y, en consecuencia, de propia mano⁴⁶ y sostiene que la consideración determinante a tal efecto es de naturaleza lógico-gramatical (ver, para mayor detalle, *infra*). En lo que aquí interesa, afirma específicamente que la postura que considera que la conducta prohibida por la violación no se limita a la penetración del órgano viril mediante una conducta activa del varón, sino que se extiende a la de una persona que introduce ella misma el órgano genital masculino de otro a su vagina, ano o boca es incapaz de dar cuenta de la sintaxis no ya de la expresión “*acceso carnal*”, sino de la expresión “*acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal*”. Así, la sintaxis de esta última formulación sugeriría que la vagina, el ano y la boca de una persona vienen en consideración como las cavidades que pueden fungir como las vías de acceso carnal a *ella*, esto es, como cavidades localizadas en el cuerpo de la persona accedida. En tal medida, y bajo la hipótesis de la falta de identidad entre la persona accedente y accedida, esa misma sintaxis resultaría trastocada, por vía de inversión, si la persona carnalmente accedida, en el marco de la específica instancia de penetración constitutiva del respectivo acceso carnal, pudiera simultáneamente ocupar el lugar de la persona accedente.⁴⁷

c. La persistencia del problema

⁴³ DONNA, *supra* nota 9, p. 69 y, con algunas particularidades, ABOSO, *supra* nota 8, pp. 260-265.

⁴⁴ SOLER, *supra* nota 3, pp. 308-309. En especial, ver nota al pie n.º 14.

⁴⁵ En lo que aquí interesa el Código Penal chileno prevé:

“Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia. 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

⁴⁶ MAÑALICH RAFFO, “La violación como delito de propia mano” en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta época Vol. XLIII, N.º 4, Santiago de Chile, 2016, pp. 39-42 y 46-48.

⁴⁷ MAÑALICH RAFFO, *supra* nota anterior.

Actualmente, a partir de la sanción de la ley 27.352, el nuevo párrafo tercero del art.119, CP establece “*La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo **hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías***” (el destacado no pertenece al original). De esta forma, mientras que mantiene los términos *hubiere* y *acceso carnal*, sin dar una definición precisa con respecto a esto último, amplía también los supuestos de hecho incluidos en el tipo penal, en tanto establece una nueva conducta típica: *realizar actos análogos al acceso carnal como la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal*.

Por estos motivos, en tanto la nueva acción típica se construye solo en referencia al término *acceso carnal (realizar actos análogos)*, el argumento gramatical de SOLER se mantendría, en principio, absolutamente vigente. En otras palabras, si se tiene en cuenta que la última parte del nuevo artículo equipara el acceso carnal con la realización de otros actos análogos mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo, la nueva ley parece adscribirse a la interpretación mayoritaria: si el acceso carnal no fuera la introducción del miembro genital masculino, ¿por qué sería necesario agregar la última parte del artículo? Si el acceso carnal fuera un concepto más amplio, que incluye no solo la penetración con el pene, ¿cuál sería la razón para agregar estos nuevos supuestos? ¿no habría bastado acaso con un cambio en la interpretación?

Por lo demás, ¿qué sucede con el clásico caso de la violación inversa, en el que una mujer tiene relaciones sexuales (supóngase, coito por vía vaginal) con un hombre? ¿Es eso un acceso carnal, de modo tal que puede hablarse de violación o se trata, en cambio, de un abuso sexual simple o, dado el caso, gravemente ultrajante? La ley no resuelve este problema y, por tanto, es necesario un tratamiento de la cuestión.

2. La violación como delito de propia mano

La teoría de la intervención criminal presenta un problema específico adicional que influye en la determinación de quién puede ser considerado autor de este delito: la categorización (o no) de la violación como un delito de propia mano.

Los delitos pueden clasificarse según distintos criterios. Estas diferenciaciones, que en la mayoría de los casos no se derivan directamente de la ley, no solo cumplen funciones didácticas, sino que también sirven de ayuda a los fines de interpretar el texto legal.⁴⁸ Según la doctrina dominante, de acuerdo con el círculo de posibles autores que pueden cometerlos, los delitos pueden ser clasificados en delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano.⁴⁹

Como regla general, las leyes regulan *delitos comunes*, esto es, hechos que pueden ser cometidos por cualquier persona. Esta conclusión se deriva, en principio, de la siguiente formulación que aparece usualmente en el Código Penal argentino y en las leyes especiales: “*El que... será reprimido con pena de...*”.⁵⁰ A su vez, existen también los *delitos especiales*. En estos casos, la ley exige requisitos especiales para poder ser autor del delito en cuestión. Estas exigencias presuponen ciertas cualidades como, p. ej., ser “funcionario público” (v. gr. art. 256, CP). Solo quien cuente con la cualidad subjetiva requerida en la propia persona (*intraneus*) podrá ser autor de ese delito. Un tercero ajeno (*extraneus*) quedará excluido de antemano como autor debido a que no cumple con el elemento requerido y únicamente podrá ser partícipe.⁵¹

Se mencionan, además, a los *delitos de propia mano*. En estos, el tipo penal requiere la ejecución inmediata y de propia mano de la conducta, porque el disvalor penal específico del correspondiente delito solo puede realizarse de esa manera.⁵² Por lo tanto, solo puede ser autor quien realiza la acción del hecho por sí mismo, en su propia persona.⁵³ Dentro de esta categoría suelen incluirse a delitos como el falso testimonio (art. 275, CP), la violación de domicilio (art. 150, CP) y el prevaricato (art. 269, CP).

La posición tradicional de la doctrina argentina no trata explícitamente este problema, pero una lectura detenida permite concluir que consideraba a la violación como un delito de propia de

⁴⁸ HILGENDORF / VALERIUS, *Derecho Penal - Parte general*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, p. 16.

⁴⁹ Así, entre otros, ZAFFARONI / ALAGIA/ SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.º ed., Buenos Aires, Ediar, 2002 [2000], pp. 316 ss.; SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 580; STRATENWERTH, *supra* nota 17, pp. 376-377; HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 49, pp. 16 ss.; OTTO, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 80; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*, Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 19 ss.

⁵⁰ HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 49, p. 17.

⁵¹ HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 49, p. 18.

⁵² SATZGER, *supra* nota 16, p. 121.

⁵³ HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 49, p. 18.

mano.⁵⁴ Como se dijo, la postura clásica sostiene que solo puede ser autor quien puede llevar adelante la acción de acceder carnalmente a otro, esto es, de introducir su propio órgano genital masculino en el cuerpo de la víctima. De esta manera, cierra el paso a la posibilidad de cometer el delito a través de otro y, por lo tanto, excluye la imputación a título de autoría mediata y coautoría.⁵⁵ Asimismo, excluye la posibilidad de una imputación en comisión por omisión.⁵⁶ En definitiva, solo una persona con pene podría cometer el delito de violación y quienes lo ayudasen serían, a lo sumo, partícipes.⁵⁷

Por lo demás, la doctrina chilena se pronuncia explícitamente sobre el punto. En efecto, MAÑALICH considera que la violación debe ser considerada como un delito de penetración y, en consecuencia, de propia mano⁵⁸ y que, como se adelantó, la consideración determinante a tal efecto es de naturaleza *lógico-gramatical*. Afirma que esta es una consideración referida a la estructura de toda acción que satisface una descripción así formulada. Para él, una acción que satisface una descripción construida sobre la forma verbal “acceder carnalmente” es una acción cuya ejecución necesariamente conlleva una alteración de la situación (corporal) del propio agente. En tal medida, es una acción cuya estructura no deja espacio para que, en su ejecución, el agente pueda verse “representado” a través de otro, lo cual resulta estrictamente determinado por las descripciones que especifican los tipos de acción cuya ejemplificación se trata. Es esto —y solo esto— lo que determina que el quebrantamiento de una norma que prohíbe una acción ejecutivamente “auto-involucrante” solo pueda resultar imputable a título de autoría directa, de modo que a su respecto quedarían descartadas, en consecuencia, la autoría mediata y la coautoría.

MAÑALICH afirma, además, que la caracterización de la violación como un delito de propia mano es conceptualmente independiente de cuál haya de ser la respuesta a la pregunta de quién

⁵⁴ Puede verse un ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, específicamente en Sala 2.º, caso “D., R. y otro”, rto.: 24/04/2009, comentado por GULLCO, *supra* nota 27, pp. 254-259.

⁵⁵ STRATENWERTH, *supra* nota 17, pp. 376-377; GÓMEZ RIVERO, “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?”, en *Revista Penal*, n.º 18, 2016, pp. 109-110; SATZGER, *supra* nota 17.

⁵⁶ GÓMEZ RIVERO, *supra* nota anterior.

⁵⁷ Críticamente, DONNA, *supra* nota 9, pp. 391-392 y ABOSO, *supra* nota 9, pp. 273-274, 596-597 y 611-614.

⁵⁸ MAÑALICH RAFFO, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, n.º 2, 2014, pp. 21-70, y MAÑALICH RAFFO, *supra* nota 47, pp. 39-42 y 46-48.

puede ser autor (directo) del delito de violación.⁵⁹ Por una parte, esta categorización no implica que la acción sometida a prohibición necesariamente tenga que ser identificada con una acción de *penetración con el miembro genital masculino*. Podría tomarse como correcta, p. ej., la interpretación de la doctrina minoritaria o alguna otra interpretación posible.

Por otra parte, incluso si la caracterización de la violación como un delito de propia mano fuese combinada con la interpretación que sostiene la doctrina tradicional, que considera a la acción prohibida como la introducción del miembro genital masculino en alguna de las cavidades de la víctima, de ello no se seguiría que solo un hombre pueda ser autor directo de este delito. Pues, con arreglo a esa misma interpretación, para que una persona esté en situación de poder acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a otra, basta con que la primera tenga, en el momento relevante, un pene. Y, conceptualmente al menos, no cabe descartar la posibilidad de que una persona cuyo organismo presente alguna variante de intersexualidad —otrora calificada como hermafroditismo— hubiera de ser clasificada como un individuo de sexo femenino, no obstante “estar dotado” de un órgano genital masculino. En la medida en que esa persona llegue a estar en posición de penetrar a otra, podrá ser autora del delito de violación.⁶⁰

Como ya se insinuó, la importancia de optar (o no) por incluir esta categoría dogmática radica en que, si se considera que estamos ante un delito de mano propia, deberá descartarse, en principio, la posibilidad de cometer este delito mediante autoría mediata, coautoría o en comisión por omisión. Así, la relevancia práctica de este punto radicaría en, al menos, tres supuestos de casos: i) aquellos en los cuales la persona actúa como autora mediata — p. ej., obliga a otras dos personas a mantener una relación sexual que incluya penetración—; ii) aquellos en los cuales actúa como coautora, esto es, cuando la ejecución por parte del sujeto activo de alguna de las circunstancias concomitantes del primer párrafo se realiza en conjunto con la penetración ejecutada por otro — p. ej., golpea y maniatada a la víctima mientras otro individuo realiza la penetración—; iii) aquellos en los cuales no evita la comisión de una violación cometida en perjuicio de una persona respecto de la cual tiene una posición de garante — p. ej., un hijo o una hija—.

III. Crítica de la postura restrictiva de la autoría

⁵⁹ MAÑALICH RAFFO, *supra* nota 47. En igual sentido, BASCUR RETAMAL, *supra* nota 13.

⁶⁰ MAÑALICH RAFFO, *supra* nota 47, pp. 39-42 y 46-48.

Según lo expuesto en el acápite anterior, la doctrina mayoritaria todavía interpreta el término *acceso carnal* como la penetración del miembro genital masculino en el cuerpo de la víctima y, con base en ello, algunos autores consideran, además, que la violación es un delito de propia mano. De esta manera, se restringe el círculo de posibles autores a los hombres o a las personas con pene que realicen de forma corporal la penetración y se excluye así, principalmente, a las mujeres o a las personas que *no* tienen pene.

A partir de la sanción de la ley 27.352, el nuevo párrafo tercero del art. 119, CP amplía también los supuestos de hecho incluidos en el tipo penal, en tanto establece una nueva conducta típica: *realizar actos análogos al acceso carnal como, la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal*.⁶¹ No obstante, la solución del caso clásico de violación inversa presentado al inicio, en el que una mujer introduce el pene del hombre (o alguna otra parte del cuerpo de un hombre o una mujer) en su vagina sigue dependiendo de la interpretación que se realice.

De esta manera, la reciente reforma amplía el ámbito de aplicación del tipo penal y permite indagar nuevamente sobre las razones que sostienen a la interpretación mayoritaria, en particular permite preguntarse si aún existen justificaciones plausibles de la concepción tradicional. En adelante, se analizarán las posibles justificaciones de la definición de la violación como penetración no consentida⁶² (en principio, del miembro genital masculino) o acto análogo a esta y de su categorización como delito de propia mano y se mostrará que no hay buenos argumentos para sostener tal interpretación restrictiva de la autoría. Además, se explicará que la postura en cuestión lleva a consecuencias problemáticas e implica una desatención del ilícito de la violación.

1. Las posibles justificaciones de la postura restrictiva

Para los partidarios de la postura mayoritaria, el término *acceso carnal* debía interpretarse como la penetración del miembro genital masculino debido a, por un lado, la interpretación gramatical del texto originario del Código Penal de 1921 (en particular, arts. 119 y 127, CP) y,

⁶¹ Esto genera un problema adicional, que excede los límites del presente trabajo: el posible “vaciamiento” del tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante previsto en el segundo párrafo del art. 119, CP.

⁶² Ver, sobre el punto, HÖRNLE, “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 10, 2020, pp. 197-217; COCA VILA, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual” en *InDret*, 3.2023, pp. 430-466.

por otro lado, a la elección del legislador al dejar de lado otros términos más antiguos y ambiguos como “aproximación sexual”.

Sin embargo, en virtud de que los delitos sexuales en general y el tipo penal de violación en particular fueron reformados íntegramente, las razones esgrimidas ya no son suficientes o, al menos, deben ser complementadas. Cabe preguntarse, entonces, ¿cuáles son las razones para definir el término acceso carnal como la penetración del propio miembro genital masculino y, eventualmente, para construir una acción típica por medio de una analogía legal (actos análogos)? ¿Existen motivos para justificar una postura como esta?

En la doctrina inglesa más reciente y ante un marco normativo más explícito que el argentino,⁶³ se han propuesto tres posibles justificaciones de la definición tradicional de la conducta prohibida por el delito de violación.

a. Argumento anatómico: Una mujer no puede violar a un hombre⁶⁴

El primer argumento que subyace a la postura mayoritaria es la consideración de que es *físicamente* imposible que una mujer viole a un hombre. Esta concepción se basa, por un lado, en las diferencias anatómicas existentes, específicamente en el hecho de que las mujeres no tienen pene.⁶⁵ Por otro lado, se basa también en que, debido a la dinámica propia de las relaciones sexuales, es imposible que un hombre sea violado por una mujer porque si un hombre y una mujer

⁶³ La Ley de Delitos Sexuales de 2003 define a la violación del siguiente modo: “(1) A person (A) commits an offence if— (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents”.

⁶⁴ Las declaraciones de Silvia Labayrú ante el Diario Perfil (disponibles en: <https://www.perfil.com/noticias/periodismopuro/silvia-labayru-cuando-al-volver-a-la-esma-vi-el-lugar-dije-que-lugar-tan-pequeno-para-un-infierno-tan-grande-por-jorge-fontevicchia.phtml>) [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025] dan cuenta de cuán arraigada socialmente está esta afirmación. Labayrú, que fue secuestrada durante la última dictadura militar y violada por uno de los secuestradores y por la esposa de este, señala específicamente: “No, no, a ella no la condenó. Yo no la acusé inicialmente a ella, lo acusé a González y en el juicio declaré que había sido también violada por ella, pero ella no fue procesada. Pero a mí me llamó mucho la atención que la prensa no lo recogiera, es como si no se quisiera aceptar que a veces, muy pocas, las mujeres también violan” (el énfasis no pertenece al original).

⁶⁵ Esta la postura del gobierno del Reino Unido, según MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 603.

tienen sexo, el hombre necesariamente debe estar excitado y eso significaría que consintió lo ocurrido.⁶⁶

Respecto de esto último, el argumento es empíricamente falso. Mas allá de los casos de coacción, cualquier hombre puede presentar signos de excitación (p. ej., una erección) cuando no quiere tener sexo, de la misma forma en que una mujer puede tener un orgasmo durante una violación.⁶⁷ Por consiguiente, este argumento no resulta suficiente para excluir la posibilidad de que haya una violación si una mujer obliga a un hombre a que la penetre.

Además, esta postura implica una forma incorrecta de pensar sobre el consentimiento en las relaciones sexuales.⁶⁸ El hecho de que un hombre tenga una erección no debería ser suficiente para que una mujer crea razonablemente que él consintió las relaciones sexuales, particularmente si está claro que no quiere o que no está en un estado en el que pueda consentir de forma libre.⁶⁹ De hecho, si tuviéramos que aceptar este argumento, también deberíamos aceptar que mostrar signos físicos de excitación sexual es similar a consentir relaciones sexuales.⁷⁰ Por lo tanto, también tendríamos que concluir que si una mujer mostró respuestas sexuales físicas durante la violación, entonces no fue violada. Esto es inaceptable.⁷¹

Una forma diferente de presentar este argumento consiste en afirmar que los hombres suelen ser físicamente más fuertes que las mujeres.⁷² En efecto, podría suponerse que, debido a las diferencias de fuerza física entre hombres y mujeres, si un hombre realmente no quisiera tener sexo con una mujer, sería capaz de evitar el acto. De este modo, siempre que un hombre tuviera sexo con una mujer, se trataría de sexo consentido.⁷³

Sin embargo, es posible que, en ciertos casos, un hombre sea físicamente más débil que la mujer que lo obliga a tener relaciones sexuales. Además, puede ocurrir que el hombre esté limitado físicamente, inconsciente, demasiado ebrio para dar su consentimiento, engañado o que,

⁶⁶ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁶⁷ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁶⁸ Sobre el punto, ver HÖRNLE y COCA VILA, *supra* nota 63.

⁶⁹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁷⁰ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁷¹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁷² MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

⁷³ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

simplemente, no quiera utilizar ningún tipo de fuerza debido que no se le debe pegar al prójimo. En cualquier caso, afirmar que alguien que no se resiste físicamente a la violación, cuando es capaz de hacerlo, ha dado su consentimiento es, nuevamente, una forma incorrecta de pensar sobre el consentimiento, que recuerda a las antiguas leyes o formas de interpretar la violación, según las cuales la mujer tenía que mostrar evidencia de una lucha física para ser víctima.⁷⁴ Las personas no consienten ser golpeadas por el solo hecho de no defenderse, incluso si son físicamente más fuertes que su atacante.⁷⁵

En resumen, el argumento anatómico no puede sostenerse porque, o bien se basa en una forma incorrecta de pensar sobre el consentimiento en las relaciones sexuales, o bien podría llevar a justificar la atipicidad de casos claros de violación de mujeres.

b. Argumento comparativo: Penetrar es peor que obligar a otro penetrar

El segundo argumento se basa en la consideración de que penetrar a una persona es algo diferente y más grave que obligar a una persona a que penetre a otra. De esta manera, en ambos casos ocurriría exactamente lo mismo (relación sexual penetrativa no consentida), pero el tratamiento de los involucrados sería diferente si el autor tiene (o no) pene. En efecto, solo aquel que tenga pene o utilice un instrumento equivalente (p. ej., un objeto u otra parte del cuerpo) será considerado como un violador, mientras que quien “se haga penetrar” deberá responder por otro delito (abuso sexual simple o gravemente ultrajante, corrupción de menores, etc.) o, en su caso, será impune.

Una forma de justificar la diferencia entre ambos supuestos (penetrar y ser penetrado) consiste en considerar que el primero de los casos conlleva para la víctima el riesgo de un embarazo no deseado o del contagio de enfermedades de transmisión sexual, mientras que el segundo no. No obstante, esto no logra justificar la distinción porque, por un lado, es posible pensar en casos de violación que no conllevan riesgos de ese tipo. Piénsese, p. ej., en penetraciones no consentidas con preservativo o realizadas por vía oral o anal o de hombres o mujeres que utilizan otros métodos de protección o anticonceptivos, o de personas estériles. Por otro lado, en los casos en los que la figura principal del hecho es una mujer, también existe el

⁷⁴ Ver, al respecto, SOLER, *supra* nota 3. Críticamente, HÖRNLE, *supra* nota 63, pp. 197-217.

⁷⁵ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 604.

riesgo de transmisión de enfermedades hacia la otra persona e incluso de un embarazo no deseado, pero en este caso en forma de una “paternidad no deseada”.

Otra forma de justificar el requisito de la penetración del propio pene consiste en considerar que penetrar forzosamente a alguien causa más daño que obligar a alguien a penetrar a otro.⁷⁶ Esta afirmación es cierta en muchos casos: los daños que usualmente genera una penetración sin consentimiento van más allá de los daños físicos e inmediatos.⁷⁷ No obstante, puede haber casos en los que no exista ningún daño⁷⁸ o que, al menos, el daño sea equivalente al de obligar a otro a penetrar. Por tanto, no es posible hacer una afirmación general. Incluso puede que un hombre subestime o minimice el daño psicológico de ser obligado a penetrar a otra persona o que crea que reconocer que ha sido violado por una mujer lo haga sentir menos “masculino”.⁷⁹ En este contexto, existen, además, ciertos daños adicionales: es posible que no tengan a nadie en quien confiar y que sus amigos o incluso la policía no considere de forma seria el ataque sufrido.⁸⁰

c. Argumento feminista: La violación como un “delito de género”

El tercer argumento consiste en considerar a la violación como un “delito de género”, que representaría y reforzaría la subyugación de las mujeres por parte de los hombres. Bajo esta perspectiva, todas las mujeres son víctimas y todos los hombres son, en alguna medida, responsables. La violación sería así el caso paradigmático del patriarcado y la misoginia.⁸¹ En este contexto, sostener una interpretación que sea neutral en términos de sexo o género en relación con el círculo de posibles autores, de modo que incluya a las mujeres, implicaría una denegación de la especificidad de este ilícito y un menosprecio del daño sufrido por las mujeres víctimas de este delito.

⁷⁶ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 605.

⁷⁷ Véase, al respecto, ESTRICH, “Rape” en *Yale Law Journal Company*, Vol. 95, n.º 6 (May, 1986), pp. 1087-1184 y GARDNER, “La ilicitud de la violación” en *Ofensas y defensas. Ensayos sobre filosofía del derecho penal* (trad. María L. MANRIQUE PÉREZ y José M. PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-53, entre otros.

⁷⁸ GARDNER, *supra* nota anterior, p. 67.

⁷⁹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 605.

⁸⁰ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 605.

⁸¹ Ver BRISON (2002) y BROWNMILLER (1975); ambas citadas por MCKEEVER, *supra* nota 34, p. 608. En sentido similar, ver MACKINNON (1987), citada por GARDNER, *supra* nota 78, pp. 25-27.

El principal problema de una visión como esta radica en el hecho de que también los hombres pueden ser víctimas de violación en el sentido tradicional descripto, puesto que también son y pueden ser violados por otro hombre. De todos modos, aún podría argumentarse, como defensa, que las mujeres tienen muchas más probabilidades de ser víctimas de una violación que un hombre y que, en consecuencia, este delito las afecta mucho más, tanto directa como indirectamente.

Esa afirmación (empírica) seguramente sea cierta. Sin embargo, no debe perderse de vista que, como parecen sugerir algunas encuestas en el Reino Unido,⁸² existen hombres víctimas y muchos de ellos no denuncian que han sufrido ataques sexuales porque, o bien creen que no es físicamente posible que una mujer viole a un hombre, o bien, por diferentes motivos, no quieren admitir que han sido violados.⁸³ Esto puede verse con claridad, además, en los contextos de conflictos armados. Es conocido que la violación es utilizada como un “arma de guerra” y que tradicionalmente se colocó el foco en las mujeres como víctimas directas.⁸⁴ No obstante, en los últimos años, se han realizado estudios que muestran que la violación de hombres es un problema serio en los contextos armados.⁸⁵ Por consiguiente, incluso considerando que la violación es un delito de género, eso no significa que los hombres no puedan ser también víctimas de esa clase de violencia.⁸⁶

Por último, en defensa de esta categorización, podría afirmarse que, si bien los hombres pueden ser víctimas de una violación, ellos no están sujetos a la amenaza generalizada de violación que pesa sobre las mujeres en la cultura actual. Esta particular situación afecta profundamente la forma en que la violación es experimentada por las mujeres y justifica la existencia de un tipo penal diferenciado.

⁸² MCKEEVER, *supra* nota 35, pp. 608-611.

⁸³ MCKEEVER, *supra* nota 35, pp. 608-611.

⁸⁴ CHINKIN, “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, en *European Journal of International Law*, Volume 5, Issue 3, 1994, pp. 326-341 y MACKINNON, “The ICTR’S Legacy on sexual violence” en *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14:2, 2008.

⁸⁵ SIVAKUMARAN, “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”, *European Journal of International Law*, Volume 18, Issue 2, 2007, pp. 253-276.

⁸⁶ TOQUET, et. al., “From ‘It Rarely Happens’ to ‘It’s Worse for Men’: Dispelling Misconceptions about Sexual Violence against Men and Boys in Conflict and Displacement”, en *Journal of Humanitarian Affairs*, Volume 2, N.º 3, 2020, pp. 25–34.

Es innegable que, en términos generales, los hombres no sienten la amenaza de ser violados o agredidos sexualmente por mujeres de la misma forma en que las mujeres sienten la amenaza de violación y agresión sexual por parte de los hombres. Sin embargo, reconocer que los hombres pueden ser víctimas de violación por parte de las mujeres no niega ni menosprecia el sufrimiento de las mujeres víctimas de violación, al igual que reconocer que los blancos también pueden ser víctimas de algún tipo de racismo por parte de los negros no menosprecia el sufrimiento de los negros víctimas del racismo. Piénsese en una persona blanca que sufra alguna clase de racismo por parte de una persona negra,⁸⁷ p. ej., por tener ascendencia judía o musulmana.⁸⁸ Ciertamente, el racismo no es el mismo en ambos casos. El contexto social e histórico tiene una importancia fundamental y afecta cómo se experimenta y cómo se debe evaluar cada caso. Pero no nos parecería adecuado que el racismo sea, por definición, algo que determinadas personas no puedan hacer y que otras no puedan sufrir.⁸⁹

Respecto del delito de lesiones cometido en un contexto de violencia doméstica, también es más probable que sea perpetrado por hombres contra mujeres y que a menudo se usa como una herramienta de subyugación femenina. Sin embargo, de ese hecho no se deriva que sea legal y fácticamente imposible que una mujer lesione a un hombre en el hogar o que reconocer esto último implique un menosprecio de la situación de las mujeres víctimas. En un mismo sentido, en una pareja de hombres no resulta adecuado descartar la posibilidad de que exista violencia doméstica, por lo que lo específico de la violencia doméstica va más allá del sexo o género de los autores o víctimas.⁹⁰

De manera similar, considerar que una mujer pueda ser autora del delito de violación es compatible con reconocer que los hombres pueden usar la violación, y a menudo lo hacen, como una herramienta de opresión sobre las mujeres y que puede haber diferencias importantes en el

⁸⁷ Véase, p. ej., los recientes reproches de antisemitismo al cantante Kanye West: <https://www.washingtonpost.com/business/2022/10/25/adidas-kanye-west-partnership-ends/> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

⁸⁸ Se podría cuestionar que el antisemitismo no es en realidad una forma de “racismo”. No obstante, si se tiene en cuenta la experiencia histórica, en especial la del nazismo, es difícil negar que la noción de “raza” tenía una correlación directa con el antisemitismo. Véase, en ese sentido, AMBOS, “Criminología nacionalsocialista. Continuidad y radicalización” en *In Dret*, 2020.

⁸⁹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 610.

⁹⁰ Sobre lo “propio” de la violencia doméstica, véase TADROS, “Lo distintivo de la violencia doméstica: una explicación basada en la libertad” en *Revista Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 12, N.º 1, 2011.

impacto que la violación tiene sobre las mujeres en comparación con los hombres. La violación puede tener y tiene diferentes significados, motivaciones y consecuencias según el contexto y esto podrá incidir en la aplicación de circunstancias agravantes o en la determinación de la pena, pero no es razón suficiente para restringir el círculo de autores del modo en que lo hace la interpretación mayoritaria.

2. Las consecuencias problemáticas de la postura restrictiva

Más allá de la falta de argumentos que respalden la interpretación restrictiva de la autoría, la doctrina mayoritaria lleva, además, a consecuencias problemáticas: por un lado, genera la pérdida de parcelas de imputación en casos que merecerían un reproche; por otro lado, refuerza prejuicios y estereotipos relativos a la sexualidad de hombres y mujeres. Estas críticas son aplicables en especial para quienes, como MAÑALICH, consideran que la violación sería un delito de propia mano como consecuencia de nuestro uso del lenguaje. Incluso asumiendo que esas consideraciones son correctas, esa posición conduce a consecuencias contraintuitivas que han de ser evitadas. Y dado que interpretar al delito de violación como delito común o como delito de propia mano es una cuestión de interpretación que no se deriva *directamente* del tenor literal de la regulación, no hay razones de legalidad para decidir forzosamente la cuestión *pro reo* y limitar el círculo de autores.⁹¹

a. La pérdida de parcelas de imputación

En primer lugar, la doctrina mayoritaria lleva a consecuencias problemáticas o, al menos, contraintuitivas en los siguientes casos:

- i. *Maestra*: (A), profesora de una escuela secundaria, obliga a su alumno (B), varón de 15 años, a tener relaciones sexuales penetrativas, es decir, lo obliga a que la *acceda carnalmente* por vía vaginal.⁹²

⁹¹ Así, incluso si las consideraciones de filosofía del lenguaje de MAÑALICH fuesen correctas, de eso no se sigue que formen parte del tenor literal de la regulación de la violación. A lo sumo, son derivaciones razonables de ese tenor literal, como también podrían serlo *otras* consideraciones.

⁹² Inspirado en diversos casos que tomaron conocimiento público y que habrían ocurrido en Estados Unidos y en Argentina. Al respecto, puede verse, p. ej.: 1) <https://www.infobae.com/estados-unidos/2023/08/08/acusaron-a-una->

ii. *En el gimnasio*: (A), empleada nocturna de un gimnasio, aprovecha la ocasión de que esa noche haya solo dos clientes —un hombre y una mujer—, (X) e (Y), haciendo ejercicios, para compelerlos con un arma de fuego a realizar entre sí actos sexuales penetrativos delante de ella. (A), en cambio, no toca a los clientes. Al cabo de un momento, (A) les dice que se marchen y los amenaza para que no denuncien los hechos. (X) e (Y) denuncian lo ocurrido inmediatamente.⁹³

iii. *Entre dos*: dos hombres (A y B) deciden darle un escarmiento a una mujer (X). Ambos cometerán el hecho de noche, cuando la víctima abandone su domicilio, tal como lo hace con frecuencia a cierta hora. El plan está diseñado de tal modo que (A), muy corpulento, tome de los dos brazos y desde atrás a la mujer para que (B) realice todo tipo de actos impúdicos. El día de los hechos todo ocurre según lo planeado. Mientras (A) sostiene a (X), (B) introduce su pene en la vagina de esta última.⁹⁴

iv. *La mujer no actúa*: La señora (A) decide poner fin a su relación con el señor (B). En represalia por esa decisión, (B) decide atacar sexualmente a (C), hija menor de edad de (A). (B) inmoviliza a (C) con una soga y la penetra con el pene. (A) observa lo ocurrido y decide no actuar, a pesar de que tenía a disposición un arma de fuego era una excelente tiradora y podría haber evitado la penetración fácilmente disparándole a (B) en una zona no vital.⁹⁵

La postura mayoritaria debería concluir en estos supuestos que, en razón de la forma en la que está definida la acción típica y de la categorización de la violación como un delito de propia mano, no sería posible imputarles a *aquellos que no tengan pene o que no hayan realizado la penetración* la

[profesora-de-las-vegas-de-haber-mantenido-relaciones-sexuales-con-una-alumna-durante-cuatro-anos/](https://www.infobae.com/sociedad/2019/04/03/escandalo-sexual-en-santa-fe-una-docente-le-envio-un-video-masturbandose-a-un-alumno-de-14-anos/) y; <https://www.infobae.com/sociedad/2019/04/03/escandalo-sexual-en-santa-fe-una-docente-le-envio-un-video-masturbandose-a-un-alumno-de-14-anos/> [enlaces verificados el día 7 de marzo de 2025]. Para ejemplos similares, pero que involucran únicamente a personas mayores de edad, ver las películas *Wedding Crashers* (2005) y *40 Days and 40 Nights* (2002). Ambos casos son sucintamente descritos por MCKEEVER, *supra* nota 34, p. 612.

⁹³ Ver caso 430 en SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal*, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 223.

⁹⁴ Ver casos 410 y 411 en SANCINETTI, *supra* nota anterior, pp. 212-213.

⁹⁵ Inspirado en los casos “La mamá no actúa” y “El marido no actúa” comentados por SANCINETTI, *supra* nota 94, pp. 131-148.

comisión de un delito de violación a título de autoría (incluso en alguno de los casos debería aceptarse la impunidad).

Indudablemente, podría objetarse que, de todos modos, en estos casos podría imputarse la comisión de otros delitos (p. ej., corrupción de menores, abuso sexual simple o gravemente ultrajante y omisión de auxilio) o bien el delito de violación, pero en calidad de instigadores o partícipes necesarios, para quienes incluso se aplica la misma escala penal que aquella prevista para los autores (arts. 45 y 46, CP). De este modo, no existiría ninguna laguna de punibilidad de relevancia.⁹⁶

Sin embargo, no es lo mismo ser autor que partícipe de una violación. Más allá de que, como regla general, lo primero es más grave que lo segundo y esto suele reflejarse en la determinación concreta de las penas, la nomenclatura de los delitos tiene también una importancia independiente. Ciertamente, los nombres de los delitos contribuyen a estructurar el pensamiento moral de las personas y van adquiriendo importancia con el paso del tiempo (*fair labeling*).⁹⁷ En efecto, la imposición de tal o cual denominación a los hechos hace una diferencia en el modo en que el delito y el autor son percibidos y tratados por la sociedad y en el modo en que la víctima experimenta el hecho en sí. P. ej., en el Reino Unido la violación de hombres no fue reconocida como tal sino hasta 1994. Antes, una gran parte de la gente, entre los que se incluían muchos hombres víctimas, pensaba que la violación era algo que no podía ocurrirles a ellos.⁹⁸

b. El refuerzo de prejuicios y estereotipos sobre la sexualidad

Si es correcto que no existen razones para sostener que la violación es *únicamente* la penetración no consentida del miembro genital masculino en el cuerpo de la víctima, la

⁹⁶ P. ej., SANCINETTI (*supra* nota 93, p. 580-581) expresa: “Aquí, en principio, cada ‘coautor’... que no actúa de propia mano... deberá ser punible con la pena del autor, por medio de la figura de la participación necesaria (art. 45, C.P.). Es posible que la delimitación —frecuente en los códigos iberoamericanos— entre cooperación primaria y secundaria, vista a veces como criticable, permita una solución segura y valorativamente adecuada a los casos en que el participante no carece del dominio del hecho, pero sí de las exigencias de la autoría. Según esto, el ámbito de la participación necesaria debería ser restringido, realmente, a casos de verdadero codominio del hecho, o a hipótesis valorativamente equiparables a aquéllos. Así, la reducción de la pena por complicidad simple ganará terreno, y se dejará la escala más grave para los casos de contenido de ilícito similar al del autor, es decir, casi limitada—para decirlo gráficamente— a los ‘coautores que no pueden ser autores’”

⁹⁷ GARDNER, *supra* nota 78, p. 43.

⁹⁸ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 602.

interpretación *tradicional* carece de justificación. En consecuencia, o bien debe cambiarse la forma de interpretar, o bien debe modificarse el tipo penal.

Con independencia de ello, la interpretación mayoritaria es también problemática por otras razones. Según ciertos autores, la restricción de círculo de posibles autores refuerza prejuicios y estereotipos sociales relativos a la sexualidad de hombres y mujeres y, de esa forma, afecta la manera de pensar sobre el sexo y la violación. Específicamente, esa interpretación implica un doble estándar inadmisibles en términos de igualdad.⁹⁹

i. Los hombres siempre están dispuestos a tener sexo

Existe una visión que considera que los hombres siempre están dispuestos a tener sexo. Esto podría implicar que algunas personas piensen que es aceptable forzar a un hombre a tener relaciones sexuales o, al menos, que no es una conducta tan grave. A su vez, los hombres también podrían sentir que tienen que estar dispuestos a tener relaciones sexuales cuando no lo desean y que no pueden sentirse molestos si se las exigen.¹⁰⁰ Incluso podría llevarlos a cuestionarse su masculinidad por contradecir las definiciones hegemónicas, que exigen que los hombres sean sexualmente dominantes.¹⁰¹ No es posible tener la certeza de que esta visión estereotipada *realmente* tenga estas consecuencias, pero es imposible negar que tienen cierta influencia. La ficción popular da indicios de ello.¹⁰²

Por lo demás, la visión bajo análisis impacta también en la forma en que se concibe socialmente la violación de las mujeres. En particular, puede llevar a la creencia de que es asunto de ellas controlar el impulso sexual de los hombres.¹⁰³ Esto contribuye a la cultura de culpar a la víctima de violación. La mujer víctima de violación es a menudo vista con recelo, bajo la creencia de que si hubiera hecho bien las cosas, no habría sido violada.¹⁰⁴

⁹⁹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 611.

¹⁰⁰ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 612.

¹⁰¹ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 612.

¹⁰² MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 612.

¹⁰³ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613.

¹⁰⁴ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613.

ii. La importancia de la “pureza” sexual de las mujeres

Se afirma también que las mujeres, a diferencia de los hombres, no tienen fuertes impulsos sexuales y es necesario “protegerlas” del sexo.¹⁰⁵ Este punto de vista considera que el valor de una mujer está determinado, al menos en parte, por su pureza sexual (castidad) y que la violación está mal, total o parcialmente, porque conduce a una pérdida del honor no solo de la víctima, sino también de la familia o incluso de la comunidad de la mujer violada. P. ej., bajo las antiguas leyes hebreas, si un hombre violaba a una mujer virgen fuera de los muros de la ciudad, debía pagarle un determinado monto de dinero al padre de la víctima en compensación por lo que habría sido el precio de la novia. De esta forma, se valoraba la pureza sexual de una mujer porque eso la hacía más deseable para un futuro marido. Es decir, la pureza sexual era importante pero no en sí misma, sino en la medida en que hacía que la mujer fuera más valiosa para los hombres.¹⁰⁶ Estos puntos de vista sexistas dominaron los análisis de los delitos contra la integridad sexual durante mucho tiempo¹⁰⁷ y todavía están muy extendidos en la actualidad. Incluso pueden verse en el lenguaje coloquial que se utiliza para referirse a quien se considera sexualmente impura.¹⁰⁸

Según BABER, considerar la violación como el daño más grave que puede sufrir una mujer respalda la visión tradicional de que la integridad sexual de la mujer es más importante que su integridad intelectual.¹⁰⁹ Afirma, además, que, si bien la violación es un acto de violencia muy grave, considerarla como el peor tipo de daño que le puede ocurrir a una mujer confirma la idea de que las mujeres deben ser vistas como objetos sexuales, “seres que tienen poco valor más allá de su sexualidad”, y con esto se refiere a su sexualidad tal como se concibe para los demás: “en términos de sus roles como amantes, esposas y madres”.¹¹⁰ Esto está relacionado con el valor de la pureza sexual en el sentido de que si el valor de una mujer está determinado en gran parte por cuánto la valoran los hombres, y los hombres la valoran más cuantas menos veces haya sido penetrada con un pene, entonces la violación dañará a las mujeres de una manera que no daña a los hombres. La pureza sexual de un hombre, y por lo tanto su valor, no será vista como

¹⁰⁵ GARDNER, *supra* nota 78, pp. 29-30 y MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613.

¹⁰⁶ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613.

¹⁰⁷ GARDNER, *supra* nota 78, pp. 29-30 y MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613. En Argentina y en relación con la interpretación del tipo penal en particular, ver, por todos: DONNA, *supra* nota 9 y ABOSO, *supra* nota 9.

¹⁰⁸ MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 614.

¹⁰⁹ BABER, “How bad is Rape?”, en *Hypatia*, Vol. 2, Issue 2, 1987, pp. 125-138.

¹¹⁰ BABER, *supra* nota 110.

“contaminada” por una mujer que lo viole de la misma manera que la de una mujer si es violada por un hombre.

Ciertamente, estas son visiones y mitos que no queremos respaldar.¹¹¹

iii. El sexo es algo que los hombres les hacen a las mujeres

Si se considera que los hombres siempre están dispuestos a tener sexo y que la pureza de las mujeres es importante, entonces es probable que se considere también que el sexo es una actividad propia de los hombres. Ellos serían los agentes sexuales y las mujeres únicamente serían *guardianas*, que habilitarían con su consentimiento el acto. La sexualidad de las mujeres solo sería importante en la medida en que los hombres quisieran tener sexo con ellas. Se reforzarían así aquellas ideas de que los hombres son (o deberían ser) sexualmente dominantes y de que las mujeres son (o deberían ser) sexualmente sumisas.¹¹²

La posición que afirma que la conducta prohibida por la violación es la penetración con el pene y que, por tanto, una mujer no puede ser autora de este delito es causa y consecuencia de estas consideraciones. En efecto, el “envolvimiento” forzado del pene de un hombre por la vagina de una mujer se ve como algo completamente diferente, tal vez en parte, debido a la suposición subyacente de que las mujeres no “practican el sexo”, sino que “se tiene sexo con ellas”.¹¹³

3. La violación como delito común

Por último, debe analizarse el problema de los delitos de propia mano, intrínsecamente vinculado con el argumento gramatical de la opinión dominante.

Si bien la existencia de esta última categoría es usualmente aceptada por la doctrina dominante, constituye, de todos modos, un tema muy poco esclarecido. Tanto la fundamentación teórica como su ámbito de aplicación son más bien controvertidos.¹¹⁴ Asimismo, resulta sumamente discutido qué tipos penales se han de incluir dentro de los delitos de propia mano y

¹¹¹ GARDNER, *supra* nota 78, pp. 29-30 y MCKEEVER, *supra* nota 35, p. 613.

¹¹² GARDNER, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, pp. 1-23 y MCKEEVER, *supra* nota 35, pp. 614-615.

¹¹³ MCKEEVER, *supra* nota 35, pp. 615-616.

¹¹⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 9.º ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 386.

según qué criterios se deben dividir.¹¹⁵ En palabras de ROXIN: “*no existe en absoluto acuerdo sobre el alcance y la esencia de los delitos de propia mano*”.¹¹⁶ Esto genera que un sector minoritario de la doctrina ponga en duda o directamente rechace la existencia de la categoría.¹¹⁷ Según JAKOBS: “[e]/ *fundamento y la delimitación del carácter de delitos de propia mano son extremadamente polémicos y dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial*”.¹¹⁸

A continuación, se argumentará que las teorías ensayadas para sostener la existencia de esta categoría carecen de un fundamento adecuado y que su adopción lleva a consecuencias contraintuitivas en ciertos casos. Además, se señalará que incluso si se considerase que la categoría es razonable, la violación no puede ser entendida como un delito de propia mano.

a. La falta de fundamentación de la categoría

El concepto de “propia mano” no aparece en el Código Penal. Más bien, las normas de la parte general sobre la autoría y la participación no realizan ninguna diferenciación, por lo que debería concluirse, en principio, que son aplicables para todos los delitos de la parte especial. Por lo tanto, para sostener que esto no es así, y que debe regir una categoría autónoma no tipificada, como los delitos de propia mano, es necesaria una fundamentación que permita explicar la excepción (a diferencia de lo que sucede con los delitos especiales, en los que el círculo de autores se encuentra limitado ya por la redacción del propio tipo penal).

Las teorías tradicionales desarrolladas en relación con los fundamentos de esta categoría solo aportan un punto de partida aprovechable, pero no se dirigen al núcleo esencial de la cuestión y presentan ciertas deficiencias. Según ROXIN, solo señalan ciertos fenómenos accesorios que pueden aparecer en otras categorías de delitos y se limitan a criterios naturalistas, de modo que constituyen más bien un buscar a tientas lo correcto, que la formulación de conocimientos científicos.¹¹⁹

¹¹⁵ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, Civitas, Madrid, 2014, p. 189.

¹¹⁶ ROXIN, *supra* nota 115, p. 387.

¹¹⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, 2004 y GÓMEZ RIVERO, *supra* nota 56.

¹¹⁸ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.º ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991], p. 731.

¹¹⁹ ROXIN, *supra* nota 115, pp. 386 ss.

i. Teoría del tenor literal

La primera de las teorías prescinde de establecer un criterio material común para la comisión de propia mano y convierte la cuestión en un problema de interpretación de los tipos penales concretos.¹²⁰ Así, un delito podría ser cometido solo de propia mano cuando, conforme a la redacción del precepto, ya no cabe decir de un *extraneus* que ha efectuado la acción descrita en el tipo.¹²¹ Ya en BINDING, que consideraba a los abusos sexuales como delitos de propia mano, se podía leer: “*Me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado a la víctima*”.¹²² Así, desde el punto de vista tradicional de la doctrina y jurisprudencia alemana (y también argentina), no sería posible afirmar que el sujeto que determinó a otro, con los requisitos de la autoría mediata, a cometer una violación, haya realizado el acceso carnal descrito en el tipo.¹²³

De este modo, la teoría constituye un punto de partida útil dado que el tenor literal de la ley tiene gran trascendencia para conocer la estructura de los delitos. En efecto, en tanto el tipo describe la figura central del suceso de la acción y el sentido de las figuras se transmite mediante el lenguaje, el carácter de propia mano solo cabe obtenerlo del análisis de los preceptos concretos.¹²⁴

No obstante, atender unilateralmente al uso lingüístico o lenguaje común simplifica la problemática en exceso, pues no es posible extraer exclusivamente de la letra de la ley una declaración material sobre los límites de la autoría. Tal suposición estaría injustificada no solo por la variabilidad de las convenciones lingüísticas, sino también porque el uso lingüístico no se forma con miras a la delimitación entre autoría y participación.¹²⁵ En pocas palabras, la punibilidad no se puede hacer depender formulaciones que obedecen la mayoría de las veces a cuestiones meramente casuales o de redacción. Jugar de esta manera con el sentido gramatical de las palabras podría llevar a consecuencias indeseables. P. ej., podría concluirse que todo tipo penal que

¹²⁰ ROXIN, *supra* nota 115, p. 389 y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 117, pp. 107 ss.

¹²¹ ROXIN, *supra* nota 115, p. 389, con cita del BGHSt, 6, pp. 226-229 (227).

¹²² BINDING, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Múnich y otras, Duncker & Humblot, 1915, p. 268, citado por FALCONE, *supra* nota 12, p. 533.

¹²³ No obstante, así lo intenta, para ciertos casos y mediante la cuestionable figura del “autor por determinación”, ZAFFARONI, *supra* nota 9, pp. 340-346. Críticamente, al respecto, SANCINETTI, *supra* nota 15, pp. 580-584 y 682-684.

¹²⁴ ROXIN, *supra* nota 115, p. 390.

¹²⁵ ROXIN, *supra* nota 115, p. 390.

comience con la construcción “el que” solo podrá ser cometido por un hombre.¹²⁶ Esto es, a todas luces, inaceptable.

La argumentación gramatical podría ser concluyente, en todo caso, si cupiera explicar qué ideas del legislador han encontrado acogida en la exacta formulación lingüística.¹²⁷ Pero, incluso si esa fuera la intención del legislador (en forma del “argumento histórico” presentado por SOLER), parecería ser necesario un fundamento adicional, puesto que de otro modo se transformaría en un argumento de autoridad. Además, si en un nuevo código penal se dejara de lado esta clase de formulaciones legislativas, entonces desaparecerían los delitos de propia mano. Los criterios gramaticales pueden ser un punto de partida, pero no el fundamento de una interpretación razonable de un problema sustantivo.¹²⁸

ii. Teoría del movimiento corporal

La segunda de las teorías que busca fundamentar los delitos de propia mano se basa en la distinción entre delitos de actividad y de resultado. Se entiende que cuando el legislador vincula la pena a un mero hacer, que se agota en determinados movimientos corporales, únicamente puede ser autor aquel que realice de forma personal el comportamiento incriminado; en cambio, cuando el tipo requiere la producción de un determinado resultado, es determinante el concepto general de autor. Este criterio se solapa con el anterior, puesto que es posible también afirmar que en los delitos de actividad también es el lenguaje común lo que excluye la autoría del *extraneus*.¹²⁹

Esta teoría también presenta un punto de partida útil. Cuando el legislador vincula la pena a un determinado obrar, es obvio suponer que precisamente ese hacer caracteriza a la figura clave del acontecer delictivo y que, ante esta, pasan a segundo plano otras formas de cooperación.¹³⁰

¹²⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *supra* nota 118, pp. 107 ss.

¹²⁷ ROXIN, *supra* nota 115, p. 390.

¹²⁸ A lo sumo, y como ya se señaló, el tenor literal puede marcar los límites de las interpretaciones permisibles ampliatorias de la punibilidad. No obstante, la limitación del círculo de autores a partir del tenor literal no viene dada por el propio tenor literal, sino que es una consideración adicional del intérprete. Por consiguiente, los argumentos gramaticales a favor de los delitos de propia mano no son argumentos de legalidad en sentido estricto y pueden ser dejados de lado incluso a favor de interpretaciones que extiendan en mayor medida la punibilidad.

¹²⁹ ROXIN, *supra* nota 115, p. 391.

¹³⁰ ROXIN, *supra* nota 115, pp. 392 ss.

Sin embargo, si bien puede ser cierto que en los delitos de mera actividad el injusto reside en la propia acción, ello no implica necesariamente que autor solo pueda ser aquel que efectúa el movimiento corporal y no también aquel que, p. ej., utilice a otro como instrumento. Cuando en la violación de domicilio (art. 150, CP) la acción típica consiste en “*entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo*”, el fundamento de la punición no es un determinado movimiento corporal, sino la lesión a la intimidad y a la privacidad de quien tiene el derecho de exclusión. Por ello, para la cualidad del injusto, resulta indiferente si un sujeto ingresa personalmente o se sirve al efecto de un niño o de una persona incapaz de culpabilidad. Lo mismo ocurre con la violación: en los casos analizados *ut supra*, A se ha alzado contra la autodeterminación sexual de la víctima de un modo socialmente inaceptable y no sería suficiente tratarlo como partícipe o como autor de un delito distinto.¹³¹

Se advierte así un problema similar al de la teoría anterior. No es posible demostrar que el legislador, al redactar el tipo, tuviera en mente la delimitación de las formas de intervención ni tampoco que cabría entender por qué ha de atribuírsele injusto a un movimiento corporal por sí solo.¹³² E incluso uno podría preguntarse si esto importa. En efecto, ¿por qué debería importarnos lo que “pensó” el legislador? Es cierto que el legislador goza de una legitimidad democrática y que ello podría ser una razón de peso. No obstante, aun cuando pudiéramos construir la ficción de que los entes colectivos piensan, la legitimación democrática aludida parecería limitarse a las leyes que emite, pero no a sus “pensamientos”.¹³³

Por lo demás, al incluirse en el texto de la ley “la introducción de objetos u otras partes del cuerpo”, la mujer sin dudas puede ser autora de violación cuando introduce un elemento en el cuerpo de otra persona. Por tanto, la mujer ya no es excluida completamente del círculo de autores. Si esto es así, entonces,

¹³¹ Con una crítica similar, pero para un grupo de casos más reducido, SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 584. Sobre la incorrección moral de la violación, ver GARDNER, *supra* nota 78.

¹³² ROXIN, *supra* nota 115, p. 392.

¹³³ Al respecto, por todos, KUBICIEL, *La ciencia de la parte especial del derecho penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2021, pp. 75 ss.

es posible asumir que el legislador actual no necesariamente descartó a la mujer como posible autora de violación, ni siquiera en casos de violación inversa.

b. Las consecuencias problemáticas de la categoría

En los delitos dolosos, el derecho penal argentino (así como también el español o el alemán) descarta un sistema de autor único,¹³⁴ dado que en aquellos casos en los que varias personas intervienen en un hecho punible distingue entre autores y partícipes.¹³⁵ No obstante, el legislador renunció conscientemente (o no) a definir de forma completa la autoría y la participación. Si bien propuso la distinción básica, así como la posibilidad de reconocerlas, al explicar los aspectos particulares no quiso comprometer demasiado a la jurisprudencia y a la doctrina.¹³⁶

Según la postura dominante, es autor quien comete un hecho punible por sí mismo (autoría directa) o por medio de otro (autoría mediata), mientras que si varias personas cometen el delito conjuntamente, entonces, cada una de ellas será sancionada como autora (coautora). A su vez, es partícipe quien determina dolosamente a otro a la comisión de un hecho antijurídico (instigación) o el que dolosamente presta ayuda a otro para la perpetración de un hecho de tal clase (complicidad).¹³⁷

De acuerdo con ello, la autoría es la comisión directa, mediata o conjunta de un hecho punible propio, mientras que la participación constituye la intervención en un hecho ajeno. Esta distinción permite considerar cada contribución al hecho de acuerdo con su relevancia objetiva y con el especial disvalor de comportamiento.¹³⁸ Usualmente se considera que el fundamento de la

¹³⁴ Por contraposición a un sistema de autor único, según el cual es autor todo aquel que presta una contribución causal para la realización del tipo, limitándose a hacer distinciones, a lo sumo, en el ámbito de determinación de la pena. Al respecto, por todos, WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, p. 357.

¹³⁵ Al respecto, ver artículos 45-49 del Código Penal argentino. Respecto del derecho alemán, ver WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, p. 357.

¹³⁶ OTTO, *supra* nota 50, p. 444.

¹³⁷ Cf., por todos, FRISTER, *supra* nota 17. Para una postura diferente, ver PAWLIK, *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito*, Bogotá-Barcelona, Universidad del Externado de Colombia y Atelier, 2023; ROBLES PLANAS, “La estructura de la intervención en el delito”, en *Política Criminal*, vol. 15, n.º 30, 2020, pp. 993–1007, y FALCONE, *supra* nota 12.

¹³⁸ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, p. 357.

autoría es el tipo legal. Quien comete por sí mismo la acción amenazada con una pena y cumple en su persona con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo objetivo es, sin más, autor.¹³⁹

De la vinculación de la teoría del autor al tipo se sigue que los criterios del concepto de autor están orientados a las particularidades del correspondiente tipo penal. En una serie de delitos solo posee la calidad de autor aquel interviniente que satisface las exigencias especiales impuestas por el tipo penal para el autor. Por lo tanto, aquel que resulte ajeno a estos requisitos no puede ser autor, coautor ni autor mediato, sino únicamente partícipe. La cuestión referida a si la autoría depende de criterios especiales tiene que resolverse, en primer lugar, con base en el texto y la estructura de cada tipo penal.¹⁴⁰

Así, en los delitos de propia mano, la sola circunstancia de que la ejecución del hecho se lleve a cabo de esa forma resulta decisiva. Quien no efectúa por sí mismo las acciones típicas no puede ser autor, sino únicamente partícipe. En efecto, en los delitos de propia mano no hay coautoría ni autoría mediata de aquellos que no efectúan acciones ejecutivas de forma personal.¹⁴¹ Asimismo también se excluyen aquí los casos de *actio libera in causa* y de comisión por omisión.

Esta conclusión lleva a consecuencias contraintuitivas. Tómese, por caso, los delitos de violación y violación de domicilio, que, según la doctrina dominante en Argentina, parecerían ser delitos de propia mano.¹⁴² De aceptarse la categoría que aquí se analiza, en al menos dos supuestos de casos se llegaría a soluciones problemáticas. Piénsese en los siguientes ejemplos:

i. *La manada*: Tres hombres (A, B y C) atacan a una mujer en la calle y la llevan, por la fuerza, a un callejón oscuro y sin salida. Allí la desvisten y, mientras dos de ellos la sostienen (B y C), el tercero (A) la penetra con el miembro genital. ¿Han cometido los tres hombres una violación en coautoría?

¹³⁹ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, pp. 397-398.

¹⁴⁰ WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, p. 364.

¹⁴¹ Así, p. ej., ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *supra* nota 50, pp. 316 ss.; STRATENWERTH, *supra* nota 17, pp. 376-377; HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 49, pp. 16 ss.; ROXIN, *supra* nota 115, pp. 386 ss.; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo II – Formas especiales de aparición del delito, Civitas, Madrid, 2014, pp. 189 ss.; OTTO, *supra* nota 50, p. 80; WESSELS / BEULKE / SATZGER, *supra* nota 50, pp. 19 ss.

¹⁴² Esta parecería ser la doctrina dominante no solo en Argentina, sino también en el ámbito anglosajón. Ver KADISH, *Complicity, Cause and Blame. A study of the interpretation of the doctrine*, California Law Review, 1985, pp. 372 ss.

ii. *Por despecho*: El vagabundo (P) busca un alojamiento. (A) le aconseja que podría dormir en su casa y le dice que la puerta está abierta. (P) se alegra y entra en la casa para pasar la noche. Sin embargo, la casa no le pertenece a (A), sino a su ex novia (E). Con la visita no deseada (A) quiere vengarse de (E) por terminar su relación con él. ¿Ha cometido (A) el delito de violación de domicilio en autoría mediata?¹⁴³

¿Realmente podría afirmarse que, en estos casos, no hay autoría mediata o coautoría? Una respuesta negativa carecería de cualquier sentido de justicia, puesto que es fácil advertir que la “figura central” del suceso no siempre es aquella que realiza *corporalmente* la conducta descrita en el tipo. Sin embargo, nuestras intuiciones nos indican que merece un tratamiento al menos similar el que, en los casos señalados, utiliza a otro como instrumento o bien efectúa solo una parte de un hecho cometido en conjunto. Como se dijo *ut supra*, en estos supuestos (A) se ha alzado contra la autodeterminación sexual de la víctima de un modo socialmente inaceptable y no sería suficiente tratarlo como partícipe o como autor de un delito distinto.¹⁴⁴

En efecto, la solución de la doctrina dominante implica un desconocimiento de la ilicitud que caracteriza a la violación. En particular, una visión como esa parece identificar el contenido del injusto del delito con el beneficio, deleite o provecho que para el autor se derive de la relación sexual no consentida.¹⁴⁵ Solo si se parte de que lo que se busca castigar es el disfrute de una relación sexual inadecuada y, con ello, el reproche que merece el comportamiento de quien personalmente la realiza, tendría sentido descartar su comisión en autoría mediata o en coautoría.

¹⁴⁶ Esta interpretación es inaceptable.¹⁴⁷

La ilicitud de la violación radica en el uso sexual no consentido del cuerpo de una persona.¹⁴⁸ En efecto, la violación es considerada como uno de los peores males que se pueden sufrir porque

¹⁴³ Ejemplo tomado de SATZGER, *supra* nota 17, p. 129.

¹⁴⁴ Con una crítica similar, pero para un grupo de casos más reducido, SANCINETTI, *supra* nota 15, p. 584. Sobre la incorrección moral de la violación, ver GARDNER, *supra* nota 78.

¹⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, *supra* nota 56, pp. 109-110.

¹⁴⁶ GÓMEZ RIVERO, *supra* nota 56, p. 108.

¹⁴⁷ GARDNER, *supra* nota 78.

¹⁴⁸ Algunos autores relacionan la incorrección moral de la violación con la ausencia de consentimiento. Es decir, la violación sería incorrecta por ser un acto sexual no consentido. Esta parecería ser la postura que subyace a aquella parte de la doctrina argentina que sostiene que el bien jurídico protegido por este delito es la *libertad sexual*. No obstante, como bien

implica la reducción de la víctima a la condición de objeto (*objetualización* o *cosificación*).¹⁴⁹ El autor, al cometer el hecho, usa a la víctima como un medio para sus propios fines (ya sean sexuales o de otro tipo) y no como un fin en sí mismo, de modo que afecta su dignidad humana al negar su condición de persona.¹⁵⁰ Bajo esta perspectiva y teniendo en cuenta lo expuesto, no existen razones para afirmar que esto ocurre *solo* en los casos en los que el hecho se comete de propia mano.

En definitiva, el desarrollo precedente sugiere que la categoría analizada carece de una fundamentación sólida y, además, lleva a consecuencias contraintuitivas y problemáticas. A ello se le suma, además, que la inclusión de violación en esta categoría no parece ser, aunque por otros motivos, la opinión dominante en la reciente doctrina y jurisprudencia, tanto nacional¹⁵¹ como extranjera.¹⁵²

IV. Conclusiones

1) La doctrina tradicional argentina considera que el tipo penal de violación exige el *acceso carnal*, esto es, la penetración, sin consentimiento, del órgano genital masculino o de alguna otra parte del propio cuerpo u otro objeto en el cuerpo de otra persona y que, en consecuencia, solo aquel que realiza la penetración (normalmente, un hombre) puede ser autor de este delito. Quien se “haga acceder”, en el sentido de que obligue a otro a que lo penetre, no puede ser autor de este delito. Asimismo, entiende que la violación es un delito de propia mano, en tanto requiere la ejecución personal de la acción prohibida (*acceso carnal*). De esta manera, se cierra el paso a la posibilidad de cometer el delito a través de otro y, por lo tanto, se excluye la imputación a título de autoría mediata, coautoría y comisión por omisión.

explica GARDNER (*supra* nota 78, pp. 23-25), la licitud de un apretón de manos o de un hurto también depende del consentimiento de la víctima. Esto muestra que el consentimiento no permite explicar por qué la violación no solo es incorrecta, sino que, además, constituye uno de los delitos más graves.

¹⁴⁹ GARDNER, *supra* nota 78, pp. 23, 36-38 y 40-42.

¹⁵⁰ Esta forma kantiana de fundar la ilicitud de la violación explica, a su vez, por qué se le brinda tanta atención en la discusión actual a la cuestión del consentimiento. Al respecto, ver GARDNER, *supra* nota 78, y HÖRNLE, *supra* nota 63.

¹⁵¹ DONNA, *supra* nota 9; DE LUCA / LÓPEZ CASARIEGO, *supra* nota 23; FALCONE, *supra* nota 12 y CSJN, *supra* nota 2.

¹⁵² Ver, por todos, GÓMEZ RIVERO, *supra* nota 56, y RAGUÉS I VALLÉS, *supra* nota 42.

2) Esta visión tradicional carece de fundamentos sólidos y, por tanto, no puede sostenerse. En efecto, ni los argumentos gramaticales, ni los argumentos históricos, ni otras posibles justificaciones analizadas en la doctrina extranjera dan un sostén teórico adecuado para interpretar de ese modo la conducta prohibida. Acceder es equivalente a hacerse acceder. Por lo demás, no puede soslayarse que esta posición genera la indeseada pérdida de parcelas de imputación y que refuerza estereotipos y prejuicios sociales relativos a la sexualidad de las personas, cuestiones fácilmente evitables si se interpreta el tipo penal de un modo diferente (o bien si es modificado en sus términos).

3) La categoría de delitos de propia mano carece de una fundamentación adecuada o, al menos, desde una perspectiva menos ambiciosa, no es posible derivar de esta las consecuencias que usualmente se derivan. Ni la teoría del tenor literal ni la teoría del movimiento corporal ni otras teorías menos sofisticadas dan un marco sólido que permita justificar su existencia. En cualquier caso y en razón de lo expuesto respecto de la conducta prohibida, la violación no es un delito de propia mano y su consideración como tal implica un desconocimiento de la ilicitud de la violación.

4) En definitiva, es posible afirmar que no existen razones suficientes para reducir el círculo de posibles autores de una violación. En efecto, cualquier persona, sea hombre o mujer, tenga o no pene, puede ser autora de este delito, que, en tanto delito común, puede ser cometido en autoría mediata, en coautoría o en comisión por omisión. De este modo, los casos de “violación inversa” (es decir, aquellos en los que la figura principal del hecho era una mujer porque, p. ej., se hacía penetrar por un hombre) deben ser considerados como casos de violación sin más.

V. Bibliografía

AMBOS, Kai, “Criminología nacionalsocialista. Continuidad y radicalización” (trad. Leandro A. DIAS), en *InDret*, 1/2020, disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1507.pdf> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal sexual. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*, 2.º ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2022.

ARCHARD, David, “The Wrong of Rape”, en *Philosophical Quarterly* Vol. 57, Issue 228, 2007.

BABER, Harriet, “How bad is Rape?”, en *Hypatia*, Vol. 2, Issue 2, 1987, pp. 125-138.

BASCUR RETAMAL, Gonzalo J., “La mujer como (eventual) autora de un delito de violación”, en *Ars Boni Et Aequi*, año 12, N.º 1, 2016.

BUOMPADRE, Jorge E., “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, en *Revista de Ciencias Penales*, 1999.

BUOMPADRE, Jorge E., *Manual de Derecho penal: parte especial*, 3.º ed., Resistencia, Contexto Libros, 2021.

BYRNE, Alex, “Are women adult human females?”, en *Philos Stud* 177, 2020, pp. 3783–3803, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11098-019-01408-8> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en *Ius et Praxis*, 13 (2), 2007, pp. 137-155.

CHINKIN, Christine, “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law”, en *European Journal of International Law*, Volume 5, Issue 3, 1994, pp. 326-341, disponible en: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035874> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

COCA VILA, Ivó, “Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual”, en *InDret*, 3/2023, pp. 430-466, disponible en: <https://indret.com/agresion-sexual-por-engano/> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

COSKER-ROWLAND, Rach, “The Normativity of Gender”, en *Noûs*, 2023, pp. 1–27, disponible en: <https://doi.org/10.1111/nous.12453> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

DE LUCA, Javier / LÓPEZ CASARIEGO, Julio E., “Artículos 118/119” en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio R. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

DEMBROFF, Robin, “Escaping the natural attitude about gender”, en *Philos Stud* 178, 2021, pp. 983–1003, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11098-020-01468-1> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

- DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2.º ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal: parte especial*, Tomo I, 2.º ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- ESTRICH, Susan, “Rape”, en *Yale Law Journal Company*, Vol. 95, n.º 6, 1986, pp. 1087-1184, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/796522> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal: parte especial*, 17.º ed. actualizada por Guillermo LEDESMA, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- FALCONE, Andrés, “Paredes y Clavos. Algunas consideraciones de la mujer como sujeto de imputación del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3.º)”, en *Revista de derecho penal*, 2/2012, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, pp. 453-476.
- FALCONE, Andrés, “Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido”, en *InDret*, 3/2017, disponible en: <https://indret.com/critica-al-dominio-funcional-o-colectivo-del-hecho/> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].
- FALCONE, Andrés, “¿Delitos especiales? Reducción del “círculo de autores” en delitos de infracción de un deber de fomento”, en *InDret*, 1/2020, pp. 201-253, disponible en: <https://indret.com/delitos-especiales-reduccion-del-circulo-de-autores-en-delitos-de-infraccion-de-un-deber-de-fomento/> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].
- FALCONE, Andrés, *Fundamentos de la intervención delictiva*, Buenos Aires, La Ley, 2020.
- FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte general* (trad. María de las M. GALLI y Marcelo A. SANCINETTI), 9.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2022 [2011].
- GARDNER, John, “La ilicitud de la violación”, en *Ofensas y defensas. Ensayos sobre filosofía del derecho penal* (trad. María L. MANRIQUE PÉREZ y José M. PERALTA), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-53.
- GARDNER, John, “The Opposite of Rape”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, pp. 1-23.

GÓMEZ RIVERO, María C., “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?”, en *Revista Penal*, n.º 18, 2016, pp. 102-123.

GULLCO, Hernán V., *Casos de derecho penal: Parte Especial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

HILGENDORF, Eric y VALERIUS, Brian, *Derecho Penal - Parte general* (trad. Leandro A. DIAS y Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

HÖRNLE, Tatjana, “Violación como relaciones sexuales no consentidas” (trad. Corina ENGELMANN), en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 10, 2020, pp. 197-217, disponible en: <https://www.enletrapenal.com/eldp10> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.º ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

JAKOBS, Günther, *Teoría de la intervención*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.

KADISH, Sanford H., *Complicity, Cause and Blame. A study of the interpretation of the doctrine*, California Law Review, 1985.

KLAPPENBACH, Fernando / GIUDICE BRAVO, Juan F. en D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, 2.º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009.

KUBICIEL, Michael, *La ciencia de la parte especial del derecho penal* (trad. José R. BÉGUELIN y Leandro A. DIAS), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2021.

LERMAN, Marcelo D., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

MACKINNON, Catherine, “The ICTR’S Legacy on sexual violence”, en *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14:2, 2008, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/AF3FA255-B1D9-4FA4-992F-56079A2DCC63/279736/ICCO TP20081027MacKinnon.pdf> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

MAQUEDA ABREU, María L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid, Tecnos, 1992.

MAÑALICH RAFFO, Juan P., “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas” en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, n.º 2, 2014, pp. 21-70.

MAÑALICH RAFFO, Juan P., “La violación como delito de propia mano” en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta época Vol. XLIII, n.º 4, Santiago, 2016.

MASON, Rebecca, “Women Are Not Adult Human Females”, en *Australasian Journal of Philosophy*, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.1080/00048402.2022.2149824> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

MCKEEVER, Natasha, “Can a woman rape a man and why does it matter?”, en *Criminal Law and Philosophy*, 13 (4), 2019, pp. 599-619, disponible en: <https://philpapers.org/rec/MCKCAW> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

MOLINA, Gonzalo J., *Manual de Derecho penal: parte especial*, Resistencia, Contexto Libros, 2021.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV (Parte especial), Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal* (trad. José R. BÉGUELIN), Barcelona, Atelier, 2017.

PAWLIK, Michael, *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito* (trad. Ivó COCA VILA, Marcelo D. LERMAN y Hernán D. LÓPEZ OROZCO), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá-Barcelona, Atelier, 2023.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 5.º ed., Barcelona, Atelier, 2018.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, Marcial Pons, 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “La estructura de la intervención en el delito”, en *Política Criminal*, vol. 15, N.º 30, 2020, pp. 993 – 1007, disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A15.pdf> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general: Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito* (trad. Diego M. LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), 2.º ed., Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general: Tomo II. Formas especiales de aparición del delito* (trad. Diego M. LUZÓN PEÑA, José M. PAREDES CASTAÑON, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 2014.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trad. J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 9.º ed., Madrid, Marcial Pons, 2016.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de Infracción de deber y participación criminal*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, Dykinson S.L., 2004.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022 [1991].

SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SATZGER, Helmut, “Los delitos de propia mano”, en AMBOS/BÖHM/ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Segunda*, Göttingen, Göttingen University Press, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SIVAKUMARAN, S., “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”, en *European Journal of International Law*, Volume 18, Issue 2, 2007, pp. 253-276, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chm013> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5.º ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI), 4.º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2017 [2005].

TADROS, Víctor, “Lo distintivo de la violencia doméstica: una explicación basada en la libertad”, en *Revista Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 12, N.º 1, 2011, disponible en: <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/141> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

TOQUET, Heleen et. al., “From ‘It Rarely Happens’ to ‘It’s Worse for Men’: Dispelling Misconceptions about Sexual Violence against Men and Boys in Conflict and Displacement”, en *Journal of Humanitarian Affairs*, Volume 2, N.º 3, 2020, pp. 25–34, disponible en: <http://dx.doi.org/10.7227/JHA.049> [enlace verificado el día 7 de marzo de 2025].

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura* (trad. Raúl PARIONA ARANA), 46.º ed., Lima, Instituto Pacífico, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1999 [1982].

ZAFFARONI, Eugenio R. / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2.º ed., Buenos Aires, Ediar, 2002 [2000].

MODELOS DE CONSENTIMIENTO SEXUAL: “NO ES NO” VS. “SOLO SÍ ES SÍ”

Valentina PEDERNEA*

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2024

Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2025

Resumen

El consentimiento es la llave o la clave para tener relaciones sexuales lícitas. Sin embargo, aun cuando afirmamos esto, todavía hay que establecer con claridad qué es el consentimiento, qué cuenta como consentimiento en el derecho penal, cómo debe interpretarse una norma que alude al consentimiento de la víctima sin dar mayores especificaciones y qué requisitos deberían exigirse para evaluar la eficacia de un consentimiento. En este marco, los modelos del consentimiento sexual proponen diferentes alternativas de regulación e interpretación. Se trata de cuestiones que todavía no están del todo resueltas y que ameritan un análisis serio y una reflexión valorativa adecuada.

Palabras clave: consentimiento, relaciones sexuales, interpretación, requisitos, modelos del consentimiento, “no es no”, “solo sí es sí”.

Title: Models of sexual consent: “no means no” vs. “only yes means yes”

Abstract

Consent is the key to lawful sexual relations. However, even if we affirm this, it has yet to be clearly established what consent is, what counts as consent in criminal law, how a norm that alludes to the victim’s consent without further specification should be interpreted, and what requirements should be demanded to assess the effectiveness of consent. Within this framework, the models of sexual consent propose different alternatives for regulation and interpretation.

* Abogada y doctoranda (Universidad Nacional de Córdoba), exbecaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio académico (DAAD), relatora en Poder Judicial de Córdoba. vpedernera@gmail.com

These are questions that have not yet been fully resolved and merit serious analysis and appropriate consideration.

Keywords: consent, sexual relations, interpretation, requirements, models of sexual consent, “no means no” or “No-Model”, “only yes means yes” or “Yes-Model”.

Sumario: I. Introducción; II. Algunos presupuestos conceptuales; 1. Autonomía sexual; 2. Consentimiento; III. Modelos del consentimiento sexual; 1. “No es no”; a. Argumentos a favor; b. Críticas; 2. “Solo sí es sí”; a. Argumentos a favor; b. Críticas; IV. ¿Existe un modelo mejor?; V. Conclusiones; VI. Bibliografía

I. Introducción

El consentimiento es una herramienta fundamental para el ejercicio de nuestra autonomía. Con él materializamos nuestras decisiones y ejercemos nuestra libertad. Consentir implica permitir o condescender una conducta que involucra a quien consiente. En otras palabras, conlleva el levantamiento de una barrera para que ciertas cosas sucedan, para que otras personas o nosotros mismos hagamos algo que, en ausencia del consentimiento no podrían llevarse adelante o serían conductas ilícitas. Para ilustrar esta idea, cabe pensar en que invitamos gente a nuestra casa y le dejamos entrar, dejamos que otras personas usen cosas de nuestra propiedad, nos sometemos a tratamientos médicos que implican riesgos y acudimos a un estudio de tatuajes para poner en nuestra piel símbolos en tinta que quedarán para siempre.

Esto es lo que se llama “magia moral”¹ del consentimiento, aquel poder de transformar la esencia o el significado de ciertas conductas que hacemos o dejamos que otras personas hagan y nos afectan o tienen consecuencias sobre nuestros cuerpos o intereses. Ingresar a una casa ajena sin el consentimiento del dueño será, en principio, una violación de domicilio; pero si se cuenta con tal consentimiento esa conducta se convierte —por efecto de aquella magia— en una visita o en un simple ingreso autorizado a una casa particular. De manera similar, tener sexo con el consentimiento de la otra persona es lícito, pero llevar adelante conductas sexuales en ausencia o en contra del consentimiento de aquella constituye, al menos a primera vista, un delito en contra de la autodeterminación sexual.

¹ HURD, “The Moral Magic of Consent”, en *Legal Theory*, n.º 2, 1996, pp. 121-146.

En este trabajo me centraré en el consentimiento en las relaciones sexuales. Está suficientemente claro que para tener relaciones sexuales lícitas se debe contar con el consentimiento de quienes intervienen en el acto. Sin embargo, esta idea básica y clara debe ser completada con los presupuestos del consentimiento y cómo debe concretarse en la práctica para que aquella “magia moral” haga efecto y repercuta también en la asignación, extensión o exención de la responsabilidad penal.

Dicho de otro modo, aunque está claro que solo las relaciones sexuales consentidas son lícitas, todavía es necesario determinar aquellas circunstancias que hacen a esa licitud, *i. e.*, qué debe pasar en el mundo para que un consentimiento sea penalmente eficaz y cómo debe ser interpretado el requisito del consentimiento exigido por muchas de las legislaciones penales actuales.

En este contexto, los modelos del consentimiento sexual adquieren importancia en la discusión sobre qué es lo que debe contar como un consentimiento válido en contextos sexuales y cuáles son las maneras más indicadas de regularlo en el derecho penal. En este punto, es fundamental realizar un abordaje que conjugue de manera equilibrada dos factores esenciales de la cuestión. Por un lado, la protección de víctimas, que en muchos casos son vulnerables (por ejemplo, víctimas de violencia machista reiterada, personas en situación de inferioridad jerárquica o sujetas a intimidación en contextos laborales o en ámbitos de poder o víctimas paralizadas ante un encuentro sexual). Por el otro, el ejercicio pleno de la autonomía sexual como interés predominante en el ámbito de las relaciones sexuales.

El objetivo de este trabajo es analizar críticamente las dos alternativas más conocidas como modelos para la regulación y la interpretación del consentimiento —y de su comunicación— en las relaciones sexuales: el modelo *del no* y el modelo *del sí*. Para ello, primero expondré algunas cuestiones conceptuales sobre la autonomía como fundamento del consentimiento y algunas ideas básicas sobre lo que es el consentimiento, qué significa consentir en el ámbito sexual y qué cuenta o debería contar como consentimiento válido en el ámbito del derecho penal. Estas ideas servirán como guías para el análisis de los modelos. Expondré sus principales presupuestos, sus puntos fuertes o defensas y sus críticas. Luego analizaré cuál podría ser mejor como instrumento que ayude a equilibrar la preocupación por la protección de las potenciales víctimas y el ejercicio pleno de la autonomía sexual. Desde una perspectiva valorativa expondré cuatro puntos a favor del *modelo del sí*.

II. Algunos presupuestos conceptuales

Luego de las diversas reformas legislativas de los delitos sexuales, el consentimiento ocupa hoy un papel fundamental a la hora de determinar la licitud o ilicitud de los actos sexuales.² Así, la relevancia del consentimiento se vuelve patente como aquel poder que tenemos para definir y decidir la dirección de nuestra sexualidad en el intercambio con otras personas. El ejercicio de ese “poder” no es otra cosa que la manifestación de nuestra voluntad y libertad de acción, de modo que el consentimiento funciona como herramienta para ejercer nuestra autonomía o autodeterminación sexual.³ Con ello, podemos afirmar que la autonomía sexual es aquello que se realiza o se pone de manifiesto cuando damos o negamos nuestro consentimiento para cierta práctica sexual. Como contrapartida, es aquello que se vulnera al no respetar un consentimiento al respecto.

En este apartado delimitaré algunos conceptos claves que servirán de presupuestos para el planteamiento de los modelos del consentimiento y su análisis crítico. Se trata de la autonomía sexual y del consentimiento.

1. Autonomía sexual

Hay suficiente discusión sobre cuál es o debería ser el bien jurídico que se protege mediante la sanción de los delitos sexuales. Acorde a los objetivos de este trabajo, no profundizaré en este tema y sus diferentes denominaciones.⁴ Utilizaré las designaciones libertad, autonomía y

² Inicialmente, los delitos sexuales se concebían como delitos contra el honor, la honestidad o el matrimonio. Luego de las diversas reformas en las legislaciones penales de muchos países como España, Alemania, Chile y Argentina, fueron redefinidos como delitos contra la integridad, la libertad o la autonomía sexual. Además, en un primer momento, la fuerza, la violencia o la intimidación eran los elementos esenciales para su configuración. Sin embargo, las últimas reformas han puesto el foco en el consentimiento (o en su ausencia) como elemento típico para determinar la (i)licitud de las conductas sexuales. Una reseña completa de esta evolución en DE LUCA/LÓPEZ CASARIEGO, “Delitos contra la integridad sexual” en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 552-572.

³ De modo similar a lo que sucede respecto de otros bienes jurídicos de los que disponemos al dar nuestro consentimiento como la propiedad o la integridad física: ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen*, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, pp. 650-651.

⁴ El trabajo de Chiesa es una buena reconstrucción sobre la discusión al respecto: CHIESA, “Solving the Riddle of Rape-by-Deception” en *Yale Law & Policy Review*, n.º 407, 2017, pp. 407-460. Véase también: GUERRERO MARTÍNEZ, “La no oposición de la víctima en el delito de violación: consideraciones para el desarrollo de una mirada feminista del derecho

autodeterminación sexual de manera alternativa y siempre para referirme a aquello que se pretende proteger mediante la sanción de los delitos sexuales.

Conforme la línea de análisis planteada alcanza con tomar como presupuesto la fórmula más conocida y aceptada de la autonomía sexual como aquella libertad de cada persona de decidir si quiere tener relaciones sexuales y bajo qué condiciones.⁵ Claramente, como se trata de una libertad que se ejerce en relación con otras personas, la autonomía no significa libertad para tener sexo con quien quieras y como quieras o de modo indiscriminado. Existen dos facetas o manifestaciones de la libertad sexual que se limitan mutuamente: la libertad sexual positiva y la negativa.⁶ La positiva denota el derecho a decidir el tipo de vida y actividades que queremos llevar a cabo, esto es, realizar actos sexuales acorde a los propios deseos. La faceta negativa es el reverso o la contracara de la faceta positiva y conlleva el derecho a salvaguardarse ante conductas que otras personas quieran realizar con nosotros, el derecho a excluir o rechazar actos sexuales no deseados.⁷ Estas dos manifestaciones se complementan y conjugan de modo tal que la faceta positiva encuentra su límite en la faceta negativa de quien repele un acto sexual⁸, quien puede hacerlo por la razón que sea o incluso "sin razón"⁹.

Si bien ambas facetas se protegen mediante la penalización de los delitos sexuales, el núcleo de la protección de la autonomía sexual radica en la faceta negativa, en aquel derecho de defensa o capacidad de impedir que nos convirtamos en objetos de actos sexuales ajenos sin nuestro consentimiento¹⁰. Y en esta frase también radica una razón esencial para la protección de este bien

penal sexual" en ARDUINO (comp.), *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Buenos Aires, 2019, pp. 213-251.

⁵ SCHULHOFER, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, London, 1998, p. 99.

⁶ O *activa y pasiva* en la denominación utilizada por SCHULHOFER, *supra* nota 5.

⁷ SCHULHOFER, *supra* nota 5 y HÖRNLE, "Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitischen Forderungen" en *ZSTW* 2015; 127 (4), p. 859 (traducción propia del título: "Autonomía sexual. Significado, requisitos y exigencias político-criminales").

⁸ VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos Verlag, 2020, p. 117 (traducción propia del título: "Punibilidad por actos sexuales no consentidos entre adultos").

⁹ DRIPPS, "Beyond Rape: an essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent" en *Columbia Law Review*, n.º 92, 1992, p. 1785.

¹⁰ HÖRNLE, *supra* nota 7, p. 860.

jurídico: su relación con la dignidad humana. La autonomía sexual se protege para evitar ser instrumentalizados por otras personas en actos sexuales. Ser sometidos a participar en un acto sexual no consentido es una forma de reducirnos a la cualidad de objeto que contraría la máxima kantiana de valorarnos entre seres humanos como fines en sí mismos, pues en aquel acto sexual no consentido se utiliza a la persona que no consiente como un mero medio para la satisfacción de deseos sexuales ajenos.¹¹ Con esta base, asumo en este trabajo que la autonomía sexual es uno de los intereses jurídicos más importantes de proteger, por su importancia para el desarrollo de una vida libre y guiada por los propios conceptos y valores y por su estrecha vinculación con la dignidad humana.

2. Consentimiento

Ineludiblemente asociado a lo anterior aparece el consentimiento como la herramienta o el medio para ejercer nuestra autonomía. Con un simple vistazo a nuestras legislaciones se puede apreciar que en el ámbito de las relaciones sexuales siempre se alude a la voluntad o al consentimiento o a su falta como elemento típico, pues este es esencial para definir la ilicitud de los delitos sexuales: el sexo sin consentimiento es un delito sexual.

Dos buenos ejemplos de esto son Argentina y Alemania. En nuestro país, se castiga a quien “abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de 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*” (art. 119, CP argentino). Aun cuando se enumeren diferentes medios comisivos del abuso sexual (incluyendo la violencia), todos se asocian, en realidad, a vencer la voluntad de la víctima, a su falta de consentimiento para el hecho sexual que conlleva una afectación de la autonomía sexual.¹²

En modo similar, Alemania castiga como agresión sexual a “[t]oda persona que, *en contra de la voluntad reconocible de otra persona*, realice o haga que se realicen actos sexuales sobre esa persona o

¹¹ Sobre esto, elemental y elocuente, GARDNER/SHUTE, “The Wrongness of Rape” en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford, Oxford Academic, 2023, pp. 20, 22 y s.

¹² DE LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO, *supra* nota 2, pp. 552-572 y DONNA, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 18.

haga que esa persona realice o tolere actos sexuales sobre o por una tercera persona” (§ 177 1, StGB¹³).

Como primera aproximación y en sentido amplio, dar el consentimiento es invertir una suposición *prima facie* sobre lo que se puede y no se puede hacer respecto de la persona que consiente.¹⁴ Si pensamos las interacciones entre personas como un sistema de permisos, en general, existe una presunción permanente de que no se tiene acceso ni se puede hacer uso del cuerpo, la propiedad, la información personal u otros elementos del dominio personal de otra persona, salvo que esa persona consienta dicho acceso. Así, el consentimiento “altera la estructura de derechos y obligaciones entre las partes”.¹⁵ Con estas conceptualizaciones no pretendo — todavía— tomar una posición sobre si el consentimiento excluye el tipo o la antijuridicidad como categorías dogmáticas en la teoría del delito. En su lugar, pretendo describir, en un sentido amplio, cómo es que el consentimiento transforma el modo en que nos relacionamos, marca las pautas en la interacción diaria con otras personas e impone los límites en el ejercicio de nuestros derechos y satisfacción de nuestros intereses.¹⁶

Ahora bien, lo que sucede con el consentimiento en general, y en particular con el consentimiento sexual, es que, aunque aceptemos sin reparos que es esencial en el ámbito de las relaciones sexuales y asumamos sin vacilar que es “la llave” de una vida sexual autónoma, no es un concepto o una idea fácil de definir y delimitar. No pretendo en este trabajo resolver por completo tamaña cuestión controvertida. Considero importante tratar al menos dos puntos claves: 1) de qué hablamos cuando hablamos de consentir un acto sexual y 2) qué debe pasar en el mundo para afirmar que alguien ha consentido un acto sexual o qué requerimos a la hora de darle relevancia en la atribución de la responsabilidad penal.

¹³ Disponible online: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html#BJNR001270871BJNE042903307> (última consulta 17/02/2025).

¹⁴ WHISNANT, "Feminist Perspectives on Rape", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, secc. 2.1; disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-rape/> (última consulta 17/02/2025).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Agradezco el comentario del/la árbitro que me indicó la necesidad de hacer esta aclaración para evitar confusiones al respecto.

1) El primero de los interrogantes tiene un matiz ontológico: ¿qué es, en realidad, el consentimiento?

Desde la filosofía moral angloamericana se han dado principalmente dos respuestas, a las que se hace referencia bajo las denominaciones *Mental View* y *Behavioral View*, esto es, la visión mental y la conductual o performativa acerca del consentimiento.¹⁷ La visión mental sostiene que el consentimiento es, como su nombre lo indica, un estado mental de permisión o de “levantamiento de barreras” para que otra persona actúe y nos involucre con su accionar. Se trata de un estado de aceptación mental de cierta acción. La visión conductual o performativa entiende que consentir implica llevar adelante algún comportamiento que sea indicativo de la decisión de permitir la acción en cuestión.¹⁸ Básicamente, debe pasar *algo* en el mundo que indique que tal acción es consentida, esto puede ser una afirmación verbal o bien algún tipo de indicación de asentimiento como abrir la puerta de la casa a alguien que llega de visitas para indicar que se consiente su entrada o colocar las manos de otra persona sobre el propio cuerpo en señal de aceptación de ciertos tocamientos sexuales.

Como mencioné, esta discusión se da el ámbito de la filosofía moral. Ahora bien, cuando intentamos aplicar estas posturas en el ámbito del derecho penal debemos optar por la postura del consentimiento performativo o exteriorizado mediante alguna conducta. Esto nos da el puntapié para definir la segunda cuestión.

2) En el ámbito del derecho penal y de la atribución de responsabilidad es donde aparece el segundo interrogante, de tinte más epistemológico, que tiene que ver con la forma en que el consentimiento se da en el mundo y cuándo podemos predicar que hay o no consentimiento, que alguien ha consentido o no un acto sexual.

Entiendo que no es posible sostener aquí —en el derecho penal— una postura meramente mental del consentimiento. Es necesario que externamente suceda *algo* en el mundo externo que

¹⁷ También aparecen en la literatura como la discusión entre objetivistas y subjetivistas, Cfr. GREEN, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, New York, 2020, pp. 26 y ss.

¹⁸ Sobre esta discusión, de fundamental lectura: KESSLER/WESTEN, “How to Think (like a lawyer) about Rape”, en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2328, 2017: *passim*. Asimismo DOUGHERTY, “Yes Mean Yes: Consent as Communication” en *Philosophy & Public Affairs*, n° 43, 2015.

nos indique un consentimiento a favor o en contra de cierta conducta. No solo porque muchas veces es dificultoso dilucidar (y probar) lo que sucede en la cabeza de una persona, sino porque resulta más justo analizar un consentimiento comunicado en lugar de actitudes internas tácitas.¹⁹ Así, la exigencia de cierta comunicación del consentimiento permite establecer parámetros estandarizados de comunicación y comportamiento que luego sirven para delimitar las conductas legítimas de las que no lo son.²⁰ A su vez, la *Behavioral View* es la que resulta compatible con una de las funciones básicas del derecho penal que es demarcar los ámbitos de libertad en la relación entre ciudadanos.²¹ Para ello, es esencial que las voluntades y circunstancias relevantes de las conductas sean mutuamente reconocibles, pues las normas penales requieren analizar procesos de comunicación.²²

En este contexto también cobra relevancia la distinción entre deseo o voluntad y consentimiento. En concreto, consentir no es desear, o al menos no necesariamente.²³ Por tanto, hay que dejar en claro que es perfectamente posible consentir algo que no se desea o desear una conducta y, pese a ello, no consentirla. Piénsese, por ejemplo, que alguien puede consentir tener sexo con su pareja aunque ese día puntual "no tiene muchas ganas"²⁴. También, alguien puede desear profundamente tener sexo con su compañero de clase, pero pese a tener la posibilidad y el ofrecimiento de este, dice que no, porque tiene miedo de enamorarse (o por la razón que sea), entonces decide no tener relaciones sexuales con él, pese a su deseo. A primera vista, se trata de consentimientos válidos y conductas lícitas en tanto exteriorizaciones en el mundo que denotan una decisión autónoma de quien consiente (o no) cierta conducta. Básicamente, no querer puede equivaler a consentir y a no consentir. Puede suceder que se tengan relaciones sexuales consensuales que no son deseadas, puede que alguien no desee tener sexo, pero consienta

¹⁹ HÖRNLE, "#MeToo - Implications for Criminal Law" en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, n.º 6, 2018, pp. 127/8, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3516008> (última consulta: 17/02/2025).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ HÖRNLE, *supra* nota 5, p. 866.

²² *Ibidem*, p. 867. La manifestación externa del consentimiento también es especialmente relevante para evaluar casos de error de tipo.

²³ GREEN, *supra* nota 17, p. 30.

²⁴ Ejemplo tomado de GREEN, *supra* nota 17, p. 78.

libremente tenerlo. Y, al menos en el ámbito penal, cuenta lo que se consiente, más allá de lo que internamente se quiera o desee.²⁵

Hasta aquí, entonces, queda claro que en el ámbito del derecho penal se prefiere la visión conductual de consentimiento que requiere de algún tipo de exteriorización del consentimiento para que pueda ser oponible a otras personas. Esta exteriorización o parte objetiva del consentimiento es aquello a lo que me he referido como ese *algo* en el mundo que indique la existencia de tal autorización o rechazo para el acto sexual. En el ámbito sexual, se sostiene que la manifestación del consentimiento puede ser expresa o tácita²⁶, siempre que sea lo suficientemente claro para que quienes intervienen en la interacción sexual puedan actuar o dejar de hacerlo en consonancia con aquello que se consiente o no.

Una vez que contamos con esta parte externa, solo restaría analizar si el consentimiento es válido, en tanto no esté afectado por vicios que lo conviertan en ineficaz. Aquí alcanza con mencionar que el consentimiento puede estar viciado por coacción, violencia, amenazas, incapacidad para consentir, engaño, intimidación o restricciones cognitivas o físicas.²⁷ No es una enumeración taxativa y el grado de afectación del consentimiento dependerá de factores de contexto y repercutirá en la atribución de responsabilidad penal en la medida en que la voluntad, la capacidad o la libertad de quien consiente esté disminuida.

Finalmente, cabe hacer ahora una pequeña consideración sobre los efectos del consentimiento en la atribución de responsabilidad penal. Conforme a la conocida y extensa discusión entre el consentimiento como “acuerdo” y como “consentimiento propiamente dicho”²⁸, solamente el primero de ellos excluye la tipicidad de la conducta, mientras el segundo tiene un efecto justificante de la antijuridicidad. Más allá de la relevancia del tema, los tipos penales sexuales requieren —como elemento típico— actuar en contra o sin el consentimiento de la otra persona, con lo que configuran casos de “acuerdo” y minimizan la relevancia de esta distinción en el

²⁵ GREEN, *supra* nota 17, p. 31, aunque se pregunta si esto no debería constituir un delito.

²⁶ A diferencia del consentimiento médico, por ejemplo, que generalmente se exige de modo expreso y por escrito.

²⁷ FERZAN/WESTEN proponen un “chequeo de dos pasos” para saber si alguien ha consentido: que exista un asentimiento (manifestación exterior) y que eso pueda computar como un consentimiento válido (sin vicios). *Supra* nota 18, p. 11.

²⁸ La discusión surgió en 1953, con GREEDS y tiene principal relevancia en el derecho penal alemán. Al respecto, ver, por todos: ROXIN/GRECO, *supra* nota 3, pp.651 y s.

contexto ilícitos sexuales. Consecuentemente, ante un consentimiento válido no habrá conducta típica. Aunque no se traten en este trabajo cuestiones más concretas del impacto del consentimiento en la teoría del delito, esta aclaración conceptual es útil como un presupuesto más que delimita el concepto de consentimiento.

III. Modelos del consentimiento sexual

Una vez que afirmamos que en el derecho penal es apropiado adoptar la visión performativa o conductual del consentimiento y exigimos una manifestación externa o comunicación del consentimiento, los modelos del consentimiento sexual aparecen como herramientas de regulación o de interpretación y sirven para evaluar y determinar cuáles conductas han sido consentidas y cuáles no. Se trata de enfoques o directrices normativas creadas desde la dogmática de los delitos sexuales que sirven de guía para establecer cuál es la manera más adecuada de comunicar y obtener el consentimiento en las relaciones sexuales. Pueden ser utilizados para legislar y establecer los requisitos de relaciones consensuales o para interpretar normas que no establecen estos requisitos de modo acabado.

En lo que sigue, me enfocaré en los dos modelos de comunicación del consentimiento más conocidos actualmente. Algunas legislaciones aplican ya uno de estos modelos. Tal es el caso de España, que con la conocida reforma de la "Ley del solo sí es sí"²⁹ introdujo tal modelo al establecer que "solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona". Otro ejemplo es el Código Penal alemán citado, que establece la voluntad contraria (modelo del no) como requisito típico de estos delitos.

En Argentina no está del todo claro cuál es el modelo que el Poder Legislativo ha querido establecer, si es que ha querido establecer alguno. Si bien la fuerza (violencia) sigue siendo uno de los modos comisivos de los tipos de abuso sexual, la cláusula residual al final del art. 119 que dice "o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la

²⁹ Ley LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual o "ley del solo sí es sí". Si bien en el 2023 se volvió a modificar la sección de los delitos sexuales en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 4/2023, la cláusula del consentimiento se mantuvo tal cual se cita.

acción” refiere de modo explícito a la falta de consentimiento.³⁰ Sin embargo, no establece si debe exigirse un *sí* o un *no* para corroborar si la acción fue consentida. Con ello, podría tomarse cualquiera de los dos modelos ya desde una perspectiva de interpretación a la hora de aplicar esta norma a casos concretos. Allí es donde se puede apreciar la relevancia de la discusión entre los dos modelos más conocidos, esto es, a la hora de dotar de sentido el requisito legal del consentimiento y valorar, caso a caso, si existió un acto sexual consentido o un delito.

Además de estos supuestos de legislaciones que no especifican el modelo a seguir, la utilidad de los modelos y la relevancia de adoptar uno o el otro se muestra también en casos de error evitable, casos de silencio y casos ambivalentes en los que el consentimiento no se ha comunicado de manera clara y las señales de los interactuantes son ambiguas o dudosas. Los modelos proponen reglas interpretativas o de prueba al respecto.

1. “No es no”

Bajo esta concepción, un acto sexual es consentido a menos que la víctima diga que *no* verbalmente o mediante acciones (yéndose, poniendo distancia, cerrando las piernas ante el avance de la otra persona, corriendo la cara, etc.). La autonomía sexual se ve vulnerada al no respetar la negativa manifestada ante el acto sexual y allí se configura el delito de abuso sexual.³¹

Este modelo suele utilizarse como un mecanismo de prueba que genera una presunción irrefutable de falta de consentimiento ante un *no*³², de ahí su denominación como “no es no” o modelo “del veto”. De ello se sigue que ante un “no” es innecesario indagar en interpretaciones del tipo “no, pero sí” o averiguar por qué no. Este modelo ha tenido mayor acogida en la jurisprudencia penal y en legislaciones estadounidenses.³³

³⁰ En general, se entiende que esta cláusula abarca casos en que la víctima se halle privada de razón, de sentido o tenga algún impedimento que no le permita oponerse al acto sexual. Pero, incluso cuando esta sea la interpretación general, la fórmula genérica pretende expresar que las posibilidades de abuso no se agotan con el resto de las formas comisivas enunciadas, sino que incluyen “todos los casos en que, de una manera u otra, no exista consentimiento por parte de la víctima”: D’ALESSIO, *Código Penal comentado y anotado*: 2.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, pp.234 y s.

³¹ ESTRICH, *Real Rape*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, pp. 96-103.

³² GREEN, *supra* nota 17, pp. 79 y s.

³³ *Ibidem*.

a. Argumentos a favor

a) Fomenta el empoderamiento de las mujeres: algunos sectores del feminismo³⁴ señalan que una de las tareas del feminismo es empoderar a las mujeres en la expresión de su voluntad para revertir aquella enseñanza histórica de educación de la mujer orientada a satisfacer el deseo ajeno (y no el propio) y el estado de disponibilidad ante un otro. En este contexto, la exigencia de imponer la negativa sería una manera de motivar el empoderamiento femenino e ir modificando aquella cultura de disponibilidad.

b) Proporciona reglas más simples en comparación con el modelo del sí y genera menos confusión en sus destinatarios. Evita mayores requisitos o aclaraciones en casos en que las interacciones sexuales se desenvuelven con normalidad.³⁵ El modelo del no es más fácil de cumplir que el modelo del sí, porque implica una regla muy simple: escuchar la negativa y detenerse.³⁶

b. Críticas

a) Es *infrainclusivo* ante casos en que el acto no fue consentido, pero no se pudo decir que no. Los casos paradigmáticos son aquellos en que no se expresa un no por un trauma ante el avance sexual de la otra persona (víctima que queda en shock, mirando al vacío, paralizada)³⁷ o porque existe un desequilibrio de poder entre víctima y victimario por lo que la víctima no expresa su negativa por miedo o intimidación.³⁸

b) Sostiene la idea de *disponibilidad sexual* ante avances de alguien que está intentando ejercer su autonomía sexual positiva y refuerza la regla de disponibilidad de la mujer en una sociedad y un

³⁴ La postura de Carla Serra es un ejemplo: <https://www.elsaltodiario.com/violencia-sexual/clara-serra-legislar-sexo-arreglo-al-deseo-es-via-directa-al-punitivismo> (última consulta: 17/02/2025).

³⁵ HÖRNLE, "Violación como relaciones sexuales no consentidas", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 10, pp. 197-217; p. 204.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ ANDERSON, "Negotiating Sex" en *Southern California Law Review*, August 2005, p. 105 y GREEN, *supra* nota 17, p. 78.

³⁸ GREEN, *supra* nota 17, pp. 80 y s. Esto adquiere especial relevancia en legislaciones que no tipifican el abuso sexual por abuso de poder o diferencia jerárquica que puede implicar un vicio en el consentimiento. Ante la ausencia de reglas determinadas al respecto puede pensarse que "todo lo que es un no significa un sí, por defecto o exclusión".

sistema judicial todavía demasiado patriarcal.³⁹ Esto tiene especial relevancia en los casos de silencio en los que, bajo este modelo, se puede deducir sin inconvenientes que existe consentimiento, pues no hay una negativa que obligue a detenerse.

2. “Solo sí es sí”

Este enfoque comenzó a aplicarse en campos universitarios de Estados Unidos ante falencias del modelo del no⁴⁰ y se plantea como “el otro extremo”. Para este modelo, un acto sexual es un abuso sexual a menos que se otorgue el consentimiento de forma afirmativa, mediante una manifestación expresa o tácita, verbal, física, con gestos o mediante lenguaje corporal. Así, para tener relaciones sexuales lícitas es necesario contar con el consentimiento afirmativo de las partes. Este modelo presupone que le sexo no es consensual *per se* —o como regla—, sino que para ser considerado así debe haber un consentimiento afirmativo.⁴¹ En otras palabras, se necesita de un permiso previo para tener sexo⁴², en tanto solo la voluntad positiva exteriorizada de algún modo surte este efecto. Ni la ambigüedad ni la pasividad ni el silencio pueden contar como consentimiento para el sexo bajo este modelo.

El modelo del sí establece que los casos de silencio son un caso de ausencia de consentimiento, salvo que el silencio haya sido acompañado por otros actos como besos, abrazos y tocamientos sexuales con un sentido consensual *suficientemente claro* y sin conductas dudosas al respecto.⁴³

a. Argumentos a favor

³⁹ Como bien señala WHISNANT, *supra* nota 14, esto es en realidad una consecuencia de un problema de base de ambos modelos y es que se basan en gran medida en la capacidad de los hombres para interpretar el comportamiento no verbal de las mujeres, a pesar de las sólidas pruebas de que habitualmente fracasan en esta tarea.

⁴⁰ El Estado de Wisconsin es un ejemplo. Allí se establece que la agresión sexual de tercer grado es cometida por quien tenga relaciones sexuales con una persona sin el consentimiento de esta e incluye una definición de consentimiento.

⁴¹ GREEN, *supra* nota 17, pp. 83-87.

⁴² SCHULHOFER, *supra* nota 5, p. 271.

⁴³ GREEN, *supra* nota 17, p. 83.

a) Al imponer una “mayor comunicación” —y no una simple negativa ante casos indeseados— fomenta la expresión de la voluntad y la claridad. Con ello, se refuerza la protección y el disfrute pleno de la autonomía sexual.

b) Hace pedagogía social y fomenta un cambio cultural en el modo de concebir las interacciones sexuales.⁴⁴ Al exigir una manifestación positiva del consentimiento como presupuesto del sexo lícito, fomenta relaciones sexuales más libres en tanto requieren de un proceso de decisión consciente y de una manifestación en tal sentido.

c) Cambia el foco de la investigación en términos de prueba y directrices procesales.⁴⁵ Se busca que la preocupación en la recolección de la prueba no se centre en si la supuesta víctima comunicó explícitamente su oposición, sino que desplaza la responsabilidad o bien a ambos intervinientes que acuerdan la práctica sexual o bien en quien *inicia* la interacción y debe asegurarse de contar con el acuerdo del otro.

b. Críticas

a) Es demasiado exigente y, en realidad, reduce la libertad sexual. Los defensores del modelo del no sostienen que el “sencillo deber de preguntar” es mucho más que un simple deber e implica monitorear las reacciones de la otra persona, evaluar las expresiones faciales y el lenguaje corporal y prestar atención constante a las reacciones del otro. Esto podría disminuir la calidad de la experiencia sexual y fomentaría una idea de sexualidad demasiado rígida.⁴⁶ Sobre esto también suele sostenerse que estos deberes recaerían en cabeza de las mujeres, reforzando su posición de impotencia ante el género masculino.⁴⁷

b) Conlleva demasiada intromisión del derecho penal en la vida de las personas. Aunque estos deberes de reaseguro y corroboración del consentimiento puedan exigirse desde la moral y para

⁴⁴ Sobre esto véase: FERZAN Y WESTEN, *supra* nota 18, pp. 59/62.

⁴⁵ SCHULHOFER, *supra* nota 5, p. 271. Los principales problemas relativos a la prueba del consentimiento sexual tienen que ver con sesgos y estereotipos a la hora de juzgar la conducta de la víctima mujer, sobre ello: DI CORLETO, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación” en *Nueva doctrina penal*, n.º 2, 2006, pp. 411-440.

⁴⁶ HÖRNLE, *supra* nota 35, p. 204.

⁴⁷ *Ibidem*.

relaciones “amorosas”, hay opiniones que sostienen que esto es inaceptable desde la órbita penal.⁴⁸ Imposiciones de este tipo generarían un excesivo control social y estatal. También se afirma que un sistema con estas reglas implicaría que mucha más gente vaya a la cárcel.⁴⁹

IV. ¿Existe un modelo mejor?

En este apartado propongo analizar críticamente y desde una perspectiva *de lege ferenda*, i. e., valorativa, si acaso alguno de estos modelos puede ser mejor. *Mejor* bajo los parámetros establecidos al comienzo de este trabajo, es decir, como instrumento que permita un buen equilibrio en el ejercicio de la autodeterminación sexual desde la perspectiva de potenciales víctimas y victimarios. El desafío es pensar cuál de estos modelos sería el más justo si queremos asegurar la protección de potenciales víctimas y, a su vez, el ejercicio más pleno posible de la autonomía en las relaciones sexuales.

Cabe recordar que la distinción entre los dos modelos adquiere su real relevancia o sentido en casos en los que no hay un “sí” expreso y a viva voz, pero existen ciertas conductas que pueden significar sí: silencio, ambivalencia de conductas a favor y en contra, dudas. Planteo el siguiente caso como puntapié del análisis:

En una interacción sexual ocasional entre dos personas, una de ellas quiere tener sexo con la otra, pero esta última muestra una actitud algo dudosa, muestra aparente asentimiento para actos sexuales que van *increscendo* como besos de larga duración, tocamientos y frases alusivas a lo que podrían hacer juntos. Sin embargo, estas muestras se mezclan con algunos gestos de cierta desaprobación o distanciamiento como cambiar las manos de lugar de la otra persona en ciertos momentos, dar besos cortos, irse un rato del sitio y volver luego o retirar su rostro ante algunos besos.

Con este ejemplo de base, propongo analizar cuatro puntos que podrían ser buenas razones a favor de adoptar un modelo de consentimiento afirmativo o “modelo del sí”.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ HALLEY, “The Move to Affirmative Consent”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, n.º 42, 2016, pp. 277-278.

1. En primer lugar, ante casos así, aparece una fuerte intuición a favor del modelo del sí, pues este implicaría el deber de asegurarse un consentimiento afirmativo mediante una simple pregunta o corroboración más clara sobre las intenciones de llevar adelante el acto sexual pretendido.⁵⁰ Pareciera que este es un precio bastante bajo que pagar para evitar errores que podrían tener un costo mucho más alto en términos de libertad sexual. Si analizamos el ejemplo planteado desde el enfoque del modelo del no, no podemos exigirle a quien quiere avanzar que pregunte para sacarse la duda, esto sería "demasiado" y estaríamos imponiendo un "deber moral" que no cabe traer al ámbito penal. Dado que no ha habido una negativa suficientemente clara, podría seguir avanzando con tocamientos, manoseos o incluso actos de masturbación durante un beso apasionado que vayan más allá de la voluntad de quien los recibe, pero que no pudieron repelerse a tiempo. En un supuesto así, el modelo del no consideraría impune el caso dado que no hubo una negativa clara que indique un deber de detenerse.

Desde la perspectiva del modelo del sí, en cambio, la persona que desea avanzar en los actos sexuales y se vea en la situación dudosa descrita debería preguntar y sacarse la duda. Si obtiene el consentimiento afirmativo podrá tener un mayor grado de relación en el intercambio sexual con su pretendiente sabiendo que son lícitas y nada de lo sucedido debería ocasionarle problemas.⁵¹ En este último supuesto, a mi modo de ver, el precio pagado de preguntar parece muy bajo si se compara con el precio de ser un potencial agresor sexual. Este modelo logra evitar, al menos en supuestos ideales, que se cometan errores sobre el consentimiento de la otra persona y se incurran en actos sexuales no consentidos, con todas las consecuencias que ello puede implicar. Así, un efecto colateral y beneficioso del modelo del sí es que "llegaría antes" de que puedan cometerse actos sexuales no consentidos (y potenciales delitos).

La regulación del consentimiento afirmativo funcionaría como una ley "profiláctica" tendiente a proteger a posibles víctimas de abusos sexuales.⁵² Es cierto que estas normas suelen ser sobreinclusivas o demasiado amplias al tratar como potenciales víctimas de delitos sexuales algunas

⁵⁰ DOUGHERTY, *supra* nota 18, p. 98 y s.

⁵¹ Por supuesto, esto presupone que no existan otros vicios y que todas las demás circunstancias no indiquen una falta de consentimiento pese a haber obtenido el sí.

⁵² FERZAN/WESTEN, *supra* nota 18, p. 55.

personas que no se identifican como tales.⁵³ Sin embargo, es posible que una norma de tales características sea necesaria para proteger a personas que de otro modo quedarían desprotegidas.⁵⁴ Así, entre las alternativas de legislar normas infrainclusivas —como sucede con el modelo del no— o sobreinclusivas —como sucedería con el modelo del sí—, podría ser preferible adoptar la norma que más protege en lugar de la que deja a posibles víctimas sin proyección. Este fundamento de evitar errores y prevenir posibles agresiones sexuales es una buena razón que permite postularse a favor del modelo del sí y justifica la intuición primitiva que mencioné al comienzo de este punto.

2. En segundo lugar, otro fundamento de peso a favor del modelo del sí es que su mayor ventaja es que tiende a dar una protección más acabada de la autodeterminación sexual, al contrario de lo que indica una de sus críticas. Dado que estamos ante un bien jurídico especialmente importante para el desarrollo de la personalidad y de la vida adulta, es sensato pensar que precisa de una protección con suficiente alcance ante posibles hechos que la vulneren. Si pensamos en cualquier decisión importante que involucre derechos en nuestra vida como transferir un vehículo o comprar una casa, el derecho nos exige un consentimiento positivo (y expreso, ¡y escrito!). En el ámbito sexual, en donde se ponen en juego cuestiones tan sensibles como la intimidad, la sexualidad, la integridad sexual y la dignidad, no parece desmesurado exigir un consentimiento positivo y suficientemente claro para asegurar una protección más completa del interés en juego.

Si a ello se le suma que las víctimas de esta clase de delitos suelen ser mujeres que ya por su condición de tales se encuentran inmersas en la desigualdad estructural que implica pertenecer a sociedades patriarcales, la implementación de un modelo del sí se vuelve beneficiosa. Por un lado, para proteger a estas potenciales víctimas de actos sexuales no consentidos y así proteger su

⁵³ Como el caso citado por Hoven y Dyer en el que ambos intervinientes del acto sexual saben que el acto es mutuamente deseado, pero no se comunican al respecto: HOVEN/DYER, “¿Solo sí es sí? Desarrollos actuales del derecho penal sexual australiano y conclusiones para la discusión alemana” en HOVEN, *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 61. Aunque estos casos serían casos de clara “sobreinclusión”, es poco probable que lleguen a ser denunciados y condenados. Claro que esto no evita la posible objeción, pero podrían pensarse alternativas no punitivas para situaciones así, en las que pareciera que no habido una real afectación de la autonomía sexual.

⁵⁴ FERZAN/WESTEN, *supra* nota 18, p. 55.

libertad sexual negativa. Por el otro, para que el consentimiento y la necesidad de ser manifestado sea un incentivo para el desarrollo de su libertad sexual positiva.

En general, en la dinámica sexual las mujeres han sido la parte que *estaba disponible* para el sexo y no la que podía disponer al respecto, no acostumbraban a decidir sobre esto. En este contexto, la necesidad de expresar su voluntad no tiene por qué implicar una disminución de la autonomía, sino que podría significar lo contrario. El consentimiento afirmativo funcionaría como un mecanismo para un ejercicio más autónomo de la vida sexual, como un reconocimiento de su verdadera libertad tantas veces desconocida y, con ello, la afirmación de su legitimidad como seres capaces de decidir y ejercer su autodeterminación. De este modo, el modelo de consentimiento afirmativo puede implicar mayor empoderamiento femenino y un estímulo para su libre desarrollo en sociedades que históricamente le han negado poder de decisión.

Es cierto que estas conclusiones son contrarias a la reconocida postura de algunos feminismos que sostienen que en un mundo patriarcal las mujeres no tienen la posibilidad de consentir⁵⁵. En líneas similares, pero no tan tajantes, hay posturas que entienden que un modelo afirmativo de comunicación del consentimiento es poco liberal y no es progresista⁵⁶, sino que implica la infantilización de la mujer. Dado que ella no debe expresar su voluntad por sí misma, sino que el hombre tiene que preguntársela, se relega a la mujer a un rol pasivo y desigual.⁵⁷ Sin embargo, esta conclusión parece asumir que es el hombre quien inicia el intercambio sexual y que debe ser él quien pregunte o despeje dudas para obtener un consentimiento afirmativo y así prevenir una acusación delictiva.

Como se verá luego, esto no tiene por qué ser así y, de hecho, el modelo del sí no implica — al menos no necesaria o conceptualmente — que sea el varón quien deba obtener el aval para avanzar. En su lugar, con una regulación de este modelo puede entenderse y aspirarse a que sean ambas (todas) las partes intervinientes quienes se aseguren de contar con un aval para el acto sexual. En definitiva, no es solamente el hombre o quien inicia la interacción sexual quien se

⁵⁵ MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, a lo largo de toda su obra.

⁵⁶ HALLEY, *supra* nota 49, pp. 258 y ss.

⁵⁷ HOVEN/DYER, *supra* nota 53, pp. 64/65.

salvará de una posible acusación delictiva, sino también la mujer o quien confirma (o no) ese aval quien se salvará de ser una posible víctima de un delito sexual. Así, un modelo del sí implicaría tomar en serio la voluntad de quienes intervienen en el sexo y ser la manifestación del libre ejercicio de su sexualidad.

3. En tercer lugar y de modo similar a lo mencionado anteriormente, las otras críticas que se formulan en contra del modelo del sí no son suficientemente robustas como para desvirtuar la gran fortaleza del modelo del consentimiento afirmativo referida a la mayor protección de la autonomía sexual. Las críticas referidas a las “demasiadas exigencias” del modelo del sí, al establecimiento de un deber de reaseguro que no sería aceptable desde el derecho penal, como también la supuesta consecuencia de que el modelo del consentimiento afirmativo implicaría que mucha más gente deba ir a la cárcel no son en realidad tan fuertes como pueden aparentar.

La exigencia de corroborar el consentimiento antes de proceder con el acto sexual pretendido no es más que una derivación del deber genérico de tener en cuenta a otras personas cuando nuestras acciones podrían afectarlas.⁵⁸ Este deber no implica más que una simple pregunta aclaratoria y tiene por fin corroborar si nuestra acción sería respetuosa de la autonomía sexual ajena. En efecto, no pareciera conllevar una grave interferencia en la calidad de la experiencia sexual⁵⁹, o al menos no necesariamente.

Un planteo en tales términos pareciera estar fundado en que es más importante liberarse al placer sexual sin mayores requisitos que correr el riesgo de cometer un hecho que afecte la autonomía sexual de otra persona. Piénsese que si quien quiere avanzar en la interacción sexual pregunta para sacarse la duda —porque el sistema legal exige un consentimiento afirmativo— y de esa respuesta surge que en realidad lo que parecía un sí era un no, ¡enhorabuena!, pues habrá evitado la posible atribución de un delito sexual. Esto parece otra buena razón para apostar al modelo del sí.

Por otro lado, como adelanté en el punto anterior, tampoco puede aceptarse sin más que el deber de reaseguro que implicaría un modelo de consentimiento afirmativo conlleve la imposición

⁵⁸ DOUGHERTY, *supra* nota 18, pp. 10 y s.

⁵⁹ HÖRNLE, *supra* nota 35, p. 204.

de un deber que recaiga exclusivamente en cabeza de las mujeres, reforzando su posición de impotencia ante el género masculino. Como mencioné antes, el modelo del sí puede funcionar como un buen medio para empoderar a las mujeres e incentivar a vivir la sexualidad de modo más abierto.⁶⁰ Además, no tiene por qué ser una obligación en cabeza de las mujeres o de los hombres de modo preestablecido, sino más bien un deber recíproco de consideración mutua en un ámbito en el que incluso cuando se trate de citas de un día es adecuado exigir un mínimo grado de consideración y respeto por el otro para corroborar si se está respetando —nada más y anda menos que— la autonomía de los intervinientes.

Por supuesto, imponer este deber de reaseguro no soluciona todos los problemas ni responde todos los interrogantes en cuanto a su implementación. Ante una regulación de este tipo sería menester discutir críticamente cuál sería el modo correcto de castigar incumplimientos a este deber y la falta de corroboración tendiente a obtener el consentimiento afirmativo de la otra parte. No solamente habría que establecer el “título” que se le pondrá a esta conducta a la hora de regularlo, para saber si encuadra en algún delito sexual ya existente o acaso en una contravención, sino que también debería determinarse el modo de castigar esta conducta en términos de la atribución subjetiva del tipo. Es un tema que amerita investigación y profundidad, pero a primera vista pareciera sensato afirmar que tales incumplimientos se castiguen a título de imprudencia, incluso cuando esto implique un cambio en la regulación de los delitos sexuales tal como la conocemos en la actualidad.⁶¹

El hecho de que el modelo afirmativo implique más personas imputadas o condenadas por estos delitos es una afirmación contrafáctica que debería ser probada. Además, bien podría suceder que en lugar de exacerbarse los casos de abusos y llenarse las cárceles de presuntos

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Esto se debe al sistema de *numerus clausus* de delitos imprudentes que rige en Argentina y en muchos otros países, entre ellos Alemania, en donde ya se está discutiendo en el ámbito académico y legislativo una reforma de los delitos sexuales con la posibilidad de introducir tipos penales imprudentes para algunos supuestos concretos: <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/st24-40> (última consulta: 16/02/2025). También podría pensarse en soluciones de justicia restaurativa para ciertos casos. Sobre esto: BERNUIZ/GARCÍA INDA, “¿Reparar lo imperdonable? Sobre justicia restaurativa y violencia sexual”, en *Revista de Victimología* n.º 19, 2025, pp. 285-324. Sin embargo, entiendo que estas son cuestiones de “segundo orden”, referidas al “cómo” de la respuesta punitiva ante estas conductas y a las que se responde una vez que ya respondimos afirmativamente a la pregunta valorativa sobre el sí o no de la incorrección de estas conductas.

abusadores sexuales en realidad disminuyan estos casos. Las posibilidades de que ocurra una u otra alternativa son prácticamente las mismas.⁶²

Por su parte, la crítica acerca de que no es tarea del derecho penal imponer un cambio cultural o educar a la sociedad también puede ser replicada. Es ampliamente sabido que una de las finalidades del derecho penal y del castigo tiene que ver con la prevención general y la persuasión para evitar la comisión de delitos. La idea del derecho penal como medio de control social es suficientemente aceptada y evidente. Además, la función de educación o control social no es algo que pueda predicarse de ciertos delitos y no de otros. En general, la punibilidad de cualquier conducta implicará una forma de educar sobre lo que no debe hacerse o sobre las consecuencias que podría implicar actuar de la manera prohibida. A veces, como podría suceder en los casos aquí planteados, el derecho penal impulsa cambios sociales que resultan beneficiosos. Esto podría ser considerado como una ventaja de la regulación de un sistema de consentimiento afirmativo y no algo negativo. Otra vez, esto fomentaría intercambios sexuales más respetuosos y considerados y una mayor libertad al ejercer la autonomía sexual.

4. En cuarto y último lugar, las defensas del modelo del no son también aplicables al modelo del sí. Conforme a lo dicho hasta aquí, el empoderamiento de las mujeres como seres autónomos y libres para decidir su vida sexual puede verse reafirmado mediante un sistema que requiera un consentimiento afirmativo. A la vez, se legitima su posición social y personal en la dirección de sus vidas sexuales. Por supuesto, como vimos, esto es algo que también aplica a todos quienes intervengan en la relación sexual, pues el deber de reaseguro no recae exclusivamente en una u otra parte, sino que fomenta la comunicación asertiva mutua y recíproca y sirve así como una herramienta fundamental para expresar deseos y ejercer la libertad en este ámbito.

Conforme a este análisis, el modelo del sí parece ser ventajoso tanto para potenciales víctimas como para potenciales victimarios. Exigir un consentimiento afirmativo que implica un ejercicio autoresponsable de la sexualidad evita posibles errores sobre el consentimiento y pretende garantizar mejor nuestra autonomía sexual. Este modelo impone un precio muy bajo (una simple pregunta) para evitar un posible resultado altamente gravoso (un potencial delito sexual).

⁶² GREEN, *supra* nota 17, p. 87.

Pareciera entonces que el modelo del consentimiento afirmativo puede ser una buena herramienta para equilibrar la protección de las potenciales víctimas y el ejercicio pleno de la autonomía sexual.

V. Conclusiones

Cada vez son más las legislaciones que introducen el consentimiento (o su ausencia) como requisito típico de los delitos sexuales, ya sea al describir que la conducta típica es aquella que se realiza *sin* el consentimiento de la otra persona o bien *en contra* de este. Tal es el caso de los códigos penales de Alemania, España y Argentina. Esta técnica legislativa es ventajosa al menos en dos sentidos relacionados con la forma en la que entendemos y aplicamos el derecho penal.

En primer lugar, muestra un cambio de paradigma en la conceptualización de los delitos en contra de la integridad sexual o de la autonomía sexual de las personas. Antes se entendía al abuso sexual exclusivamente como el sexo forzado, ahora es el sexo no consentido. Este cambio es un reflejo de la evolución del bien jurídico protegido, es decir de aquello que efectivamente busca salvaguardarse al castigar estas conductas: el poder de autodeterminación en el ámbito sexual. En segundo lugar, contar con el consentimiento como elemento típico es ventajoso en términos de seguridad jurídica, pues reduce el ámbito de interpretación y discrecionalidad en la aplicación del derecho. Esto es beneficioso no solo para los tribunales, que parten de un presupuesto claro y preestablecido, sino también para la ciudadanía como destinataria general de la norma de conducta.

Ahora bien, la incorporación del consentimiento en la ley penal no resuelve todos los problemas. Solo algunos de ellos fueron tratados en este trabajo, en donde diagramé y analicé algo que podríamos llamar la "estructura básica" del consentimiento en las relaciones sexuales. En primer lugar, dejé sentados algunos conceptos elementales como presupuestos para cualquier análisis de los temas tratados. Estos conceptos son el de la autonomía sexual y el del consentimiento en el ámbito de la sexualidad. Con esa base, hice una reseña de los dos modelos más conocidos del consentimiento sexual: el *modelo del no* y el *modelo del sí*. Expuse los principales postulados, defensas y críticas de cada uno. Luego, evalué si acaso es posible afirmar que alguno de estos modelos es mejor en términos de protección de autonomía sexual tanto para potenciales víctimas como potenciales agresores. Mediante un análisis crítico y valorativo, postulé cuatro puntos o argumentos a favor del *modelo del sí* como candidatos a ser "buenas razones" para afirmar

que este modelo puede ser considerado *mejor* en la resolución de casos paradigmáticos en donde se pretende dar una mejor protección al bien jurídico protegido de este tipo de delitos.

VI. Bibliografía

ANDERSON, Michelle, “Negotiating Sex”, en *Southern California Law Review*, August 2005, pp. 101-138.

BERNUZ, María José/GARCÍA INDA, Andrés, “¿Reparar lo imperdonable? Sobre justicia restaurativa y violencia sexual”, en *Revista de Victimología* n.º 19, 2025, pp. 285-324, disponible en: <https://www.huylgens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/344>

CHIESA, Luis E., “Solving the Riddle of Rape-by-Deception” en *Yale Law & Policy Review*, Vol. 35, No. 407, (octubre) 2017, pp. 407-460.

D’ALESSIO, Andrés José (dir.) y DIVITO, Mauro A. (Coor.), *Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, “Delitos contra la integridad sexual” en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 4, pp. 552-572.

Di CORLETO, Julieta, “Limites a la prueba del consentimiento en el delito de violación” en *Nueva doctrina penal*, N.º. 2, 2006, pp. 411-440.

DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

DOUGHERTY, Tom, “Yes Mean Yes: Consent as Communication” en Wiley Periodicals, Inc. *Philosophy & Public Affairs* 43, no. 3, 2015, pp. 224-253.

– “Affirmative Consent and Due Diligence” en *Philosophy & Public Affairs*, Volume 46, Issue 1, 2018, pp. 90-112.

DRIPPS, Donald “Beyond Rape: an essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent” en *Columbia Law Review*, 92 (noviembre 1992), pp. 1780-1809.

ESTRICH, Susan, *Real Rape*, Harvard University Press, 1987.

GARDNER, John y SHUTE, Stephen, "The Wrongness of Rape", Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford, 2000; online edn, Oxford Academic, 31 Oct. 2023), pp. 1-42.

GREEN, Stuart, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, New York, 2020.

GUERRERO MARTÍNEZ, Camila, "La no oposición de la víctima en el delito de violación: consideraciones para el desarrollo de una mirada feminista del derecho penal sexual" en ARDUINO, Ileana (Comp.) *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Buenos Aires, 2019, pp. 213-251.

HALLEY, Janet, "Currents: Feminist Key Concepts and Controversies. The Move to Affirmative Consent" en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 42:1, 2016, pp. 257-279.

HOVEN, Elisa y DYER Andrew, "¿Solo sí es sí? Desarrollos actuales del derecho penal sexual australiano y conclusiones para la discusión alemana" en HOVEN, Elisa, *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Traducción de José Béguelin [et.al.], Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 45-65.

HURD, Heidi, "The Moral Magic of Consent" en *Legal Theory*, 2, 1996, pp. 121-146.

HÖRNLE, Tatjana, "Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitischen Forderungen" en *ZSTW* 2015; 127 (4), pp. 851-887.

– "Violación como relaciones sexuales no consentidas", Traducción de Corina Engelmann; [Título original del artículo: "Rape as non-consensual sex", publicado en SCHABER/MÜLLER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Taylor & Francis, Nueva York, 2018]; en *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 10, pp. 197-217.

– "#MeToo - Implications for Criminal Law" en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 2, 2018, pp. 115-135, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3516008>.

KESSLER, Kimberly y WESTEN, Peter, "How to Think (like a lawyer) about Rape" en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2328, 2017.

MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

ROXIN, Claus y GRECO, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen*, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

SCHULHOFER, Stephen, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press- Cambridge, Massachusetts, London, England, 1998.

VAVRA, Rita, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos Verlag, 2020.

WHISNANT, Rebecca, "Feminist Perspectives on Rape", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2021, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-rape/>.

CRIMINALIZACIÓN DE LA MERA POSESIÓN DE REPRESENTACIONES SEXUALES DE MENORES EN ARGENTINA: ANÁLISIS CRÍTICO CON FOCO EN LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD

Gonzalo Ezequiel ARTOLA*

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2025

Fecha de aprobación: 19 de abril de 2025

Resumen

Mediante la Ley 27.436, Argentina modificó el artículo 128 del Código Penal y prohibió la mera posesión de representaciones sexuales de menores. Esta reforma se inscribe en un contexto internacional influenciado por el Convenio de Budapest (2001). No obstante, la modificación legislativa ha generado un debate sobre la legitimidad de esta criminalización, dado que no resulta claro cuál es el injusto que tipifica la norma ni cuál es el bien jurídico protegido. En el presente trabajo se sostiene que los argumentos habitualmente esgrimidos para justificar la prohibición no resultan convincentes y se propone fundamentarla en la protección penal de la intimidad. Esta interpretación permite delimitar con mayor precisión el ámbito de lo prohibido y conlleva implicancias que serán abordadas al final del artículo, en relación con cuestiones como la denominada pornografía virtual, la pornografía simulada y la eventual validez del consentimiento de adolescentes.

Palabras clave: Ley 27.437, posesión de representaciones sexuales de menores, niños, niñas y adolescentes, pornografía infantil, criminalización, bien jurídico, protección penal de la intimidad, pornografía virtual, pornografía simulada, consentimiento de adolescentes.

* Este trabajo se apoya ideas desarrolladas más ampliamente en mi Tesis de Maestría en Derecho Penal, titulada "Análisis de legitimidad de la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes" (<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12941>). Agradezco especialmente las sugerencias y aportes de mi tutor de tesis, Leandro DIAS.

Title: Criminalization of the Mere Possession of Sexual Representations of Minors in Argentina: A Critical Analysis Focused on the Criminal Protection of Privacy.

Abstract

Through Law 27.436, Argentina amended Article 128 of the Criminal Code, criminalizing the mere possession of sexual representations of minors. This legislative reform reflects an alignment with international legal standards, particularly influenced by the Budapest Convention (2001). Nevertheless, the amendment has given rise to significant debate concerning its legitimacy, as the provision fails to clearly define the specific wrongful conduct it targets or the legally protected interest it seeks to uphold. This paper contends that the conventional arguments advanced to justify the prohibition are unconvincing and instead proposes a foundation for its criminalization rooted in the protection of privacy under criminal law. This approach not only provides a more precise framework for delineating the scope of the prohibition but also raises broader legal implications, which will be addressed in the concluding section of this article. These implications include issues such as virtual pornography, simulated pornography, and the potential validity of adolescent consent.

Keywords: Law 27.436, possession of sexual representations of minors, children and adolescents, child pornography, criminalization, legally protected interest, criminal protection of privacy, virtual pornography, simulated pornography, adolescent consent.

Sumario: I. Introducción. II. Argumentos usuales para justificar la criminalización. III. Camino alternativo: la protección penal de la intimidad. IV. Implicancias de la protección penal basada en la intimidad. V. Conclusión. VI. Bibliografía

I. Introducción

Luego de una serie de reformas al tipo penal,¹ en el año 2018 por ley 27.436 se modificó el art. 128 del Código Penal y se incluyó la simple posesión de representaciones de contenido sexual de niños, niñas y adolescentes (sin fines de comercialización o para propia visualización).²

¹ La reforma introducida al Código Penal por la ley 25.087 (Promulgada el 7 de mayo de 1999), cambió el Título III del Libro Segundo, *Delitos contra la honestidad*, por el de *Delitos contra la integridad sexual*. Aquí se instituyó el tipo penal base, pero únicamente se penaba la distribución de imágenes pornográficas que captasen menores de dieciocho años, no la tenencia. En el año 2008, se sancionó la ley 26.388 de Delitos Informáticos, que modificó el art. 128 del Código Penal.

La prohibición penal de la mera tenencia se produjo como fruto de un contexto político-criminal internacional que así lo demandaba. En este marco, el Convenio de Budapest del año 2001 contempló dentro de las acciones punibles el hecho de procurar el material para sí o terceros (art. 9.1.d) y la mera tenencia (art. 9.1.e), además de ampliar las representaciones prohibidas e incluir las protagonizadas por mayores que parecen ser menores de edad —llamada comúnmente pornografía simulada— (art. 9.2.b) e incluso las realistas que representen a un menor en dicho comportamiento —pornografía virtual— (art. 9.2.c).

Pocos meses antes de criminalizar la mera tenencia, mediante la ley 27.411,³ Argentina aprobó el Convenio, pero estableció como reserva que no regirán “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente*”, los arts. 9.1.d. (procurarse representaciones para sí o para un tercero), 9.2.b. (pornografía simulada) y 9.2.c. (pornografía virtual). En cuanto a la mera posesión (art. 9.1.e.), la ley refiere que “*no regirá en su jurisdicción por entender que el mismo sólo es aplicable de acuerdo a legislación penal vigente hasta la fecha, cuando la posesión allí referida fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización*”. Esta última cuestión fue dejada de lado por ley 27.436, que finalmente tipificó la mera tenencia.

El conocimiento del contexto contribuye a comprender mejor las razones que tuvo el legislador para instituir la prohibición, pero no nos exime de un análisis de legitimidad del tipo penal. Puede advertirse el siguiente problema: ¿Cuál es el *contenido de injusto* de la conducta? ¿Qué *fin* persigue la prohibición? En otros términos, ¿cuál es el *bien jurídico* protegido? Esta incertidumbre pone en cuestión la legitimación de la criminalización de este delito.

Aquí es donde se configura el tipo penal como uno de tenencia, únicamente reservado a los fines de distribución o comercialización.

² “Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, **toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales**, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

(...)

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.”

³ Boletín Oficial, 15 de diciembre de 2017.

Me propongo dar respuesta a estos interrogantes, y tomaré como punto de partida una concepción que entiende al delito no como la mera infracción a la norma, sino que el delito debe, además de estar legislado, capturar un injusto: una conducta considerada dañina para un bien jurídicamente protegido (*teoría del bien jurídico*).⁴ Demostraré que los argumentos tradicionales encaminados a legitimar la punición no son convincentes. Sin embargo, desarrollaré un camino argumentativo que *sí* permite legitimar la prohibición de esta conducta, a partir de la protección penal de la intimidad. Finalmente, a fin de delimitar el ámbito de lo prohibido, abordaré algunas repercusiones que genera el argumento propuesto en temas controvertidos como la pornografía virtual, la pornografía simulada, y el consentimiento de los adolescentes.

II. Argumentos usuales para justificar la criminalización⁵

1. Integridad sexual de los NNyA

Se afirma que el bien jurídico protegido es la integridad sexual de los NNyA,⁶ y se hace hincapié en que el material reproduce un hecho previo de violencia sexual,⁷ como también en que el tipo penal se encuentra en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, titulado "*Delitos contra la integridad sexual*".

Argumentos de este tenor observamos en el proyecto de ley del senador BASUALDO, en el siguiente pasaje: "...*el bien jurídico protegido es el normal desarrollo psíquico y sexual de los menores de 18 años, en otras palabras protege la libertad sexual de los menores, que por su inmadurez todavía no pueden*

⁴ Sobre el punto, ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 1ra. Ed. en español, 2014 [1997]. Capítulo 2.

⁵ Si el lector prefiere centrarse en la propuesta original de este trabajo, que fundamenta la criminalización en la protección de la intimidad y analiza sus repercusiones en casos controvertidos, puede avanzar directamente a las secciones 3 y 4.

⁶ DONNA a la hora de comentar el art. 128 afirma que lo que se protege "es la libertad sexual del menor ya que, debido a su inmadurez, no puede todavía decidir por sí mismo y, de ese modo, se interrumpe su desarrollo de acuerdo a las pautas sociales y valorativas que rigen, aunque siempre relativas". *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 4ta. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2011 [1997]. Pág. 702. En la misma línea, BASILICO y VILLADA entienden que "se procura salvaguardar la libre determinación sexual de los menores de edad, entendida como el normal desarrollo de su personalidad". *Código Penal: Comentado. Anotado. Concordado*, 3ª ed. Hammurabi, 2023 [2020]. Pág. 380.

⁷ ABOSO, a la hora de analizar el tipo penal de mera tenencia, afirma que "existe cierto nivel de consenso en que el bien jurídico tutelado es la integridad sexual de los menores de edad representados en los registros visuales. Los menores de edad que aparecen representados en esas imágenes o videos son las auténticas víctimas del delito". Más adelante refiere "Existen razones instrumentales en la fundamentación del castigo de la tenencia para autoconsumo de pornografía infantil que pasan por la idea de querer castigar los abusos sexuales de los menores de edad representados a través de la sanción del tenedor para autoconsumo". *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*. Hammurabi, 2021. Pág. 117/121.

decidir por sí mismos en dicho ámbito".⁸ También en el debate parlamentario, exposición de la diputada BURGOS: "El derecho que estamos protegiendo acá es el de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados, ultrajados para la producción de ese material pornográfico".⁹

El argumento no puede ser sostenido. La integridad sexual es entendida por la doctrina como un desprendimiento de la libertad con tratamiento autónomo.¹⁰ Se habla de *libertad sexual*, que comprende una porción positiva, como derecho a ejercer la sexualidad conforme a las propias convicciones, y una negativa, como derecho a no involucrarse sexualmente con una persona o no realizar cierta práctica. En cuanto a personas que no alcanzaron la edad para consentir un acto sexual, se alude a un desarrollo sin injerencias que les dificulten ejercer en el futuro la *libertad sexual*.¹¹

En esta línea, resulta evidente que la violencia sexual contra un niño y su captación filmográfica vulnera su integridad sexual, en tanto constituyen invasiones contra una persona que no puede ejercer su libertad sexual. En estos casos, la integridad sexual de los NNyA ya fue vulnerada, en lo que constituye un acto previo y ajeno a la tenencia. Esta última, envuelve una fase temporal posterior.¹² No puede asociarse, sin más, al tenedor del material con la persona que

⁸ Proyecto de ley S-1430/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 6/10.

⁹ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 14.

¹⁰ En el pasado, las concepciones sobre el bien jurídico de los delitos sexuales no se centran en la integridad sexual, en tanto autodeterminación o libertad sexual, sino en la honestidad. Sobre cómo estas ideas, basadas en un entendimiento de la sexualidad hoy superada, han ido evolucionando en el tiempo, véase solamente HÖRNLE, "Violación como relaciones sexuales no consentidas" (Traducción de Corina ENGELMANN), *En Letra: Derecho Penal*, nro. 10, 2020, 197-217.

¹¹ MUÑOZ CONDE afirma que "La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias". En cuanto a los NNyA, afirma que "Actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la 'intangibilidad' o 'indemnidad' que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales". En *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., 2015 [1995], Tirant lo Blanch, pág. 187/188.

¹² Coincido con ESQUINAS VALVERDE, quien afirma que "consumado el delito originario de abuso sexual, terminada la acción peligrosa desde el punto de vista estricto de la intangibilidad sexual del menor y, en definitiva, agotadas las distintas etapas del curso lesivo (abuso sexual, fabricación del material, distribución y comercialización del mismo), ya la mera conducta de posesión de la pornografía no implica per se más efectos perjudiciales para ese concreto bien". En "El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación", *Revista de derecho penal y criminología*, 2.a Época, no 18, 2006, Pág. 187.

efectivamente abusó de un niño y produjo una representación, si partimos de un sistema de responsabilidad penal personal. En todo caso, deberá perseguirse penalmente a aquél.¹³

Asimismo, este argumento asume que *todas* las representaciones cuya tenencia se prohíbe reflejan un hecho previo de abuso, pero lo cierto es que no toda representación cuya tenencia está prohibida implica la vulneración previa de la integridad sexual. Piénsese, por ejemplo, en adolescentes que consintieron la relación sexual que captura la representación. En esos casos no habría un abuso previo, aunque de todos modos podría estar justificada la prohibición de la tenencia de una representación de tal acto por otras razones. El argumento aquí analizado no logra, entonces, explicar por qué igualmente podría ser legítima su criminalización.

El principal déficit del argumento es que se enfoca en el daño que genera el acto que es reflejado a través de la representación, en vez de centrarse en la lesión autónoma que implica la tenencia. La integridad sexual se ve afectada por un abuso sexual junto con la producción de una representación de ese hecho. Es incontrovertible que tales actos afectan la libertad sexual y el libre desarrollo. Ahora bien, si atendemos a la tenencia simple del material, ya no es claro de qué modo este acto afectaría *nuevamente* la integridad sexual. Podríamos enrolarnos en una concepción lo suficientemente amplia de la integridad sexual y sostener genéricamente que la tenencia simple la vulnera, pero partir de afirmaciones genéricas reduce la capacidad de análisis crítico del derecho.

2. Eliminar la demanda

Se postula que el fin de la prohibición es eliminar la producción de estos materiales y, por añadidura, el abuso de NNyA. Ello, mediante la persecución penal de los consumidores. En definitiva, el argumento apunta a una lógica de mercado en la que se ataca la demanda para disminuir la oferta. Del proyecto de ley presentado por la senadora CREXELL podemos observar: "*El delito propuesto no solo comprendería a quien produce o comercializa el material pornográfico sino también al consumidor quien hace posible con su demanda la producción y oferta de las representaciones*".¹⁴

¹³ Comparto el criterio de MAYER LUX, quien sostiene que "Desde el punto de vista de la integridad sexual, la conducta consistente en almacenar pornografía infanto-juvenil puede, a lo sumo, ser considerada una inclinación inmoral, pero, en caso alguno, apreciada por sí sola como un comportamiento delictivo contrario a la indemnidad sexual". "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", en *Polít. crim.* vol.9 no.17, versión On-line ISSN 0718-3399. Santiago, 2014. Pág. 13. Sin embargo, a diferencia de lo que se postulará aquí, la autora concluye en que el tipo penal resulta inútil, porque "para respetar los postulados de un Derecho penal liberal y los derechos fundamentales de la persona, su ámbito de aplicación quedará reducido a supuestos marginales y de escasa relevancia práctica".

¹⁴ Proyecto de ley S-0363/16. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 2/5.

Del proyecto de la senadora KUNATH: *“Una de las formas más eficaces de combatir la explotación sexual de menores consiste en penalizar a todos los sujetos que intervienen en la creación, producción, distribución, publicación y comercialización de este material, incluidos los consumidores...”*¹⁵

Estas afirmaciones no ofrecen constataciones empíricas respecto de que castigar al consumidor disminuya la demanda de videos, como tampoco que ello disminuya la oferta. A la vez, tampoco se han brindado pruebas respecto de que la persecución del consumidor repercuta en una disminución de la producción de videos. Para poder afirmar algo así, entonces, es necesario brindar datos empíricos y no solamente hacer afirmaciones genéricas. Con meras conjeturas, se presupone que: **(A)** La mera tenencia genera un aumento en la demanda; **(B)** esta señal de aumento de demanda es advertida por terceros; y **(C)** los terceros, motivados por ese aumento en la demanda, producen nuevos materiales que involucran abuso sexual de NNyA. Estas afirmaciones de ningún modo están constatadas.

En cuanto a **(A)**, podría replicarse que la mera tenencia no indica necesariamente que el tenedor esté dispuesto a comprar materiales. En todo caso debería tomarse a la adquisición o a la promesa de adquisición como señal clara de demanda, pero no a la mera tenencia. Aún si tomáramos **(A)** como correcta, se debería explicar cómo es que sucede **(B)**, porque justamente los tenedores suelen almacenar el material en secreto, no emiten un acto comunicativo hacia posibles productores, como sí sucedería en un acto de adquisición o promesa de adquisición. Finalmente, aún si concediéramos **(A)** y **(B)**, tampoco es claro que necesariamente ocurra **(C)**, pues podría suponerse que los terceros que reciben la señal de aumento de demanda no opten por producir nuevos materiales, sino simplemente decidan elevar los precios.

MAYER LUX critica también la lógica de mercado y afirma que, en todo caso, debería exigirse una influencia activa y concreta en el mercado mediante la tenencia. En esta línea, propone como ejemplos que *“podría influirse activa y concretamente en el comportamiento del mercado de la pornografía infanto-juvenil si se hiciera ver o escuchar en forma privada el material que maliciosamente se almacena -y mientras se almacena- a un mayor de edad dedicado a la producción de esa clase de contenidos, a fin de generar una oferta de material adicional. O bien, tratándose de comunidades de usuarios dedicados al intercambio de pornografía infanto-juvenil, podría indicarse el supuesto en que uno de sus integrantes descargara o guardara el material en una ‘nube’, permitiendo conocer el almacenamiento -mientras lo lleva a cabo-, a otros miembros del grupo, a fin de incentivar la demanda y, con ello, la oferta por material*

¹⁵ Proyecto S-1289/2017. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 18/24.

ulterior”.¹⁶ En definitiva, se trata de casos que evidencian una participación mucho más directa en producciones ulteriores, que bien podrían ser criminalizados a título de instigación a la producción y el abuso sexual de NNyA, y no como mera tenencia.

Argumentos análogos a los aquí invocados para justificar la criminalización, respecto a los que poseen drogas para consumo personal, han sido puestos en duda por la CSJN en el precedente “Arriola”.¹⁷ Si bien se trata de un delito de tenencia que difiere en muchos aspectos al aquí analizado, ambos se asemejan en cuanto a que se los intentó justificar con el argumento de mercado, por lo que vale la pena el repaso. En el fallo citado se sostuvo que las razones invocadas en el precedente dictado dieciocho años antes “Montalvo”,¹⁸ para legitimar la criminalización de los consumidores en base a la lógica de mercado fracasaron, y se afirmó:

“...la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba ‘Montalvo’ han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”.

Si bien resulta relevante repasar la posición negativa de la CSJN en un caso donde se echaba mano a la criminalización de los tenedores para socavar el mercado, destaco que evaluar la prohibición de una conducta únicamente con argumentos de eficiencia resulta problemático. Ello es así debido a que el carácter empírico del argumento lo convierte en contingente, a la par que deja la consideración por el respeto al individuo en un segundo plano. En definitiva, pueden utilizarse esta clase de argumentos de eficiencia (si se cuenta con datos empíricos que los avalen), pero no como único punto que dirima la cuestión. Como conclusión, para evaluar si es adecuada la criminalización es necesario indagar primero si la prohibición puede justificarse ante el individuo para, recién luego, observar si la criminalización genera ganancia social (entendida en el caso como eficiencia para socavar el mercado).¹⁹

¹⁶ Op. cit. Pág. 14.

¹⁷ CSJN “Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho”, 25 de agosto de 2009. (Fallos: 332:1963).

¹⁸ CSJN “Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ inf. ley 20.771”, 11 de diciembre de 1990. (Fallos 313:1333).

¹⁹ En esta línea se expide GRECO, en *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014. Págs. 93-125.

Añado que no resulta legítimo castigar a un único consumidor por una demanda que estaría configurada por miles de sujetos, pues un consumidor no podría, por sí solo, aumentar la oferta.²⁰

De este modo, se está instrumentalizando al tenedor como medio para disminuir una demanda conformada por miles de sujetos. Es claro que el castigo de un hecho de tenencia puntual no cumple con el fin de disminuir la demanda, y mucho menos la producción. Sin embargo, podría intentarse una justificación mediante la tesis de los delitos de acumulación,²¹ que es invocada para explicar la criminalización de conductas que, por sí solas, no afectan a un bien jurídico (o no lo hacen con una magnitud relevante), y es utilizada principalmente para fundamentar la punición de los daños ambientales. Ahora bien, este no sería el supuesto que ocurre con la mera tenencia, ya que, más adelante, justificaré por qué un caso individual de tenencia sí afecta a un bien jurídico de forma suficiente para legitimar su criminalización.²²

3. Fundamentos probatorios

²⁰ Coincide con esto TURIENZO FERNÁNDEZ, “¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira”, en *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022. Allí analiza los argumentos de lógica de mercado y agrega “...cuesta mucho ver cómo la descarga, posesión o visualización por una sola persona de material pornográfico-infantil va a poder influir de algún modo en la evolución del mercado. Únicamente se me ocurre un caso en que aquello hecho por un consumidor lo fomentaría indudablemente: cuando este encargarse a otra persona la elaboración de dicho tipo de contenidos. Pero aquí los delitos relativos a las conductas de consumo no servirían de nada: ya contaríamos con las herramientas necesarias para castigar al solicitante con la misma pena que al elaborador en tanto inductor”. Pág. 1438.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, crítico de esta concepción, explica que la tesis de los daños acumulativos “entiende que es posible sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta -per se no lesiva- se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico”. “*La expansión del derecho penal*”, 2da. Ed., Buenos Aires, BdeF, 2006 [1999], Pág. 143. Por su parte, TRUCCONE define a los delitos acumulativos como “conductas que en sí mismas acarrear consecuencias lesivas muy pequeñas, pero que sumadas a otras de igual naturaleza pueden producir graves afectaciones”. En “Delitos acumulativos ambientales: Una aproximación desde el republicanismo”, *Revista de Derecho Ambiental*. Universidad de Palermo. 2013. Pág. 60.

²² Además, hay una diferencia sustancial entre los delitos ambientales y la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA: En los delitos ambientales, se parte de que la acumulación de pequeños actos puede dañar al medio ambiente. Piénsese en el acto de arrojar residuos a un río. Una vez que se arriba a un número x de conductas de arrojar residuos, el medio ambiente efectivamente se encuentra dañado, sin que sea necesario nada más. Es decir, el daño puede ser explicado mediante la suma de los actos individuales. Ahora bien, en la posesión de materiales de contenido sexual no es posible conectar directamente la acumulación de casos individuales al daño a la integridad sexual de NNyA, ya que el daño no puede ser explicado simplemente mediante la suma de los actos individuales de tenencia, en tanto para que se produzca la afectación es necesario un salto adicional, que consiste en un acto de producción y/o abuso llevado a cabo por un tercero ajeno a los actos individuales de tenencia. Así como la suma de los actos de arrojado de residuos daña al ambiente, la suma de los actos de posesión no daña la integridad sexual de NNyA, sino que oficiaría de pseudo instigación o complicidad de la producción y/o el abuso.

Otro argumento esgrimido para justificar la criminalización es su utilidad como herramienta para identificar a productores y distribuidores de material ilícito. Podemos ver esto en el proyecto de los senadores MERA, PERSICO, PILATTI VERGARA, KUNATH y MIRKIN: “. . . se ha puntualizado que el hecho que la mera tenencia de este tipo de material no esté tipificada en nuestro Código Penal es ‘uno de los principales obstáculos legales para los investigadores policiales, quienes no pueden intervenir sino hasta que el delito -la cesión o distribución de fotografías hacia otros usuarios de la red- se concreta”.²³ Durante el debate parlamentario, el diputado BRUGGE afirmó: “La característica de este tipo penal lleva a que efectivamente se incorpore esa faceta y que facilite la investigación. Se sostuvo que se hacían allanamientos y se encontraba material, pero no estaba siendo puesto a disposición en las redes ni estaba siendo difundido”.²⁴

Este enfoque resulta problemático, ya que no es legítimo utilizar el derecho penal para suplir déficits probatorios. Castigar al tenedor por la mera sospecha de que pueda estar vinculado a la producción o distribución del material lo colocaría en la obligación de probar su inocencia, en contra de uno de los principios del Derecho penal más aceptados, que indica que “el fiscal debe siempre probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable”.²⁵

También fracasará la argumentación si se intenta legitimar la criminalización arguyendo que, en verdad, se criminaliza al mero tenedor como medio útil para llegar a la persona que realmente se busca penar atento a que, en el marco de investigaciones iniciadas contra meros tenedores, se podría identificar a verdaderos abusadores, productores y distribuidores. Esto implicaría asumir que la conducta del tenedor no viola en sí misma un bien jurídico, sino que simplemente se lo utiliza como medio para perseguir penalmente a quienes sí realizaron una conducta dañina. El argumento ignora la necesidad de fundamentar la ilicitud de la tenencia en sí misma, independientemente de su posible relación con otros delitos.²⁶

²³ Proyecto de ley S-1451/2016. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 10/14.

²⁴ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 20.

²⁵ FLETCHER enumera a este principio como uno de los principios más aceptados del Derecho penal, y afirma que “estas proposiciones se admiten, con mayor o menor amplitud, por cualquier penalista a nivel mundial. . . . Pertenecen a la Parte General tanto porque son aplicables a todos los delitos, como porque operan implícitamente en la ‘estructura profunda’ del Derecho penal”. *Gramática del derecho penal* (Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE). 1ª edición. 2008. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. Págs. 148/149.

²⁶ En esta línea, coincido con PASTOR MUÑOZ, quien entiende que “Este modo de emplear el derecho penal material resultará peligroso cuando la razón del castigo se encuentre exclusivamente en el ‘hecho principal’ que no ha podido ser probado y el tipo de posesión sea únicamente una excusa u ocasión para el castigo de un ‘sospechoso’. En efecto, si la voluntad de castigar al supuesto autor de un hecho grave fuera la única razón de la tipificación del correspondiente tipo de posesión, la criminalización de este último no sería legítima; en cambio, sí sería posible legitimar dichos tipos si se puede

En definitiva, si bien el fin perseguido resulta legítimo (castigar los abusos, la producción de representaciones y su comercialización), el medio escogido no lo es, porque instrumentaliza a los meros tenedores. A menos que se encuentre en la mera tenencia el fundamento de su propio injusto.²⁷

4. Sobre la estructura postconsumativa del delito

El argumento consiste en afirmar que el tipo penal atiende a una estructura postconsumativa, en el sentido de que lo que se quiere castigar es, en verdad, una ayuda que el mero tenedor le brinda al productor. Se coloca al mero tenedor como una figura que, luego de consumado el delito, colabora con el autor.

Sin embargo, la simple lectura del tipo penal permite advertir que no atiende a una estructura de receptación ni de favorecimiento. Sin perjuicio de eso, existen otras razones por las que no resulta convincente el argumento. Si planteamos que lo que se pretende castigar es, en verdad, una ayuda al que cometió un delito previo (en este caso, un abuso sexual con una producción de material pornográfico), la figura que mejor se adecuaría a esta estructura es la de favorecimiento real, contenida en el art. 277 1.c, CP, en tanto castiga al que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, “*adquirere, recibere u occultare (...) efectos provenientes de un delito*”.

El favorecimiento real es un delito que protege la administración de justicia, concretamente la función de los organismos estatales encargados de proceder al decomiso de los bienes provenientes de un delito.²⁸ A partir de esto, se castiga al que, mediante las conductas detalladas, ayudare al autor o cómplice de un delito a asegurarse sus beneficios o, dicho de otro modo, obstaculice la

encontrar en ellos el fundamento de su propio injusto”. “Aproximación a los delitos de posesión y a los delitos de pertenencia”, en *Delitos de posesión o tenencia*, Ad Hoc. 2016. Pág. 109.

²⁷ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de favorecimiento real y personal. Si bien la prohibición de estas conductas elimina obstáculos para la persecución de los autores y cómplices del hecho anterior, su criminalización no se fundamenta únicamente en esta utilidad para facilitar investigaciones penales, sino que su propio injusto está justificado. Tanto el favorecimiento real como el personal vulneran bienes jurídicos autónomos. En cuanto a estos tipos penales y el bien jurídico autónomo afectado hace un gran desarrollo VERDE en “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, *InDret*, 2020.

²⁸ Parto de la postura de VERDE, quien desarrolla el tema del bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Por ejemplo, op. cit. (2020).

labor de la administración de justicia a la hora de proceder al decomiso de los bienes.²⁹ En este sentido, si ese fuera el fundamento de la punición de la tenencia, alcanzaría con la aplicación del art. 277 1.c CP que, en definitiva, es un tipo penal más específico en cuanto a la ayuda brindada y, además, es un delito que prevé una pena mucho mayor.³⁰

El argumento que coloca a la mera tenencia como una especie de favorecimiento real resulta implausible, también por otras razones: **(A)** Asume que los tenedores no participaron del hecho previo, situación que, fácticamente, puede no ser así. Además, para que una imputación prospere se requeriría descartar que el tenedor no haya cometido el delito previo, cuestión que no puede dilucidarse en la inmensa mayoría de los casos. **(B)** En general, el tenedor no ayuda al productor, sino más bien lo contrario. Cuantas más personas tengan el material, más probable es que se enteren las autoridades, e inicien investigaciones que desemboquen en la identificación del productor. **(C)** El mero tenedor no conserva el material para evitar que éste sea decomisado y, así, ayudar al productor.³¹ **(D)** Las representaciones, en general, son productos digitales replicables. El hecho de que un tenedor tenga una representación no implica que otras personas no puedan también tenerla, ni que el productor al entregar el material no disponga más de él, por las propias características de los archivos informáticos.

Tampoco resulta convincente fundamentar la ilicitud de la mera tenencia equiparándolo a la receptación.³² En cuanto a la receptación, parto de la definición de VERDE, quien plantea que "*consiste en adquirir, comprar o recibir, con fines de lucro, alguna cosa proveniente de un delito (hecho antijurídico), con conocimiento -o por lo menos sospecha- de su origen ilícito*".³³ Además, coincido con su postura en cuanto a que se trata de un delito contra el mercado formal de la clase de cosas que han sido objeto del delito previo.³⁴ A partir de esto, queda en evidencia que la estructura del delito de

²⁹ Un ejemplo clásico es el de un sujeto que, sin haber participado de un robo, colabora con su autor y recibe en su domicilio los bienes sustraídos, para ayudar así a que no sean hallados por las autoridades y que, al cabo de un tiempo, el autor pueda poder disponer libremente de ellos.

³⁰ Uno a seis años de prisión, atento a que el hecho precedente sería un delito especialmente grave.

³¹ Puede darse algún caso aislado en que el productor, para eludir la acción de las autoridades, entregue el soporte físico donde obra el material a un tercero por un tiempo, para luego poder disponer de él. Pero esto no es lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos de tenencia. En tal caso, ese supuesto aislado puede ser castigado, pero vía del tipo penal de favorecimiento real.

³² Un caso típico de receptación consiste en comprar un objeto robado en un mercado informal.

³³ Op. Cit. (2020). Pág. 77.

³⁴ Op. Cit. (2020). Pág. 79. La autora plantea que "La receptación, a mi juicio, sí produce un daño. De modo general, puede decirse que genera un peligro abstracto de dañar al mercado legal o formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, en la medida en que vulnera las legítimas expectativas de los compradores y comerciantes legales (considerados colectivamente como el conjunto conformado por todos ellos, y no en forma individual) de que esas

tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA no puede equipararse a la de la recepción, porque esta requiere que los objetos en cuestión estén en el comercio, y exista un mercado formal donde se comercialicen, elementos que no se dan en el delito que nos ocupa. En definitiva, tampoco resulta plausible asimilar la mera tenencia al delito de recepción y, de ese modo, justificar su punición.

5. El tenedor como persona que padece una patología

Se intenta justificar la criminalización mediante la afirmación de que los tenedores son pedófilos, personas que padecen un trastorno que les genera una tendencia a cometer abusos sexuales de niños. Vemos pasajes en la exposición del senador GUASTAVINO: “*Quienes pertenecen a estas redes son claramente pedófilos, predadores sexuales de la peor calaña*”.³⁵

Cabe decir que la pedofilia es considerada una parafilia por el DSM-V,³⁶ que requiere como criterios para el diagnóstico: “**A.** Durante un período de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años); **B.** El individuo ha cumplido estos deseos sexuales irrefrenables, o los deseos irrefrenables o fantasías sexuales causan malestar importante o problemas interpersonales; y **C.** El individuo tiene como mínimo 16 años y es al menos cinco años mayor que el niño/niños del criterio A”. Si atendemos a estos criterios, no tiene sustento la afirmación de que todos los tenedores cumplen con criterios diagnósticos de pedofilia, ni que todos los pedófilos cometan abusos. Se aplica, entonces, la misma crítica señalada en la sección anterior sobre las afirmaciones sin sustento en investigaciones científicas serias.

Además, remarco que el uso de conceptos patológicos para justificar una prohibición penal no es admisible. En primer lugar, porque si una persona experimenta fantasías o deseos sexuales hacia niños, ello no implica que indefectiblemente actuará abusando de uno. En segundo lugar, porque si efectivamente tuviera una tendencia irrefrenable que le impide o dificulta controlar su conducta, bien podría considerarse que padece un trastorno mental peligroso para terceros, que requiere tratamiento médico por fuera del derecho penal. En tercer lugar, porque si, determinado

operaciones de compra y venta se efectúen únicamente en ese mercado formal, pues solo aquel puede generar un derecho de propiedad no viciado respecto de los compradores y ganancias lícitas respecto de los vendedores”.

³⁵ Cámara de Senadores, Período 135°, 5ª. Sesión ordinaria. 29 y 30 de noviembre de 2017. Versión taquigráfica. Pág. 136.

³⁶ Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría. 302.2 (F65.4).

por tal trastorno, efectivamente cometiera alguna conducta dañosa, sería muy discutible la capacidad de culpabilidad del sujeto.³⁷

6. Tenencia como acto moralmente reprochable y dañino para la sociedad.

A la hora de estudiar la compatibilidad entre la prohibición de la mera tenencia y el art. 19 de la CN, se observan también muchas afirmaciones que colocan a la posesión como un acto reprochable y que daña a terceros, pero sin explicar profundamente por qué ello es así.

Del proyecto de ley presentado por la Senadora CREXELL, podemos observar algunos pasajes: *“...la tenencia de pornografía infantil debe pensarse como un tipo autónomo, ya que de por sí es una conducta reprochable por la sociedad” (...)* *“Nuestro Código Penal tiene varios ejemplos en donde se pena la tenencia de algún elemento que de por sí es considerado peligroso para la sociedad. (...) Lo mismo ocurre con la tenencia de estupefacientes (...)”*.³⁸ En el debate parlamentario, puntualmente en la exposición del diputado BRUGGE: *“No se vulnera la intimidad de la persona porque justamente el artículo 19 de la Constitución Nacional dice que las acciones privadas de los hombres están exentas del control de los magistrados, siempre y cuando no afecten los derechos de los terceros. Y en este obviamente se están afectando los intereses de los terceros y los de toda la sociedad porque el interés del niño también es un derecho humano”*.³⁹

Estos argumentos no son convincentes, debido a que constituyen meras invocaciones genéricas. Es cierto que la tenencia de representaciones de contenido sexual de NNyA en la actualidad es un acto que es considerado reprochable por la sociedad. Es decir, su incorrección de acuerdo con la moral positiva es casi indiscutible, y su afirmación no requiere una gran carga argumental. Además, adscribo a una teoría que entiende que debe distinguirse analíticamente la afectación al bien jurídico (o daño) de la incorrección moral de una conducta, y que ambos son presupuestos necesarios para la criminalización.⁴⁰ En definitiva, necesitamos que la incorrección moral se encuentre de la mano de una afectación a un bien jurídico, punto sobre el que es necesaria una carga argumental fuerte, y no invocaciones genéricas.

³⁷ Me refiero a si su trastorno mental le permite comprender la criminalidad de sus actos y si, en caso afirmativo, le permite actuar conforme a esa comprensión

³⁸ Proyecto de ley S-0363/16. Texto completo en Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 2017, Orden del Día N°787. Págs. 2/5.

³⁹ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 21.

⁴⁰ Coinciden con esta postura, por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ “El ilícito material del delito tributario”, en *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017. También GREEN “Lying, cheating and stealing”, *Oxford University Press*, Nueva York, 2006.

7. Violación a los derechos de los niños

Se observan invocaciones genéricas a los derechos de los niños o a su interés superior para legitimar la prohibición penal. Argumentos de este estilo vemos en la exposición del diputado BRUGGE: “*A veces también se tenía que recurrir a otros tipos penales para avanzar sobre lo que hoy queremos proteger, que es nada más ni nada menos que el interés superior de los niños*”.⁴¹

Cabe considerar que el interés superior de la infancia es un concepto impreciso como bien jurídico. Si bien es cierto que los bienes jurídicos protegen, en definitiva, ciertos intereses que las personas consideran importantes o superiores, lo relevante es determinar cuáles son. Si bien es indiscutible que, conforme indica la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Parte deben tener en todos sus actos una consideración primordial al interés superior del niño,⁴² eso no nos exime de explicar cuál o cuáles derechos de los niños son los afectados por la conducta que se pretende criminalizar.

En otro orden de ideas, se advierte que sí es un punto importante por considerar que el tipo penal refiere únicamente a materiales que involucren a NNyA, y no alude a materiales que reflejen a adultos. A partir de eso, extraigo que el interés superior establecido en la Convención, si bien no constituiría un bien jurídico ni explicaría por qué la tenencia daña, sí podría ser un concepto útil para justificar que, una vez determinado un derecho específico de los niños afectado con la tenencia, éste sea protegido vía derecho penal. Ello, en atención a esa protección adicional que merecen por parte del sistema jurídico los derechos de los NNyA. Esta cuestión será retomada más adelante.

8. Violación a la dignidad de los NNyA

En ocasiones se toma a la dignidad como lo verdaderamente lesionado. Por ejemplo, SALVADORI concluye: “*Más correcta parece aquella tesis que considera que la posesión tiene que ser castigada en cuanto que no solamente estimula la producción y la demanda de dicho material sino que perpetúa la lesión a la dignidad de los menores víctimas de delitos sexuales. (...) Por un lado, cada vez que el poseedor de pornografía infantil mira las imágenes poseídas, perpetúa la lesión a la libertad y a la dignidad de los menores*”.⁴³ Coincido en que, en términos generales, el delito vulnera el valor intrínseco que

⁴¹ Cámara de Diputados, Período 136°, 2ª. Sesión ordinaria. 21 de marzo de 2018. Versión taquigráfica. Pág. 20.

⁴² Art. 3.1 CDN.

⁴³ SALVADORI. “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado”, en *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*. Marcial Pons, 2012. Pág. 461.

tiene todo ser humano. Pero, al fin y al cabo, la gran mayoría de los delitos pueden ser reconducidos, en el fondo, como afectaciones a la dignidad de las personas.

Hay delitos donde el injusto radica centralmente en una reducción directa de la víctima a la calidad de objeto, una negación de la persona como fin en sí misma, y la justificación de su criminalización no requiere de mayores fundamentos, porque resulta evidente el modo de afectación de la dignidad. Vemos una instrumentalización patente, por ejemplo, en los delitos de torturas o reducción a la servidumbre, donde la dignidad de la víctima resulta absolutamente negada.

En otros delitos, como el caso de la tenencia, si bien en última instancia la afectación puede ser reconducida a ese valor intrínseco que tiene todo ser humano, entiendo que debemos ser más específicos en cuanto a qué derecho o interés se ve lesionado, que justificaría la aplicación de poder penal. Distinguir con precisión cuál es el bien jurídico afectado permitirá analizar críticamente el derecho.

Piénsese por ejemplo en el delito de hurto, donde puede afirmarse genéricamente que el acto de apoderarse de una cosa ajena implica negar la dignidad de su tenedor anterior, o el de abuso sexual, donde también se puede sostener que al abusar sexualmente de una persona se la coloca en calidad de objeto para satisfacer fines propios. Ambos delitos en última instancia afectan la dignidad, pero resulta imprescindible continuar el análisis y distinguir analíticamente que uno afecta la propiedad,⁴⁴ y el otro la integridad sexual. Si se utiliza un concepto indeterminado como "dignidad" de este modo, posiblemente todos los delitos que protegen bienes jurídicos individuales, en algún sentido, la vulnerarían. Si se quiere captar qué es lo específicamente ilícito, es necesario explicar en qué sentido se produciría una violación a la dignidad y que esa explicación vaya más allá de afirmaciones genéricas.

III. Camino alternativo: la protección penal de la intimidad

Concibo a la intimidad como ese espacio o esfera de libertad que se reconoce a todo ser humano, sobre el que se entiende que tiene facultad de excluir a terceros de su acceso o conocimiento. En definitiva, la porción de libertad que el individuo se reserva al organizar la vida en sociedad comprende un espacio, que no necesariamente es físico, al que los terceros y el Estado no pueden acceder sin su consentimiento.⁴⁵ La intimidad, como derivación del principio de

⁴⁴ También puede afectar la posesión o la tenencia.

⁴⁵ Además de una concepción liberal de intimidad como defensa frente a intromisiones en la vida privada (status negativo), se reconoce también a la intimidad como un derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que conciernen a la

inviolabilidad de la persona, constituye un elemento imprescindible de la vida en sociedad,⁴⁶ a la par de bienes como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad. No podría concebirse una sociedad que preserve estos bienes, pero no reconozca a las personas este espacio de libertad.

Si bien podría pensarse que no es un bien jurídico que justifique la criminalización, lo cierto es que la intimidad juega un rol muy importante en nuestro diseño constitucional, y también es protegida de forma robusta por el derecho procesal penal y el derecho penal. En cuanto al derecho procesal penal, basta observar las limitaciones que existen en todos los sistemas procesales para invadir la intimidad de una persona. Me refiero a los recaudos que deben tomarse para requisar, inspeccionar el vehículo, intervenir las comunicaciones, acceder a los papeles privados o allanar el domicilio de una persona. Del lado del derecho penal, los tipos penales de allanamiento ilegal (art. 151 CP) y violación de domicilio protegen en definitiva la intimidad (art. 150 CP). También está prohibida penalmente la interceptación de correspondencia, comunicaciones electrónicas y telecomunicaciones (art. 153 CP), y el acceso a un sistema o dato informático restringido (art. 153 bis CP), como también a un banco de datos personales (art. 157 bis inc. 1 CP). Entonces, vemos que la intimidad juega un rol importante en el derecho penal y, así como justifica la prohibición de las conductas mencionadas, bien puede justificar la prohibición de la tenencia de materiales de contenido sexual de NNyA.

persona (status positivo). En esta línea se expide PÉREZ LUÑO, quien agrega "...la propia intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir en un valor constitucional de la vida comunitaria". "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", en *Ius Et Praxis*, N°. 21-22, 1993, pág. 17.

⁴⁶ Desde fines del siglo XIX en el ámbito del *common law* se advertía la necesidad de reconocer el derecho a la intimidad. En concreto, WARREN y BRANDEIS, en un famoso trabajo de 1890, se propusieron "considerar si en el derecho vigente existe algún principio que pueda ser debidamente invocado para amparar la intimidad de la persona; y, en caso afirmativo, determinar la naturaleza y extensión de dicho amparo". Ello, en tanto afirmaban que "La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales" (Págs. 26/27). Concluyeron que "El principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de la **inviolabilidad de la persona**. Si estamos en lo cierto, el derecho vigente proporciona un principio que puede ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, **o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos**" (Págs. 46/47. Resaltado propio). *El derecho a la intimidad* (Traducción de Pilar BASELGA), Civitas, 1995. La edición original, bajo el título "The right to privacy", fue publicada en *Harvard Law Review*, vol IV, núm. 5, 1890.

El poseer estos materiales no afecta la integridad sexual de los NNyA entendida como libertad sexual y desarrollo sin injerencias⁴⁷ (pues ella resultaría afectada en un acto previo, el de la producción, que implica en la mayoría de los casos un abuso sexual), tampoco presupone una ayuda posterior al productor, ni una instigación a cometer futuros abusos sexuales. El hecho de que una persona ostente el poder de disponer y visualizar una representación de un niño o adolescente en un acto sexual implica una afectación a su intimidad.⁴⁸ La posesión de esta representación implica una intrusión en su esfera privada, ya que el tenedor tiene la capacidad de acceder y reproducir esa imagen sin el consentimiento del afectado. Lo que proyecta el material que el autor posee forma parte de la esfera de intimidad de un tercero y, como tal, su acceso se encuentra vedado a particulares e incluso al Estado. Ese es un objetivo legítimo que permite justificar la criminalización de la conducta.

Además, está justificado que se proteja mediante el derecho penal un acto que vulnera la intimidad de NNyA, pues la normativa internacional confiere a este colectivo un plus de derechos, una protección superior a la de las personas mayores de edad. Es razonable y esperable, entonces, que el legislador proteja con mayor firmeza la intimidad de los NNyA que la de las personas mayores, incluso si tiene que utilizar el poder penal.

Una argumentación así planteada entiendo que es la que mejor explica el interés a tutelar, cuál es el perjuicio que el tipo penal captura, a la vez que justifica por qué el medio utilizado (prohibición penal) es necesario y proporcionado para lograr el fin propuesto.

No me limitaré a identificar el bien jurídico protegido para justificar el tipo penal, sino que examinaré las repercusiones que genera el argumento basado en la protección de la intimidad en temas muy controvertidos como la llamada "pornografía virtual", la "pornografía simulada", la cuestión del consentimiento, entre otros temas.

⁴⁷ Se podría plantear que la integridad sexual es un bien jurídico amplio que permitiría, incluso, colocar bajo su protección los actos que lesionan la intimidad en su faceta sexual. No obstante, entiendo -como desarrollé en el punto 2.a- que no distinguir analíticamente entre la integridad sexual y la intimidad conllevaría a una pérdida de capacidad crítica. En definitiva, partir de un concepto extremadamente amplio impide delimitar con precisión el ámbito de lo prohibido, tarea fundamental de la teoría del bien jurídico.

⁴⁸ Coincide con esta postura TURIENZO FERNÁNDEZ Op. Cit. (2022), cuando afirma "En los contenidos pornográficos figura algo tan íntimo como es la aparición de un menor en un contexto sexual (y, en su caso, una intromisión ilegítima en su propia imagen). Y dicho aspecto sin duda esencial de la intimidad es vulnerado gravemente cada vez que un consumidor de pornografía infantil visualiza unas imágenes que la víctima desearía que no estuvieran al alcance de otros, lo que puede comportar para ella una nueva victimización respecto a la sufrida tiempo atrás (en clave de depresiones, sentimiento de impotencia, medio a ser reconocida, etc.)". Pág. 1442/1443.

IV. Implicancias de la protección penal basada en la intimidad

1. La pornografía virtual

Podría objetarse que, si bien la protección de la intimidad legitimaría la criminalización de la mayoría de los casos de tenencia que pueden imaginarse, no permitiría criminalizar los casos de representaciones de menores genéricos. Es decir, puros productos digitales que proyectan la figura de un menor. En esos casos, no habría un niño cuya intimidad estaría afectada y la prohibición penal no estaría justificada.

Esta objeción es atinada, porque una prohibición penal de la mera tenencia fundada en la protección penal de la intimidad obliga a acotar el margen de lo prohibido por este tipo penal a lo que estrictamente vulnera la intimidad de un niño o adolescente concreto. Si miramos la prohibición desde el punto de vista de la protección de la intimidad, no luce justificado criminalizar la tenencia de pornografía virtual, pues no hay en ella un tercero cuya intimidad esté afectada. Por otro lado, cabe resaltar que tampoco estaría legitimada la criminalización de la pornografía virtual bajo muchos de los argumentos tradicionales cuya validez se cuestionó en este artículo, como ser la protección de la integridad sexual del menor que el material refleja y la estructura postconsumativa.⁴⁹

En cuanto a este punto, viene bien repasar una discusión producida en Estados Unidos. El debate se produjo en el precedente *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*⁵⁰ del año 2002, y giró en torno a si el Estado puede criminalizar o no la producción y posesión de pornografía virtual.⁵¹ El Estado presentó cuatro argumentos para sostener la constitucionalidad de la ley *“Child Pornography Prevention Act”* de 1996, que criminalizaba la tenencia de pornografía virtual. Los argumentos son similares a los tratados en el punto II. En primer lugar, afirmó que la pornografía virtual causa daños indirectos a niños reales, argumentando que la producción de imágenes virtuales puede conducir al abuso infantil. La Corte no aceptó el argumento, y señaló que *“la pornografía infantil*

⁴⁹ Si no hay un niño real que el material capture, difícilmente puede hablarse de proteger su integridad sexual. Además, si la pornografía virtual no captura un delito previo, no se puede hablar de un favorecimiento o receptación posterior a la comisión de un delito que lo coloque dentro de una estructura postconsumativa.

⁵⁰ *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. 1389 (2002). Traducción propia.

⁵¹ Si bien en Estados Unidos la discusión acerca de la criminalización de la tenencia de representaciones apunta, en general, a la tensión con el derecho a la libertad de expresión, los argumentos volcados en el fallo enriquecen el análisis que aquí se efectúa.

virtual no está 'intrínsecamente relacionada' con el abuso sexual de niños” y que “el vínculo causal es contingente e indirecto”.

En segundo lugar, el Estado argumentó que las representaciones podrían persuadir a la audiencia para que cometa delitos. La Corte rechazó el argumento, y afirmó que *“la perspectiva de crimen, sin embargo, por sí misma no justifica leyes que supriman la libertad de expresión”*, incluso si la pornografía virtual alienta actos ilegales, *“no es una razón suficiente para prohibirla”*. La Corte también afirmó que *“el Estado no ha demostrado más que una conexión remota entre el discurso que podría alentar pensamientos o impulsos y cualquier abuso infantil resultante”*.

Como tercer punto, el Estado invocó el argumento de mercado, y sostuvo que la eliminación del mercado de las representaciones de hechos reales era una razón suficiente para criminalizar la pornografía virtual. La Corte lo rechazó, y señaló lo contrario, es decir, que el mercado de representaciones reales podría ser eliminado si hubiera una fuente alternativa no prohibida. Afirmó que *“si las imágenes virtuales fueran idénticas a la pornografía infantil ilegal, las imágenes ilegales serían expulsadas del mercado por los sustitutos indistinguibles. Pocos pornógrafos se arriesgarían a ser procesados por abusar de niños reales si las imágenes ficticias computarizadas fueran suficientes”*.

En cuarto lugar, el Estado invocó argumentos de corte probatorio, y afirmó que permitir la pornografía virtual podría implicar investigaciones más complicadas contra los abusadores y productores de pornografía real, ya que las imágenes virtuales lucen muy realistas.⁵² La Corte señaló que *“el Gobierno no puede suprimir el discurso lícito como medio para suprimir el discurso ilícito. El discurso protegido no se convierte en discurso desprotegido simplemente porque se parece a este último”*.

En definitiva, vemos que los argumentos invocados por los Estados para fundamentar la criminalización de la llamada pornografía virtual son similares y poco convincentes. En cuanto a las consecuencias que podría tener la asunción de que no es legítima la criminalización de la pornografía virtual, resalto que no es claro que esto genere consecuencias negativas, sino todo lo contrario pues, tal como afirma CISNEROS *“prohibir la pornografía infantil virtual podría estimular el mercado real de la pornografía infantil si las sanciones son las mismas y es más costoso crear pornografía virtual. Si se permitiera la pornografía infantil virtual, los perpetradores de la pornografía infantil real podrían pensar dos veces antes de explotar a los niños reales, ya que habría una alternativa legal y sin*

⁵² En este marco, propuso trasladar esta dificultad al acusado a través de una *“defensa afirmativa”*, en la que podría acogerse si prueba que el material se realizó con menores virtuales, o con personas reales pero mayores de edad.

víctimas. (...) La pornografía infantil virtual podría potencialmente proteger a los niños del abuso, ya que los pedófilos podrían usar esta fuente alternativa para cumplir sus deseos, por repugnantes que sean”.⁵³

Cabe destacar, además, que la solución aquí propuesta se condice con la reserva efectuada por en la ley 27.411 de aprobación del Convenio de Budapest, donde se estableció “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal vigente*” que no regirá el art. 9.2.c, que refiere a la pornografía virtual e incluye dentro de las representaciones prohibidas las “*imágenes realistas que representen a un menor*”. Sin perjuicio de ello, quisiera remarcar que, más allá de que no se encuentra criminalizada en nuestro país la prohibición de la tenencia de puros productos digitales, esta se encuentra prevista en el Convenio, y está prohibida expresamente en muchos países, entre ellos, Alemania.⁵⁴ Por esa cuestión, no descarto que en el futuro el legislador argentino pretenda incluir expresamente dentro de la prohibición penal a la pornografía virtual, y abordo una cuestión adicional.

La tenencia de pornografía virtual no afecta la intimidad de una persona, pero igualmente puede generar sentimientos negativos, tales como asco o indignación. Incluso podría considerársela un tabú. En cuanto a esto, es esclarecedor el trabajo de HÖRNLE,⁵⁵ quien deja en claro que cuando las acciones criminalizadas causan daños materiales o lesionan derechos, no es necesario argumentar acerca de la justificación del castigo de conductas que generan sentimientos negativos o cuestionan tabúes sociales. Este sería el caso de la tenencia de representaciones de hechos y niños reales que, tal como aquí se ha argumentado, lesiona el derecho a la intimidad. Dicho esto, la prohibición penal de la tenencia de pornografía virtual únicamente se podría intentar justificar mediante la afirmación de que vulnera tabúes sociales o genera sentimientos negativos. Pero esta justificación, a diferencia de lo que sucede con la afectación del derecho a la intimidad, es sumamente controvertida, ya que no tiene cabida dentro la corriente liberal tradicional.

Por último, quisiera destacar que, sin perjuicio de que ha quedado claro que la tenencia de puros productos digitales no afecta derechos individuales en general, ni la intimidad en particular, la prohibición podría intentar justificarse mediante la invocación de un interés colectivo difuso

⁵³ CISNEROS. “Virtual Child Pornography on the Internet: A ‘Virtual’ Victim?”, en *Duke Law & Technology Review* 1-8, 2002, Pág. 5. Traducción propia.

⁵⁴ StGB § 184b.

⁵⁵ HÖRNLE, “La protección de sentimientos en el StGB” (Traducción de María MARTÍN LORENZO), en *La Teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Coord. por Roland HEFENDEHL, 2007, ISBN 978-84-9768-358-6, págs. 383/402.

como, por ejemplo, “el interés superior de la infancia”.⁵⁶ En cuanto a ello, HÖRNLE y KREMNIETZER exploraron la posibilidad de justificar la criminalización de estas conductas mediante la apelación a un bien colectivo como “la dignidad en general”, y concluyeron que ello puede brindar una buena *razón adicional* para justificar la prohibición.⁵⁷ En este sentido, coincido en que estas invocaciones pueden brindar, en el mejor de los casos, *razones adicionales* para reforzar una criminalización que ya se encuentre justificada, pero no constituyen argumentos suficientes para cimentar una prohibición penal. Lo mismo ocurre con la pornografía simulada, que se analizará en el siguiente acápite.

2. La pornografía simulada

La prohibición penal fundada en la protección de la intimidad de los NNyA no permite justificar la criminalización de la tenencia de pornografía simulada, que estaría constituida por las representaciones que capturen a mayores de edad que simulan o aparentan ser menores. En estas representaciones no hay un niño o adolescente cuya intimidad esté afectada.

Si aceptamos que el bien jurídico protegido es la intimidad del niño o adolescente capturado en la representación, queda fuera del ámbito de justificación la criminalización de la tenencia de representaciones que involucran a mayores de edad. No resulta relevante el hecho de que los mayores en cuestión simulen ser personas menores. Lo dirimente para entender justificada la criminalización no es lo que aparentan ser, sino lo que son.

En idéntica línea con lo expuesto en el punto anterior, esta solución también se condice con la reserva efectuada por en la ley 27.411 de aprobación del Convenio de Budapest, donde se estableció que no regirá “*por entender que son supuestos que resultan incompatibles con el Código Penal*”

⁵⁶ Argumento que es invocado también como justificación de la tenencia en general, y he criticado en el punto 2.i.

⁵⁷ HÖRNLE y KREMNIETZER. “Human dignity as a protected interest in criminal law”, en *Israel Law Review* Vol 44 (2012), 143-167. Traducción propia. En cuanto a ello, afirmaron que “esto implica un paso decisivo: aceptar la dignidad humana como un valor objetivo y, por tanto, considerar argumentos morales que no están relacionados con los derechos individuales. Este paso supone entrar en terrenos resbaladizos. Se podría objetar a este paso argumentando que el argumento de la ‘dignidad humana objetiva’ podría ser un caballo de Troya para re moralizar cuestiones relativas a la criminalización.

Como tendencia general, esto merecería críticas. No obstante, en el ámbito limitado del contenido multimedia que incluye escenas profundamente humillantes, se podría considerar la posibilidad de reforzar los argumentos existentes sobre la puesta en peligro. Es difícil juzgar empíricamente si los espectadores de películas pornográficas violentas, películas de terror extremo o representaciones ficticias de sexo con niños tienden a replicar lo que ven. Basarse en la dignidad humana como valor objetivo podría suponer una razón adicional para prohibir la producción y venta de dichos materiales” (Pág. 166/167).

vigente” el art. 9.2.b, que refiere a la pornografía simulada e incluye dentro de las representaciones prohibidas las de personas “que aparecen como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito”.

En la pornografía simulada hay una representación de una persona real, pero esta no es menor de edad. Por consiguiente, no hay afectación a la intimidad de un menor que justifique la criminalización de la posesión de esa clase de representación.

3. Los adolescentes que consienten la producción y posesión

Si tomamos por válidos algunos de los fundamentos cuya legitimidad fue cuestionada, resultaría irrelevante a los efectos de la criminalización un eventual consentimiento de un adolescente en la producción y posesión del material.⁵⁸ Ahora bien, si tomamos a la intimidad como el bien que el tipo penal protege, ya no aparece como irrelevante el consentimiento, y genera dudas si se encuentra legitimada la punición de un material obtenido de, por ejemplo, un adolescente de diecisiete años que se toma una fotografía y consiente su reproducción y tenencia en manos de un tercero. En definitiva, la intimidad es un bien que merece protección ante injerencias no consentidas, por lo que una intrusión consentida no podría considerarse dañina.

HÖRNLE y KREMNIETZER advierten esto, y sostienen “*Si se trata de la participación voluntaria de menores (de 16 o 17 años), la cuestión del consentimiento merecería algo más de atención. Sin embargo, mientras no se considere que los menores actúan con el mismo grado de autonomía que la ley atribuye a los adultos, se puede justificar que se impida a los menores participar en producciones pornográficas. Se trata de una forma permisible de ‘paternalismo blando’.*”⁵⁹ Así, podría entenderse que los adolescentes que admitan la tenencia de una representación suya a manos de terceros pueden estar tomando una decisión sin considerar las consecuencias que ello podría causar a largo plazo, situación que podría generarles en el futuro sentimientos negativos como remordimiento, vergüenza o repugnancia, a la par de afectar su intimidad. Dicho eso, habría que explorar la posibilidad de fundar una prohibición paternalista, entendida como una medida que protege a un sujeto de realizar una acción que perjudica sus propios intereses.

⁵⁸ Si consideramos como fundamento de la criminalización al tenedor como una persona que padece una patología, o si partimos de la tenencia genéricamente como acto moralmente reprochable y dañino para la sociedad, no sería relevante el hecho de que el material refleje a un adolescente que haya consentido la tenencia.

⁵⁹ HÖRNLE y KREMNIETZER. Op. Cit. (2012). Pág. 156. Traducción propia. Continúa el argumento y afirma que “Si los adultos consienten en actuar en películas pornográficas, la dignidad humana como derecho individual no está en juego. Con los menores, la falta de consentimiento válido significa que la dignidad humana individual está en juego, incluso si los menores afirman actuar voluntariamente”.

Resulta complicado justificar medidas paternalistas en un Estado liberal, máxime si estas consisten en una prohibición penal, pero bien pueden estar justificadas en casos conocidos como paternalismo blando e indirecto.⁶⁰ En cuanto a las medidas paternalistas que estarían justificadas, FEINBERG diferencia entre el paternalismo duro, que define así: “*El paternalismo duro aceptará como razón para la legislación penal que es necesario proteger a los adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias perjudiciales más allá de sus elecciones y compromisos plenamente voluntarios*”, del paternalismo blando, que define así: “*El paternalismo blando sostiene que el Estado tiene derecho a impedir una conducta perjudicial [de un sujeto] para sí mismo (...) cuando, pero sólo cuando, esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando es necesaria una intervención temporal para establecer si es voluntaria o no*”.⁶¹ Por su parte, MONTI define el paternalismo directo y el indirecto del siguiente modo: “*El paternalismo directo consiste en prohibir una acción porque ella es contraria a los intereses del agente. Por ejemplo, prohibir el consumo de drogas porque ello es perjudicial para los consumidores. El paternalismo indirecto consiste en prohibir una acción de un tercero a efectos de evitar otras acciones que son perjudiciales para el agente que las realiza. Por ejemplo, prohibir la venta de drogas a efectos de reducir su circulación, en virtud de que es perjudicial para los consumidores*”.⁶²

La prohibición en estos casos se justificaría si entendemos que la conducta del adolescente es sustancialmente no voluntaria debido a su inmadurez (paternalismo blando) y, además, la prohibición se dirige hacia la tenencia por parte de un tercero, no sobre el propio adolescente perjudicado (paternalismo indirecto). Ello implica que no sería legítima la criminalización del adolescente que posea representaciones propias (paternalismo directo), como tampoco lo sería en casos en que la conducta del adolescente de permitir la posesión a un tercero no pueda reputarse como inválida (paternalismo duro). A propósito de cuándo podemos reputar el asentimiento como inválido por inmadurez, destaco que no hay una línea divisoria clara entre las capacidades de

⁶⁰ Cabe considerar que, incluso quienes se pronuncian en contra del paternalismo, por contraponerse a su modelo liberal, únicamente se expiden en contra de su versión aplicada en adultos. Por ejemplo, MONTI afirma “La idea es que, así como quienes atacan ilegítimamente a otros pierden la autoridad para demandar que el otro no los dañe proporcionalmente a efecto de defenderse, quienes consienten una acción de otro pierden la autoridad para demandarle que no la realice. Nótese que esto explica el rol fundamental que el liberalismo asigna al consentimiento. La consecuencia es que el Estado no puede prohibir ninguna acción a efectos de evitar una actividad consensual **entre adultos**, por más inmoral o dañosa para los agentes que sea”. “Neutralidad, autonomía y paternalismo”, en *Libres e iguales*, UNAM-IIJ, (2017) 115-147. Pág. 143. Resaltado propio.

⁶¹ FEINBERG. *Harm to self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 3. Oxford University Press. 1986. Pág. 12. Traducción propia.

⁶² MONTI. Op. Cit. (2017). Pág. 136.

la niñez, la adolescencia y la adultez, sino que se trata de un desarrollo continuo sobre el que, a lo sumo, podemos formular abstracciones.⁶³

MAYER LUX, a la hora de analizar la legislación chilena, que resulta análoga a la argentina, concluye que *“En la actualidad, según la literalidad del precepto, un adolescente tendría la posibilidad de practicar actividades sexuales, pero no podría consentir en que un tercero capte imágenes suyas dedicándose a tales actividades”*, y agrega que *“Plantear que un adolescente no está en condiciones de comprender los efectos que puede tener la reproducción de sus actividades sexuales no resulta convincente si es que se le reconoce una capacidad para comprender el ejercicio de su sexualidad”*.⁶⁴ Coincido en cuanto a que la edad a partir de la que se admite a un adolescente brindar un consentimiento válido debe guardar armonía con el resto del ordenamiento jurídico.⁶⁵

Según la legislación argentina los adolescentes alcanzan la edad de consentimiento sexual a partir de los trece años, y cuentan con una protección adicional para casos de aprovechamiento de su inmadurez sexual entre los trece y los dieciséis años.⁶⁶ Además, los mayores de dieciséis años pueden votar,⁶⁷ son punibles para delitos con pena de prisión de más de dos años,⁶⁸ y son considerados como adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.⁶⁹

A partir de esto, aparece armónico con el resto del ordenamiento jurídico tomar el piso de los dieciséis años para evaluar la posibilidad de consentir, y propongo tres casos hipotéticos para analizar la cuestión:

⁶³ En esta línea, FEINBERG. Op. cit. (1986). Pág. 326. También, Roxin, quien sostiene que “cuándo existe una ‘concreta capacidad de comprensión y de juicio’, es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad”. Op. cit. (1997). pág 538.

⁶⁴ MAYER LUX, Laura. Op. Cit. Pág. 10.

⁶⁵ La cuestión del consentimiento de los adolescentes es advertida por la Directiva 2011/92/ue del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que en su artículo 8.3 establece que *“quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 5, apartados 2 [criminalización de la adquisición y posesión de pornografía infantil] y 6 [criminalización de la producción de pornografía infantil], será aplicable a la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos”*.

⁶⁶ El art. 119 primer párrafo del Código Penal, mediante una medida de paternalismo blando e indirecto, presume que no hay consentimiento antes de los trece años. A su vez, el art. 120 criminaliza los contactos sexuales cuando obedezcan a un aprovechamiento de la inmadurez sexual de un menor de dieciséis años.

⁶⁷ Código Electoral Nacional, art. 1.

⁶⁸ Régimen Penal de la Minoridad, Ley 22.278, art. 1.

⁶⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 26 *in fine*.

Caso A: *Un sujeto de treinta años mediante un perfil falso de red social engaña a un adolescente de dieciséis años y este le envía una fotografía de sus partes genitales. El sujeto la guarda en su teléfono.*

Caso B: *Un sujeto de treinta años se aprovecha de la inexperiencia de un adolescente de dieciséis años, lo persuade, y el adolescente le envía una fotografía de sus partes genitales. El sujeto la guarda en su teléfono.*

Caso C: *Un adolescente de dieciséis años, a pedido de su novia de dieciocho años, se toma una fotografía de sus partes genitales y se la envía. Su novia la guarda en su teléfono.*

En el caso A la criminalización de la conducta estaría justificada en tanto no consentida, toda vez que el engaño excluye el consentimiento. La prohibición no se sustentaría en una protección paternalista del adolescente sino, lisa y llanamente, en la vulneración de su intimidad.

En el caso B hay un aprovechamiento injusto, una explotación del adolescente.⁷⁰ En este caso estaría justificada la criminalización, como una medida de paternalismo blando e indirecto. El asentimiento no puede considerarse sustancialmente válido debido a un aprovechamiento de la inmadurez del adolescente, y la prohibición se dirige hacia la tenencia por parte de un tercero, no sobre el propio adolescente perjudicado.

En el caso C no estaría justificada la criminalización, porque el consentimiento del adolescente mayor de dieciséis años debe reputarse válido. Esta solución se compadece con el piso de edad establecido en otros puntos de la legislación. Además, la conducta aparece como una socialmente aceptada.⁷¹

En definitiva, en cuanto a los adolescentes que permiten la tenencia de una representación propia, la prohibición bien puede fundarse en una medida de paternalismo blando e indirecto. Además, para el caso de los mayores de dieciséis años, piso sobre el que el resto del ordenamiento jurídico reconoce una gran autonomía, propongo diferenciar entre tres supuestos. En primer lugar, los casos de engaño o coacción, en los que el acto no puede reputarse consentido, y donde la prohibición se funda, lisa y llanamente, en la protección de la intimidad. En segundo lugar, los casos de aprovechamiento de la inmadurez de NNyA, donde la prohibición se funda en una

⁷⁰ Sobre la definición de explotación y sus problemas para conceptualizarla: FEINBERG, Joel. "Harmless Wrong-doing. The Moral Limits of the Criminal Law". Volumen 4. Oxford University Press. 1986. Capítulo 31.

⁷¹ Coincido con KUBICIEL quien, a la hora de analizar la legitimación de medidas paternalistas, explica que "el enfoque paternalista tendría que demostrar primero que no es contrario a las convicciones sociales de valores: solo entonces la pena fundada en el paternalismo puede restaurar el derecho de esa sociedad". *La ciencia de la parte especial del derecho penal*. (Traducción de Leandro A. DÍAS y José R. BEGUELIN) Editores del Sur. 2021. Pág. 274.

medida de paternalismo blando e indirecto. En tercer lugar, los casos consentidos libremente, en los que la prohibición no estaría justificada.

4. La no inclusión de afectaciones a la intimidad de los mayores de edad

Una última cuestión para dilucidar es que, si lo que se quiere proteger es la intimidad, resulta incoherente a primera vista que se criminalice su afectación únicamente en casos de personas menores de edad, y no de mayores.⁷² La cuestión impone evaluar si está justificada la distinción entre personas menores y mayores.

Como expliqué en el punto 3, está justificado que se proteja mediante el derecho penal un acto que vulnera la intimidad de un menor, porque la sociedad y la normativa internacional les reconoce una protección superior a la de las personas mayores de edad. Es razonable y esperable, entonces, que el legislador proteja con mayor firmeza la intimidad de los NNyA. Ello no quiere decir que una conducta análoga que tenga como víctima a un mayor de edad, no vulnere su intimidad. Las dos conductas lesionan la intimidad, por lo que, en principio, pueden ser criminalizadas. Pero si atendemos a que en el caso de los NNyA se reconoce una protección superior, no aparece como incoherente que únicamente se proteja vía derecho penal las conductas que vulneren su intimidad.

Lo dicho no invalida que en el futuro se criminalicen conductas análogas que afecten la intimidad de mayores. De hecho, en la Argentina hay varios proyectos de ley que pretenden tipificar conductas de difusión no consensuada de representaciones de contenido sexual,⁷³ y

⁷² TURIENZO FERNÁNDEZ. Op. Cit. (2022), a la hora de analizar el tipo penal, coincide en que la mera tenencia debe criminalizarse porque afecta a la intimidad, pero se pregunta “¿qué obstaría para criminalizar paralelamente el consumo de videos e imágenes de abusos y agresiones sexuales reales de personas mayores de edad y promover, como correlato, las medidas necesarias para retirarlos allá donde sean accesibles? (...) Si, como buena parte de la pornografía infantil, esta pornografía (en concreto, la basada en hechos reales) tiene origen en la comisión pretérita de un delito sexual y afecta a la intimidad de la persona que figura en los contenidos audiovisuales o fotográficos, no logro entender por qué nuestra actitud frente a un caso y otro debería ser distinta”. Pág. 1445.

⁷³ Por citar algunos ejemplos, el proyecto S-2119/2016 de las Senadoras Marina R. RIOFRIO, Beatriz G. MIRKIN y Norma H. DURANGO; el S-43/2020 de los Senadores Claudia LEDESMA ABDALA, Gerardo A. MONTENEGRO y José E. NEDER; y el D-3763/2020 del Diputado Luis PETRI. En los tres proyectos se postula reformar el art. 155 CP (publicación indebida de correspondencia) o incluir un art. 155 bis para criminalizar la difusión no consentida de representaciones de desnudez, de contenido sexual o erótico. Un proyecto más reciente es el de la denominada “Ley Belén”, D-2757/2022 de la Diputada Mónica MACHA, que propone no solamente criminalizar la difusión, sino también la captación no consentida.

específicamente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la difusión no consensuada de representaciones de carácter íntimo constituye una contravención.⁷⁴

V. Conclusión

Los fundamentos que se brindan habitualmente para justificar la criminalización de la tenencia simple de representaciones de contenido sexual de NNyA no son convincentes. Sin embargo, existe un camino alternativo que permite justificar la prohibición de la conducta, basado en la protección de la intimidad de los NNyA registrados en los materiales. Este argumento permite justificar la criminalización en la mayoría de los casos y delimitar con precisión el ámbito de lo prohibido ya que, por ejemplo, no habilitaría el castigo de tenencia de materiales puramente virtuales ni de pornografía simulada, como tampoco de casos de consentimiento libre de adolescentes mayores de dieciséis años.

VI. Bibliografía

ABOSO Gustavo, *Delito de distribución de pornografía infantil en la era digital*, 1ª ed., Hammurabi, 2021.

ÁLVAREZ Javier Teodoro, *La reforma del art. 128 del Código Penal por la Ley 27436: Apreciaciones sobre la prohibición de la simple tenencia de pornografía infantil*. Rubinzal Culzoni. 2018. En www.rubizalonline.com.ar.

BARRIO Fernando J. y SARRICOUET María Cecilia, “El derecho penal y la pornografía infantil en el derecho comparado a nivel internacional, de Argentina, Estados Unidos y Europa”, *ScriptEd*, Volumen 13, Publicación 2, Agosto 2016.

BASÍLICO Ricardo L. y VILLADA Jorge. *Código Penal*, 3ª ed., Hammurabi, 2023 [2020].

CISNEROS Dannielle, “Virtual Child Pornography on the Internet: A ‘Virtual’ Victim?”, *Duke Law & Technology Review* pp.1-8. 2002.

Corte Suprema de Estados Unidos “*ASHCROFT, ATTORNEY GENERAL, et al. v. FREE SPEECH COALITION et al.*”, resuelto el 16 de abril de 2002.

⁷⁴ Art. 75 Código Contravencional.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola” (Fallos: 332:1963) y “Montalvo” (Fallos: 313:1333).

DE LA FUENTE Javier, *Abusos sexuales*, 1ª Ed., Hammurabi, 2021.

DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, Universidad de Málaga, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

DÍAZ CORTÉS Lina Mariola, “Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la directiva 2011/92/ue en la reforma de 2015”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 13 (enero de 2015), págs. 13-50.

DONNA Edgardo, *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 4ta. Ed., Rubinzal-Culzoni. 2011 [1997].

DUPUY Daniela, “Diversos aspectos sobre el delito de pornografía infantil”, *Errejus*, 30 de mayo de 2019.

ESQUINAS VALVERDE Patricia, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2): razones para su destipificación”. *Revista de derecho penal y criminología*, 2.a Época, n.o 18 (2006), págs. 171-228.

FEINBERG, Joel. *Harm to self. The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 3. Nueva York. 1986.

FEINBERG, Joel. *Harmless Wrong-doing. The Moral Limits of the Criminal Law*. Volumen 4. Nueva York. 1988.

FERNÁNDEZ MENDÍA Valentín E., “La simple tenencia y consumo de pornografía infantil en Argentina. Sus problemas legislativos, la privacidad y la Constitución Nacional”. Thomson Reuters, AP/DOC/1013/2017.

FLETCHER, George, *Gramática del derecho penal*. Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE. 1ª edición. 2008. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

GRECO Luis, *Tortura, incesto y drogas: reflexiones sobre los límites del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi. 2014.

GREEN Stuart “Lying, cheating and stealing”, *Oxford University Press*, Nueva York, 2006.

GÓMEZ Martín Víctor, BOLEA BARDON Carolina, GALLEGO SOLER José-Ignacio, HORTAL IBARRA Juan Carlos, UJALA JOSHI Jubert (Directores), VALIENTE IVAÑEZ Vicente y RAMÍREZ Martín Guillermo (Coordinadores) *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

GONZÁLEZ Pablo Gastón, “Inconvenientes en la tipificación e investigación del delito de pornografía infantil (Artículo 128 del Código Penal Argentino)”, *Revista Derechos en Acción* ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686, Año 4/N° 12 Invierno 2019 (21 de junio a 20 de septiembre), pp 299-316.

HILGUENDORF Eric y VALERIUS Eric, *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de la 2da. Edición alemana de Leandro A. DÍAS y Marcelo A. SANCINETTI. Buenos Aires, Ad-Hoc. 2017.

HORNLE Tatjana, “El movimiento internacional contra la trata de seres humanos algunas consideraciones críticas”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 74, Fasc/Mes 1, 2021, págs. 55-71.

HÖRNLE Tatjana, “La protección de sentimientos en el StGB”. En *La Teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Coordinador Roland Hefendehl, 2007, ISBN 978-84-9768-358-6, págs. 383-402.

HÖRNLE Tatjana, “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, *En Letra: Derecho Penal*, nro. 10, 2020, págs. 197-217.

KUBICIEL Michael, *La ciencia de la parte especial del derecho penal*, Traducción de Leandro A. Días y José R. Beguelin. Coordinadores Leandro A. Días y Marcelo D. Lerman. Buenos Aires, Editores del Sur. 2021.

MALAMUTH Neil M., HALD Gert Martin, KOSS Mary, “*Pornography, Individual Differences in Risk and Men’s Acceptance of Violence Against Women in a Representative Sample*” <https://www.researchgate.net/publication/257663668>.

Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-V).

MAYER LUX Laura, “*Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistématico, ilegítimo e inútil*”, versión On-line ISSN 0718-3399, Polít. crim. vol.9 no.17 Santiago, 2014. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992014000100002&script=sci_abstract

MIR PUIG Santiago y CORCOY BIDASOLO Mirentxu (Directores), y GÓMEZ Martín Víctor (Coordinador), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

MONTI, Ezequiel. “Neutralidad, autonomía y paternalismo”. En *Libres e iguales*, Marcelo Alegre (Director), UNAM-IIJ, (2017) 115-147.

MORILLAS FERNÁNDEZ David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*. Dykinson S.L., Madrid, 2005.

FRANCISCO MUÑOZ Conde, *Derecho penal. Parte especial, 20ª ed.*, Tirant lo Blanch, 2015 [1995].

OXMAN Nicolás, “Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica”. *Polít. crim.* Vol. 6, N° 12 (Diciembre 2011), Art. 2, pp. 253-295.
http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A2.pdf.

PÉREZ BARBERÁ Gabriel, *El ilícito material del delito tributario*. En *Institutos de Derecho Penal Tributario* (Carolina Robiglio Directora), Buenos Aires, Ad Hoc, 2017.

PÉREZ LUÑO Antonio “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”. *Ius Et Praxis*, Vol. 21, n.º 21-22, 1993, pp. 11-38.

Proyectos de ley y debates parlamentarios de las leyes 27.436 y 26.388.

ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Thomson Reuters, Civitas, 1ra. Ed. en español, 2014 [1997].

SCHROEDER Friedrich Christian, ECKSTEIN Ken y FALCONE Andrés (coordinadores), *Delitos de posesión o tenencia*. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, 2da. Ed., Buenos Aires, BdeF, 2006 [1999].

SOLAVAGIONE Lucía, “La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización”. En *Letra: Derecho Penal*, Año V, número 8, pp. 117-153.

TRUCONE, Santiago. “Delitos acumulativos ambientales: Una aproximación desde el republicanismo”. En *Revista de Derecho Ambiental*. Universidad de Palermo. 2013. ISSN: 2250-8120. Pp. 59-98.

VERDE Alejandra, “Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación”, *InDret*, 2020.

WARREN Samuels y BRANDEIS Louis, *El derecho a la intimidad*. Traducción de Pilar BASELGA, Civitas, 1995. La edición original, bajo el título “The right to privacy”, fue publicada en *Harvard Law Review*, vol IV, núm. 5, 1890.

CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLACIÓN IMPRUDENTE: UNA PROPUESTA PARA EL DERECHO ARGENTINO

Mariano Nicolás ONECA*

Fecha de recepción: 9 de abril de 2024

Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2024

Resumen:

La violación es una conducta que puede cometerse con imprudencia. El Código Penal argentino no contempla esa posibilidad. Ello trae problemas de sobrecriminalización –casos que podrían ser resueltos por esa vía son subsumidos bajo el tipo doloso– y de subcriminalización –casos que podrían ser resueltos por esa vía son resueltos por atipicidad–. El objeto de este ensayo es plantear el caso en favor de la legislación de un tipo penal de violación imprudente. En lo que sigue, definiré los términos esenciales y el universo de casos que acompañarán a este ensayo. Desarrollaré las razones morales y prácticas que considero decisivas en favor de la criminalización, junto con un puñado de ejemplos particularmente ilustrativos. Como toda norma imprudente, su acatamiento se verá ceñido a un deber de cuidado –que llamaré “de reaseguramiento”– exigible solo cuando la información para su cumplimiento resulte epistémicamente accesible ante un observador objetivo. Expondré algunas precisiones en torno a los conceptos de razonabilidad e imprudencia. Luego, contrastaré lo expuesto hasta allí con el Código Penal argentino, para concluir que la mejor forma de cumplir con el deber de cuidado es recabando el consentimiento expreso del otro, previo a la acción consumativa de la conducta.

Palabras claves: abuso sexual, violación, delitos sexuales, criminalización, autonomía, consentimiento, culpa, imprudencia, negligencia, dolo eventual, deberes de cuidado

* LL.M. Criminal Law and Criminal Justice (Universidad de Edimburgo), Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP), Especialista en Derecho Penal (UTDT), Profesor Adjunto (ISSP, cátedra Sancinetti). Contacto: mariano.oneca@gmail.com. Agradezco especialmente a Alejandra Verde por la tutoría sobre este trabajo; y a Andrés Salamone y Giuliana Laraia por sus comentarios y aportes. Salvo donde se indica, las traducciones me pertenecen.

Title: Criminalization of negligent rape: a proposal for Argentine law.

Abstract:

Rape can be committed negligently. The Argentine Penal Code does not contemplate said possibility. This entails problems of overcriminalization – cases that could be solved in that way are subsumed as intentional – and undercriminalization – cases that could be solved in that way are not prosecuted at all –. The purpose of this essay is to argue in favor of the criminalization of negligent rape. In what follows, I will define the key terms and the universe of cases used in this essay. I will develop the moral and practical reasons that I consider decisive in favor of criminalization, together with a handful of particularly illustrative examples. Like any negligence-based rule, its compliance will be limited to a duty of care – which I will call “of reassurance” – enforceable only when the information for its compliance is epistemically accessible to an objective observer. I will present some clarifications regarding the concepts of reasonableness and imprudence. Then, I will contrast what has been stated so far in the essay with the Argentine Penal Code, to conclude that the best way to comply with the duty of care is by obtaining the express consent of the other, prior to the consummation of the conduct.

Keywords: sexual assault, rape, sexual offenses, criminalization, autonomy, consent, culpable mistakes, imprudence, negligence, recklessness, duties of care

Sumario: I. Aclaraciones preliminares; II. Un universo de casos en la penumbra; III. Consideraciones en favor de una respuesta penal; IV. El caso genérico de violación imprudente; V. El deber de reaseguramiento; VI. Precisiones en torno al concepto de razonabilidad; VII. Precisiones acerca de la imprudencia; VIII. Las teorías del consentimiento sexual; IX. Jurisprudencia relevante; X. Conclusiones; XI. Posfácio: más allá del derecho penal; XII. Bibliografía.

I. Aclaraciones preliminares

En primer lugar, en el presente ensayo utilizaré el término “violación” para referirme al “acceso carnal por vía vaginal, anal u oral, o a la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las primeras dos vías, sin el consentimiento de la persona que es penetrada”. Esa conducta, en su modalidad dolosa, es la que el legislador tipificó –bajo el nombre de abuso sexual con acceso carnal– en el artículo 119, tercer párrafo, del Código Penal (CP), a partir de la sanción

de la ley 27.352 en el año 2017. Coincide, a su vez, con la definición de “violación sexual” adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹

En segundo lugar, no habré de ingresar en la diferenciación entre imprudencia y negligencia (ejemplificada comúnmente como “imprudencia es hacer de más y negligencia es hacer de menos”), sino que utilizaré el primer concepto para abarcar a ambos. El Código Penal, cabe recordar, utiliza siempre la expresión “imprudencia o negligencia”, sin realizar distinciones al respecto (arts. 84, 94, 177, 189, 196, 203, 223, 253 ter, 254, 255, 262, 277 ter y 293 bis). De acuerdo con ZAFFARONI, SLOKAR Y ALAGIA:

“No hay definición de culpa en la parte general del código penal. Su construcción debe basarse en las disposiciones de la parte especial, en particular en el art. 84 (homicidio culposo), que proviene del *Co*□*dice Zanardelli*. Aunque aparentemente enuncia como *formas* la *imprudencia*, la *negligencia* y la *impericia*, se trata de las formas clásicas del derecho romano que, en rigor, pueden reconducirse a las dos primeras, sosteniendo algunos autores que ambas son también reconducibles recíprocamente y optando, no sin cierta arbitrariedad, por una u otra como denominación genérica. Dado que la cuestión terminológica no es determinante, *se emplean aquí como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia*”.²

En tercer lugar, en todos los ejemplos hablaré de dos personas: A y B. No habrá ejemplos relativos a los delitos tipificados en el primer ni en el segundo párrafo del artículo 119 (los abusos sexuales llamados “simples” y “gravemente ultrajantes”). Tampoco utilizaré ejemplos relativos a los tipos penales del artículo 120 (los abusos sexuales cometidos contra una persona menor de dieciséis años, “aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente”). Ello se

*LL.M. Criminal Law and Criminal Justice (Universidad de Edimburgo), Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP), Especialista en Derecho Penal (UTDT), Profesor Adjunto (ISSP, cátedra Sancinetti). Contacto: mariano.oneca@gmail.com.

Agradezco especialmente a Alejandra Verde por la tutoría sobre este trabajo; y a Andrés Salamone y Giuliana Laraia por sus comentarios y aportes. Salvo donde se indica, las traducciones me pertenecen.

¹ “[L]a violación sexual no implica necesariamente una relación sexual por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Espinoza González vs. Perú”, 20 de noviembre de 2014, párr. 192.

² ZAFFARONI, SLOKAR Y ALAGIA, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007 [2000], p. 429.

debe, principalmente, a que la comisión imprudente de aquellas conductas presenta cuestiones que ameritan un ensayo propio.

En cuarto lugar, el consentimiento será entendido como una parte esencial de la agencia humana y, por ende, de la autonomía personal. Como explica Stuart P. GREEN, este requiere de, por lo menos, dos agentes morales: uno que busque recabarlo y otro que lo conceda o lo niegue.³ De ser concedido, será válido en tanto sea otorgado voluntariamente (i.e., un ejercicio consciente de la voluntad), conscientemente (i.e., comprendiendo los elementos básicos que rodean el acto que se consiente) y competentemente (i.e., con capacidad para comprender y apreciar el acto que se está consintiendo, junto con sus riesgos y potenciales beneficios).⁴

Por su parte, el “consentimiento expreso” será entendido como un acto voluntario, es decir, ejecutado con discernimiento, intención y libertad, y manifestado por un hecho exterior.⁵ De todos modos, esta cuestión será desarrollada en un acápite especialmente dedicado a las teorías del consentimiento sexual. Por el momento, solo cabe adelantar que la propuesta del presente ensayo implica complementar el modelo de “consentimiento tácito” que el CP adoptó para la violación dolosa e introducir, únicamente para el tipo penal de la violación imprudente, el deber sobre A de recabar el consentimiento expreso de B.

En quinto lugar, por “intoxicación” o “disminución en la capacidad de agencia” me referiré a que las capacidades mentales y físicas necesarias para que B pueda consentir una acción voluntariamente se encuentran sustancialmente alteradas, en comparación con su estado en general.⁶ Naturalmente, el límite entre un estado y otro varía de persona a persona y no puede ser definido con mayor certeza que *el estado en el que esa persona se encuentra usualmente cuando es capaz de consentir una acción voluntariamente*. Y, si es un desconocido, el estado en el que las personas de similares características se suelen encontrar para idénticos fines.

Por último, si bien no puedo desconocer que las mujeres son las víctimas mayoritarias de la violación, este trabajo se encuentra pensado para todos los casos, con independencia del género o la orientación sexual de las personas involucradas.

II. Un universo de casos en la penumbra

³ GREEN, *Criminalizing Sex*, Oxford University Press, 2020, p. 33.

⁴ GREEN, *supra* nota 3, p. 28.

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 260.

⁶ COWAN, “The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity, and the Evaporation of Consent to Sex”, *Akron Law Review*, vol. 41, 2008, p. 904.

Cuando nos adentramos en la cuestión del consentimiento sexual (su forma, contenido, extensión, etc.), hay voces que enfatizan la necesidad de “prestar atención” al estado en el que se encuentran las personas involucradas,⁷ a fin de concientizar acerca de las relaciones sexuales no consentidas bajo los efectos del alcohol u otras sustancias.⁸ En líneas generales, este mensaje se encuentra dirigido a un público que probablemente se considere lejano al estereotipo de un “violador” (léase una persona extraña a la víctima, que aprovecha la poca iluminación de la calle a altas horas de la noche).⁹ Sin embargo, las violaciones cometidas por personas extrañas a la víctima son infrecuentes.

Por ejemplo, según la Oficina Nacional de Estadísticas del Reino Unido, en el año 2022 el 46% de las víctimas de violación mayores de 16 años fueron sometidas por su pareja o expareja.¹⁰ Por otra parte, el 37% de las víctimas entrevistadas entre marzo 2017 y marzo 2020 afirmaron que el hecho ocurrió en su hogar; mientras que el 9%, en espacios públicos. Asimismo, cabe destacar que el 39% de las víctimas reportaron que su agresor se encontraba alcoholizado, mientras que el mismo porcentaje afirmó lo mismo acerca de ellas.¹¹ Acorde a la académica canadiense Janine BENEDET, “la vasta mayoría de los abusos sexuales contra mujeres intoxicadas ocurren cuando la denunciante se ha intoxicado voluntariamente y no está totalmente inconsciente”.¹² Conclusiones similares han llevado a otras naciones a sancionar sus propias

⁷ Amnistía Internacional, “¡Hablemos del sí!”, 29 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2018/11/rape-in-europe/> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

⁸ Thames Valley Police, “Tea and Consent”, 16 de noviembre de 2015. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=pZwvrXVavnQ&t=3s> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

⁹ GARDNER Y SHUTE, “The Wrongness of Rape”, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 2000, p. 33.

¹⁰ Office for National Statistics, “Sexual offences in England and Wales overview: year ending March 2022”. Disponible en <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/sexualoffencesvictimcharacteristicseotlandandwales/yearendingmarch2022> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

¹¹ Office for National Statistics, “Nature of sexual assault by rape or penetration, England and Wales: year ending March 2020”. Disponible

en: <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/natureofsexualassaultbyrapeorpenetrationenglandandwales/yearendingmarch2020> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

¹² “[T]he vast majority of sexual assaults of intoxicated women occur where the complainant has become voluntarily intoxicated and is not totally unconscious”. BENEDET, “The Sexual Assault of Intoxicated Women”, *Canadian Journal of Women and the Law* Vol. 22, 2010, p. 444.

versiones del delito de violación imprudente, contando varias de ellas con una extensa trayectoria en políticas de estado contra la violencia sexual (como Canadá,¹³ Noruega¹⁴ y Suecia).¹⁵

Lamentablemente, las estadísticas oficiales que he encontrado en Argentina no abordan este fenómeno en particular.¹⁶ Pero, si efectivamente el epicentro de la violación es el ámbito privado, puede que no solo los organismos estadísticos, sino también el sistema de administración de justicia se encuentre obviando datos relevantes. Puede que exista un universo de casos en los que no hubiere violencia, coacción ni aprovechamiento, pero tampoco intención de parte de A. En particular, casos en los que B tuviera su capacidad agencial alterada, por ejemplo, por el consumo de alcohol u otra sustancia psicoactiva y A, por ninguna razón más que su propia imprudencia, no hubiere notado lo evidente para un observador objetivo.¹⁷ Sin embargo, conforme a la legislación argentina, una transgresión a la autonomía sexual causada por una “falta de atención” imprudente es penalmente irrelevante. Por más grave que sea, la imprudencia no tiene asidero en los delitos sexuales.

¹³ El Código Penal canadiense, en su artículo 153.5, aclara que la afirmación de que la víctima consintió el acto no será una defensa posible para el acusado de violación, cuando esa creencia se fundamente en que: “(a) el acusado actuó con *recklessness* o *wilful blindness* (...); o cuando (b) el acusado no tomó los recaudos razonables, dadas las circunstancias por él reconocidas en el momento, para aseverar que la víctima estaba consintiendo”. Como se puede ver, el supuesto (b) es el de una violación imprudente en los términos descritos en este trabajo y se encuentra diferenciado expresamente de los casos de *recklessness*. Código Penal de Canadá (RSC 1985). Disponible en <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

¹⁴ La sección 294 del Código Penal del Reino de Noruega tipifica la “agresión sexual por negligencia grave” (*grossly negligent sexual assault*) con una pena de prisión de hasta seis años. Código Penal del Reino de Noruega. Disponible en https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL_2#KAPITTEL_2 [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

¹⁵ Por su parte, el Código Penal del Reino de Suecia, en la sección §1a del capítulo 6, tipifica el delito de *negligent rape* en los siguientes términos: “El que cometa el acto referido en la Sección 1 y sea groseramente negligente con respecto a la circunstancia de que la otra persona no se encuentra participando voluntariamente será culpable de violación negligente y será condenado, como mínimo, a cuatro años de prisión. Si, en razón de las circunstancias, el acto fuere menos grave, la persona no será responsable”. Cabe aclarar que, cuando ambos códigos se remiten a un delito anterior, se refieren al abuso sexual con acceso carnal, junto con sus modalidades agravadas (*rape* y *gross rape*). Nuevamente, se trata de casos de imprudencia, diferenciados de los supuestos de *recklessness*. Código Penal del Reino de Suecia (SFS 1962:700 Brottsbalken). Disponible en <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

¹⁶ INDEC, Encuesta Nacional de Victimización 2017. Disponible en: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/env_2017_02_18.pdf. [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025]. Se trata de la última encuesta de estas características realizada por el INDEC.

¹⁷ Para un mayor desarrollo sobre el concepto del observador objetivo, ver PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 762-768.

III. Consideraciones en favor de una respuesta penal

Por razones tanto morales como prácticas, sostengo que el derecho penal debe intervenir en ese universo de casos de “relaciones sexuales no consentidas por B y en las que A fue imprudente”. Estas consideraciones se realizan sin perjuicio de que la respuesta penal sea luego moderada con una pena sensiblemente menor que la correspondiente para una violación dolosa (e.g., a través de una escala que permita una condena de ejecución condicional). Por último, cabe aclarar que la culpabilidad será analizada en detalle, a través de distintos ejemplos –hipotéticos y reales– en un acápite propio.

1. Acerca del principio de daño y del legalismo moral

La función preventiva del derecho penal suele ser una “buena razón para la criminalización de una conducta”, pero cuando el daño a ser prevenido sea lo suficientemente grave y el costo de aplicación de la ley en términos de afectación a las libertades sea razonable, “prevenir el daño a otros será no solo una buena razón, sino una razón decisiva”.¹⁸ Como bien explica el estadounidense JOEL FEINBERG, la violación ataca principalmente al consentimiento “genuino y voluntario”, con independencia de otros derechos afectados.¹⁹

En el mismo sentido, GARDNER Y SHUTE, con su “caso puro de la violación” promueven un ejercicio mental en el que nos preguntemos “qué hace primigeniamente malo a la violación”. Al no haber (en principio) un daño concreto a la salud, el foco se centra en la ausencia de consentimiento de B. De igual manera, para DWORKIN, cualquier instrumentalización de una persona, sea o no intencional, vulnera la autonomía personal y ello constituye un daño en sí mismo, independientemente de la falta de intención del autor.²⁰ DOUGHERTY abona esta conclusión al justificar la criminalización de la violación aun cuando no hubiere un daño “concreto”²¹ (refiriéndose a daños a la integridad física). Por lo tanto, es factible concluir que el daño hacia B puede ser igual o superior en un caso doloso que en un caso imprudente.

¹⁸ FEINBERG, *Harmless wrongdoing*, Oxford University Press, 1990, p. 323.

¹⁹ FEINBERG, *supra* nota 18, p. 167.

²⁰ DWORKIN, “Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality”, en CORNELL (ed.), *Oxford Readings in Feminism: Feminism and Pornography*, Oxford University Press, 2000, p. 30.

²¹ DOUGHERTY, “Sex, Lies, and Consent”, *Ethics*, vol. 123, no. 4, The University of Chicago Press, 2013, p 742.

Hasta aquí, he expuesto algunos argumentos originados en el principio de daño, pero también hay argumentos persuasivos para desarrollar desde el legalismo moral. En primer lugar, el sexo no consentido siempre está mal²² —es un *wrong* (i.e., término utilizado en la literatura anglosajona para definir a una conducta incorrecta en sí misma)²³— que, en ciertas ocasiones, merece ser declarado como *public wrong* (i.e., término para definir a la violación de los deberes públicos debidos a la comunidad, como consecuencia del *wrong* ocasionado a la víctima y por la que su autor debe rendir cuentas).²⁴ Justamente, una de las críticas que se le hacen al liberalismo *feinbergiano* es que, en el “caso puro” de violación, identifica un daño donde en realidad hay un *wrong*.²⁵

Bajo ese marco teórico, el doctrinario escocés Antony DUFF explica que, en una entidad política liberal, los *public wrongs* dependerán de “una explicación de los objetivos y valores que definen a dicha entidad política”.²⁶ Una vez identificados, “no condenarlos, o no hacer esfuerzos para identificar y condenar a sus perpetradores, sería no tomar en serio los errores en cuanto a cómo impactan a sus víctimas y a los valores con los que la entidad política está supuestamente comprometida”.²⁷ En definitiva, debemos analizar si los valores que subyacen a la democracia republicana argentina son indiferentes al caso objeto de este ensayo (detallado en profundidad en el acápite siguiente). De ser así, la permanencia de la conducta en la esfera de los *private wrongs* (i.e., que, si bien son conductas inmorales e incorrectas, la comunidad no las declara como tal) se encontraría justificada.

Más allá de la postura de DUFF con respecto a la criminalización de la violación imprudente (que será comentada al analizar el concepto de imprudencia), resulta necesaria una pequeña reflexión. Una conducta que transgrede la autonomía personal de forma tan categórica, bajo una

²² “[W]rongfulness is not just a necessary condition of criminalisation, but its proper focus: we should criminalise wrongful conduct because it is wrongful”. DUFF, *Answering for Crime*, Hart Publishing, 2007, p. 80.

²³ Si bien no he encontrado un término en español que refleje adecuadamente el significado que el legalismo moral otorga al concepto de *wrong*, podría traducirse como “incorrección moral”. De todos modos, a fin de evitar confusiones, utilizaré siempre el término en inglés. Por ese mismo motivo, las citas en las notas al pie n.º 26 y 28 se encuentran en su idioma original.

²⁴ “[T]hey are wrongs because of what they do to their direct victims, and they are crimes or public wrongs, not because of some further injury that they do to ‘the public’, but because they are wrongs that properly concern ‘the public’, ie wrongs that properly concern us all as citizens. What the offender is called to answer for in such cases, what he is condemned for, should not be the unfair advantage he gained or the social volatility or mistrust he caused, but the wrong that he did to his victim”. DUFF, *Answering for Crime*, Hart Publishing, 2007, p. 52.

²⁵ DUFF, *supra* nota 22, p. 139.

²⁶ DUFF, *supra* nota 22, p. 142.

²⁷ DUFF, *supra* nota 22, p. 143.

concepción contemporánea de la libertad sexual, debe ser declarada como un *public wrong*. Sin embargo, en el CP, la autonomía sexual solo se infringe cuando hay dolo de parte de A y no cuando B afirma no haber consentido el acto. Ello se explica, en gran medida, porque el ordenamiento vigente no se centra en una concepción moralmente adecuada del consentimiento. Si bien ha habido diversos avances desde la sanción del CP en 1921 (que serán analizados en el acápite de las teorías del consentimiento), el modelo vigente todavía desconoce el *universo de casos en la penumbra* descripto. Es decir, casos que efectivamente ocurren y que son conductas *mala in se*, con independencia de si el Estado las declara como *public wrongs*.²⁸ Sin embargo, acorde a la letra de la ley, esos casos no transgreden ninguno de los principios comunes a esta entidad política. Ello me lleva a la siguiente cuestión: la función expresiva de la pena.

2. Acerca de la función expresiva y de las razones prácticas

Si resulta razonable concluir que la impunidad vigente se explica, en gran medida, en que la moral positiva no brinda suficiente atención a la voluntariedad del consentimiento,²⁹ el derecho, a través de su función simbólica y expresiva, posee el potencial de transformar esa moral positiva para bien.³⁰ Un ejemplo de ello es la ley 26.618 de matrimonio igualitario, sancionada en el año 2010 cuando tan solo un 39.8% de la población se encontraba a favor del reconocimiento de este derecho.³¹ Trece años después, ese porcentaje aumentó a 70%.³² Ahora bien, la ley de matrimonio igualitario pertenece al derecho civil. Y considerando que el derecho penal es la *ultima ratio*, se requiere de una fundamentación mayor para afirmar que el universo de casos identificado merece una respuesta penal.

Pues bien, la función simbólica referida se encuentra ausente en las otras disciplinas de la ciencia jurídica.³³ Al respecto, SOLER agrega que: “El derecho penal funciona, en general, como

²⁸ DUFF, *supra* nota 22, p. 90.

²⁹ GREEN, “Should law improve morality?”, en University of Oxford Legal Research Paper Series, vol. 73, 2013, p. 33.

³⁰ GREEN, *supra* nota 29, pp. 3-11.

³¹ Isonomía Consultores, “Encuesta: El 46% de los argentinos rechazan el matrimonio gay y un 61% a que adopten”, en *La Política Online*, 14 de julio de 2010. Disponible en <https://www.lapoliticaonline.com.ar/nota/nota-66759/> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

³² IPSOS, “ORGULLO LGBT+ 2023, Una encuesta de Ipsos Global Advisor en 30 países 6 países en LATAM”. Disponible en https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-06/Ipsos%20LGBT%2B%20Pride%202023%20Global%20Survey%20Report_ESP_LATAM%5B70%5D%20%20-%20Solo%20lectura.pdf [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

³³ FEINBERG, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, 1970, p. 98.

sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en un momento dado, reputa fundamentales”.³⁴ Por el contrario, otras respuestas estatales, que “no pretenden condenar las malas acciones”³⁵ (e.g., una condena en sede civil) carecen de estas características e, incluso, pueden resultar perjudiciales para el acusado. Entre otras razones, porque el derecho no penal carece de la presunción de inocencia, adopta un estándar de prueba inferior (balance de probabilidades) y admite la atribución de responsabilidad objetiva.

Sumado a ello, el tipo penal propuesto se integraría a una legislación que ya criminaliza conductas que son menos reprochables que la aquí estudiada. Por ejemplo, si el legislador consideró que hay razones decisivas para tipificar las lesiones culposas –en lugar de delegarlas en la normativa extrapenal– lo propio correspondería para la violación imprudente.

También hay razones eminentemente prácticas en favor de la legislación por la vía penal. La violación dolosa ya integra el catálogo de conductas criminales, por lo que resultaría inconveniente que su variante imprudente fuera relegada a otra ciencia jurídica. Por ejemplo, en una investigación judicial, las distintas teorías del caso pueden plausiblemente variar entre las modalidades dolosa y culposa, por lo que unificar la sede para dirimir esa cuestión resultaría apropiado. Además, que un solo fuero intervenga en el caso promueve la celeridad, evita la repetición de pruebas (entre ellas, la declaración de la víctima, a quien no se debería revictimizar mediante la reiteración ociosa de su relato) y encuadra la cuestión frente a un estrado cuyo proceso y fin busca acercarse a la verdad.

Dicho esto, por el principio de *fair labelling*,³⁶ que en Argentina encuentra su correlato en el de máxima taxatividad de la ley penal, la criminalización propuesta debe realizarse mediante un tipo penal específico. Pues el derecho penal debe ser sumamente preciso a la hora de comunicar qué conductas se encuentran prohibidas y cuál es el estándar de conducta debido. El principal beneficio de ello es que hace más sencillo a los individuos cumplir con la ley, al reducir “el rango de actividades que deben sacrificar para evitar el riesgo de una condena penal”.³⁷ De ser factible, la

³⁴ SOLER, *Derecho Penal Argentino Tomo I*, Buenos Aires, TEA, 1987 [1940], p. 35.

³⁵ DUFF, *supra* nota 25, p. 87.

³⁶ “La necesidad de asegurar que la ley respete y señale las distinciones ampliamente aceptadas entre clases de delitos y grados de *wrongdoings*” y que “los delitos se subdividan y etiqueten de forma que representen adecuadamente la naturaleza y magnitud de la infracción de la ley”. Cf. DUFF, *supra* nota 22, p. 155.

³⁷ ASHWORTH, “A Change of Normative Position: Determining the Contours of Culpability in Criminal Law”, *New Criminal Law Review*, vol. 2, 2008, p. 238.

norma penal debe, además, comunicar qué principio moral protege y qué grado de reprochabilidad merece quien la quebranta.³⁸

En síntesis, hay buenas razones para criminalizar la violación imprudente, tanto desde el liberalismo *à la* FEINBERG, como desde el legalismo moral *à la* DUFF. Además, su tipificación sería beneficiosa para todos los involucrados; disminuiría la infrarrepresentación³⁹ del universo de casos, hoy en la penumbra, que deriva en la impunidad (por lo expuesto, injustificada) de una conducta moralmente reprochable; y permitiría que el sistema de administración de justicia cuente con la alternativa de investigar al autor por el tipo culposo, evitando así supuestos de sobrecriminalización.⁴⁰

Habiendo expuesto las principales razones que subyacen a esta propuesta, corresponde ejemplificar cómo sería un caso de violación imprudente. A continuación, elaboraré un “caso genérico”, es decir, desprovisto de detalles que pudieren influenciar una determinada postura (e.g., si en el caso hablo de niños, mi interlocutor podría inclinarse en favor de la criminalización). A lo sumo, ejemplificaré de forma no taxativa las causales que usualmente derivan en una disminución de la capacidad de agencia. Pues, si bien el marco de actuación de este tipo penal no se encuentra preestablecido, lo más probable es que opere en contextos de abuso de alcohol u otras sustancias estupefacientes (sin perjuicio de que puedan elaborarse decenas de casos particulares, por ejemplo, en los que B padeciere una fiebre intensa o una intoxicación alimentaria). Luego, a modo ilustrativo, describiré una serie de casos en los que A considere innecesario cumplir con el deber de reaseguramiento, pero basado en motivos o creencias *normativamente irrazonables* que impidan, en principio, la subsunción de la conducta en el tipo penal propuesto.

IV. El caso genérico de violación imprudente

³⁸ POWER, “Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, no. 3, Oxford University Press, 2003, p. 402.

³⁹ La infrarrepresentación de una teoría, cabe recordar, termina por socavar el fin que “toda teoría descriptiva debe tener, esto es, que encaje en la práctica sobre la que se pretende teorizar”. Cf. FERRANTE, “El problema de la imprudencia”, en FS-SANCINETTI, Duncker & Humblot, Berlín, 2020, p. 336.

⁴⁰ Este beneficio para el acusado no ha estado exento de críticas. Al respecto: “La gradación en esta área también puede crear la posibilidad de rebajar los cargos o alentar declaraciones de culpabilidad por este delito menor con penas más bajas, que no reconocerían el verdadero alcance del daño experimentado por las víctimas de violación”. Comisión de Reforma Legislativa de la República de Irlanda, “Knowledge or belief concerning consent in rape law”, LRC 122-2019, ISSN 13933132. Disponible en <https://publications.lawreform.ie/Portal/External/en-GB/RecordView/Index/51231> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

Elementalmente, la conducta cuyo reproche legal aquí se promueve es una modalidad imprudente del “caso puro de violación” de GARDNER Y SHUTE.⁴¹ En esta ocasión, B tiene su capacidad agencial alterada (e.g., por el consumo de alcohol u otra sustancia psicoactiva) y A, por ninguna razón más que su propia imprudencia, falla en notarlo, cuando habría sido evidente para un observador objetivo. En ese contexto, A mantiene relaciones sexuales con B, sin incurrir en ninguna de las conductas típicas del art. 119, CP,⁴² pero sin recabar su consentimiento expreso previo a la consumación del acto en los términos del tercer párrafo de dicho artículo.⁴³ B luego manifiesta que no consintió el acto sexual.

Ahora bien, hay una acción por parte de A que podría disminuir seriamente las probabilidades de que el consentimiento de B fuere inválido: previo a que se realice alguno de los actos potencialmente consumativos de la violación (acceso carnal por cualquier vía o introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal), A debe recabar el consentimiento expreso de B. Pues, si bien la regla general en el CP es el consentimiento tácito (i.e., que el silencio se presume como aquiescencia), el legislador podría ser más exigente ante una duda razonable acerca de la capacidad de B para consentir. En definitiva, cuando los indicios de esa duda fueren epistémicamente accesibles para A, este deberá recabar el consentimiento expreso de B. Con la introducción de dicho requisito, la Argentina adoptaría un sistema mixto del consentimiento: tácito para la violación y otros abusos sexuales cometidos con dolo, expreso para la violación imprudente.

La implementación de este mecanismo encaja adecuadamente en los deberes de cuidado, propios de los delitos imprudentes, entendidos como reproches objetivos a la conducta del autor.⁴⁴ En el tipo penal propuesto, el deber (de ahora en adelante, llamado “deber de reaseguramiento”) pesará sobre A desde el momento en el que la información necesaria para dilucidar la alteración en la capacidad de agencia de B fuese epistémicamente accesible para A. El estándar para satisfacer la conducta debida consiste, simplemente, en recabar una afirmación expresa de B acerca de si, en efecto, consiente en mantener relaciones sexuales.

⁴¹ GARDNER Y SHUTE, *supra* nota 9, pp. 4-11.

⁴² 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.

⁴³ Acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o la realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 663-668.

De incumplir con el deber de reaseguramiento, A será responsable por el resultado de su imprudencia. Ello significa que si, en definitiva, el consentimiento de B se encontraba ausente, A habrá cometido una violación imprudente. Ese será el caso, siempre y cuando la conducta no devenga en un supuesto más grave, como el de la violación dolosa (tema que excede a este trabajo). Cabe aclarar que el juicio definitivo sobre la voluntad de B será un asunto exclusivo de B. El Estado solo participará para definir si A resulta penalmente responsable por la transgresión al consentimiento de B. Es decir, el proceso judicial no versará sobre si B efectivamente consintió (a menos que B se rectifique y declare que, en realidad, sí consintió), sino sobre si A cumplió con el deber de cuidado, impuesto como reaseguro para reducir las probabilidades de una relación no consentida.

A continuación, voy a desarrollar en profundidad la noción e implementación del deber de reaseguramiento, junto con algunas precisiones en torno al concepto de razonabilidad.

V. El deber de reaseguramiento: fundamentos e implementación

1. Fundamentos

En términos morales, el deber tiene como norte la idea de que la falta de atención “es un vicio y no una excusa”.⁴⁵ En términos prácticos, aspira a disminuir las relaciones sexuales no consentidas. Cabe aclarar que, si bien la norma podría exigir otros recaudos que redujeran aún más las probabilidades, estos podrían carecer de razonabilidad, proporcionalidad u operatividad. Por el contrario, el deber de reaseguramiento aquí propuesto implica, sencillamente, prestar atención y “volver a chequear” (*check with the victim*).⁴⁶ Ese recaudo, a lo sumo molesto o inconveniente para A, puede evitar un daño considerable (o *serious wrong*) hacia B.

Es que las personas, como sujetos iguales, tenemos no solo derechos, sino también deberes de interacción. Y como el Estado no estará presente siempre que alguien tenga su capacidad agencial comprometida, es razonable delegar en los particulares un deber de cuidado para reforzar, en este caso, la protección de la autonomía sexual. Conforme enseña ASHWORTH:

“Toda persona que quiera mantener un acto sexual con otra tiene la obligación positiva de tomar algunas medidas para averiguar si la otra parte está consintiendo, es decir, si está de

⁴⁵ GARDNER Y SHUTE, *supra* nota 9, p. 35.

⁴⁶ POWER, *supra* nota 38, p. 396.

acuerdo por elección propia y tiene la libertad y la capacidad de hacer esa elección. La situación en la que surge este deber queda a criterio de la primera y la omisión u omisión de realizar las averiguaciones constituye un elemento significativo en la distinción entre un encuentro voluntario y un delito sexual grave. (...) Por lo tanto, si se demuestra que el acusado no tomó medidas razonables para asegurarse de que la otra persona estaba realmente dando su consentimiento, y la otra efectivamente no consintió, él (o, rara vez, ella) puede ser condenado por un delito sexual sobre la base de la omisión”.⁴⁷

En definitiva, quien actúa con desinterés (i.e., sin prestar atención a la información epistémicamente disponible para un observador objetivo) por el consentimiento del otro, denota un apartamiento de los deberes comunicativos que caracterizan a las relaciones íntimas. GARDNER Y SHUTE han denominado a este supuesto una falta de “astucia” imputable al autor, en los siguientes términos: “Ser astuto frente al consentimiento significa no solo prestar atención, sino también tomar en serio las respuestas de la otra persona a lo que uno le está haciendo. Si uno falla en prestar atención a esas respuestas o a tomarlas en serio, no importa si ese error fue causado por malicia, insensibilidad, egoísmo, misoginia, o pura estupidez”.⁴⁸

Por mi parte, más que “deber de astucia”, considero preferible el término deber de reaseguramiento, a fin de no realizar un juicio de valor sobre las atribuciones personales o intelectuales de A, sino únicamente exigirle una forma determinada de actuar. Ese accionar se justifica, en parte, por la desproporción entre el daño (y la probabilidad del riesgo de ese daño) hacia B y lo sencillo de la obligación para A. En términos de ASHWORTH y HORDER: “Hay determinadas situaciones en las que el riesgo de cometer un *wrong* grave es tan evidente que es correcto que la ley imponga un deber de velar por esclarecer los hechos antes de proceder. Además, considerando que los delitos sexuales graves son una negación de la autonomía de la víctima, el esclarecimiento de un hecho vital —el consentimiento— es una cuestión relativamente fácil”.⁴⁹

En definitiva, siempre se debe considerar el contexto, entendido como el conjunto de circunstancias que rodean a una situación determinada. Pues un resultado causal moralmente

⁴⁷ ASHWORTH, *Positive obligations in criminal law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 73.

⁴⁸ GARDNER Y SHUTE, *supra* nota 9, p. 34.

⁴⁹ “There are certain situations in which the risk of doing a serious wrong is so obvious that it is right for the law to impose a duty to take care to ascertain the facts before proceeding. Moreover, not only are serious sexual offences a denial of the victim’s autonomy, but the ascertainment of one vital fact—consent—is a relatively easy matter”. ASHWORTH Y HORDER, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, p. 354.

reprochable marca, en definitiva, una falla en la forma en que el agente ejerció su razonamiento práctico.⁵⁰ Lógicamente, ese conjunto de circunstancias debe, cuando menos, ser epistémicamente accesible para A. Veamos.

2. Implementación: la disponibilidad epistémica como requisito para la exigencia del deber

El deber de reaseguramiento pesa sobre A únicamente si la información acerca de la alteración en la capacidad agencial de B resulta epistémicamente accesible para A. Como explica MOORE: “El derecho presupone que hay datos fácticos acerca de los eventos ocurridos y esos datos pueden a veces conceptualizarse como tropos, abstracciones o universales”.⁵¹ DANCY, por su parte, agrega que son los elementos de la realidad, y no nuestras creencias acerca de esos elementos, los que fundamentan los deberes morales.⁵² Indudablemente, estas valoraciones resultan más sencillas de aceptar para la imprudencia, “a la que se está más acostumbrado a observar como un constructo normativo”, particularmente, como un juicio objetivo de reproche.⁵³

Sin embargo, esos elementos de la realidad deben ser accesibles para A, a fin de evitar el reproche por un “curso causal ciego”. Al respecto, FERRANTE recuerda el famoso ejemplo de SEARLE sobre Edipo y Yocasta⁵⁴ y lo resume de la siguiente manera. Edipo se casó con Yocasta sin saber que era su madre; luego, por razones inaccesibles para las personas, esa unión desencadenó una peste en Tebas. El suceso así descrito, afirma FERRANTE: “[N]o expresa ninguna de las capacidades que pueden caracterizar a Edipo como agente. Podemos referir a él con el lenguaje de las acciones, como lo hacemos al decir que un rayo destruyó el tejado, o un toro arruinó la carrera profesional del torero; pero lo hacemos usando ese lenguaje en sentido extensivo o meramente causal”.⁵⁵ En ese caso, Edipo jamás podría haber previsto que su matrimonio iba a provocar ese resultado, por más atención que pusiera sobre los datos fácticos. Sin embargo, de haber brindado su atención, sí habría descubierto que Yocasta era, en realidad, su madre, pues esa información sí se encontraba a su alcance. Así, queda claro cómo, en el primer supuesto, se trata de un curso

⁵⁰ FERRANTE, “Causation in criminal responsibility”, *New Criminal Law Review*, vol. 11, no. 3, University of California Press, 2008, p. 488.

⁵¹ MOORE, *Causation and responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2009, p. 133.

⁵² DANCY, *Practical reality*, Oxford University Press, 2000, pp. 49-52.

⁵³ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, p. 668.

⁵⁴ SEARLE, *Intentionality, an essay in the philosophy of mind*, Cambridge University Press, 1983, pp. 101 y ss.

⁵⁵ FERRANTE, *supra* nota 39, p. 340.

causal ciego; mientras que, en el segundo, de una falta de atención a la información epistémicamente accesible. Ello demuestra que el desconocimiento de uno o más elementos no siempre será una justificación para el incumplimiento del deber.

De esta manera, si A no recabó el consentimiento expreso de B porque pensó que la intoxicación de B no era tal como para negar su voluntad, ello no será una justificación en la medida en que hubiera tenido a su alcance información relevante para la refutación de dicha creencia. Por el contrario, si esa información era inaccesible para A, el deber de reaseguramiento carecerá de relevancia penal. Pues si bien los deberes deben estar basados en elementos de la realidad, estos a su vez deben ser epistémicamente accesibles para el agente, si es que su incumplimiento ha de servir como base para un juicio moral (superando así el llamado “filtro epistémico”).

Ahora bien, la disponibilidad epistémica se efectúa a los ojos de un observador objetivo. Una vez corroborada, podrá valorarse si había otros elementos que justifiquen el accionar de A, y si estos eran razonables. Pero ese “modelo procedimental de racionalidad”⁵⁶ debe tener en consideración que las pretensiones de A, en cuanto fueren contrarias a la prognosis objetiva, pueden ser irracionales “aunque, a la vez, sean compatibles con una base epistémica o afectiva individual”.⁵⁷ Tal como aclara ROXIN:

“La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (¿ex ante?, ¿ex post?, ¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?, ¿sobre qué base científica?) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior: el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente (...)”.⁵⁸

En síntesis, la imputación por el tipo penal propuesto requiere de una valoración probatoria, a cargo de quien corresponda acorde con el ordenamiento procesal aplicable (e.g., jueces profesionales o jurados), que resuelva si la información epistémicamente accesible para A ameritaba el reaseguramiento del consentimiento de B (y no si B efectivamente consintió, a menos que así lo declare). Esta valoración debe ser *ex post* y desde el punto de vista de un tercero objetivo.

⁵⁶ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, pp. 766 y ss.

⁵⁷ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, pp. 768-769.

⁵⁸ ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Buenos Aires, Thomson Reuters Civitas, 2022 [1997], nm. 32, p. 360.

VI. Precisiones en torno al concepto de razonabilidad

Como se puede advertir, el concepto de “lo razonable” es medular para definir si la creencia de A acerca del consentimiento de B justifica su accionar. Se trata de un concepto normativo, mediante el cual puede determinarse si una “relación cognitiva es razonable o, lo que es lo mismo, *epistémicamente justificada*”.⁵⁹

Para el doctrinario escocés ANTONY DUFF, la razonabilidad tiene dos dimensiones: una epistémica⁶⁰ y otra normativa.⁶¹ En la primera, el observador objetivo debe preguntarse si la conducta de A se sostiene sobre la base de evidencia “epistémicamente adecuada”, es decir, que persuadiría a “un observador racionalmente competente y moderadamente cuidadoso”.⁶² En la segunda, el observador objetivo debe preguntarse si las razones o creencias subyacentes a la actuación de A son moralmente aceptables, es decir, si un observador que tuviera respeto y consideración por B y por los valores expresados en la ley hubiera formado las creencias sobre las cuales actuó. De no ser así, estaríamos no solo ante una razón epistémicamente inadecuada, sino también ante el tipo equivocado de razones⁶³ (e.g., misoginia, homofobia o xenofobia). Mientras el primer supuesto pertenece (a lo sumo) a las conductas imprudentes, el segundo ingresa en el terreno del dolo.

Por ello, el derecho británico es particularmente útil para este ensayo, pues sirve como ejemplo de los dos escenarios a evitar en cualquier propuesta de criminalización de la violación imprudente en el Código Penal argentino. Por un lado, la jurisprudencia posterior al caso *Morgan* (que será analizada en el acápite IX) es un ejemplo de subcriminalización, pues mantiene impune supuestos de *irrazonabilidad normativa*. Por otro lado, la *Sexual Offences Act 2003* (sancionada, entre otras razones, para abandonar la doctrina *Morgan*) criminaliza supuestos de *irrazonabilidad epistémica*.

⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, p. 762.

⁶⁰ “[O]ne who acts on a carelessly formed, epistemically unreasonable and mistaken belief”, DUFF, *Answering for Crime*, Hart Publishing, 2007, p. 293.

⁶¹ “[I]s not just that that reason is epistemically inadequate, but that it is the wrong kind of reason for such an action-guiding belief (...)”, DUFF, *supra* nota 22, p. 294.

⁶² DUFF, *supra* nota 22, p. 294.

⁶³ “The question is whether it is a belief that it is reasonable for an *agent* to form and to act on in the particular situation, and what makes a belief unreasonable in this sense is that in holding and acting on it as he did in the particular situation the agent displayed an ‘unreasonable’ lack of the kind of respect and concern for others that the law demands”, DUFF, *supra* nota 22, pp. 293-296.

Ahora bien, el objeto de este ensayo orbita sobre la razonabilidad epistémica, pues se propone argumentar que hay conductas o errores que actualmente son considerados razonables por ser *normativamente razonables*, a pesar de ser *epistémicamente irrazonables* (supuesto de subcriminalización); y, en sentido inverso, que hay casos que solamente son *epistémicamente irrazonables*, mas son resueltos como *normativamente irrazonables* (supuesto de sobrecriminalización).

Si bien los casos de irrazonabilidad normativa exceden el objeto de este ensayo, a modo ilustrativo cabe mencionar los siguientes: A presupone el consentimiento de B basado en la historia sexual de B; A presupone el consentimiento de B basado en su propia historia sexual; A presupone el consentimiento de B basado en lo que terceros le comentaron; A presupone el consentimiento de B porque sabe que a B le agradan los juegos “de simulación”; y A presupone el consentimiento de B porque este aceptó ir a su casa.

PÉREZ BARBERÁ, por su parte, “identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada”.⁶⁴ En el caso de la violación imprudente, si A no hubiera reasegurado el consentimiento de B, se deberá evaluar si un observador objetivo habría fallado en notar la evidencia que A tuvo a su alcance. Si A “no puede brindar una explicación objetivamente atendible acerca de la relación cognitiva o cognitivo-volitiva en la que basó su comportamiento, ello constituirá un claro indicio de su falta de justificación, esto es, de su irracionalidad (epistémica)”.⁶⁵

En palabras de DUFF, “una persona puede ser responsable de una violación si se muestra lo suficientemente imprudente con respecto al consentimiento de la otra, incluso –pero también en parte– porque actuó con la certeza irrazonable de que ella consintió”. En este aspecto radica la diferencia entre “la estupidez o la insensibilidad del negligente, de la malicia y crueldad del verdadero violador”.⁶⁶ Así, la creencia de A será razonable no en la medida en la que se encuentre convencido de ello, sino en cuanto supere el *test* del observador objetivo (i.e., persona razonable que tiene un interés genuino en recabar el consentimiento de B). Esa valoración tendrá en cuenta si A cumplió con el deber de reaseguramiento y, en caso contrario, si las razones para no hacerlo fueron justificadas.

⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, pp. 756 y ss.

⁶⁵ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 44, pp. 766.

⁶⁶ DUFF, “Recklessness and rape”, *The Liverpool Law Review*, vol. III (2), Liverpool University Press, 1981, p. 52-63.

VII. Precisiones acerca de la imprudencia

Ya en el año 1981 DUFF proponía la criminalización de la violación imprudente, ofreciendo una solución de *lege lata* y otra de *lege ferenda*. La primera consiste en juzgar todos los casos de imprudencia bajo el concepto de *recklessness*. La segunda, compartida por quién escribe, es la creación de un tipo penal específico:

“Aún si la ley penal debe proteger a las personas contra la grosera negligencia de quien actúa conforme a una creencia irrazonable acerca del consentimiento, deberíamos a lo sumo condenarla por un delito nuevo y más leve de ‘coito negligente’: pues su creencia de que aquella consintió no tiene esa indiferencia intencional o temeraria por el consentimiento que hace al verdadero violador”.⁶⁷

Por el contrario, la solución de *lege lata*, es decir, que, en lugar de sancionar un nuevo tipo penal, los delitos sexuales imprudentes sean abarcados por la norma existente vía *recklessness*, resulta inapropiada. Conforme a la jurisprudencia británica, una persona actúa con *recklessness* en una relación sexual “[s]i es indiferente y ni siquiera se representó la posibilidad de que la otra persona podría no estar consintiendo —en circunstancias en las que, de haberle prestado un mínimo de atención al asunto— habría resultado obvia la existencia de un riesgo de que ella podría no estar consintiendo”.⁶⁸ Esta doctrina fue receptada en la *Sexual Offences Act 2003*. En la Parte 1, Sección 1, la norma exige como elemento constitutivo de la violación intencional que el autor (llamado A) “does not reasonably believe” [no crea razonablemente] que la víctima (llamada B) consintió el acto. Luego, aclara que “whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents” [la razonabilidad de una creencia debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidos los pasos que A haya tomado para determinar si B consiente].

Entonces, acorde a esta normativa, si A actúa con *recklessness* (i.e., bajo una creencia irrazonable acerca del consentimiento de B) le corresponderá una pena dentro de la escala para el delito doloso, junto con las ulteriores consecuencias de estigmatización que ello acarrea. El problema, a mi modo de ver, es que el concepto de *recklessness* en la *Sexual Offences Act 2003* se asemeja más al dolo eventual que a la imprudencia, y parece legislado para casos de irrazonabilidad

⁶⁷ DUFF, *supra* nota 66, p. 57.

⁶⁸ CÁMARA DE LOS LORES, “Regina v. Pigg”, 9 de diciembre de 1982 (UKHL J1209-2).

normativa, más que epistémica. La ley no es clara, al contrario, “muchas de sus conductas se encuentran tipificadas extensivamente y recaen en la discreción fiscal para la exclusión de casos”.⁶⁹

En este ensayo, se plantea que el tipo penal de violación imprudente abarque únicamente a los supuestos en los que A incumplió con el deber de reaseguramiento con fundamento en motivos o creencias *epistémicamente irrazonables*. Por el contrario, cuando A hubiere actuado conforme a creencias *normativamente irrazonables* es muy probable que nos encontremos ante un caso doloso. El término adecuado en la legislación comparada, si se quiere, sería *gross negligent rape*, tal como se encuentra redactado en las legislaciones noruega y sueca.⁷⁰

Por su parte, la académica alemana y especialista en delitos sexuales, Tatjana HÖRNLE, adopta también una posición de *lege ferenda*, al sostener que la violación imprudente debe criminalizarse a través de un tipo penal específico:

“Hay soluciones posibles en un término medio entre los dos extremos de obviar el castigo a pesar de una grosera negligencia (como ocurre en la ley alemana) y utilizar el estándar de la persona razonable y de la responsabilidad objetiva para fines punitivistas como ocurre en las leyes inglesa y estadounidense. Un delito separado podría ser introducido, que contemple la negligencia grosera para con el consentimiento, con sanciones inferiores que las correspondientes para el desinterés intencionado frente a los signos de desaprobación de la víctima”.⁷¹

En definitiva, la sanción de un tipo penal imprudente resulta lo más apropiado para reducir las soluciones indeseables descriptas al comienzo de este ensayo. Estas son, cabe recordar, la absolucón a quién incumplió el deber de cuidado bajo una justificación epistémicamente irrazonable (supuesto de subcriminalización) y la condena por una modalidad dolosa a quien actuó con imprudencia (supuesto sobrecriminalización).

Dicho esto, resta desarrollar la acción en concreto que se exige de A para el cumplimiento del deber de reaseguramiento. A continuación, realizaré una breve síntesis de las diversas teorías del consentimiento para argumentar que, en sentido contrario al modelo adoptado por el CP, A debe recabar el consentimiento expreso de B para cumplir con el deber de reaseguramiento exigido por

⁶⁹ “[M]any of those offences are drafted over-broadly and rely on prosecutorial discretion for the exclusion of cases”. ASHWORTH y HORDER, *supra* nota 49, p. 80.

⁷⁰ Ver notas al pie de página n.º 18 y 19.

⁷¹ HÖRNLE, “Rape as non-consensual sex”, en SCHABER Y MÜLLER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge, 2018, p. 244.

el tipo penal aquí propuesto. Ello, cabe aclarar, no implica necesariamente modificar el modelo de consentimiento vigente en el CP para los delitos sexuales dolosos.

VIII. Las teorías del consentimiento sexual

1. La tesis tradicionalista

El artículo 119, en su redacción original del año 1921 (ley 11.179), limitaba el abuso sexual a supuestos de “fuerza e intimidación”, con excepción de que la persona ofendida “no pudiere” ejercer resistencia (inc. 3° y 2°, respectivamente). Es decir que, en lo que al consentimiento respecta, el Código Penal adoptó originalmente la tesis tradicionalista, que asevera que no es el consentimiento de la víctima lo que define la licitud del acto, sino la coacción ejercida por el autor, sumado a un requisito de “resistencia” que debe ejercer la primera.

Si bien, como se verá a continuación, la ley original argentina fue modificada reiteradas veces, aún hay países cuyas legislaciones exigen coacción, ya sea física o psicológica, tales como Francia o Suiza, mientras que Alemania sostuvo el mismo modelo hasta el año 2017. En cambio, los países anglosajones han abandonado este requisito hace ya varios años,⁷² siendo un ejemplo de ello la *Sexual Offences Act 2003*, analizada en el acápite anterior.

La valoración que hace HÖRNLE sobre la tesis tradicionalista (refiriéndose al derecho alemán previo a su reforma) resulta aquí pertinente: “[L]a afirmación irrefutable de haber creído erróneamente en el consentimiento del otro o de haber errado sobre otro hecho relevante resultará en la absolución, incluso si el error fue simplemente estúpido y cualquier otra persona en la misma situación hubiera visto lo obvio”.⁷³

2. El modelo del Código Penal argentino

En vísperas del nuevo milenio fue sancionada la ley 25.087. En lo que aquí interesa, modificó el artículo 119 y amplió notoriamente los medios comisivos del tipo penal de la violación sexual: violencia, amenaza; abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o “aprovechamiento de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

⁷² HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 237.

⁷³ HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 243.

La reforma significó el abandono de la tesis tradicionalista, en cuanto suprimió toda referencia a un requisito de resistencia por parte de la víctima, mientras que la fuerza física pasó a ser tan solo uno de varios medios de coacción. Por lo tanto, actualmente el Código Penal adopta la tesis del consentimiento tácito o negativo. Ello debe quedar en claro, pues la criminalización de la violación imprudente, en los términos aquí propuestos, implica introducir elementos de consentimiento afirmativo, manteniendo el consentimiento negativo para los supuestos dolosos.

3. Consentimiento afirmativo y consentimiento negativo

El modelo del consentimiento afirmativo sostiene que este debe ser expresado, pues el silencio jamás puede interpretarse como una afirmación. Resulta pertinente aclarar que, cuando se plantea que el consentimiento debe ser “expreso”, no significa que solamente se pueda materializar a través de palabras, pues ello mismo puede ocurrir con gestos, insinuaciones e incluso con una participación activa en el acto sexual (los llamados *tokens of consent* o consentimiento simbólico).⁷⁴

La principal diferencia entre este modelo y el del consentimiento negativo se hace evidente cuando B permanece en silencio, en actitud pasiva, tanto en los momentos previos, como durante el encuentro sexual. En casos como estos, la tesis del consentimiento negativo sí acepta que el silencio sea valorado como consentimiento (tácito) válido. Independientemente del estado mental interno de B, solo su manifestación en contrario define a la relación sexual como no consentida. Naturalmente, se reconoce una excepción a ello cuando la víctima no puede expresar su negativa (e.g., si se encuentra inconsciente).⁷⁵

HÖRNLE toma posición por el modelo del consentimiento negativo. En sus palabras, su acatamiento resulta más fácil, al ser más claro: simplemente hay que escuchar cuando la otra persona expresa su veto.⁷⁶ Y ello no es un dato menor, pues las normas penales deben estar formuladas de manera tal que los deberes se expresen de la forma más clara posible. Por mi parte, puede que la tesis del consentimiento negativo sea apropiada para la violación dolosa, pero un tipo penal de violación imprudente resultaría incompatible con ese modelo, debiendo requerirse en ese caso el consentimiento expreso para el cumplimiento del deber de reaseguramiento.

⁷⁴ HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 238.

⁷⁵ HÖRNLE, *supra* nota 71, pp. 238-240.

⁷⁶ HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 240.

Ello se debe a que, para la consolidación de un sistema normativo que proteja el consentimiento frente a las violaciones imprudentes, sería un sinsentido que se corrobore la validez de aquel de forma tácita, cuando justamente se trata de una persona que, se presume, no se encuentra en pleno ejercicio de sus capacidades de agencia. Si se aspira a reducir las probabilidades de una relación sexual no consentida, un deber de reaseguramiento que se satisfaga mediante el consentimiento tácito de B fallaría considerablemente en esa ya dificultosa tarea. Nuevamente, cabe aclarar que la exigencia de recabar el consentimiento expreso se podrá cumplir no solo con palabras, sino también con gestos, insinuaciones o a través de una participación activa en el acto y que “[e]sto no significa que esté prohibido tener relaciones sexuales con una persona ebria (...) pero la otra persona, la más competente, debe obtener el consentimiento (...) incluso aunque la víctima no haya manifestado un ‘no’ explícitamente”.⁷⁷

Dicho esto, sería prudente que el deber de reaseguramiento exija una suerte de plazo para su cumplimiento. Ninguna relación interpersonal, sea o no sexual, resultaría agradable si una de las partes debiera preguntarle continuamente a la otra si cuenta con su consentimiento para realizar un acto que invada su autonomía personal. En cualquier relación, la confianza se construye gradualmente y ello, consecuentemente, incrementa la cantidad de actos que se consienten tácitamente. Por ejemplo, una persona rara vez le pediría permiso a su pareja para besarla, con independencia de si ese fue el caso la primera vez que lo hicieron. En el mismo sentido, no sería desubicado que una persona abrace a otra espontáneamente si tuvieran una relación de amistad, pero sí lo sería cuando aún no se conocen. Como bien expresa HÖRNLE:

“La calidad del sexo puede definirse a través de estados mentales como la pasión, la euforia y el olvido. Este es un argumento neutral con respecto al género: no se trata de varones dominantes, sino de cerrar los ojos y retirarse al reino del placer físico. El requerimiento de mantenerse en un estado de alerta permanente frente a las reacciones del otro puede interferir con la calidad de la experiencia sensorial”.⁷⁸

Por mi parte, no he identificado razones para apartarnos de la redacción actual del art. 119, tercer párrafo, CP, en cuanto considera consumada la conducta dolosa a través de la penetración (ya sea con acceso carnal por vía vaginal, anal u oral o mediante la introducción de objetos o partes

⁷⁷ HÖRNLE, “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. de SZENKMAN), *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, no. 9, 2019, p. 160.

⁷⁸ HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 239.

del cuerpo por las primeras dos vías). Ello entraña, cabe aclarar, la consecuencia obvia de que el cumplimiento del deber, luego de la penetración, no "salva" su incumplimiento previo.

A continuación, voy a analizar una serie de precedentes en los que, al menos, se debería haber considerado una resolución por vía de la imprudencia. Ello tiene un fin dual. Por un lado, ejemplificar cómo la propuesta se pondría en práctica. Por el otro, demostrar que estas conductas efectivamente ocurren, pues la falta de dicha legislación en Argentina es propicia para generar un sesgo de confirmación en una comunidad jurídica que difícilmente interactúe con casos como los aquí descritos.

IX. Jurisprudencia relevante

1. DPP v. Morgan y la jurisprudencia subsiguiente

Hechos. En agosto de 1973, el señor Morgan invitó a tres hombres a su casa con el fin de tener relaciones sexuales con su esposa. Momentos antes, Morgan les dijo que ella solo lograba excitarse cuando simulaban mantener relaciones sexuales no consentidas, por lo que no debían alarmarse si la mujer se negaba. Cabe aclarar que todos eran miembros de la Fuerza Aérea del Reino Unido, pero Morgan superaba en rango y edad a los otros tres hombres, quienes además habían sido asignados a ese destacamento tan solo el día anterior.

Luego del hecho, la mujer acusó a los cuatro involucrados de haberla violado. No es el accionar de Morgan el que aquí será analizado, sino el de los tres subalternos, a los que el jurado condenó por violación dolosa. Ello fue confirmado, primero, por la Sala Penal de la Cámara de Apelación de Inglaterra y Gales y, en última instancia, por la Cámara de los Lores en su función judicial.⁷⁹ Sin embargo, la Cámara de Apelación concedió el recurso para que la Cámara de los Lores resuelva la siguiente cuestión: si en un caso de violación, el acusado puede ser condenado a pesar de haber creído que la víctima se encontraba consintiendo el acto y aún si esa creencia no tuviere un asidero razonable. Es decir, qué estándar de *mens rea* (estado mental del agente) resulta aplicable para el *actus reus* (conducta criminal) consistente en mantener relaciones sexuales con otra persona sin su consentimiento.

⁷⁹ Cabe aclarar que, recién en el año 2009, entraría en funciones la Corte Suprema del Reino Unido, reemplazando a la Cámara de los Lores como la última instancia judicial para la revisión de delitos ordinarios en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

A su turno, los lores, por mayoría de tres sobre dos, confirmaron la condena, pero respondieron a esa pregunta de forma negativa: no puede ser responsable por violación quién crea que cuenta con el consentimiento de la otra persona, aun si esa creencia no tuviere un asidero razonable.⁸⁰ El delito de violación, sostuvieron, consiste en tener coito con una persona con intención de hacerlo sin su consentimiento o con indiferencia sobre si esta consintió. No podrá ser cometido si ese requisito del *mens rea* estuviere ausente. Por ello, si un acusado cree que la otra persona consintió, independientemente de si esa creencia estuvo basada en elementos irrazonables, no podrá ser culpable de violación.⁸¹

La disidencia, por su parte, argumentó en favor de un estándar objetivo de *mens rea*, que si permitiese juzgar la razonabilidad del juicio del autor acerca del consentimiento de la víctima. En sus palabras: “Se puede argumentar con fuerza que es justo para la mujer y en absoluto injusto para el hombre que él deba tener el deber de tomar las medidas razonables para asegurarse de que ella está dando su consentimiento para el coito y correr el riesgo de ser acusado si incumple con ese cuidado”.

La doctrina sentada en *DPP v. Morgan* fue el criterio predominante hasta la sanción de la *Sexual Offences Act 2003*. En el ínterin, se resolvieron otros casos igualmente problemáticos, acorde a ese precedente. Por ejemplo, en *Regina v. Cogan*,⁸² la Cámara revirtió la condena del jurado y absolvió a una persona que había tenido relaciones sexuales con una mujer y con el marido de esta, quien le había afirmado que ella así lo quería (a pesar de que ambos acusados reconocieron que la mujer lloró durante todo el acto sexual).

Por otra parte, en *Regina v. Kimber*,⁸³ la Cámara confirmó la condena únicamente porque el acusado (de abusar sexualmente de una paciente psiquiátrica con una discapacidad mental) admitió que fue indiferente con respecto a si la víctima había consentido el acto. Es decir, se aplicó un estándar subjetivo de *mens rea*, que habría derivado en una absolución tan solo de haber afirmado el acusado que creyó que la víctima estaba consintiendo el acto. Ese mismo año, también con base en *Morgan*, la Cámara absolvió a dos acusados de violar a una adolescente de 13 años.⁸⁴

⁸⁰ CÁMARA DE LOS LORES, “DPP v Morgan”, 30 de abril de 1975 (UKHL 3).

⁸¹ CÁMARA DE LOS LORES, “DPP v Morgan”, 30 de abril de 1975 (UKHL 3), p. 347.

⁸² CÁMARA DE APELACIÓN DE INGLATERRA Y GÁLES, “Regina v Cogan and Leak”, 1976 (1 Q.B. 217).

⁸³ CÁMARA DE APELACIÓN DE INGLATERRA Y GÁLES, “Regina v Kimber”, 26 de mayo de 1983 (EWCA Crim J0526-1).

⁸⁴ CÁMARA DE APELACIÓN DE INGLATERRA Y GÁLES, “Regina v Satnam and Kewal”, 5 de diciembre de 1983 (EWCA Crim 5).

Solución propuesta. *DPP v. Morgan* creó un supuesto de error invencible. Lo curioso es que lo hizo solamente para el delito de violación, puesto que para el resto de los crímenes se siguió exigiendo que ese error fuere razonable (“*reasonable mistaken belief*”).⁸⁵

Dicho esto, el precedente aquí analizado es análogo a uno de los casos de irrazonabilidad normativa que ejemplifiqué en el acápite VI: “A presupone el consentimiento de B basado en lo que terceros le comentaron”. Por mi parte, no pretendo argumentar que en *Morgan* los acusados no actuaron con dolo,⁸⁶ sino que la cuestión no debió haber versado exclusivamente entre el dolo y la impunidad. La conducta “intermedia” –violación imprudente– también debería haber sido una opción.

La jurisprudencia británica desde *Morgan* hasta la sanción de la *Sexual Offences Act 2003* es un claro ejemplo de subcriminalización: hechos cometidos sin intención, pero bajo motivos o creencias *normativamente irrazonables* quedaron impunes. Por el contrario, la *Sexual Offences Act 2003* es un ejemplo de sobrecriminalización: hechos cometidos sin intención, pero bajo motivos o creencias *epistémicamente irrazonables* son subsumidos bajo el *reckless behavior*.

Con una norma como la propuesta en este ensayo, el caso podría ser resuelto, también, por vía de la imprudencia. El contexto que rodeó a la “invitación” de Morgan (i.e., un superior jerárquico militar a quien conocieron hace menos de una semana que les hace una propuesta sumamente inusual, con un riesgo altamente probable de terminar como terminó), sembraría dudas en un observador objetivo. De mínima, una duda acerca de si la mujer está de acuerdo con semejante propuesta. Allí entra en acto el deber de reaseguramiento, por el que previo al acto sexual –y, en última instancia, a la penetración– los amigos de Morgan deberían recabar el consentimiento expreso de parte de su esposa, ya sea mediante palabras o *tokens of consent* (e.g., gestos o insinuaciones). De no hacerlo, serán responsables por el eventual resultado de su imprudencia. Luego, ante la afirmación de la esposa de Morgan de no haber consentido, corresponderá al Estado definir si los acusados tenían razones epistémicamente razonables para creer lo contrario y, por lo tanto, incumplir el deber. Obviamente, lo mismo procede ante una afirmación irracional de haber cumplido con el deber (e.g., que recabó el consentimiento expreso mediante telepatía). Por último, cabe aclarar que, si bien el cumplimiento del deber impediría la atribución de responsabilidad bajo la modalidad imprudente, aún sería factible la imputación

⁸⁵ ALEXANDER, “Twenty years of Morgan”, en *Pace International Law Review*, vol. 7(1), Pace University Press, 1995, p. 211.

⁸⁶ DUFF, *supra* nota 22, p. 294, nota al pie n. ° 111.

dolosa, en tanto el observador objetivo podría concluir que los acusados actuaron motivados en creencias normativamente irrazonables.

Escenario alternativo. A continuación, introduciré una serie de escenarios cuyo epicentro es el consentimiento, pero pensados no desde la integridad sexual, sino desde la integridad física.

En el primero, un amigo, luego de beber unas copas, me propone que le haga un tatuaje con el nombre de su expareja. Supongamos que yo, casualmente, me dedico a esa tarea en mi tiempo libre del derecho penal. Sería razonable, sin embargo, augurar algo extraño o inusual en el pedido de mi amigo. Bien puede que yo esté desconociendo un dato esencial (quizás se reconcilió con su pareja y esa es su forma de compartir la noticia, o quizás me lo comentó y yo no lo escuché), pero afortunadamente la información necesaria para recabar el consentimiento expreso de mi amigo me es epistémicamente accesible. Bastaría con preguntarle a él (en un supuesto de consentimiento expreso por palabras), o con prestar atención al estado en el que se encuentra y al contexto que nos rodea (en un supuesto de *tokens of consent*). En ese caso, ciertamente voy a adquirir nueva información, o a recordar información que recibí con anterioridad. Por ejemplo, que no cenó, a pesar de que llevamos unas cuantas copas. O que, cuando llegó, me comentó que venía de un *after office* con “barra libre”. Puede que note que arrastra las palabras o que tiene los ojos inusualmente rojos. O, por el contrario, que yo estoy un poco mareado, caso en el cual debería cuestionarme si me encuentro en condiciones de tatuarlo a él. Tampoco estaría mal preguntarle abiertamente si le parece que es una buena idea tatuarse el nombre de una expareja. Y, de esa conversación, ciertamente surgirán nuevos elementos con resultados diversos.

Los ejemplos son infinitos. Lo cierto es que, de acceder a ese pedido sin más, estaría obviando que hay una probabilidad alta de que dicha decisión no sea un fiel reflejo de la voluntad de mi amigo. Sería razonable, previo a consumir la conducta, tomar alguno (o todos, según el caso) de los recaudos que enumeré previamente.

En otro escenario, la propuesta del tatuaje proviene de mi parte. Ávido por retomar mi pasatiempo, le recuerdo a mi amigo que él siempre quiso un tatuaje con el nombre de su expareja y me ofrezco para ayudarlo en esa tarea. Es claro que sería reprochable de mi parte elegir ese momento en particular para proponer la idea. Lo razonable sería esperar a otra ocasión, en la que mi amigo no hubiera estado bebiendo. De todos modos, si no pudiera contener mis ansias, lo correcto sería asegurarme de que, más allá del consumo de alcohol, su decisión sea tomada a conciencia. Quizás, ya sea prestando más atención o directamente conversando con él, descubro que hace un buen rato reemplazó el *gin tonic* por agua con gas.

Estos ejemplos evidencian lo obvio: si dichos recaudos mínimos resultan razonables para proteger la integridad física de una persona, la vara no puede ser inferior cuando se trata de su

autonomía sexual. Con independencia de si la idea fue de A, de B o de C, cuando una alteración en la capacidad de agencia de B fuere epistémicamente accesible para A, éste debería recabar el consentimiento expreso de B, de manera previa a la consumación, y así reducir la probabilidad de dañarlo gravemente (o de cometerle un *serious wrong*) con su imprudencia.

2. “Juan Luis” y “Dulce”⁸⁷

En el año 2016, la Audiencia Provincial de Alicante, España, absolvió a un hombre de 21 años (“Juan Luis”) que fue acusado de violar a su expareja (“Dulce”), una joven de 17 años. Si bien la fiscalía había solicitado 10 años de prisión, el tribunal calificó al hecho como un abuso sexual imprudente que, al resultar atípico en la legislación española, devino en una absolución. Sin embargo, resulta pertinente mencionar los elementos que se tuvieron en consideración para calificar como “imprudente” a esa conducta.

En primer lugar, ambos tenían una relación sadomasoquista o de tipo *bondage*, que implicaba violencia y simulaciones de violación. El vínculo había terminado y la mujer se encontraba en pareja con alguien que, en sus palabras, “la trataba bien”. En segundo lugar, ambos se habían reunido para hablar, a pedido del autor, en la terraza de su edificio (cuyo acceso es público), ocasión en la que fumaron un cigarrillo de marihuana. Además, la víctima se opuso de diversas formas al acto: le pegó una cachetada al autor, se negó a practicarle sexo oral y, para accederla carnalmente, este debió desvestirla a la fuerza, sufriendo en el proceso lesiones en el cuello y en un brazo. Por último, la víctima, que también sufrió una lesión en un codo, abandonó la escena llorando, para luego realizar la denuncia por recomendación de su familia. Durante el juicio, ella reconoció que –salvo en la primera ocasión– siempre mantuvieron relaciones de ese estilo, en las que asumía un rol pasivo. También afirmó que este tipo de relaciones ya habían ocurrido, incluso con mayor violencia, en las dos ocasiones previas en las que habían dado por terminado el vínculo. Por último, ambos reconocieron que no contaban con ninguna “contraseña” a fin de expresar la ausencia de consentimiento.

Nuevamente, no propongo una solución única para el caso, sino ampliar las posibilidades de resolución. La fiscalía acusó al hombre por el delito de violación dolosa y el tribunal lo absolvió

⁸⁷ AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, España, sentencia 1566 de 2 de mayo de 2016. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/34aa64be2cacbdf/20161006> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

por considerar que su conducta fue imprudente. Independientemente de mi opinión al respecto, al menos debería haber existido la posibilidad de una acusación por la conducta que el tribunal dio por probada. Con respecto al deber de reaseguramiento, cabe preguntarse cómo puede cumplirse cuando la propia esencia de la relación implica forzar o dominar al otro. Pues, por ejemplo, introduciendo una palabra o algún código como sinónimo de consentimiento, o de la forma en que los involucrados prefieran. El único requisito es que sea una expresión afirmativa.⁸⁸

X. Conclusiones

Previo a concluir, voy a abordar dos objeciones en contra de la presente propuesta, que considero especialmente atendibles. En primer lugar, que la intimidad y el cortejo no siempre se corresponden con expresiones manifiestas sobre la voluntad de las partes involucradas. Sin embargo, el tipo penal que propongo solo abarca los supuestos en los que hubiere acceso carnal. Ese es, si se quiere, el único momento en el que A debe poner en acto el deber de reaseguramiento, por lo que el cortejo previo no tiene relación alguna con la norma. A ello debo agregar que el deber de reaseguramiento no solo no parece ser una exigencia jurídica demasiado fuerte, sino que es algo esperable de cualquiera que participe en una relación sexual. Por ejemplo, si alguien aparenta no sentirse muy bien, lo razonable es que le preguntemos cómo se encuentra antes de invitarlo a correr por el parque, o previo a solicitarle un favor que implique algún esfuerzo físico (e.g., que nos ayude con una mudanza). Si es que tenemos un mínimo de interés por la integridad de esa persona que se siente mal, sería razonable preguntarle, al menos una vez, si está segura de tomar una decisión que indefectiblemente la acompañe al día siguiente (e.g., hacerse un tatuaje, comprar un pasaje aéreo, adoptar una mascota, vender su auto, etc.).

En definitiva, es esperable —conforme a parámetros sociales de buen trato y cuidado entre las personas— que actuemos con prudencia antes de proponer una actividad, o de acceder a participar en una, con alguien que aparenta no sentirse bien. Entendiendo al término “bien” como el estado en el que esa persona en particular se suele encontrar o, si se trata de un extraño, como el estado en el que otras personas de similares características razonablemente se encuentran cuando gozan de una capacidad de agencia estándar. Con ello en mente, resultaría intrincado aseverar que ese

⁸⁸ Para un ejemplo de la solución incorrecta para casos de sadomasoquismo, ver CÁMARA DE LOS LORES, “R v Brown”, 11 de marzo de 1993 (1993 UKHL 19).

mismo proceso epistémico, recién ejemplificado, es absolutamente inapropiado en las relaciones sexuales.

Una segunda observación a este ensayo podría ser que la propuesta es políticamente conservadora, porque amplía el poder punitivo del Estado. Sin embargo, ello implicaría desconocer que la criminalización de la violación imprudente, al robustecer la autodeterminación sobre el ejercicio de la sexualidad, resulta consecuente con una concepción de la autonomía personal propia del liberalismo robusto.⁸⁹ No se trata de una tesis puritana ni reaccionaria, sino más bien liberadora de la autonomía sexual,⁹⁰ a costa de una obligación sencilla, de un recaudo a lo sumo molesto o inconveniente para A. En particular, las razones que fueron expuestas desde el legalismo moral liberal no recaen sobre una necesidad imperiosa de castigar a A, sino sobre la importancia de declarar que la violación imprudente es contraria a los valores esenciales de la democracia republicana argentina. El castigo no es, por lo tanto, la justificación para la criminalización propuesta, sino tan solo una consecuencia necesaria de ella. Este punto se explica elocuentemente a través de DUFF, que justifica la criminalización de determinadas conductas, desde una postura liberal, en los siguientes términos:

“Si nos tomamos en serio los valores por los que nos definimos como comunidad política, y la exigencia de que nos mostremos unos a otros el respeto y la preocupación apropiados como conciudadanos, asumiremos las infracciones de tales valores (*wrongs*) en serio, para identificarlos y condenarlos como tales (...). Ciertamente es que, a veces, es más importante centrarse en la reparación del daño, pero a veces importa que reconozcamos y respondamos a los *wrongs* como tales, como individuos y como entidad política; se lo debemos a sus víctimas, a sus perpetradores (si queremos tratarlos como agentes responsables) y a nosotros mismos como ciudadanos de esa entidad”.⁹¹

En conclusión: **i)** la violación es una conducta que puede cometerse con imprudencia; **ii)** tanto desde el principio de daño como desde el legalismo moral, hay buenas razones para afirmar que la autonomía personal de B se afecta de forma grave ante cualquier relación no consentida, con independencia de si hubiere dolo o imprudencia por parte de A; **iii)** el Código Penal argentino desconoce esa posibilidad, lo que trae consecuencias de subcriminalización (casos *normativamente irrazonables* quedan impunes) y sobrecriminalización (*casos epistémicamente*

⁸⁹ FEINBERG, *supra* nota 18, p. 321.

⁹⁰ DOUGHERTY, *supra* nota 21, p. 744.

⁹¹ DUFF, *supra* nota 22, p. 88.

irrazonables son penados bajo una modalidad dolosa), en perjuicio de todos los involucrados; **iv)** hay buenas razones para creer que ese daño (ya sea entendido como daño grave o *serious wrong*) se puede prevenir mediante una acción de A, quien se encuentra en una posición privilegiada para recabar información esencial acerca de la capacidad de agencia de B; **v)** por razones morales y prácticas, esa acción merece ser exigida normativamente a través de la ley penal; **vi)** dicha norma se podría materializar en un deber objetivo de cuidado sobre A, consistente en recabar el consentimiento expreso de B previo a la consumación de la conducta típica, y cuyo incumplimiento lo hiciera responsable por el resultado de su imprudencia (sin perjuicio de su responsabilidad bajo una modalidad dolosa en casos de irrazonabilidad *normativa*).

XI. Posfacio: más allá del derecho penal

La violación es un delito que ha cambiado en reiteradas oportunidades en los últimos dos milenios. Por ejemplo, en el Antiguo Testamento es un delito contra la propiedad.⁹² Lo propio ocurría en la Antigua Roma, siendo los afectados el padre, esposo o hermano de la víctima, pues ello implicaba, ante los ojos de la sociedad, que eran demasiado débiles como para cuidar a “sus” mujeres. En Inglaterra, la violación se castigaba con una pena pecuniaria para los familiares de la mujer “abducida”. Luego, el *common law* dispuso que solamente afectaban al Rey las violaciones a mujeres vírgenes, siendo delegados los otros casos en los señores feudales o en las partes.⁹³ Y, recién en 1991, dicha jurisprudencia reconoció que la violación podía ocurrir dentro del matrimonio.⁹⁴ En definitiva, “es una idea relativamente nueva la que afirma que el consentimiento es una condición suficiente para que un encuentro sexual sea correcto y que su ausencia convierte al acto en algo reprochable”.⁹⁵

La Argentina tampoco se ha caracterizado por su sagacidad. Hasta la sanción de la ley 26.738, en el año 2012, contaba con la figura del avenimiento (art. 132, CP, ahora modificado), a través de la que la víctima mayor de 16 años podía proponer una suerte de “conciliación” con el imputado cuando hubiere una relación preexistente, y cuyo resultado era la extinción de la acción penal. Esta norma fue derogada luego del fatídico caso de Carla Figueroa, una joven de 19 años que fue asesinada por su pareja una semana después de que saliera de la cárcel, por haberse

⁹² Deuteronomio 22:22:29.

⁹³ ALEXANDER, *supra* nota 85, pp. 212-213.

⁹⁴ CÁMARA DE LOS LORES, “R v R”, 23 de octubre de 1991 (1991 UKHL 12).

⁹⁵ HÖRNLE, *supra* nota 71, p. 235.

acogido a la figura del avenimiento.⁹⁶ Por otra parte, y tal como se vio en el acápite correspondiente a las teorías del consentimiento, el Código Penal aún desconoce, o resuelve incorrectamente, casos como los desarrollados en este ensayo.

En definitiva, la acción “violar a otro” no resulta tan estática como, por ejemplo, “matar a otro”. Pues tanto en términos jurídicos como de la moral positiva, el concepto de qué se entiende por “violación” ha cambiado en innumerables ocasiones. Por ejemplo, si en una sociedad determinada las relaciones entre personas del mismo sexo estuvieren reprobadas socialmente, sería más probable que dicha conducta se criminalice. En el mismo sentido, la violación imprudente sería impensada en contextos en los que el consentimiento no fuera el eje central de las relaciones sexuales. Por lo tanto, resulta coherente reforzar progresivamente la protección legal del consentimiento, a medida que los valores de nuestra entidad política se centran alrededor de la autonomía cuando de delitos sexuales se trata.⁹⁷

Más allá del derecho penal, la reforma aquí propuesta, de ser materializada, sería un elemento relevante para el razonamiento práctico de las personas. Al respecto, la antropóloga Ruth BENEDICT, luego de estudiar cuatro civilizaciones de pueblos originarios, concluyó que la mayoría de los seres humanos, dada la maleabilidad de su naturaleza, asumen el comportamiento dictado por las normas sociales. Ello, afirma, no se debe a un respeto irrestricto hacia las instituciones, sino a que las personas son, en gran medida, plásticas a la fuerza moldeadora de la sociedad en la que nacen.⁹⁸ FEINEBERG, por su parte, ejemplifica que uno no se priva de matar o de violar simplemente por miedo al castigo. Hay “influencias tempranas de sus progenitores, familia y amigos, que refuerzan una norma antiqüísima junto con una capacidad imaginaria de colocarnos en el lugar del otro. La ley penal puede que tenga algo que ver, pero puede ser, también, que uno exagere su rol disuasorio”.⁹⁹

Dicho esto, y por más que las instituciones puedan moldear a la cultura, también resulta necesario un cambio de esta última, si la norma aquí propuesta ha de tener algún efecto práctico.

⁹⁶ Diario La Nación, “Diputados aprobó la derogación de la figura del avenimiento”, 22 de marzo de 2012. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/diputados-aprobo-la-derogacion-de-la-figura-del-avenimiento-nid1458602/#:~:text=La%20C%C3%A1mara%20de%20Diputados%20convirti%C3%B3,unanimidad%2C%20con%20203%20votos%20positivos> [Enlace verificado el día 20 de febrero de 2025].

⁹⁷ Tal es así, que algunos autores han planteado diversas e interesantes cuestiones acerca de la “condicionalidad” del consentimiento. Al respecto, ver DOIG, Gavin y WORTLEY, Natalie, “Conditional consent: An emerging concept in the law of rape”, en *Journal of Criminal Law*, Vol. 77(4), 2013, pp. 286-291.

⁹⁸ BENEDICT, *Patterns of culture*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1934, p. 254.

⁹⁹ FEINBERG, *supra* nota 18, pp. 283-284. En el mismo sentido, ver DUFF, *supra* nota 25, pp. 85-86.

Ello no implica desconocer la capacidad de pensamiento crítico de las personas, sino sugerir que, en el proceso de razonamiento práctico, tendrán presente lo comunicado por las instituciones. Abona esta conclusión BENEDICT, con la siguiente observación: “Hemos visto que cualquier sociedad elige un segmento del arco de comportamientos humanos posibles y, en cuanto sea posible, sus instituciones tienden a promover esas conductas y a inhibir las conductas opuestas”.¹⁰⁰ En definitiva, una norma como la propuesta en el presente ensayo será, en sí misma, un elemento objetivo epistémicamente disponible para todos. A través de su función expresiva y simbólica, la norma comunicará que la violación imprudente es moralmente reprochable al punto tal de que su criminalización se encuentra justificada.

XII. Bibliografía

- ALEXANDER, Dolly F., “Twenty years of Morgan”, en *Pace International Law Review*, Vol. 7, No. 1, Art. 7, 1995.
- ASHWORTH, Andrew, “A Change of Normative Position: Determining the Contours of Culpability in Criminal Law”, en *New Criminal Law Review*, Vol. 2, 2008.
- , *Positive obligations in criminal law*, Oxford, Hart Publishing (2013).
- ASHWORTH, Andrew y HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law 7th edn*, Oxford University Press (2013) [1991].
- BENEDET, Janine, “The Sexual Assault of Intoxicated Women”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 22, 2010.
- BENEDICT, Ruth F., *Patterns of culture*, Boston, Houghton Mifflin Company (1934).
- COWAN, Sharon, “The Trouble with Drink: Intoxication, (In)Capacity, and the Evaporation of Consent to Sex”, en *Akron Law Review*, Vol. 41, 2008.
- DANCY, Jonathan, *Practical reality*, Oxford University Press (2002).
- DOIG, Gavin y WORTLEY, Natalie, “Conditional consent: An emerging concept in the law of rape”, en *Journal of Criminal Law*, Vol. 77(4), 2013, pp. 286-291.
- DOUGHERTY, Tom, “Sex, Lies, and Consent”, en *Ethics*, Vol. 123, No. 4, *Symposium: David Gauthier’s Morals by Agreement*, 2013.
- DUFF, Antony, “Recklessness and rape”, en *The Liverpool Law Review*, Vol 3, No. 2, 1981.
- , *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing (2007).

¹⁰⁰ BENEDICT, *supra* nota 98, p. 254.

- DWORKIN, Andrea, “Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality”, en CORNELL, Drucilla (ed.), *Oxford Readings in Feminism: Feminism and Pornography*, Oxford University Press (2000).
- FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press (1970).
- , *Harmless wrongdoing*, Oxford University Press (1990).
- FERRANTE, Marcelo, “Causation in criminal responsibility”, en *New Criminal Law Review*, Vol. 11, No. 3, University of California Press, 2008.
- , “El problema de la imprudencia”, en HILGENDORF, Eric, LERMAN, Marcelo y CÓRDOBA, Fernando (eds.), *Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2020.
- GARDNER, John y SHUTE, Stephen, “The Wrongness of Rape”, en HORDER, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press (2000).
- GREEN, Leslie, “Should law improve morality?”, en *University of Oxford Legal Research Paper Series*, No. 73, 2013.
- GREEN, Stuart, *Criminalizing Sex*, Oxford University Press (2020).
- HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, en SCHABER, Peter y MÜLLER, Andreas (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Londres, Routledge (2018).
- HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?” (trad. de SZENKMAN, Agustina), *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 9, 2019.
- MOORE, Michael, *Causation and responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press (2009).
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi (2011).
- POWER, Helen, “Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 3, 2003.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Buenos Aires, Thomson Reuters Civitas (2022) [1997].
- SEARLE, John R., *Intentionality, an essay in the philosophy of mind*, Cambridge University Press (1983).
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino Tomo I* (5a ed., 10a. reimp.), Buenos Aires, TEA (1987) [1940].
- ZAFFARONI, Raúl E., SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal* (2a ed., 1a. reimp.), Buenos Aires, Ediar (2007) [2000].

Traducción

**EL REGRESO DE LO REPRIMIDO: LAS PERSISTENTES Y PROBLEMÁTICAS
AFIRMACIONES DE TRAUMAS OLVIDADOS HACE MUCHO TIEMPO***

Henry OTGAAR^{1,3}, Mark L. HOWE¹², Lawrence PATIHIS⁴, Harald MERCKELBACH¹,
Steven Jay LYNN⁵, Scott O. LILIENFELD⁶ y Elizabeth F. LOFTUS⁷

Fecha de recepción: 23 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2023

Resumen

* Traducción del inglés al español de Rocío E. Buosi (UBA-Di Tella) y Agustina Szenkman (UBA). Título original: "The Return of the Repressed: The Persistent and Problematic Claims of Long-Forgotten Trauma". Publicado en: *Perspectives on Psychological Science*, vol. 14(6), 2019, pp. 1072-1095, doi: 10.1177/1745691619862306. Se ha mantenido el formato de citas del original.

Autor para correspondencia: Henry Otgaar, Facultad de Psicología y Neurociencia, Departamento de Psicología Forense, Universidad de Maastricht, Universiteitssingel 40, 6200 MD, Maastricht, Países Bajos. E-mail: henry.otgaar@maastrichtuniversity.nl.

Editor de acción: Laura A. King actuó como editora de acción para la versión original de este artículo.

¹ Facultad de Psicología y Neurociencia, Departamento de Psicología Forense, Universidad de Maastricht.

² Departamento de Psicología, Ciudad, Universidad de Londres.

³ Instituto Leuven de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Leuven.

⁴ Facultad de Psicología, Universidad de Southern Mississippi.

⁵ Laboratorio de Consciencia, Cognición y Psicopatología, Universidad Binghamton.

⁶ Departamento de Psicología, Universidad Emory.

⁷ Departamento de Ciencia Psicológica, Universidad de California, Irvine.

¿Pueden los traumas puramente psicológicos conducir a un completo bloqueo de los recuerdos autobiográficos? Esta antigua pregunta sobre la existencia de recuerdos reprimidos ha estado en el centro de uno de los debates más acalorados de la psicología moderna. Estas supuestas guerras de recuerdos se originaron en la década del '90 y muchos académicos han asumido que terminaron. Demostramos que esta suposición es incorrecta y que la controvertida cuestión de los recuerdos reprimidos está viva y en buen estado e incluso puede que esté en aumento. Analizamos investigaciones convergentes e información sobre casos judiciales que indican que el tema de los recuerdos reprimidos se mantiene activo en los ámbitos clínico, jurídico y académico. Mostramos que la creencia en recuerdos reprimidos se da en una escala no trivial (58%) y que parece haber aumentado entre los psicólogos clínicos desde los años '90. También demostramos que el concepto científicamente controversial de amnesia disociativa, que sostenemos que es un término sustituto para el de represión de recuerdos, ha ganado popularidad. Por último, examinamos el trabajo sobre los efectos secundarios adversos de ciertas técnicas psicoterapéuticas, algunas de las cuales podrían estar relacionadas con la recuperación de recuerdos reprimidos. Las guerras de recuerdos no han desaparecido. Estas han perdurado y continúan contribuyendo a causar consecuencias potencialmente perjudiciales en contextos clínicos, jurídicos y académicos.

Palabras clave: guerras de recuerdos - recuerdo reprimido represión - recuerdo falso - recuerdo recuperado - terapia.

Title: The Return of the Repressed: The Persistent and Problematic Claims of Long-Forgotten Trauma

Abstract

Can purely psychological trauma lead to a complete blockage of autobiographical memories? This long-standing question about the existence of repressed memories has been at the heart of one of the most heated debates in modern psychology. These so-called memory wars originated in the 1990s, and many scholars have assumed that they are over. We demonstrate that this assumption is incorrect and that the controversial issue of repressed memories is alive and well and may even be on the rise. We review converging research and data from legal cases indicating that the topic of repressed memories remains active in clinical, legal, and academic settings. We show that the belief in repressed memories occurs on a nontrivial scale (58%) and appears to have increased among clinical psychologists since the 1990s. We also demonstrate that the scientifically controversial concept of dissociative amnesia, which we argue is a substitute term for memory

repression, has gained in popularity. Finally, we review work on the adverse side effects of certain psychotherapeutic techniques, some of which may be linked to the recovery of repressed memories. The memory wars have not vanished. They have continued to endure and contribute to potentially damaging consequences in clinical, legal, and academic contexts.

Keywords: memory wars - repressed memory – repression - false memory - recovered memory - therapy

Sumario: I. Recuerdos reprimidos y las guerras de recuerdos; II. Creencias sobre los recuerdos reprimidos: desde entonces hasta ahora; III. Las supuestas pruebas empíricas para los mecanismos de recuerdos reprimidos; IV. Técnicas psicoterapéuticas, distorsiones de la memoria y otros efectos secundarios; V. La creación de recuerdos falsos implantados; VI. Guerras de recuerdos en los tribunales y más allá; VII. Conclusión; VIII. Referencias

El pasado nunca muere. Ni siquiera es pasado.
Faulkner (1950-2011, p. 73)

Hace más de 20 años, Crews (1995) acuñó el término “guerras de recuerdos” (“*memory wars*”) para referirse al polémico debate sobre la existencia de recuerdos reprimidos, que alude a recuerdos que se vuelven inaccesibles para la inspección consciente debido a un proceso activo conocido como represión. Este debate se prolongó durante los años '90 y se dio por sentado que se había calmado en el nuevo milenio. Varios autores destacados que eran escépticos sobre los recuerdos reprimidos (p.ej. Barden, 2016; McHugh; Paris, 2012) declararon que las guerras de recuerdos habían efectivamente acabado y argumentaron fundamentalmente que la mayoría de los investigadores y clínicos ahora entendían que creer en esa clase de recuerdos sin reparos era, al menos, científicamente cuestionable. El argumento entre estos autores es, básicamente, que los escépticos sobre recuperación de recuerdos ganaron. Otros sostienen que las guerras de recuerdos han sido resueltas en el sentido contrario y afirman que ahora existe mejor evidencia en apoyo del modelo de disociación del trauma y menos espacio para una posición escéptica hacia los recuerdos reprimidos (*disociados*; ver *infra*) (Dalenberg *et al.*, 2012). Algunos defensores de la idea de amnesia disociativa (p. ej. la incapacidad de recordar experiencias autobiográficas generalmente como resultado de un trauma) incluso han llegado a comparar a los escépticos con los negacionistas del cambio climático (Brand *et al.*, 2018, en respuesta a Merckelbach & Patihis, 2018). Su argumento parece ser que ellos han ganado las guerras de recuerdos y una prueba más

de ello es la inclusión continua de la amnesia disociativa en la quinta edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5; American Psychiatric Association, 2013; véase también Spiegel *et al.*, 2011) [Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (MDE-5; Asociación Americana de Psiquiatría, 2013)].

En este artículo presentamos evidencia de que el debate respecto de los recuerdos reprimidos no está muerto en absoluto. Por el contrario, sostenemos que sigue vigente y que el término *amnesia disociativa* está siendo usado como un sustituto del de recuerdo reprimido. Para apoyar este punto, presentamos líneas convergentes de evidencia de diferentes fuentes que sugieren que el concepto de recuerdos reprimidos no ha desaparecido y que simplemente ha reaparecido en numerosas formas (p. ej. en el contexto de amnesia disociativa). Es cierto que algunos investigadores han argumentado que las guerras de recuerdos han persistido (p. ej. Patihis, Ho, Tingen, Lilienfeld & Loftus, 2014), pero ningún estudio ha evaluado sistemática y críticamente esta proposición. En este artículo reunimos pruebas de múltiples fuentes que demuestran que las creencias asociadas con recuerdos reprimidos y temas relacionados como la amnesia disociativa, lejos de extinguirse —como afirman algunos académicos—, se mantienen muy vivas en la actualidad. Además, demostramos que estas creencias acarrearán riesgos significativos en los ámbitos clínico y jurídico.

I. Recuerdos reprimidos y las guerras de recuerdos

Como explicó Ellenberger (1970) en su clásica monografía, el concepto de recuerdos reprimidos tiene sus raíces en la teoría y práctica psicoanalítica de Sigmund Freud, quien a su vez fue influido por médicos hipnotistas como, p. ej., Jean-Martin Charcot, en las últimas décadas del siglo XIX. En el centro de este concepto está la idea de que las experiencias traumáticas son a menudo tan abrumadoras que las personas utilizan mecanismos de defensa para lidiar con ellas. Uno de estos mecanismos implica la represión automática e inconsciente del recuerdo traumático con la consecuencia de que las personas ya no recuerdan o mantienen la consciencia de la experiencia que lo desencadenó (p.ej., Loftus, 1993; McNally, 2005; Piper, Lillevik, & Kritzer, 2008). Sin embargo, de acuerdo con esta opinión, el trauma reprimido trae un serio costo mental y físico (Hornstein, 1992) que se manifiesta psicológica y somáticamente en una amplia variedad de síntomas (p.ej., desmayos, amnesia, mutismo). Esta hipótesis influyente de que "*el cuerpo lleva la cuenta*" supone que el trauma puede ser "completamente organizado en un nivel implícito y perceptivo, sin ser acompañado de una narrativa acerca de lo que sucedió" (van der Kolk & Fisler, 1995, p. 512). El objetivo de la terapia es pues hacer lo implícito —lo reprimido— explícito

(Yapko, 1994a), siguiendo el famoso principio de Freud de que el psicoanálisis busca hacer consciente lo inconsciente. Por ello, la noción de recuerdos reprimidos abarca tres ideas: las personas reprimen experiencias traumáticas, el contenido reprimido tiene potencial psicopatológico y recuperar el contenido traumático resulta necesario para aliviar los síntomas.

En los años '90, como demostramos en un estudio de los datos obtenidos tras encuestar a médicos clínicos, la creencia en los recuerdos reprimidos era endémica en los ambientes terapéuticos. Incluso cuando los pacientes no recordaban el trauma, como, p. ej., de abuso sexual, algunos terapeutas sugerían que su inconsciente podía albergar recuerdos reprimidos. Cuando los pacientes presentaban síntomas tales como ansiedad, mal humor, desórdenes en la personalidad o alimenticios, muchos médicos parecían tomar estos síntomas como signos de recuerdos largamente reprimidos de abuso. Asimismo, en la década de los '90, la interpretación de sueños, la hipnosis, la imaginación guiada, la repetición de recuerdos, el método de diarios, entre otras técnicas de recuperación de recuerdos, eran utilizadas por varios profesionales para aparentemente descubrir recuerdos reprimidos y traerlos a la superficie de la consciencia. Como resultado de estos tratamientos, los pacientes comenzaron a recuperar presuntos recuerdos de abuso, típicamente de abuso sexual, y algunos presentaron denuncias penales o demandas civiles contra sus supuestos perpetradores (Loftus, 1994; Loftus & Ketcham, 1994).

Durante estas intervenciones terapéuticas, se solía recurrir a técnicas sugestivas para recuperar el supuesto recuerdo reprimido. En aquel tiempo, algunas investigaciones de laboratorio comenzaron a mostrar los efectos nocivos de la sugestión en recuerdos autobiográficos de episodios de la niñez. En uno de los primeros estudios de ese tipo, Loftus and Pickrell (1995) le pidieron a estudiantes que informasen cuatro sucesos que hubiesen ocurrido en su niñez. Un evento era inventado y suponía el haberse perdido en un centro comercial alrededor de los 5 años de edad. A los estudiantes se les dijo que habían sido sus padres quienes habían proporcionado estas narraciones a los experimentadores cuando, en realidad, los progenitores habían confirmado que el evento no había ocurrido. Luego de tres entrevistas sugestivas, 25% ($n = 6$) de los participantes afirmaron que ese suceso falso había realmente ocurrido. Este y otros estudios durante la década del '90 mostraron que los recuerdos autobiográficos falsos⁸ podían ser implantados a través

⁸ En este artículo utilizamos el término *recuerdo falso* para referirnos a la rememoración de eventos o detalles que no ocurrieron (p. ej. Loftus, 2005).

de técnicas de entrevistas sugestivas (p. ej. Hyman, Husband, & Billings, 1995; para un trabajo relevante anterior, véase Laurence & Perry 1983; para una reseña sobre recuerdos falsos antes de 1980, véase Patihis & Younes Burton, 2015).

Muchos estudiosos de la memoria han argumentado en base a esta investigación que los recuerdos reprimidos recuperados en terapia podían no estar basados en eventos verdaderos sino que podían ser recuerdos falsos (Lindsay & Read, 1995; Loftus & Davis, 2006). Una hipótesis adicional ofrecida por los investigadores es que algunas personas pueden reinterpretar los eventos de la niñez como resultado de la terapia y llegar a experimentar esa reinterpretación como un recuerdo recuperado de abuso (McNally, 2012). Por ejemplo, Schooler (2001) argumentó que los individuos pueden inicialmente no experimentar su abuso como traumático pero luego llegar a reevaluarlo de esa manera. Este cambio en la meta-consciencia puede ser experimentado como la recuperación de un recuerdo, cuando en realidad se trata de una nueva interpretación de un recuerdo al que siempre se tuvo acceso. Schooler ofreció varias descripciones de casos que sugieren este interesante proceso, pero que estrictamente hablando no implican el resurgimiento de recuerdos reprimidos en la consciencia. Sin embargo, el argumento de la reinterpretación puede ser una explicación plausible de ciertos recuerdos recuperados de eventos que fueron genuinamente vivenciados.

Aun así, no todos los casos descritos por Schooler (2001) pueden ser interpretados en términos de reevaluación. Wagenaar y Crombag (2005), por ejemplo, señalaron los problemas inherentes que tienen estas descripciones para demostrar la existencia de recuerdos recuperados. Ellos criticaron las descripciones de los casos de Schooler por el hecho de que debían cumplirse muchos presupuestos para confirmar la existencia de recuerdos recuperados. En particular, Wagenaar and Crombag observaron que las presuntas víctimas en ocasiones recibieron terapia, lo que puede haber influido en sus recuerdos. Además, señalaron que afirmar haber olvidado un abuso sexual no es lo mismo que haber olvidado el abuso.

Además de las técnicas de sugestión que podrían conducir a la creación de distorsiones de los recuerdos, algunos investigadores de la memoria señalaron que el concepto de recuerdos reprimidos es difícil de conciliar con los estudios sobre los efectos del trauma en la memoria. Puntualmente, una gran cantidad de datos sugiere que los aspectos centrales del trauma tienden a ser relativamente bien recordados (McNally, 2005). Varios autores concluyeron que una pérdida completa de la memoria sobre eventos traumáticos es infrecuente entre víctimas de traumas, tales como, los sobrevivientes del Holocausto (Wagenaar & Groeneweg, 1990), sobrevivientes de los

campos de concentración japoneses-indonesios (Merckelbach, Dekkers, Wessel, & Roefs, 2003) y víctimas de abuso sexual (Goodman *et al.*, 2003). Asimismo, la idea de recuerdos reprimidos es contraria a los principios bien establecidos de la memoria humana. Si bien los supuestos recuerdos reprimidos suelen ser de experiencias repetidas de abuso, los eventos repetidos suelen ser bien recordados. Asimismo, las personas con trastorno de estrés postraumático (TEPT) a menudo experimentan reviviscencias (*flashbacks*) y recuerdos intrusivos del trauma y, por lo tanto, no suelen informar recuerdos reprimidos, al menos no del evento traumático desencadenante. Además, la idea de recuerdos aparentemente recuperados sugiere que las experiencias pueden ser olvidadas y “recuperadas”, siguiendo indicaciones de recuperación. Este fenómeno común de la memoria no requiere la idea de recuerdos reprimidos (para una síntesis, véase Roediger & Bergman, 1998).

La recuperación de recuerdos triviales de la niñez es un fenómeno perfectamente normal, a pesar de que a las personas les pueda resultar difícil calcular el tiempo que llevan sin pensar en una experiencia de la niñez (Parks, 1999). La recuperación de un supuesto trauma largamente olvidado es menos plausible a la luz de todo lo que sabemos sobre los recuerdos traumáticos (véase más arriba) y, en estos casos, la cuestión es si existen pruebas independientes para corroborar el recuerdo; por ello, un asunto central en relación con los recuerdos recuperados es si pueden ser corroborados de forma independiente. No obstante, los estudios que examinan la evidencia corroborativa sobre recuerdos recuperados son a menudo limitados, porque se apoyan exclusivamente en las caracterizaciones de las víctimas de la corroboración (p. ej. Chu, Frey, Ganzel, & Matthews, 1999; Herman & Harvey, 1997). Las investigaciones en las que se ha buscado al menos una corroboración parcial independiente demostraron que los recuerdos continuos de abuso sexual infantil recordados fuera de la terapia fueron corroborados con más frecuencia que aquellos recuerdos discontinuos de abuso recuperados en terapia (Geraerts *et al.*, 2007; véase también McNally, Perlman, Ristuccia, & Clancy, 2006). Otro punto neurálgico respecto de los recuerdos recuperados es que las personas pueden no pensar en el abuso durante muchos años o pueden olvidar los recuerdos anteriores de su experiencia traumática. Estas personas podrían entonces recuperar espontáneamente los recuerdos del abuso al recordárselos fuera de terapia. Sin embargo, este fenómeno, por muy importante que sea desde el punto de vista psicológico, está muy lejos de reprimir por completo un recuerdo rico en detalles para luego recordarlo en terapia o en la vida cotidiana (McNally y Geraerts, 2009).

Una forma de examinar cómo los clínicos piensan sobre la realidad de los recuerdos reprimidos es mediante encuestas sobre sus creencias respecto de este tema y sobre sus

conocimientos técnicos acerca del funcionamiento de la memoria. Al respecto, una síntesis sobre el resultado de estos estudios elaborados a partir de encuestas a profesionales desde la década de 1990 resulta informativo.

II. Creencias sobre los recuerdos reprimidos: desde entonces hasta ahora

1. Creencias entre los psicólogos clínicos

El interés científico acerca de lo que saben los terapeutas y otros profesionales de la salud mental sobre el funcionamiento de la memoria se originó a raíz de que las creencias erróneas sobre la memoria podían catalizar prácticas clínicas sugestivas y planes de tratamiento deficientes (Gore-Felton *et al.*, 2000). Yapko (1994a, 1994b) realizó uno de los primeros estudios sobre las creencias de los psicólogos sobre la memoria. Él detectó que el 34% ($n = 190$) de los psicoterapeutas con nivel de maestría y el 23% de los psicoterapeutas doctorados estaban de acuerdo en que los recuerdos traumáticos descubiertos mediante hipnosis eran auténticos. Por otra parte, el 59% ($n = 513$) de los médicos coincidían en que "los eventos que sabemos que ocurrieron pero que no podemos recordar son recuerdos reprimidos" (Yapko, 1994a, p. 231). Yapko (1994a) también descubrió que el 49% ($n = 419$) estaba de acuerdo en que "la memoria es un mecanismo confiable cuando se levanta la necesidad auto-defensiva de la represión" (p. 232). Dammeyer, Nightingale y McCoy (1997) encontraron que un 58% ($n = 64$) de los clínicos doctorados en filosofía (PhD-level), un 71% ($n = 37$) de los clínicos doctorados en psicología (PsyD-level) y un 60% ($n = 43$) de los clínicos con una maestría en trabajo social (MSW-level) concordaban en que los recuerdos reprimidos son genuinos. Merckelbach y Wessel (1998) detectaron un porcentaje aún mayor: un 96% ($n = 25$) de los psicoterapeutas matriculados respaldaban la opinión de que los recuerdos reprimidos existen. Poole, Lindsay, Memon y Bull (1995; Encuesta 2) descubrieron que el 71% ($n = 37$) de los psicólogos clínicos informaron que ellos se habían encontrado con al menos un caso de un recuerdo reprimido (véase también Polusny & Follete, 1996).

Estos estudios fueron realizados en la década de 1990, considerada el cenit del interés por los recuerdos reprimidos. Luego de este período, una gran cantidad de investigaciones publicadas en revistas de psicología, psiquiatría y más orientadas al derecho concluyó en que el concepto de recuerdos reprimidos es altamente problemático, particularmente en los tribunales (Loftus, 2003; McNally, 2005; Piper *et al.*, 2008; Porter, Campbell, Birt, & Woodworth, 2003; Rofé, 2008; Takarangi, Polaschek, Hignett, & Garry, 2008). A pesar de estos artículos críticos,

muchos psicólogos, especialmente clínicos y de *counseling*, continúan albergando la idea de que los recuerdos traumáticos pueden ser enterrados en el inconsciente por años o décadas y, más tarde, recuperados. Magnussen and Melinder (2012) encuestaron a psicólogos matriculados y detectaron que el 63% ($n = 540$) creían que los recuerdos recuperados son “reales”. Kemp, Spilling, Hughes y de Pauw (2013) demostraron que el 89% ($n = 333$) de los psicólogos clínicos encuestados creían que los recuerdos de traumas de la niñez (como, p. ej., de abuso sexual) pueden ser “bloqueados” por muchos años. Patihis *et al.* (2014) detectaron que el 60.3% ($n = 35$) de los profesionales clínicos y 69.1% ($n = 56$) de los psicoanalistas coincidían en que los recuerdos traumáticos son a menudo reprimidos. Kagee y Breet (2015) detectaron que el 75.7% ($n = 78$) de los 103 psicólogos sudafricanos encuestados respondieron “probablemente” o “definitivamente verdadero” a la afirmación de que “los individuos normalmente reprimen los recuerdos de experiencias traumáticas” (Kagee & Breet, 2015, p. 5).

Ost, Easton, Hope, French y Wright (2017) mostraron que el 69.6% ($n = 87$) de los psicólogos clínicos aprobaban fuertemente la creencia de que “la mente es capaz de “bloquear” inconscientemente recuerdos de eventos traumáticos” (p. 60). Wessel (2018) recientemente examinó las creencias sobre recuerdos entre los practicantes de la terapia de Desensibilización y Reprocesamiento mediante Movimientos Oculares (EMDR), la que es considerada efectiva en hacer que los recuerdos traumáticos sean menos vívidos y emocionalmente negativos (Lee & Cuijpers, 2013). Wessel consultó a practicantes de EMDR acerca de si el acceso a los recuerdos traumáticos podía ser bloqueado y encontró que el 93% ($n = 457$) respondió de modo afirmativo.

2. Creencias entre otros profesionales

Los investigadores han encuestado a otros profesionales para quienes sería importante tener conocimientos precisos sobre la memoria. Muchos de estos estudios no indagaron específicamente en las creencias de los profesionales sobre la existencia de recuerdos reprimidos, sino sobre cuestiones relacionadas con la memoria de los testigos oculares (p. ej., la relación confianza-precisión; véase Magnussen, Melinder, Stridbeck & Raja, 2010). Las excepciones a esta tendencia incluyen el estudio de Benton, Ross, Bradshaw, Thomas y Bradshaw (2006). En una muestra estadounidense demostraron que el 73% ($n = 81$) de los jurados, el 50% ($n = 21$) de los jueces y el 65% ($n = 34$) del personal de aplicación de la ley creían en los recuerdos reprimidos a largo plazo. Odinot, Boon y Wolters (2015) preguntaron a entrevistadores de la policía holandesa si los recuerdos traumáticos pueden ser reprimidos. Detectaron que el 75,7% ($n = 108$) de ellos estaba de acuerdo en que sí podían serlo. En un estudio reciente, el 84% ($n = 133$) de los trabajadores de

protección infantil holandeses indicaron que los recuerdos traumáticos a menudo son reprimidos (Erens, Otgaar, Patihis, & De Ruiter, 2019).

3. Creencias entre personas legas

En una serie de estudios también se ha pedido a personas legas como, p. ej., estudiantes universitarios, que indicaran sus niveles de creencia sobre la existencia de recuerdos reprimidos (Lynn Evans, Laurence y Lilienfeld, 2015). Golding, Sánchez y Segó (1996) informaron que: a) el 89% de los 613 estudiantes universitarios consultados estaban familiarizados con una circunstancia en la que alguien había recuperado un recuerdo reprimido; b) el 75% de estos estudiantes había señalado que la fuente de esta información era la televisión y c) la creencia en los recuerdos reprimidos estaba correlacionada positivamente con la cantidad de exposición a los medios de comunicación. Merkelbach y Wessel (1998) descubrieron que el 94% ($n = 47$) de los estudiantes apoyaban la idea de que los recuerdos reprimidos existen. Magnussen *et al.* (2006) encuestaron a 2000 noruegos del público en general; hallaron que el 45% ($n = 900$) de los encuestados creía que los recuerdos traumáticos pueden ser reprimidos. Sorprendentemente el 40% ($n = 800$) creía que las personas que habían cometido un homicidio podían reprimir el recuerdo de ese suceso. Por último, Patihis *et al.* (2014) descubrieron que el 81% ($n = 316$) de los estudiantes universitarios creía que los recuerdos traumáticos eran a menudo reprimidos.

A partir de estos datos de encuesta, hemos calculado el porcentaje global de personas que creen en la existencia de recuerdos reprimidos en las muestras combinadas (véase Tabla 1). Aunque hay que tener cuidado al agrupar los datos de estas encuestas, debido a que las muestras pueden variar en muchas dimensiones, los datos agregados pueden ser informativos ya que, en general, se puede esperar que anulen en gran medida las diferencias aleatorias de las características de los participantes. En promedio, el 58% ($n = 4.745$) de aquellos que fueron encuestados informó algún grado de creencia en la existencia de recuerdos reprimidos. Al examinar la prevalencia de estas creencias a través de los subgrupos dentro de la muestra combinada, surgieron resultados interesantes. Entre los psicólogos clínicos, el 70% ($n = 2.305$) creía en la existencia de recuerdos reprimidos. Este porcentaje era de alguna manera más bajo en la década de 1990 (61%, $n = 719$) e incrementó a 76% ($n = 1.586$) desde 2012 en adelante. Asimismo, el 75% ($n = 1.586$) de los demás profesionales expresaron una fuerte creencia en los recuerdos reprimidos, al igual que el 46% ($n = 2.063$) de los legos.

También realizamos análisis adicionales. P. ej., cuando nos centramos solo en los ítems de la encuesta que utilizaron la palabra “represión”, encontramos una prevalencia del 65% ($n = 1.265$) en la creencia en recuerdos reprimidos. Además, dado que los ítems utilizados diferían en cierta medida entre los estudios de las encuestas, nos concentramos en las afirmaciones en las que se preguntaba a las personas específicamente por la frecuencia de los recuerdos reprimidos (p. ej. “los recuerdos traumáticos a menudo son reprimidos”). Al enfocarnos en ellas (Erens *et al.*, 2019; Kagee & Breet, 2015, Patihis *et al.*, 2014), encontramos que el 78% ($n = 618$) de las personas encuestadas creía que las experiencias traumáticas eran a menudo reprimidas. También comparamos la tasa de creencia en recuerdos reprimidos en la década de 1990 con la tasa de todos los estudios llevados a cabo después de ese período, observándose una prevalencia del 62% ($n = 766$) en los estudios de la década de 1990; esta tasa fue ligeramente inferior en los estudios realizados después de la década de 1990 (57%; $n = 3.979$).

En conjunto, nuestros datos sugieren, quizás sorprendentemente, que los profesionales de la salud mental de nuestras muestras combinadas no fueron más críticos que los legos en relación con los recuerdos reprimidos. Este hallazgo refuerza nuestro argumento de que la creencia en recuerdos reprimidos está profundamente arraigada en las sociedades occidentales modernas. Además, los datos sugieren que, a pesar del gran número de trabajos científicos que ponen en duda la existencia de recuerdos reprimidos (p. ej., Loftus y Davis, 2006), la opinión de los psicólogos clínicos, de otros profesionales de la salud mental y del público en general sobre los recuerdos reprimidos se mantiene firme. Asimismo, pareciera que la creencia en los recuerdos reprimidos incluso aumentó entre los psicólogos clínicos.

Sin embargo, dentro de ciertos grupos de profesionales, especialmente los que trabajan en la psicología jurídica, el escepticismo sobre los recuerdos reprimidos es elevado. P. ej., Kassin, Tubb, Hosch y Memon (2001) descubrieron que solo el 22% de los expertos opinó que los recuerdos reprimidos son “suficientemente fiables” para ser presentados como prueba ante los tribunales. Asimismo, algunas investigaciones recientes sugieren que los científicos de la memoria tienden a albergar fuertes dudas respecto de la existencia de recuerdos reprimidos (solo el 12,5% estuvo de acuerdo en que los recuerdos reprimidos pueden ser recuperados con precisión en terapia; el 27,2% de los psicólogos experimentales estuvieron de acuerdo en que los recuerdos traumáticos suelen ser reprimidos; Patihis, Ho, Loftus, & Herrera, 2018). Es importante destacar que muchos científicos expertos son escépticos: eso contrarresta el argumento de que los recuerdos reprimidos deben existir debido a que mucha gente cree en ellos, un tentador error lógico denominado *falacia del vagón de cola* (Briggs, 2014).

Muchas de estas encuestas se apoyan en los términos “represión” o “recuerdos reprimidos”. Estos términos pueden tener todo tipo de connotaciones, lo que conduce a patrones de aprobación artificialmente elevados que sugieren la creencia en recuerdos reprimidos. Brewin, Li, Ntarantana, Unsworth y McNeilis (2019; Estudio 3) argumentaron recientemente que las altas tasas de aprobación de la creencia en recuerdos reprimidos (de la afirmación “las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas durante muchos años y luego recuperarse”) en realidad reflejan una creencia en la supresión de la memoria consciente (véase la sección siguiente sobre inhibición en la recuperación). Ellos descubrieron que cuando los miembros del público en general fueron consultados sobre su creencia en la represión consciente y sobre su creencia en los recuerdos reprimidos (“las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas por muchos años y luego recuperadas”), se hallaron tasas de aprobación similares. Sin embargo, debido a que Brewin y sus colegas no incluyeron un ítem en la encuesta sobre la represión inconsciente, se desconoce qué tasas de aprobación se detectarían sobre una afirmación tan controvertida. Para remediar esta omisión, Otgaar *et al.* (2019) preguntaron específicamente sobre la creencia de las personas en la represión inconsciente. Ellos detectaron altas tasas de aprobación de la creencia en la represión consciente e inconsciente (alrededor del 60%), lo que implica que la creencia en los recuerdos reprimidos sigue estando muy extendida. En lo que sigue, demostramos que, al igual que la creencia en los recuerdos reprimidos, la amnesia disociativa, concepto gemelo de la represión, se ha incrustado de tal manera en la tradición de la psicología que podría tratarse de la amenaza más potente para extender las guerras de recuerdos.

4. ¿Amnesia disociativa = recuerdos reprimidos?

A pesar de la creencia generalizada en los recuerdos reprimidos, el término “represión” se volvió controvertido en las guerras de recuerdos y ya casi no se lo utiliza en un contexto creíble en las publicaciones científicas. Por ello, muchos clínicos adoptaron uno nuevo y quizás más aceptable: el de *amnesia disociativa*. Este término se convirtió en el preferido y más utilizado para denominar al proceso por el cual los traumas se vuelven inaccesibles. P. ej., la *amnesia disociativa* se menciona en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (MDE-5) (Asociación Americana de Psiquiatría, 2013), mientras que los términos *recuerdos reprimidos* o *represión*, no.

Puede que haya varias razones por las cuales la amnesia disociativa está incluida en el MDE-5. Un motivo probable es que la gran mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo del MDE-5 eran psiquiatras y no psicólogos, y tampoco se incluyó en él a expertos en memoria (véase

Yan, 2007). Este Grupo de Trabajo tampoco reflejó de forma adecuada toda la gama de opiniones científicas sobre el estado empírico de los trastornos disociativos, incluyendo la amnesia disociativa. De hecho, como Lilienfeld, Watts y Smith (2012) señalaron:

Es preocupante que el Grupo de Trabajo del MDE-5 sobre Ansiedad, Espectro Obsesivo-Compulsivo y Trastornos Postraumáticos y Disociativos no incluya miembros que hayan expresado dudas en medios académicos sobre la etiología del trastorno de identidad disociativo y sobre los trastornos disociativos relacionados (p. ej., amnesia disociativa, fuga disociativa), a pesar de que estos trastornos son extremadamente controvertidos en la comunidad científica. (p. 831)

El estudio de casos de pacientes que afirman tener amnesia disociativa también han ocupado un lugar destacado en la literatura clínica, quizás contribuyendo a la validez *prima facie* del concepto de amnesia disociativa (p. ej., Staniloiu, Markowitsch, & Kordon, 2018).

Nosotros planteamos que tanto en la década de 1990 como con posterioridad, cuando el término *recuerdo reprimido* fue ampliamente criticado, sus defensores comenzaron a privilegiar el uso del término *amnesia disociativa* en su reemplazo. Quizás Holmes (1994) fue uno de los primeros en darse cuenta de esta tendencia:

En ausencia de buenas pruebas clínicas o de laboratorio para la represión, los defensores del concepto han comenzado a enfatizar el de disociación en su lugar. Pero ese es simplemente otro nombre para la represión; si uno se disocia de un acontecimiento (ya no es consciente de él), lo ha reprimido. Se supone que la amnesia disociativa ocurre después de determinadas experiencias traumáticas. Sin embargo, los supuestos casos de este fenómeno son muy poco frecuentes (p. 18)

En línea con esta idea, la amnesia disociativa no fue mencionada en los trabajos sobre represión anteriores a la década de 1990 de Holmes (1972, 1974) y de Holmes y Schallow (1969). Este sutil pero significativo cambio de denominación ha enturbiado las aguas y ha servido para encubrir la práctica continuada de la psicoterapia que involucra recuerdos reprimidos, aunque con una nueva terminología.

La amnesia disociativa es definida en el MDE-5 como la “incapacidad para recordar información autobiográfica” que: a) es “generalmente de naturaleza traumática o estresante”, b) es “inconsistente con el olvido ordinario”, c) debe ser “almacenada exitosamente”, d) implica un periodo de tiempo en el que hay una “incapacidad para recordar”, e) no está causada por “una sustancia” o “una condición... neurológica” y f) es “siempre potencialmente reversible porque el recuerdo se ha almacenado con éxito” (Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, p. 298). Estas características distintivas sirven como un conjunto de criterios para tres tipos de amnesia disociativa que figuran en el MDE-5. La amnesia disociativa *localizada* supone la pérdida de memoria durante un “período de tiempo limitado” y puede ser más amplia que la amnesia sobre un único acontecimiento traumático, p. ej., “meses o años asociados con el abuso infantil” (p. 298). Debido a que la amnesia disociativa localizada se asemeja más a lo que antes se llamaba recuerdo reprimido, cabe destacar que el *MDE-5* llama a este tipo “la forma más común de amnesia disociativa”. En la amnesia disociativa *selectiva*, el individuo “puede recordar algunos, pero no todos los acontecimientos durante un periodo de tiempo limitado” (p. 298). La amnesia disociativa *generalizada* implica “una pérdida completa de la memoria de la propia historia de vida” y “es poco frecuente” (p. 298). El *MDE-5* indica como factores que apoyan un diagnóstico de amnesia disociativa a los “antecedentes de trauma, abuso infantil y victimización” (p. 299).

Aunque los síntomas disociativos pueden manifestarse en contextos muy diferentes al trauma —p. ej., tras la ingestión o administración del anestésico ketamina (Simeon, 2004) o éxtasis, cannabis y cocaína (van Heugten-van der Kloet *et al.*, 2015)—, la tabla 2 ilustra las similitudes en las definiciones de amnesia disociativa del *MDE-5* y aquellas presentadas por los científicos escépticos sobre memoria reprimida (texto de Loftus, 1993; y Holmes, 1974). Sostenemos, sobre la base de paralelismos sorprendentes entre las definiciones, que los argumentos escépticos que se esgrimen contra los recuerdos reprimidos deberían aplicarse con la misma fuerza a la amnesia disociativa. Más concretamente, las definiciones tanto de amnesia disociativa como de recuerdo reprimido comparten la idea de que el material traumático o perturbador es almacenado, se vuelve inaccesible a causa del trauma y puede recuperarse más adelante de forma intacta.

A pesar de que el concepto de recuerdo reprimido rara vez se defiende en los círculos científicos en estos días, la idea de amnesia disociativa se ha vuelto popular, especialmente en algunos sectores de la psiquiatría. P. ej., entre 2010 y 2019, la revista *Journal of Trauma & Dissociation* publicó 71 artículos relacionados con la amnesia disociativa, mientras que entre 1990 y 1999 no se publicó ningún artículo de este tipo⁹. Este aumento parece ser una de las principales razones para la revitalización de las guerras de recuerdos y para la de las terapias que intentan exhumar los recuerdos traumáticos. En las dos primeras ediciones del *MDE* (Asociación Americana de Psiquiatría, 1952, 1968), ni la *amnesia disociativa* ni la *amnesia psicógena* fueron incluidas o mencionadas, aunque sí los tipos de neurosis disociativas. La amnesia psicógena apareció por primera vez en la tercera edición del *MDE* (Asociación Americana de Psiquiatría, 1980; mencionada 19 veces). Por su parte, la *amnesia disociativa* apareció por primera vez en la cuarta edición del *MDE* (Asociación Americana de Psiquiatría, 1994; mencionada 50 veces). En el *MDE-5*, la amnesia disociativa apareció 75 veces (Asociación Americana de Psiquiatría, 2013). Curiosamente, en ninguna de las ediciones del *MDE* fueron utilizadas las palabras *reprimir*, *recuerdo reprimido* o *represión*.

El *MDE* ha codificado y difundido ampliamente el concepto de amnesia disociativa. En algunos sectores de la psicología y la psiquiatría, la amnesia disociativa es tomada aparentemente como un concepto válido y totalmente no problemático (con notables excepciones; véase Pope, Poliakoff, Parker, Boynes y Hudson, 2007). Sin embargo, la definición de amnesia disociativa es científicamente complicada en muchos aspectos, al igual que la de recuerdo reprimido. Hay problemas inherentes cuando se trata de determinar si un trauma ha sido almacenado pero, sin embargo, resulta inaccesible. En primer lugar, está el complejo problema de la falta de falsabilidad: la única forma en la que podemos determinar si un recuerdo ha sido almacenado es por medio de un informe de la memoria, pero este refuta instantáneamente la afirmación de que la memoria es inaccesible. En segundo lugar, es difícil probar o falsear si el trauma psicológico es la razón por la que un evento no es recordado. El modo en que esto se establece depende en parte de la orientación teórica de la psicóloga o del psicólogo y de si ella o él interpretan la incapacidad de

⁹ En la página web del *Journal of Trauma & Dissociation*, hemos buscado artículos utilizando el término de búsqueda “amnesia disociativa” desde enero de 2010 a mayo de 2019 y desde enero de 1990 a mayo de 1999.

recordar como algo causado por el trauma psicógeno, por fallas de codificación ordinarias o por mecanismos de olvido.

De hecho, una cuestión clave es la de si los casos que parecen documentar amnesia disociativa o recuerdos reprimidos pueden explicarse en términos de mecanismos ordinarios de la memoria. Un ejemplo lo proporciona McNally (2003), quien comentó dos supuestos casos de amnesia disociativa/psicógena en niños que habían sido testigos de la caída de un rayo. McNally concluyó en que la pérdida de memoria podía explicarse de forma plausible por el hecho de que

ambos jóvenes amnésicos habían sido golpeados por los destellos laterales del rayo principal, quedaron inconscientes y estuvieron a punto de morir. Debido a los graves efectos en el cerebro que provoca el ser dejado inconsciente por un rayo, no es de extrañar que estos dos niños no tuvieran ningún recuerdo del suceso (p. 192).

La presencia de un antecedente de lesión cerebral (leve) en la descripción de casos de pacientes diagnosticados con amnesia disociativa también ha sido señalada por otros autores (Staniloiu & Markowitsch, 2014).

Consideremos otro ejemplo que es ilustrativo de muchos informes clínicos similares. Harrison *et al.* (2017) afirmaron haber documentado 53 casos de, como los autores prefirieron llamarla, "amnesia psicógena". Estos casos son citados por otros como evidencia de la existencia de la amnesia disociativa (Brand *et al.*, 2018). Harrison *et al.* (2017) les formularon a los amnésicos varias preguntas relativas a su memoria autobiográfica. Hay que tener en cuenta que ninguno de estos casos satisfacía adecuadamente los seis principios de la amnesia disociativa discutidos anteriormente. P. ej., la amnesia debido a daño neurológico, como, p. ej., la "lesión cerebral traumática" (Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, p. 298), el uso de sustancias u otras causas físicas no fueron descartadas, lo que impediría que la pérdida de memoria fuera diagnosticada en el MDE-5 como amnesia disociativa. La posibilidad de que un traumatismo craneal provoque un deterioro de la memoria es especialmente relevante en este caso, ya que Harrison *et al.* encontraron que los antecedentes de lesiones en la cabeza eran comunes en los casos "psicógenos". Además, Harrison *et al.* no establecieron si el *shock* psicológico o el trauma causaron los problemas de memoria declarados o si los recuerdos fueron realmente inaccesibles durante un período de tiempo (véase también Patihis, Otgaar, & Merckelbach, 2019).

Otra cuestión es que Harrison *et al.* (2017) no excluyeron la posibilidad de que la amnesia disociativa fuera el resultado de una simulación o fingimiento. Esta omisión es notable porque muchos de los pacientes con amnesia disociativa descritos por estos autores estaban plagados de problemas financieros y habría sido relativamente fácil administrarles tests de validez de los síntomas. Con estos tests se puede evaluar si los pacientes manifiestan síntomas atípicos o grotescos en un intento de exagerar sus problemas (Lilienfeld, Thames y Watts, 2013; Peters, van Oorsouw, Jelicic, & Merckelbach, 2013). Otros autores han detectado que la sobreinformación de síntomas grotescos e inverosímiles (p. ej., “Cuando oigo voces siento como si mis dientes se salieran de mi cuerpo”) es frecuente entre quienes afirman tener amnesia disociativa (Cima, Merckelbach, Hollnack y Knauer, 2003). Afirmar una amnesia disociativa no es lo mismo que padecerla (véase también Peters *et al.*, 2013). Teniendo en cuenta esta consideración, Staniloiu y Markowitsch (2014) reconocieron en su artículo que “el principal reto que plantea el diagnóstico diferencial de la amnesia disociativa es distinguir entre la amnesia verdadera y la amnesia simulada” (p. 237).

La clave de nuestro argumento es que la evidencia que los académicos presentan para la amnesia disociativa está típicamente sujeta a explicaciones más plausibles. McNally (2007) enumeró varias interpretaciones alternativas y quizás más plausibles de las pruebas de la amnesia disociativa. La primera es que los problemas de memoria que surgen después de un trauma podrían ser causados por el olvido cotidiano y no debería ser confundido con amnesia por el trauma. En segundo lugar, algunos teóricos de la amnesia disociativa han confundido la amnesia orgánica con la amnesia disociativa. En tercer lugar, las personas que han experimentado un trauma y no pueden recordarlo en un todo podrían haber fallado en la codificación de partes relevantes de la experiencia traumática. En cuarto lugar, las víctimas de abusos no suelen revelar el abuso (p. ej., porque se sienten avergonzadas), una decisión que no debe confundirse con la amnesia disociativa. En quinto lugar, en caso de que las personas no puedan recordar ningún acontecimiento (incluso los traumáticos) antes de los 3 años, esto probablemente refleje el fenómeno bien establecido de la amnesia infantil (Fivush, Haden, & Adam, 1995; Howe, 2013) más que una disociación. En sexto y último lugar, las víctimas de abusos a menudo y, comprensiblemente, no quieren pensar en sus experiencias traumáticas, pero con frecuencia no pueden evitar hacerlo debido a los *flashbacks* y a recuerdos intrusivos. Este fenómeno de la supresión no debe confundirse con la represión, y se ubica bien lejos del dominio de la amnesia disociativa.

III. Las supuestas pruebas empíricas para los mecanismos de recuerdos reprimidos

Tres áreas principales de investigación se utilizan típicamente para respaldar los recuerdos reprimidos o la amnesia disociativa: la inhibición en la recuperación, el olvido dirigido y la relación entre el trauma y la disociación. Sin embargo, ninguna de estas apoya por completo las seis partes de la definición de cualquiera de los conceptos que se muestran en la Tabla 2.

P. ej., el fenómeno de la inhibición en la recuperación (M. C. Anderson & Green, 2001; Anderson & Hanslmayr, 2014; M. C. Anderson *et al.*, 2004) sugiere que algunos mecanismos inhiben ciertos recuerdos mientras que otros llegan a la consciencia y que intentar no pensar en un recuerdo puede hacer que sea más difícil recordarlo. De todos modos, este fenómeno no cumple con los seis principios de la amnesia disociativa, tal como aquel que sostiene que el evento suele ser de carácter traumático (véase también Kihlstrom, 2002). Asimismo, algunas investigaciones han mostrado la inhibición del sistema límbico a través de la corteza frontal entre los individuos con un subtipo de TEPT que implica la supresión emocional (Lanius *et al.*, 2010). Aunque son interesantes, los casos de TEPT que conllevan emociones inhibidas no demuestran que un recuerdo esté almacenado, que es inaccesible debido al trauma y que más adelante se vuelve accesible. Se puede inhibir una emoción respecto de un recuerdo doloroso y, al mismo tiempo, conservarlo en todo su contenido.

Otra investigación ha mostrado que supuestos casos de amnesia disociativa iban acompañados de un aumento de la actividad de la corteza prefrontal y una disminución de la actividad del hipocampo cuando eran expuestos a estímulos (p. ej., ciertos rostros) respecto de los que habían informado tener amnesia (Kikuchi *et al.*, 2009). Sin embargo, considerar ese estudio como evidencia de recuerdos reprimidos o disociados sería prematuro. Antes de concluir que se trata de una amnesia disociativa, se deben descartar otras explicaciones plausibles, tales como la amnesia simulada, la que no fue investigada en este artículo. Esto es aún más notable porque uno de los pacientes que manifestó tener amnesia estaba preocupado por su inminente casamiento mientras que otro solicitó una licencia laboral luego de haber estado involucrado en un accidente.

Se ha sugerido que la inhibición en la recuperación es un "modelo viable para la represión" (M. C. Anderson & Green, 2001, p. 366). Para evaluar la inhibición en la recuperación se utiliza el modelo canónico de "pensar/no pensar" (M. C. Anderson & Green, 2001). En la versión original, los participantes ven una serie de pares de palabras que no tienen ninguna relación entre sí (p. ej. ordalía-cucaracha). Luego de ver estos estímulos, se les muestra a los participantes las palabras clave (p. ej. ordalía) y se les instruye a que o bien recuerden la palabra asociada (pensar) o no (no pensar). Cuando se les pide que recuerden todas las palabras de respuesta durante la

presentación de las palabras-clave, los participantes recuerdan con menor precisión las respuestas de “no pensar”. Un metaanálisis demostró que las palabras de “no pensar” se relacionaban con índices más bajos de recuerdo que los elementos que eran estudiados, pero que no se preguntaban durante la fase de pensar/no pensar (una reducción del 8%; M. C. Anderson & Huddleston, 2012). Un problema con este metaanálisis reside en que no fueron incluidos estudios inéditos de otros laboratorios, lo que expande el espectro del “problema del archivero” (sesgo de publicación) y, por lo tanto, exagera el alcance de los efectos. De hecho, Bulevich, Roediger, Balota y Butler (2006) realizaron tres experimentos que no lograron replicar el efecto de la supresión de recuerdos del pensar/no pensar y resaltaron que “mientras trabajábamos en este proyecto, nos dimos cuenta de que hay otros grupos de investigadores que no pudieron replicar los resultados originales de M. C. Anderson y Green (2001), aunque la mayoría se rindió y no intentó publicar sus resultados” (p. 1574). Otros investigadores de la memoria han mencionado recientemente ciertos estudios inéditos que no lograron replicar el descubrimiento original del pensar/no pensar (A. J. Barnier, comunicación personal, 17 de noviembre de 2018; I. Wessel, comunicación personal, 10 de enero de 2019).

Nuestro argumento es que los siguientes dos cauces de investigación son necesarios en el ámbito del efecto de supresión de recuerdos de pensar/no pensar. En primer lugar, el trabajo empírico es necesario en la relación entre el trauma y la supresión de recuerdos. Hasta el momento, los trabajos en esta área específica son limitados. P. ej., Hulbert & Anderson (2018) detectaron que los estudiantes que informaban un gran historial de traumas mostraban una mayor supresión de recuerdos que los estudiantes que tenían poca experiencia con situaciones traumáticas. A pesar de ser interesante, esta investigación no determina de forma causal si el trauma condujo a una mayor supresión de la memoria. En segundo lugar, un intento de réplica multicéntrico aportaría información crítica respecto de la solidez, la fiabilidad y las posibles condiciones límites del efecto de la supresión de recuerdos de pensar/no pensar.

El olvido motivado de las palabras relacionadas con un trauma en el modelo del olvido dirigido es otra técnica sostenida para apoyar la amnesia disociativa (tal como lo indican DePrince *et al.*, 2012 como parte de la teoría del trauma por traición). P. ej., DePrince y Freyd (2001) afirmaron que habían aportado evidencias en relación con el olvido motivado en individuos disociados. En este estudio, los participantes que obtenían un puntaje alto o bajo en la escala de experiencias disociativas (DES; E. M. Bernstein & Putnam, 1986) recibieron diversas palabras (algunas neutrales y otras relacionadas con el trauma) y luego de cada palabra se les indicaba que la recordaran o la olvidaran. Las autoras descubrieron que, en el marco de condiciones de atención

dividida, los participantes con puntuaciones más altas en disociación recordaban menos palabras relacionadas con el trauma y una mayor cantidad de palabras neutras que quienes tenían una puntuación baja en disociación. Aún así, otros investigadores no pudieron replicar estos resultados (p. ej., Devilly *et al.*, 2007; Giebsbrecht & Merckelbach, 2009; McNally, Metzger, Lasko, Clancy & Pitman, 1998). En una investigación reciente, Patihis y Place (2018) solo encontraron prueba insuficiente para respaldar la hipótesis que sostiene que los individuos traumatizados y disociados olvidarían las palabras relacionadas con el trauma; solo una de las ocho hipótesis predijo el apoyo al olvido dirigido diferencial. Patihis y Place (2018) señalaron la gran cantidad de "grados de libertad" de los que disponen los investigadores para elegir comparaciones en esos experimentos de olvido dirigido. Tal como apuntaron:

En el marco de un conjunto de datos determinados, los investigadores pueden intentar demostrar el olvido diferencial entre las listas de Recordar y las listas de Olvidar. Si eso falla, pueden comparar el trauma con palabras positivas o neutras. Si ello falla, pueden buscar significación estadística en diversas interacciones y pueden hacer todas esas comparaciones con una cantidad de categorizaciones: sobre la disociación, el trauma, el diagnóstico, el estrés agudo, todas las que proporcionan grados adicionales de libertad. Dado el número de combinaciones posibles, un investigador motivado muy probablemente pueda encontrar una comparación que pueda ser interpretada como olvido dirigido.

Incluso si ese modelo pudiera sistemáticamente revelar que los individuos disociados no recuerdan tan bien las palabras relacionadas con el trauma, esto no sería prueba de que un trauma puede ser almacenado y llegar a ser tanto inaccesible como recuperable con precisión. Además, hay trabajos que demuestran que el olvido dirigido de los recuerdos autobiográficos no está vinculado de forma significativa con el valor emocional de esos recuerdos. Este hallazgo es contrario a la expectativa según la cual el trauma debería producir un efecto distintivo en la memoria (Barnier *et al.*, 2007). A pesar de las numerosas afirmaciones en la literatura que sostienen lo contrario; la investigación del olvido dirigido no aporta pruebas convincentes para los recuerdos reprimidos o la amnesia disociativa. En términos más generales, los investigadores han señalado que los efectos del deterioro de la memoria producidos por el olvido dirigido podrían ser consecuencia de una falta de ensayo, lo que niega la necesidad de invocar recuerdos reprimidos (Roediger & Crowder, 1972).

A su vez, los investigadores han señalado la correlatividad estadística entre el trauma y los síntomas disociativos como apoyo para una hipótesis general de que el trauma puede llevar a una amnesia disociativa (véase Dalenberg *et al.*, 2012, 2014; pero véase Lynn *et al.*, 2014). Sin embargo, incluso si esta vinculación fuera sólida —usualmente no lo es (véase Pathis & Lynn, 2017)—, esto no constituye evidencia para la amnesia disociativa. La disociación, medida por la DES (Escala de Experiencias Disociativas), instrumento ampliamente utilizado, evalúa sentimientos de despersonalización, desrealización y problemas de memoria. Estos síntomas no son correlatos improbables de estar traumatado o estresado por un período de tiempo. No obstante, la DES no valora la amnesia disociativa como es definida en el *MDE-5*, a pesar de que se utilice la palabra “disociativa”. Específicamente, la subescala de amnesia disociativa de la DES (p. ej. Stockdale, Gridley, Balogh & Holtgraves, 2002) contiene elementos tales como “encontrarse en un lugar, pero sin saber cómo se ha llegado a él”, “encontrarse vestido con ropa que uno no recuerda haberse puesto”, “encontrar objetos desconocidos entre las pertenencias de uno”, “no reconocer amigos o miembros de la familia” y “no tener recuerdo de algunos eventos personales importantes (p. ej., la graduación)” (E. M. Bernstein & Putnam, 1986; pp. 733-743). Estos ítems no describen la amnesia disociativa y no valoran las reacciones a los traumas y los recuerdos almacenados, pero aún inaccesibles. Por el contrario, estos podrían reflejar un control deficiente de la atención y errores cognitivos habituales. De hecho, los estudios han demostrado que en las muestras de los estudiantes las puntuaciones en los elementos de la amnesia de la DES tienen una correlación positiva y significativa con una medida de fallas en la atención —esto es, errores cognitivos (Merckelbach, Muris & Rassin, 1999; Examen 1, $r = .49$; Examen 2, $r = .36$; véase también Merckelbach *et al.*, 2000); para una réplica en grupos no clínicos, véase Bruce, Ray y Carlson (2007: $r = .31-.46$)—.

El panorama que tenemos hasta aquí no implica que la disociación no esté relacionada con la memoria. Según nuestra postura, el trauma en ocasiones puede conducir a sentimientos de despersonalización y a que, probablemente por el nivel de estrés que ello conlleva, surjan problemas de memoria. Sin embargo, esta postura no favorece la existencia de la amnesia disociativa, lo que implica que los recuerdos de experiencias autobiográficas completas hayan sido temporalmente inaccesibles y puedan ser luego recuperados de forma completa y precisa (véase también Pathis *et al.*, 2019). Es cierto que estudios anteriores (p. ej., Eich, Macaulay, Loewenstein & Dohle, 1997) hallaron evidencia que indicaría la presencia de amnesia autobiográfica en pacientes con trastornos de identidad disociativos (TID). No obstante, un conjunto de estudios más recientes, realizados por Huntjens y colegas, han demostrado la

importancia de distinguir entre lo que la gente informa subjetivamente sobre su pérdida de memoria y (la ausencia de) manifestaciones objetivas de esa pérdida. Huntjens, Verschuere y McNally (2012) analizaron la transferencia de información entre estados de personalidad en pacientes diagnosticados con TID. Se incluyeron los dos exámenes sobre la memoria explícita e implícita, así como también la información neutral, emocional y autobiográfica. Los datos de los estudios fueron consistentes en que, subjetivamente, los pacientes con TID reportaron amnesia entre sus estados de personalidad pero que, objetivamente, no surgió evidencia de amnesia autobiográfica (p. ej., Dorahy & Huntjens, 2007; Huntjens *et al.*, 2012).

IV. Técnicas psicoterapéuticas, distorsiones de la memoria y otros efectos secundarios

A continuación, consideramos el rol de la terapia en el surgimiento de recuerdos reprimidos. Debatisimos la investigación respecto de con qué frecuencia los psicólogos les sugieren a los pacientes que podrían tener recuerdos reprimidos, los efectos de la terapia sobre un recuerdo (falso) y el vínculo entre la psicopatología y la recuperación de un recuerdo (falso).

1. Informes sobre la recuperación de recuerdos en terapia

Hemos mostrado que un gran porcentaje de psicólogos clínicos aún cree que los recuerdos reprimidos podrían ocurrir cuando las personas enfrentan un trauma. Aquí, una cuestión fundamental es conocer si esas creencias acarrearán alguna ramificación en los contextos terapéuticos. Patihis y Pendergrast (2019) encuestaron a 2.326 ciudadanos de Estados Unidos respecto de la recuperación de recuerdos en psicoterapia. El 9% de los encuestados ($n = 217$) informó que sus terapeutas habían considerado la posibilidad de que ellos (los pacientes) tuvieran recuerdos reprimidos de abuso infantil. Además, estos participantes eran 20 veces más propensos a reportar recuerdos de abuso recuperados en terapia (que desconocían antes de asistir) que los encuestados cuyos terapeutas no debatían la posibilidad de que existieran recuerdos reprimidos. El 5% ($n = 122$) de la muestra pública informó que durante el transcurso de la terapia tuvo recuerdos de haber sufrido abuso, de los que no tenía memoria previamente. Los terapeutas que reportaron la recuperación de recuerdos incursionaron en una amplia gama de terapias, desde terapia de apego hasta terapias cognitivo-conductuales. En la mayoría de estas terapias, los participantes indicaron que una minoría de los terapeutas había considerado la posibilidad de recuerdos reprimidos. Esto ocurre, con mayor frecuencia, en algunas terapias que implican trabajar con traumas del pasado (p. ej., terapia de apego, EMDR).

El estudio de Patihis y Pendergrast (2019) se refirió a la recuperación de recuerdos en Estados Unidos; no obstante, Shaw, Leonte, Ball y Felstead (2017) estudiaron la frecuencia de los recuerdos reprimidos y recuperados en Gran Bretaña. Ellos analizaron casos de la *British False Memory Society*, una organización benéfica que apoya a las personas que afirman haber sido erróneamente acusadas por un delito en función de un recuerdo falso. La base de datos de la organización contiene más de 2.500 casos desde 1993. Los investigadores seleccionaron una muestra aleatoria de la base de datos y descubrieron que el 84.3% ($n = 153$) de las hijas que acusaban a sus padres se habían sometido a una terapia que iba desde la psicoterapia habitual a la hipnosis. Asimismo, Shaw y Vredeveldt (2019) señalaron que el equivalente holandés a la Sociedad Británica para la Falsa Memoria, *The Fictitious Memory Group*, había recibido trece posibles casos nuevos de recuerdos falsos del 2011 y 2018. Es importante destacar que en el 77% de esos casos ($n = 10$), las presuntas víctimas se sometieron a alguna clase de intervención terapéutica (p. ej., EMDR, terapia de reencarnación).

En Alemania, un grupo de recuerdos falsos similar llamado *False Memory Deutschland* (2019) conserva un archivo con casos de personas que afirman haber sido falsamente acusadas sobre la base de recuerdos recuperados de abuso sexual. En su sitio web, este grupo sostiene que, al momento de las acusaciones, el 83% ($n = 81$) de las presuntas víctimas había recibido psicoterapia. Es incluso más interesante si se observa que el número de acusaciones ha aumentado desde el 2002. En general, los informes sobre recuerdos reprimidos en terapia se producen en una escala que no es insignificante y se pueden encontrar en muchos países diferentes. Por supuesto, también aquí, la información se debería interpretar con precaución porque podrían interferir los sesgos de selección. Sin embargo, los datos aportan pruebas adicionales respecto de que el problema de los recuerdos reprimidos no ha desaparecido y de que incluso hay algunos indicios que apuntan a su resurgimiento, por lo menos en algunos ámbitos (véase también más abajo).

2. La terapia y sus efectos secundarios

Una de las hipótesis más importantes implícita en la guerra de recuerdos era que, durante el tratamiento psicológico, algunos terapeutas les sugerían a sus pacientes que habían reprimido algún recuerdo traumático, lo que podría haber engendrado falsos recuerdos. Aunque los estudios experimentales han confirmado que las preguntas sugestivas pueden provocar recuerdos falsos (Scoboria *et al.*, 2017), existe una escasez de investigación sistémica respecto de cómo la terapia moldea la memoria. Goodman, Goldfarb, Quas, y Lyon (2017) analizaron si la terapia durante un proceso seguido por abuso sexual infantil predecía la consistencia del recuerdo

(10-16 años después). Curiosamente, los autores descubrieron que el uso de la terapia se correlacionaba de forma positiva con la consistencia del recuerdo. En concreto, era más probable que las presuntas víctimas que habían asistido a terapia durante o poco después de la acusación recordaran correctamente los detalles relacionados con el abuso (p. ej., el nombre y la edad de su agresor), que aquellas que no lo hicieron. El uso de la psicoterapia no sugestiva puede ayudar a la consistencia del recuerdo en lugar de obstaculizarlo. Sin embargo, no es lo mismo recordar de forma consistente a recordar de forma precisa (Smeets, Candel, & Merckelbach, 2004; Talarico & Rubin, 2003).

No obstante, Goodman *et al.* (2017) no evaluaron específicamente si el tipo de terapia que se había utilizado estaba relacionado con la precisión del recuerdo y no se pudieron extraer en este análisis conclusiones causales respecto de los efectos de la terapia en la precisión de los recuerdos. Es importante establecer una relación causal porque algunas terapias, tales como la EMDR y las terapias psicoanalíticas, dependen de que los pacientes recuperen recuerdos autobiográficos específicos y, por lo tanto, podría haber un mayor riesgo de recuerdos falsos. Asimismo, una cuestión relevante es si ciertas terapias podrían aumentar la propensión de las personas a conformarse con las insinuaciones y a elaborar recuerdos falsos. En efecto, Goodman *et al.* (2017) argumentaron que "un estudio que utiliza un diseño experimental con asignación aleatoria de grupos para investigar los efectos de las intervenciones terapéuticas en recuerdos falsos y verdaderos de eventos traumáticos sería una contribución bienvenida en este ámbito de investigación" (p. 929). Houben, Otgaar, Roelofs y Merckelbach (2018) abordaron este asunto al examinar el efecto de los movimientos oculares tal y como se proporciona en la EMDR sobre la creación de recuerdos falsos (es decir, reporte de información errónea). Los participantes que recibieron tratamientos con movimiento ocular eran más susceptibles a crear recuerdos falsos que aquellos que no habían recibido estas terapias. Supuestamente, los movimientos oculares degradan la memoria, lo que haría que las personas sean más propensas a aceptar información externa engañosa y esto podría concluir en recuerdos falsos (pero véase también van Schie & Leer, 2019). Entonces, a pesar de que los movimientos oculares como en la EMDR puedan mejorar la recuperación de la memoria (p. ej. Lyle, 2018), también pueden incrementar la predisposición de las personas a aceptar influencias externas.

Además de centrarse en los efectos de la terapia sobre el rendimiento de la memoria, resulta imperativo examinar los efectos secundarios no deseados de la psicoterapia según los terapeutas y los propios pacientes. A pesar de que este trabajo sea limitado, la investigación ha demostrado que la psicoterapia puede, en algunos casos, engendrar efectos secundarios negativos

(Lilienfeld, 2007; Merckelbach, Houben, Dandachi-Fitzgerald, Otgaar, & Roelofs, 2018; Rozental *et al.*, 2018). En este sentido, los estudios que analizaron la relación entre la terapia y la memoria son de especial interés. P. ej., Rozental, Kottorp, Boettcher, Andersson y Carlbring (2016) realizaron una encuesta a personas que habían realizado tratamiento por ansiedad social y descubrieron que el efecto secundario más frecuente era “la reaparición de recuerdos desagradables” ($n = 251$; 38%).

Los estudios que analizan qué sucede luego de que los pacientes recuperan sus recuerdos a través de la terapia son especialmente relevantes. Fetkewicz, Sharma y Merskey (2000) notaron que los intentos de suicidio aumentaban después de que los pacientes hubiesen realizado terapia de recuperación de los recuerdos, aunque sus conclusiones son atenuadas por la ausencia de un grupo de comparación de personas que no hayan recibido tales intervenciones. Loftus (1997) observó un patrón similar con pacientes que recibieron una compensación luego de haber recuperado sus recuerdos en terapia. Antes de la recuperación de la memoria, tres pacientes (10%) informaron haber pensado en suicidarse, mientras que luego de la recuperación veinte pacientes (67%) reportaron tendencias suicidas. Si bien no se puede concluir en que esta terapia en particular haya causado estos intentos o sentimientos de suicidio, es preocupante que los pacientes se hayan vuelto más sintomáticos luego de las intervenciones terapéuticas. En su conjunto, la investigación de los efectos negativos de la terapia, aunque limitada en cantidad, sugiere que esos efectos podrían no ser insignificantes y que la recuperación de recuerdos podría tener un rol importante en el deterioro.

3. Psicopatología y los falsos recuerdos

Otra forma de examinar el rol de la terapia en el proceso de desenterrar recuerdos reprimidos es establecer si las personas con algún tipo de trastorno psicopatológico corren más riesgos de tener recuerdos falsos que aquellas personas que no los poseen. Esta información es esencial porque las personas podrían pedir una explicación para su trastorno en terapia (cf. “esfuerzo por el significado”, Bartlett, 1932) y los terapeutas podrían activamente buscar esas explicaciones en los recuerdos de sus pacientes y así impulsar los recuerdos falsos. Los autores han expresado diferentes opiniones en relación con el vínculo entre los trastornos psicológicos y la generación de recuerdos falsos. P. ej., Bookbinder y Brainerd (2016) sostuvieron que “respecto del TEPT en particular, la información disponible no aporta un panorama consistente de los efectos de los recuerdos falsos” (p. 1345). En cambio, Scoboria *et al.* (2017) opinaron que “las

personas que sufren de un trastorno psicopatológico y buscan ayuda para sus síntomas podrían ser especialmente vulnerables a las sugerencias" (p. 160).

Otgaar, Muris, Howe y Merckelbach (2017) han revisado recientemente el conjunto de trabajos empíricos relacionados con los trastornos psicopatológicos y la creación de recuerdos falsos. En específico, estas investigaciones se concentran en los efectos de los recuerdos falsos en pacientes con TEPT, depresión y antecedentes de trauma y han revelado que, en la mayoría de estos estudios, los investigadores utilizaron el modelo Deese/Roediger-McDermott (DRM) de los falsos recuerdos (Deese, 1959; Roediger & McDermott, 1995). En este modelo, los participantes reciben listas de palabras asociadas (p. ej. *noche, almohada, luna*). Durante las tareas de recuerdo y reconocimiento, los participantes con frecuencia recuerdan erróneamente una palabra relacionada pero no presentada que se denomina "palabra crítica" (en este caso, *dormir*). Otgaar, Muris, *et al.* (2017) también incluyeron experimentos que se basaron en listas de palabras con carga emocional relacionadas con algunos aspectos del trastorno psicopatológico de los participantes. P. ej., para los pacientes con depresión se podían utilizar listas que se centraran en la palabra "*triste*". La conclusión general de este análisis fue que la gente con TEPT, depresión o antecedentes de trauma corrían un mayor riesgo de crear recuerdos falsos cuando recibían las listas de palabras que se relacionaban con sus síntomas (véase también Howe & Malone, 2011). Existen pruebas de que ciertos tipos de trastornos psicopatológicos (p. ej. esquizofrenia) están estrechamente relacionados con una tendencia de aceptar y rendirse ante la presión externa (Peters, Moritz, Tekin, Jelicic, & Merckelbach, 2012). También hay estudios que indican que los trastornos psicopatológicos (p. ej., depresión, TEPT) están vinculados a una mayor propensión a producir recuerdos falsos y espontáneos.

Sin embargo, las implicancias de este análisis deben ser leídas con cuidado porque los falsos recuerdos espontáneos, inducidos por el modelo DRM, suelen estar poco o incluso no estar relacionados con los falsos recuerdos inducidos por sugestión (p. ej. D. M. Bernstein, Scoboria, Desjarlais, & Soucie, 2018; Calado, Otgaar, & Muris, 2019; Nichols & Loftus, 2019; Ost *et al.*, 2013; Otgaar & Candel, 2011; Patihis, Frenda, & Loftus, 2018; Zhu, Chen, Loftus, Lin, & Dong, 2013). De este modo, a pesar de que los trastornos psicopatológicos parecerían estar relacionados con una creciente vulnerabilidad hacia la producción de recuerdos falsos y espontáneos, esto no necesariamente conlleva que también estén vinculados a una mayor susceptibilidad frente a los recuerdos falsos inducidos por sugestión.

V. La creación de recuerdos falsos implantados

Muchas batallas de las guerras de recuerdos versaron sobre la cuestión de los terapeutas que les informaban a sus pacientes que habían reprimido recuerdos de su niñez. El hecho de que algunos terapeutas le hayan sugerido a sus pacientes que habían sido abusados sexualmente suscitó ciertas inquietudes respecto de los falsos recuerdos en la psicoterapia (Loftus, 1994) al igual que si las intervenciones terapéuticas sugestivas podían estimular la formación de falsos recuerdos. Al enfocarse en casos en los que aparecía la recuperación de recuerdos, los investigadores comenzaron a analizar las condiciones, como los tipos de eventos insinuados, bajo las cuales podrían implantarse los eventos falsos de forma inadvertida. En concreto, se abordó el asunto de si podían implantarse los eventos y si incluso se podían formar recuerdos falsos emocionalmente negativos.

1. Eventos y recuerdos falsos implantados

Los investigadores han recurrido al modelo de la implantación de falsos recuerdos para demostrar que eventos completos, desde los positivos (p. ej. una fiesta de cumpleaños) hasta los negativos (p. ej., perderse en un centro comercial), pueden ser implantados. En el modelo de implantación de falsos recuerdos (Loftus & Pickrell, 1995) se les pregunta a los participantes qué recuerdan sobre un evento que sí han vivido y uno falso. A los participantes se les informa (falsamente) que sus padres confirmaron la vivencia de estos acontecimientos. Durante estas múltiples entrevistas sugestivas, aproximadamente el 30% de los participantes afirmó recordar un evento falso (Scoboria *et al.*, 2017). Las investigaciones que han implantado eventos negativos de forma exitosa son especialmente relevantes para el argumento de que los recuerdos recuperados de abuso pueden ser casos de recuerdos falsos.

P. ej., Hyman *et al.* (1995) descubrieron en su estudio de implantación que, en la segunda entrevista sugestiva, el 10% ($n = 2$) de sus sujetos había recordado falsamente haber pasado la noche en un hospital debido a un cuadro de fiebre y a una infección en el oído. Loftus y Pickrell (1995) mostraron que el 25% ($n = 6$) de su muestra había creado recuerdos falsos sobre haberse perdido en un centro comercial. Porter, Yuille y Lehman (1999) implantaron diversos eventos negativos (p. ej., perderse, un procedimiento médico importante, ser herido de gravedad por un niño, un ataque animal, un accidente doméstico) y los porcentajes de la implantación variaron entre un 16.7% ($n = 3$; perderse) y un 36.8% ($n = 7$; ataque animal). Shaw y Porter (2015) observaron que el 70% ($n = 21$) de los participantes crearon recuerdos falsos de haber cometido un delito (pero véase Wade, Garry, & Pezdek, 2018 que utilizaron otro método de

valoración e informaron que solo entre el 26% y el 30% de los sujetos en el examen de Shaw y Portner habían creado recuerdos falsos).

Por supuesto, los eventos que han sido implantados en estudios experimentales sobre recuerdos falsos difieren en varios aspectos de los acontecimientos recolectados en supuestos reales (p. ej. abuso sexual), que casi siempre involucran sentimientos de vergüenza o tabú (Goodman, Quas, & Ogle, 2010). En efecto, cuando Pezdek, Finger, y Hodge (1997) intentaron implantar la experiencia de un enema rectal en los participantes adultos, ninguno de ellos resultó víctima de la sugestión. Sin embargo, esto no equivale a afirmar que tales acontecimientos no pueden ser implantados en la memoria. Otgaar, Candel, Scoboria, y Merckelbach (2010) descubrieron que, durante la segunda entrevista, seis niños (10%) informaron falsamente haberse realizado un enema rectal (véase también Hart&Schooler, 2006). Asimismo, en general, la investigación sugiere que es más probable recordar de forma errónea un evento negativo que los acontecimientos más ordinarios (p. ej. Otgaar, Candel, & Merckelbach, 2008; Porter, Taylor, & ten Brinke, 2008). Este hallazgo se explica porque los recuerdos emocionalmente negativos contienen un alto nivel de conectividad con otros recuerdos. Así, es relativamente sencillo activar y después recordar eventos que no fueron vividos, pero están relacionados con el acontecimiento experimentado (p. ej., Bookbinder & Brainerd, 2016; Otgaar, Merckelbach, *et al.*, 2017).

Más allá de que se pueda argumentar que el tipo de eventos implantados en las investigaciones de los recuerdos falsos no coincide con los acontecimientos de interés en los procesos judiciales, en los estudios de implantación de recuerdos falsos, en general, se entrevista a los participantes en dos o más oportunidades de forma sugestiva, mientras que los procesos judiciales suelen revelar que las personas con recuerdos falsos han sido entrevistadas por terapeutas de manera sugestiva a lo largo de los años (Maran, 2010; van Til, 1997). Así, parece seguro suponer que, con la suficiente presión sugestiva, se podrían implantar en la memoria incluso eventos extremadamente negativos.

2. Estimar la prevalencia de la implantación de falsos recuerdos

Los investigadores han tratado de estimar el porcentaje de individuos que desarrollan recuerdos autobiográficos falsos en el laboratorio. Tales experimentos han involucrado, principalmente, a estudiantes de grado saludables a quienes se los confronta con información sugestiva. Luego, se evalúan los informes de sus recuerdos en búsqueda de indicios de aceptación de la información falsa. Sin embargo, el intento de elaborar una estimación precisa es una tarea

desafiante porque las investigaciones difieren en términos de codificación y criterios utilizados para definir un informe de recuerdos falsos. Brewin y Andrews (2017) analizaron estudios de implantación de recuerdos falsos y concluyeron que en el 15% de las experiencias recuperadas inducidas por el método de implantación, las declaraciones fueron calificadas indudablemente como recuerdos falsos. Ellos sostuvieron que esta estadística demostraba que “la susceptibilidad a los recuerdos falsos de los acontecimientos de la niñez parece más limitada de lo que se ha sugerido” (p. 2).

Sin embargo, el estudio de Brewin y Andrews (2017) ha sido criticado (para un análisis crítico, véase Otgaar, Merckelbach, *et al.*, 2017). En primer lugar, tal como fue mencionado con anterioridad, la codificación de los recuerdos falsos varía entre los estudios de implantación de estos recuerdos. Por lo tanto, Scoboria *et al.* (2017) idearon un nuevo sistema de codificación con base en las teorías relativas a la memoria (p. ej. Brewer, 1996; Conway & Pleydell-Pearce, 2000; Johnson, Hashtroudi, & Lindsay, 1993; Rubin, 2006). Mediante el empleo de este sistema, ellos volvieron a codificar las transcripciones de ocho publicaciones de estudios sobre la implantación de falsos recuerdos. En suma, descubrieron que un 30,4% de las transcripciones fueron codificadas como falsos recuerdos, el doble del porcentaje que Brewin y Andrews (2017) informaron. Además, en el análisis realizado por Scoboria *et al.*, un 23% adicional de los casos fueron codificados como si hubieran aceptado en cierta medida el acontecimiento falso.

En segundo lugar, Otgaar, Merckelbach, *et al.* (2017) reseñaron 15 estudios de laboratorio sobre recuerdos falsos que investigaban la confianza que los pacientes tenían sobre sus falsos recuerdos. Los datos revelaron un índice de confianza medio del 74%, con un intervalo de confianza no ponderado del 95% = [0.66, 0.78].¹⁰ Además, en un 93% ($k = 14$) de los estudios, los informes de recuerdos falsos tuvieron índices de confianza que excedían el punto medio de la escala de valoración. Sin duda, los niveles de confianza suelen ser elevados en los falsos recuerdos implantados.

En tercer lugar, incluso si aceptamos el 15% muy conservador como un estimativo razonable del potencial global de recuerdos falsos, este porcentaje aún señala un problema

¹⁰ En los estudios reseñados, la confianza fue medida mediante el uso de diferentes escalas (p. ej., 1–5, 1–10, 50–100).

relevante en los ámbitos jurídicos y terapéuticos. Esto significa que, si un terapeuta que utiliza indicaciones sugestivas tuviera consultas con 100 pacientes, en promedio, 15 de ellos podrían desarrollar recuerdos autobiográficos irreales de, p. ej., abuso sexual y algunos podrían falsamente acusar a una persona inocente por este recuerdo (Nash, Wade, Garry, Loftus & Ost, 2017; véase también Smeets, Merckelbach, Jelicic & Otgaar, 2017).

VI. Guerras de recuerdos en los tribunales y más allá

Hemos reseñado varias líneas de evidencia que muestran que la cuestión de los recuerdos reprimidos sigue siendo popular, aunque científicamente controvertida entre los psicólogos y psiquiatras. A continuación, examinaremos el rol que tienen los recuerdos reprimidos y la amnesia disociativa en los procesos judiciales y la persistencia de las creencias ingenuas en recuerdos en los tribunales.

1. Los recuerdos reprimidos y la amnesia disociativa en los tribunales

En 2017 se publicó un informe del ministerio francés que proponía aumentar el plazo de prescripción de la acción penal por abuso sexual de 20 a 30 años (Flament & Calmettes, 2017). La razón que se expuso fue que, dado que las víctimas usualmente tardan en revelar su experiencia abusiva (p. ej., Goodman-Brown, Edelstein, Goodman, Jones, & Gordon, 2003; véase también Connolly & Read, 2006), ellas tienen derecho a acceder a los tribunales. Sin embargo, en el informe se plasmó un motivo más controvertido para fundamentar el aumento del plazo de prescripción de la acción penal que indicaba que las experiencias traumáticas de abuso podían derivar en amnesia disociativa (Dodier & Thomas, 2019). Dodier y Thomas señalaron, con razón, que el uso de un término tan controvertido en un informe oficial del gobierno podría hacer que las personas con antecedentes de trauma creen que sus recuerdos traumáticos son atípicos y que para descubrir recuerdos adicionales deben recurrir a métodos como la terapia de la memoria recuperada que puede dar lugar a recuerdos falsos. Está claro que las víctimas podrían tardar muchos años en revelar sus experiencias traumáticas, pero, como fue previamente señalado, hay explicaciones más plausibles que la amnesia disociativa que justifiquen la demora en denunciar el abuso, tales como sentirse avergonzado por el trauma o reinterpretar la experiencia como abusiva (p. ej., Goodman-Brown *et al.*, 2003; Schooler, 2001). Es especialmente necesario resaltar la cuestión de la revelación tardía, dado que actualmente se presta mucha atención a los casos históricos de abuso sexual, como aquellos que surgieron en el debate *#MeToo*, de los cuales la gran

mayoría no tiene relación con los recuerdos reprimidos o recuperados (véase también Goodman *et al.*, 2017).

También hay evidencia de recuerdos recuperados en algunos casos en el Reino Unido. El documento del *United Kingdom Advocate's Gateway*(2015) relativo al trauma explica cómo deben aproximarse los abogados a las víctimas y testigos afectados por el trauma. Entre otras cuestiones, prevé que la amnesia disociativa es posible y afirma que “el trauma irrumpe la función del hemisferio izquierdo del cerebro... Esta perturbación afecta la habilidad de realizar una narrativa verbal... El hemisferio derecho del cerebro almacena recuerdos asociados implícitos o sensoriales” (p. 5). Esta recomendación es discutible y contiene algunas ideas potencialmente pseudocientíficas y sin fundamento que se mezclan en el documento.

Una forma alternativa de analizar si la cuestión de los recuerdos reprimidos y la amnesia disociativa sigue siendo prominente en el ámbito jurídico consiste en evaluar los procedimientos judiciales e investigar la cantidad de casos en los que los recuerdos reprimidos jugaron un papel. En los Países Bajos existe una base de datos en línea de sentencias judiciales (<http://www.rechtspraak.nl> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023]) en la que se pueden buscar términos clave en un conjunto diverso de casos. Esta base de datos no es exhaustiva en el sentido de que solo recoge las sentencias judiciales más destacadas. Utilizamos el término de búsqueda *verdringing* (“represión”) e investigamos juicios penales desde 1990 a 2018 en los que se habían mencionado los recuerdos reprimidos. La Figura 1 demuestra que los casos en los que se utilizó este término para referirse a casos de recuerdos reprimidos han aumentado en los últimos años. Al realizarse un ejercicio similar y emplearse el término *hervondenherinnering* (“recuerdo recuperado”), surge un patrón semejante. Asimismo, al utilizar el término *dissociatieve amnesia* (“amnesia disociativa”) nuevamente nos encontramos con que el empleo de este término está en alza.¹¹

¹¹ Investigamos si la alza en el uso de estos términos también es evidente al controlar la cantidad total de casos en la base de datos jurídica de Países Bajos. Desde 2001 a 2010, hubo un total de 192,345 casos, y desde 2011 a 2018 hubo un total de 267,377 casos. Incluso si estos índices de base se consideraran, encontramos que el empleo de los términos de *memoria recuperada* (9×10^{-5} to 1.2×10^{-4}) y *amnesia disociativa* (7×10^{-5} to 1×10^{-4}) creció desde 2001 al 2010 al 2011 al 2018.

Estos datos deben interpretarse con precaución. En primer lugar, es destacable que prácticamente no se han encontrado procesos judiciales respecto de recuerdos reprimidos o recuperados desde 1990 al 2000. Una razón para ello podría ser que casos tan antiguos no están recogidos en la base de datos. En segundo lugar, a pesar de que en estos juicios penales resumidos por las sentencias judiciales pertinentes se hayan discutido temas como los recuerdos reprimidos y recuperados, esto no significa necesariamente que los jueces hayan aceptado estas nociones de forma acrítica. No obstante, estos datos demuestran que, al menos en los Países Bajos, los profesionales del derecho siguen utilizando la nomenclatura freudiana y neo-freudiana de la represión y la amnesia disociativa.

2. Las creencias en recuerdos en los tribunales

Aunque hemos hablado de las creencias ingenuas en recuerdos a través de una variedad de poblaciones legas y profesionales, estas creencias pueden ser especialmente problemáticas en los tribunales. Dado que las decisiones judiciales pueden verse influenciadas por las creencias ingenuas que tienen los jueces sobre los recuerdos, es fundamental que cuando un testimonio consista principalmente en pruebas de la memoria (p. ej., recordar detalles del acontecimiento, identificar al agresor), los operadores judiciales posean una perspectiva científicamente informada de cómo funciona la memoria. Para apreciar cómo la desconexión entre la ciencia de la memoria y las creencias de los individuos en el ámbito judicial puede llevar a condenas peligrosas, se pueden analizar los casos enumerados en los sitios web del *Innocence Project* en Estados Unidos (<http://www.innocenceproject.org> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023]) y en el Reino Unido (<http://www.innocencenetwork.org.uk> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023]). El factor más común en estas condenas erróneas ha sido la presencia de pruebas basadas en una memoria defectuosa (p. ej., en más del 70% de los casos existen identificaciones incorrectas de los testigos). La policía y los fiscales aparentemente tomaron decisiones sobre estas pruebas basadas en recuerdos quizás sin entender exactamente la ciencia de cómo funciona la memoria y, a menudo, porque faltaban otros elementos de prueba más objetivos (para reseñas, véase Howe & Knott, 2015; Howe, Knott & Conway, 2018).

Tanto los jueces como los fiscales difieren respecto a si aceptarán el testimonio de un experto en la memoria. P. ej., en un caso holandés de revisión en el que los recuerdos disociativos de abuso eran una cuestión central, un fiscal superior opinó que, a diferencia de los expertos en ADN, los psicólogos no ayudan a los jueces a comprender las complejidades de las declaraciones de los testigos o acusados

(<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2015:2769> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023]). Agregó que el ámbito de la psicología forense es conocido por su falta de consenso y por su alto grado de subjetividad, lo que es hiperbólico cuando se observa el amplio consenso entre los psicólogos forenses sobre una variedad de temas que se encuentran en las encuestas (Kassin, Redlich, Alceste & Luke, 2018; Kassin *et al.*, 2001). Asimismo, las investigaciones indican que los jueces habitualmente sobrestiman la habilidad de los jurados de entender y utilizar correctamente las pruebas basadas en la memoria cuando, en realidad, solo se fundan en su “sentido común”, como si la memoria funcionara como una cámara de video (p. ej., Houston, Hope, Memon & Read, 2013; Magnussen *et al.*, 2010; para el efecto Scooter Libby véase también Kassam, Gilbert, Swencionis & Wilson, 2009).

La cuestión de si son adecuadas las opiniones basadas en sentido común que tienen los jurados respecto de la memoria también se extiende a los casos en que los adultos recuerdan eventos que ocurrieron, décadas atrás, durante su niñez. Al igual que en otros casos, no es un hecho que los jueces necesariamente acepten en sus tribunales el testimonio científico de un experto en la memoria para contrarrestar las opiniones basadas en el sentido común que sostienen los jurados y otras personas que intervienen en el proceso judicial. En algunos estados de Estados Unidos de América ha habido cierto progreso y, en juicios que involucran la identificación por parte de testigos oculares, los jueces ahora deben advertirles a los miembros del jurado sobre la fiabilidad de tales pruebas antes de su deliberación (*State of New Jersey v. Henderson*, 2011). En Pensilvania, Loftus, Francis y Turgeon (2012) redactaron instrucciones para el jurado que abordaron cuestiones relativas a un amplio espectro de la memoria de los testigos. Del mismo modo, en el Reino Unido, los jueces tienen ahora la obligación de darle las llamadas instrucciones “Turnbull” a los miembros del jurado en los casos que se basen mayormente en la identificación de testigos oculares (Trevelyan, n.d.). No obstante, estos son algunos ejemplos recientes y aún es necesario investigar mucho más para contrarrestar el impacto de las creencias erróneas de las personas legas sobre la memoria en los tribunales.

Además, también es imprescindible que esas pautas no sean permanentes, sino temporales para que puedan ser actualizadas en cualquier momento. Lo ideal es que las directrices se basen en el *corpus* actual de descubrimientos científicos, pero que los nuevos hallazgos permitan que sean modificadas. P. ej., investigaciones previas han sugerido que la confianza que los testigos oculares depositan en su identificación está débilmente relacionada con su precisión. En cambio, otras más recientes han demostrado que, en condiciones óptimas, la confianza es fuertemente

predictiva de la precisión (Sauerland & Sporer, 2009; Wixted & Wells, 2017). Por ello, es importante estar al tanto de estas novedades.

3. Las guerras de recuerdos en la literatura científica

Se podría afirmar que, a pesar de que la cuestión controvertida de los recuerdos reprimidos sigue siendo relevante en ámbitos clínicos y jurídicos, el debate sobre este tema se encuentra actualmente silenciado en la literatura científica. Sin embargo, existen dos indicios que demuestran que esto no es así. En primer lugar, en un análisis bibliométrico reciente, Dodier (2019) analizó la cantidad de publicaciones y citas sobre recuerdos reprimidos y recuperados desde 2001 hasta 2018. El autor descubrió que tanto los opositores como los defensores de los recuerdos reprimidos siguieron publicando artículos sobre recuerdos reprimidos y recuperados durante todo este tiempo. En particular, estos artículos fueron citados con igual frecuencia que la de los artículos publicados durante el supuesto apogeo de las guerras de recuerdos en la década de 1990. Además, en el año 2018 se observó que había aumentado la cantidad de publicaciones sobre este tema. Este incremento se caracterizó por una mezcla de artículos a favor o en contra del concepto de recuerdos reprimidos. En concreto, de los dieciséis artículos de 2018, cinco (31%) estaban en gran medida o totalmente a favor de la existencia de los recuerdos reprimidos, mientras que nueve (56%) de los artículos expresaban cierto escepticismo respecto de la existencia de este concepto (dos artículos optaron por una posición neutral).

En segundo lugar, el debate sobre los recuerdos reprimidos y la amnesia disociativa apenas ha desaparecido de la literatura científica. P. ej., Brand, Schielke y Brams (2017) y Brand, Schielke, Brams y DiComo (2017) recientemente intentaron proporcionar a los profesionales del derecho conocimiento con base en evidencia sobre la disociación relacionada con el trauma y los efectos concomitantes como la amnesia disociativa. Sus artículos provocaron un desacuerdo entre ellos y los investigadores de la memoria que sostenían que sus conclusiones no se basaban en evidencia y que eran potencialmente peligrosas (Brand *et al.*, 2018; Merckelbach & Patihis, 2018; Patihis *et al.*, 2019). Los debates sobre la problemática de la amnesia disociativa, los recuerdos reprimidos, o ambos, están claramente activos en la literatura científica (véase también Staniloiu & Markowitsch, 2014).

VII. Conclusión

A pesar de que algunos autores afirmen lo contrario, el tema controvertido de los recuerdos reprimidos y de la amnesia disociativa continúa ocupando un lugar en los contextos clínicos, jurídicos y académicos. Las líneas de evidencia convergentes sugieren que aún falta para resolver las preocupaciones sobre la creencia generalizada en los recuerdos reprimidos luego de las guerras de recuerdos de la década de 1990. Entre muchos profesionales diferentes (p. ej., psicoterapeutas), el porcentaje de quienes creen en los recuerdos reprimidos se mantiene elevado, en general por encima del 50%. Además, la idea de los recuerdos reprimidos solo se ha vuelto popular bajo un nombre diferente —el de amnesia disociativa— que comparte muchas características con la memoria reprimida y que lleva el sello distintivo de estar asociada con el MDE-5 (Asociación Americana de Psiquiatría, 2013). Asimismo, las investigaciones señalan la posibilidad de que algunas técnicas terapéuticas desplieguen ciertos efectos adversos al aumentar potencialmente la probabilidad de crear recuerdos falsos. Finalmente, se continúan abordando las cuestiones relacionadas con los recuerdos reprimidos en los tribunales y en la literatura científica. Si se los considera en su conjunto, estos diferentes hilos de evidencia implican que los recuerdos de abuso recuperados falsamente siguen representando un riesgo en el entorno de la terapia, lo que potencialmente podría derivar en acusaciones falsas y errores judiciales vinculados.

Una cuestión relevante es cómo las ideas defectuosas sobre el funcionamiento de la memoria podrían ser corregidas. El hecho de que la memoria inconsciente reprimida siga siendo aceptada con pocas reservas y continúe siendo popular entre muchos profesionales de la salud mental puede ser explicado, parcialmente, por la constatación, ya bien replicada, de que es difícil corregir las creencias erróneas. En concreto, cuando se enfrenta a las personas con cualquier tipo de información errónea (p. ej., las noticias falsas), corregir esos defectos es un desafío, un fenómeno que se denomina *efecto de influencia continua* (Lewandowsky, Ecker, Seifert, Schwarz, & Cook, 2012; véase también Lilienfeld, Marshall, Todd & Shane, 2014). Sin embargo, investigaciones recientes sugieren que informarles a las personas que las creencias que sostienen categóricamente son incorrectas (*prebunking*) e, incluso, proporcionándoles la información alternativa correcta (*debunking*), con frecuencia puede servir para corregir esas creencias falsas (p. ej., Blank & Launay, 2014; Crozier & Strange, 2019). Además de aplicar estos métodos provisionales pero prometedores, es fundamental que se eduque sobre la ciencia de la memoria a los individuos, especialmente a los profesionales del derecho y clínicos. Este esfuerzo es realmente esencial dado que estos profesionales suelen tener un contacto estrecho con las víctimas, los pacientes, los testigos y los acusados. Estas interacciones implican una oportunidad óptima para que se contamine la memoria de forma inadvertida. Por lo tanto, fomentar la concientización

respecto de las creencias potencialmente dañinas de los recuerdos reprimidos debería ser una prioridad tanto para los ámbitos clínicos y jurídicos, como para los especialistas en psicología en general.

VIII. Referencias

- Advocate's Gateway. (2015). *Toolkit 18: Working with traumatised witnesses, defendants and parties*. Obtenido de <https://www.theadvocatesgateway.org/images/archive/18-working-with-traumatised-witnesses-defendants-and-parties-2015.pdf>
- American Psychiatric Association. (1952). *Diagnostic and statistical manual: Mental disorders*. Washington, DC: Author.
- American Psychiatric Association. (1968). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (2nd ed.)*. Washington, DC: Author.
- American Psychiatric Association. (1980). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (3rd ed.)*. Washington, DC: Author.
- American Psychiatric Association. (1994). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (4th ed.)*. Washington, DC: Author.
- American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (5th ed.)*. Washington, DC: Author.
- ANDERSON, C. A. / LEPPER, M. R. / ROSS, L. (1980). Perseverance of social theories: The role of explanation in the persistence of discredited information. *Journal of Personality and Social Psychology*, 39, 1037–1049.
- ANDERSON, M. C., / GREEN, C. (2001). Suppressing unwanted memories by executive control. *Nature*, 410, 366–369.
- ANDERSON, M. C. / HANSLMAYR, S., "Neural mechanisms of motivated forgetting" en *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 18, 2014, pp. 279-292.
- ANDERSON, M. C., / HUDDLESTON, E., "Towards a cognitive and neurobiological model of motivated forgetting" en *Nebraska Symposium on Motivation*, vol. 58, 2012, pp. 53-120.

ANDERSON, M. C. / OCHSNER, K. N. / KUIHL, B. / COOPER, J. / ROBERTSON, E. / GABRIELI, S. W. / GABRIELI, J. D. , “Neural systems underlying the suppression of unwanted memories” en *Science*, vol. 303, 2004, pp. 232-235.

BARDEN, R. C., “Memory and reliability: Developments and controversial issues” en P. Radcliffe / A. Heaton-Armstrong / G. Gudjonsson / D. Wolchover (eds.), *Witness testimony in sex cases*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 343-359.

BARNIER, A. J. / CONWAY, M. A. / MAYOH, L. / SPEYER, J. / AVIZMIL, J. / HARRIS, C. B., “Directed forgetting of recently recalled autobiographical memories” en *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 136, 2007, pp. 301-322.

BARTLETT, F. C., *Remembering: A study in experimental and social psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1932.

BENTON, T. R. / ROSS, D. F. / BRADSHAW, E. / THOMAS, W. N. / BRADSHAW, G. S., “Eyewitness memory is still not common sense: Comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts” en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 20, 2006, pp. 115-129.

BERNSTEIN, D. M. / SCOBORIA, A. / DESJARLAIS, L. / SOUCIE, K., “‘False memory’ is a linguistic convenience” en *Psychology of Consciousness: Theory, Research, and Practice*, vol. 5, 2018, pp. 161-179.

BERNSTEIN, E. M. / PUTNAM, F. W., “Development, reliability, and validity of a dissociation scale” en *Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 174, 1986, pp. 727-735.

BLANK, H. / LAUNAY, C., “How to protect eyewitness memory against the misinformation effect: A meta-analysis of post-warning studies” en *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 3, 2014, pp. 77-88.

BOOKBINDER, S. H. / BRAINERD, C. J., “Emotion and false memory: The context–content paradox” en *Psychological Bulletin*, vol. 142, 2016, 1315–1351.

BRAND, B. L. / DALEBERG, C. J. / FREWEN, P. A. / LOEWENSTEIN, P. J. / SCHIELKE, H. J. / BRAMS, J. S. / SPIEGEL, D., “Traumarelated dissociation is no fantasy: Addressing the errors of

omissions and errors commission in Merckelbach and Patihis (2018)" en *Psychological Injury and Law*, vol. 11, 2018, 377-393.

BRAND, B. L. / SCHIELKE, H. J. / BRAMS, J. S., "Assisting the courts in understanding and connecting with experiences of disconnection: Addressing trauma-related dissociation as a forensic psychologist, part I" en *Psychological Injury and Law*, vol. 10, 2017, pp. 283-297.

BRAND, B. L. / SCHIELKE, H. J. / BRAMS, J. S. / DICOMO, R. A., "Assessing trauma-related dissociation in forensic contexts: Addressing trauma-related dissociation as a forensic psychologist, part II" en *Psychological Injury and Law*, vol. 10, 2017, pp. 298-312.

BREWER, W. F., "What is recollective memory?" En RUBIN, D. C. (ed.), *Remembering our past: Studies in autobiographical memory*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996, pp. 19-66.

BREWIN, C. R. / Andrews, B., "Creating memories for false autobiographical events in childhood: A systematic review" en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 31, 2017, pp. 2-23.

BREWIN, C. R. / LI, H. / NTARANTANA, V. / UNSWORTH, C. / MCNEILIS, J., "Is the public understanding of memory prone to widespread 'myths'" en *Journal of Experimental Psychology: General*, 2019, publicación online avanzada, doi:10.1037/xge0000610

BRIGGS, W. M., "Common statistical fallacies" en *Journal of American Physicians and Surgeons*, 19, 2014, pp. 58-60.

BRUCE, A. S. / RAY, W. J. / CARLSON, R. A., "Understanding cognitive failures: What's dissociation got to do with it?" en *The American Journal of Psychology*, vol. 120, 2007, 553-563.

BULEVICH, J. B. / ROEDIGER, H. L. / BALOTA, D. A. / BUTLER, A. C., "Failures to find suppression of episodic memories in the think/no-think paradigm" en *Memory & Cognition*, vol. 34, 2006, pp. 1569-1577.

CALADO, B. / OTGAAR, H. / MURIS, P., "Are children better witnesses than adolescents? Developmental trends in different false memory paradigms" en *Journal of Child Custody*, vol. 15, 2019, pp. 330-348.

CHU, J. A. / FREY, L. M. / GANZEL, B. L. / MATTHEWS, J. A., “Memories of childhood abuse: Dissociation, amnesia, and corroboration”, *American Journal of Psychiatry*, vol. 156, 1999, pp. 749-755.

CIMA, M. / MERCKELBACH, H. / HOLLNACK, S. / KNAUER, E., “Characteristics of psychiatric prison inmates who claim amnesia” en *Personality and Individual Differences*, vol. 35, 2003, pp. 373-380.

CONNOLLY, D. A. / READ, J. D., “Delayed prosecutions of historic child sexual abuse: Analyses of 2064 Canadian criminal complaints” en *Law and Human Behavior*, vol. 30, 2006, pp. 409-434.

CONWAY, M. A. / PLEYDELL-PEARCE, C. W., “The construction of autobiographical memories in the self-memory system”, *Psychological Review*, vol. 107, 2000, pp. 261-288.

CREWS, F., *The memory wars: Freud's legacy in dispute*, Londres, Granta Books, 1995.

CROZIER, W. E. / STRANGE, D., “Correcting the misinformation effect” en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 33, 2019, pp. 585-595.

DALENBERG, C. J. / BRAND, B. L. / GLEAVES, D. H. / DORAHY, M. J. / LOEWENSTEIN, R. J. / CARDEÑA, E., . . . SPIEGEL, D., “Evaluation of the evidence for the trauma and fantasy models of dissociation” en *Psychological Bulletin*, vol. 138, 2012, pp. 550-588.

DALENBERG, C. J. / BRAND, B. L. / LOEWENSTEIN, R. J. / GLEAVES, D. H. / DORAHY, M. J. / CARDEÑA, E., . . . SPIEGEL, D., “Reality versus fantasy: Reply to Lynn *et al.* (2014)” en *Psychological Bulletin*, vol. 140, 2014, pp. 911-920.

DAMMEYER, M. D. / NIGHTINGALE, N. N. / MCCOY, M. L., “Repressed memory and other controversial origins of sexual abuse allegations: Beliefs among psychologists and clinical social workers” en *Child Maltreatment*, vol. 2, 1997, pp. 252-263.

DEESE, J., “On the prediction of occurrence of particular verbal intrusions in immediate recall” en *Journal of Experimental Psychology*, vol. 58, 1959, pp. 17-22.

DEPRINCE, A. P. / BROWN, L. S. / CHEIT, R. E. / FREYD, J. J. / GOLD, S. N. / PEZDEK, K. / QUINA, K., "Motivated forgetting and misremembering: Perspectives from betrayal trauma theory" en *Nebraska Symposium on Motivation*, vol. 58, 2012, pp. 193-242.

DEPRINCE, A. P. / FREYD, J. J., "Memory and dissociative tendencies: The roles of attentional context and word meaning in a directed forgetting task" en *Journal of Trauma & Dissociation*, vol. 2, n.º 2, 2001, pp. 67-82.

DEVILLY, G. J. / CIORCIARI, J. / PIESSE, A. / SHERWELL, S. / ZAMMIT, S. / COOK, F. / TURTON, C., "Dissociative tendencies and memory performance on directed-forgetting tasks" en *Psychological Science*, vol. 18, 2007, pp. 212-217.

DODIER, O., "A bibliometric analysis of the recovered memory controversy in the 21st century" en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 33, 2019, pp. 571-584.

DODIER, O. / THOMAS, F., "When psychological science fails to be heard: The lack of evidence-based arguments in a ministerial report on child sexual abuse" en *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 26, 2019, pp. 385-395.

DORAHY, M. J. / HUNTJENS, R. J. C., "Memory and attentional processes in dissociative identity disorder: A review of the empirical literature" en E. Vermetten / M. Dorahy / D. Spiegel (eds.), *Traumatic dissociation: Neurobiology and treatment*, Arlington, VA: American Psychiatric Publishing, 2007, pp. 55-75.

EICH, E. / MACAULAY, D. / LOEWENSTEIN, R. J. / DIHLE, P. H., "Memory, amnesia, and dissociative identity disorder" en *Psychological Science*, vol. 8, 1997, pp. 417-422.

ELLENBERGER, H., *The discovery of the unconscious*, Nueva York, NY: Basic Books, 1970.

ERENS, B. / OTGAAR, H. / PATIHIS, L. / DE RUITER, C., *Potentially problematic beliefs about how memory works in Dutch child protection professionals*. Texto original enviado para su publicación. False Memory Deutschland, 2019. Fragebogenaktion von False Memory Deutschland [Questionnaire campaign by False Memory Germany]. Obtenido de <https://www.false-memory.de/fragebogenaktion/> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023].

FAULKNER, W., *Requiem for a nun*, Nueva York, Vintage, 2011 (trabajo original publicado en 1950).

FETKEWICZ, J. / SHARMA, V. / MERSKEY, H., "A note on suicidal deterioration with recovered memory treatment" en *Journal of Affective Disorders*, vol. 58, 2000, pp. 155-159.

FIVUSH, R. / HADEN, C. / ADAM, S., "Structure and coherence of preschoolers' personal narratives over time: Implications for childhood amnesia", en *Journal of Experimental Child Psychology*, vol. 60, 1995, pp. 32-56.

FLAMENT, F. / CALMETTES, J. *Mission de consensus sur le délai de prescription applicable aux crimes sexuels commis sur les mineur(e)s* [Building consensus on the limitation period applicable to child sexual abuse cases]. Paris, Ministère des Familles, de l'Enfance et des Droits des Femmes, 2017. Obtenido de https://www.egalitefemmes-hommes.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/04/Rapport_MissionConsensus_VF.pdf

GERAERTS, E. / SCHOOLER, J. W. / MERCKELBACH, H. / JELICIC, M. / HAUER, B. J. A. / AMBADAR, Z., "The reality of recovered memories: Corroborating continuous and discontinuous memories of childhood sexual abuse" en *Psychological Science*, vol. 18, 2007, pp. 564-568.

GIESBRECHT, T. / MERCKELBACH, H., "Betrayal trauma theory of dissociative experiences: Stroop and directed forgetting findings", en *The American Journal of Psychology*, vol. 122, 2009, pp. 337-348.

GOLDING, J. M. / SANCHEZ, R. P. / SEGO, S. A., "Do you believe in repressed memories?", en *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 27, 1996, pp. 429-437.

GOODMAN, G. S. / GHETTI, S. / QUAS, J. A. / EDELSTEIN, R. S. / ALEXANDER, K. W. / REDLICH, A. D., . . . JONES, D. P., "A prospective study of memory for child sexual abuse: New findings relevant to the repressed-memory controversy" en *Psychological Science*, vol. 14, 2003, pp. 113-118.

GOODMAN, G. S. / GOLDFARB, D. / QUAS, J. A. / LYON, A., "Psychological counseling and accuracy of memory for child sexual abuse", en *American Psychologist*, vol. 72, 2017, pp. 920-931.

GOODMAN, G. S. / QUAS, J. A. / OGLE, C. M., "Child maltreatment and memory" en *Annual Review of Psychology*, vol. 61, 2010, pp. 325-351.

GOODMAN-BROWN, T. B. / EDELSTEIN, R. S. / GOODMAN, G. S. / JONES, D. P. / GORDON, D. S., "Why children tell: A model of children's disclosure of sexual abuse", *Child Abuse & Neglect*, vol. 27, 2003, pp. 525-540.

GORE-FELTON, C. / KOOPMAN, C. / THORESEN, C. / ARNOW, B. / BRIDGES, E. / SPIEGEL, D., "Psychologists' beliefs and clinical characteristics: Judging the veracity of childhood sexual abuse memories" en *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 31, 2000, pp. 372-377.

HARRISON, N. A. / JOHNSTON, K. / CORNO, F. / CASEY, S. J. / FRIEDNER, K. / HUMPHREYS, K., . . . KOPELMAN, M. D., "Psychogenic amnesia: Syndromes, outcome, and patterns of retrograde amnesia" en *Brain*, vol. 140, 2017, pp. 2498-2510.

HART, R. E. / SCHOOLER, J. W., "Increasing belief in the experience of an invasive procedure that never happened: The role of plausibility and schematicity" en *Applied Cognitive Psychology*, 20, 2006, pp. 661-669.

HERMAN, J. L. / HARVEY, M. R., "Adult memories of childhood trauma: A naturalistic clinical study" en *Journal of Traumatic Stress*, vol. 10, 1997, pp. 557-571.

HOLMES, D. S., "Repression or interference? A further investigation" en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 22, 1972, pp. 163-170.

HOLMES, D. S., "Investigations of repression: Differential recall of material experimentally or naturally associated with ego threat" en *Psychological Bulletin*, vol. 81, 1974, pp. 632-653.

HOLMES, D. S., "Is there evidence of repression? Doubtful" en *Harvard Mental Health Letter*, vol. 10, n.º 12, 1994, pp. 4-6.

HOLMES, D. S. / SCHALLOW, J. R., "Reduced recall after ego threat: Repression or response competition?", en *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 13, 1969, pp. 145-152.

HORNSTEIN, G. A., "The return of the repressed: Psychology's problematic relations with psychoanalysis, 1909-1960" en *American Psychologist*, vol. 47, 1992, pp. 254-263.

- HOUBEN, S. T. L. / OTGAAR, H. / ROELOFS, J. / MERCKELBACH, H., “Lateral eye movements increase false memory rates” en *Clinical Psychological Science*, vol. 6, 2018, pp. 610-616.
- HOUSTON, K. A. / HOPE, L. / MEMON, A. / READ, J. D., “Expert testimony on eyewitness evidence: In search of common sense” en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 31, 2013, pp. 637-651.
- HOWE, M. L., “Memory development: Implications for adults recalling childhood experiences in the courtroom” en *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 14, 2013, pp. 869-876.
- HOWE, M. L. / KNOTT, L. M., “The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences”, *Memory*, vol. 23, 2015, pp. 633-656.
- HOWE, M. L. / KNOTT, L. M. / CONWAY, M. A., *Memory and miscarriages of justice*, Abingdon, Routledge, 2018.
- HOWE, M. L. / MALONE, C., “Mood-congruent true and false memory: Effects of depression” en *Memory*, vol. 19, 2011, pp. 192-201.
- HULBERT, J. C. / ANDERSON, M. C., “What doesn’t kill you makes you stronger: Psychological trauma and its relationship to enhanced memory control” en *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 147, 2018, pp. 1931-1949.
- HUNTJENS, R. J. C. / VERSCHUERE, B. / MCNALLY, R. J., “Inter-identity autobiographical amnesia in patients with dissociative identity disorder” en *PLOS ONE*, vol. 7, 2012, Artículo e40580. doi:10.1371/journal.pone.0040580
- HYMAN, I. E. / HUSBAND, T. H. / BILLINGS, F. J., “False memories of childhood experiences”, en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 9, 1995, pp. 181-197.
- JOHNSON, M. K. / HASHTRUDI, S. / LINDSAY, D. S., “Source monitoring” en *Psychological Bulletin*, vol. 114, 1993, pp. 3-28.
- KAGEE, A. / BREET, E., “Psychologists’ endorsement of unsupported statements in psychology: NochEinmal” en *South African Journal of Psychology*, vol. 45, 2015, pp. 1-13.

KASSAM, K. S. / GILBERT, D. T. / SWENCIONIS, J. K. / WILSON, T. D., "Misconceptions of memory: The Scooter Libby effect" en *Psychological Science*, vol. 20, 2009, pp. 551-552.

KASSIN, S. M. / REDLICH, A. D. / ALCESTE, F. / LUKE, T. J., "On the general acceptance of confessions research: Opinions of the scientific community" en *American Psychologist*, vol. 73, 2018, pp. 63-80.

KASSIN, S. M. / TUBB, V. A. / HOSCH, H. M. / MEMON, A., "On the 'general acceptance' of eyewitness testimony research: A new survey of the experts" en *American Psychologist*, vol. 56, 2001, pp. 405-416.

KEMP, S. / SPILLING, C. / HUGHES, C. / DE PAUW, K., "Medically unexplained symptom (MUS): What do current trainee psychologists, neurologists, and psychiatrists believe?" en *Open Journal of Medical Psychology*, vol. 2, 2013, pp. 12-20.

KIHLSTROM, J. F., "No need for repression", *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 6, n.º 12, 2002, Artículo P502. doi:10.1016/S1364-6613(02)02006-5

KIKUCHI, H. / FUJI, T. / ABE, N. / SUZUKI, M. / TAKAGI, M. / MUGIKURA, S., . . . MORI, E., "Memory repression: Brain mechanisms underlying dissociative amnesia" en *Journal of Cognitive Neuroscience*, vol. 22, 2009, pp. 602-613.

LANIUS, R. A. / VERMETTEN, E. / LOEWENSTEIN, R. J. / BRAND, B. / CHRISTIAN, S. / BREMNER, J. D. / SPIEGEL, D., "Emotion modulation in PTSD: Clinical and neurobiological evidence for a dissociative subtype" en *American Journal of Psychiatry*, vol. 167, 2010, pp. 640-647.

LAURENCE, J. R. / PERRY, C., "Hypnotically created memory among highly hypnotizable subjects" en *Science*, vol. 222, 1983, pp. 523-524.

LEE, C. W. / CUIJPERS, P., "A meta-analysis of the contribution of eye movements in processing emotional memories" en *Journal of Behavior Therapy and Experimental Psychiatry*, vol. 44, 2013, pp. 231-239.

LEWANDOWSKY, S. / ECKER, U. K. H. / SEIFERT, C. M. / SCHWARZ, N. / COOK, J., "Misinformation and its correction: Continued influence and successful debiasing" en *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 13, 2012, pp. 106-131.

LILIENFELD, S. O., “Psychological treatments that cause harm” en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 2, 2007, pp. 53-70.

LILIENFELD, S. O. / MARSHALL, J. / TODD, J. T. / SHANE, H. C., “The persistence of fad interventions in the face of negative scientific evidence: Facilitated communication for autism as a case example” en *Evidence-based Communication Assessment and Intervention*, vol. 8, 2007, pp. 62-101.

LILIENFELD, S. O. / THAMES, A. D. / WATTS, A. L., “Symptom validity testing: Unresolved questions, future directions” en *Journal of Experimental Psychopathology*, vol. 4, 2013, pp. 78-87.

LILIENFELD, S. O. / WATTS, A. L. / SMITH, S. F., “The DSM revision as a social psychological process: A commentary on Blashfield and Reynolds” en *Journal of Personality Disorders*, vol. 26, 2012, pp. 830-834.

LINDSAY, D. S. / READ, J. D., “‘Memory work’ and recovered memories of childhood sexual abuse: Scientific evidence, and public, professionals, and personal issues” en *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 1, 1995, pp. 846-908.

LOFTUS, E. F., “The reality of repressed memories” en *American Psychologist*, vol. 48, 1993, pp. 518-537.

—, “The repressed memory controversy” en *American Psychologist*, vol. 49, 1994, pp. 443-445.

—, “Memories for a past that never was” en *Current Directions in Psychological Science*, vol. 6, n.º 3, 1997, pp. 60-65.

—, “Memory in Canadian courts of law” en *Canadian Psychology*, vol. 44, 2003, pp. 207-212.

—, “Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory” en *Learning & Memory*, vol. 12, 2005, pp. 361-366.

LOFTUS, E. F. / Davis, D., “Recovered memories” en *Annual Review of Clinical Psychology*, vol. 2, 2006, pp. 469-498.

LOFTUS, E. / Francis, E. / Turgeon, J., *Eyewitness identification instructions*, 19 de junio de 2012. Obtenido de:

https://cms3.revize.com/revize/dauphincounty/document_center/courtdepartments/judges/

[Model-Eyewitness-Identification-Jury-Instructions.pdf](#) [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023].

LOFTUS, E. F. / KETCHAM, K., *The myth of repressed memory: False memories and allegations of sexual abuse*, Nueva York, St. Martin's Press, 1994.

LOFTUS, E. F. / PICKRELL, J. E., "The formation of false memories" en *Psychiatric Annals*, vol. 25, 1995, pp. 720-725.

LYLE, K. B., "Effects of handedness consistency and saccade execution on eyewitness memory in cued- and free-recall procedures" en *Memory*, vol. 26, 2018, pp. 1169-1180.

LYNN, S. J. / EVANS, J. / LAURENCE, J. R. / LILIENFELD, S. O., "What do people believe about memory? Implications for the science and pseudoscience of clinical practice" en *Canadian Journal of Psychiatry*, vol. 60, 2015, pp. 541-547.

LYNN, S. J. / LILIENFELD, S. O. / MERCKELBACH, H. / GIESBRECHT, T. / McNALLY, R. J. / LOFTUS, E. F. / MALAKTARIS, A., "The trauma model of dissociation: Inconvenient truths and stubborn fictions. Comment on Dalenberg *et al.* (2012)" en *Psychological Bulletin*, vol. 140, 2014, pp. 896-910.

MAGNUSSEN, S. / ANDERSSON, J. / CORNOLDI, C. / DE BENI, R. / ENDESTAD, T. / GOODMAN, G., ... ZIMMER, H., "What people believe about memory" en *Memory*, vol. 14, 2006, pp. 595-613.

MAGNUSSEN, S. / MELINDER, A., "What psychologists know and believe about memory: A survey of practitioners" en *Applied Cognitive Psychology*, 26, 2012, pp. 54-60.

MAGNUSSEN, S. / MELINDER, A. / STRIDBECK, U. / RajLa, A. Q., "Beliefs about factors affecting the reliability of eyewitness testimony: A comparison of judges, jurors and the general public", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 24, 2010, pp. 122-133.

MARAN, M., *My lie: A true story of false memory*, San Francisco, Jossey-Bass, 2010.

MCHUGH, P. R., "The end of a delusion: The psychiatric memory wars are over" en *Weekly Standard*, vol. 36, n.º 8, 2003, pp. 31-34.

MCNALLY, R. J., *Remembering trauma*, Cambridge, Belknap Press, 2003.

MCNALLY, R. J., “Debunking myths about trauma and memory” en *The Canadian Journal of Psychiatry*, vol. 50, 2005, pp. 817-822.

MCNALLY, R. J., “Dispelling confusion about traumatic dissociative amnesia”, en *Mayo Clinic Proceedings*, vol. 82, 2007, pp. 1083-1090.

MCNALLY, R. J., “Searching for repressed memory” en R.F. BELLI (ed.), *True and false recovered memories: Toward a reconciliation of the debate. Nebraska Symposium on Motivation*, vol. 58, Nueva York, Springer, 2012, pp. 121-147.

MCNALLY, R. J./ GERAERTS, E., “A new solution to the recovered memory debate” en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 4, 2009, pp. 126-134.

MCNALLY, R. J. / METZGER, L. J. / LASKO, N. B. / CLANCY, S. A. / PITMAN, R. K., “Directed forgetting of trauma cues in adult survivors of childhood sexual abuse with and without posttraumatic stress disorder” en *Journal of Abnormal Psychology*, vol. 107, 1998, pp. 596-601.

MCNALLY, R. J. / PERLMAN, C. A. / RISTUCCIA, C. S. / CLANCY, S. A., “Clinical characteristics of adults reporting repressed, recovered, or continuous memories of childhood sexual abuse” en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, vol. 74, 2006, pp. 237-242.

MERCKELBACH, H. / DEKKERS, T. / WESSEL, I. / ROEFS, A., “Amnesia, flashbacks, nightmares, and dissociation in aging concentration camp survivors” en *Behaviour Research and Therapy*, vol. 41, 2003, pp. 351-360.

MERCKELBACH, H. / HOUBEN, S. / DANDACHI-FITZGERALD, B. / OTGAAR, H. / ROELOFS, J., “Alspsychotherapiefaalt [si la psicoterapia falla]” en *De Psycholoog*, vol. 53, octubre 2018, pp. 10-21.

MERCKELBACH, H. / MURIS, P. / RASSIN, E., “Fantasy proneness and cognitive failures as correlates of dissociative experiences” en *Personality and Individual Differences*, vol. 26, 1999, pp. 961-967.

- MERCKELBACH, H. / PATIHIS, L., "Why 'trauma-related dissociation' is a misnomer in courts: A critical analysis of Brand *et al.* (2017a, b)" en *Psychological Injury and Law*, vol. 11, 2018, pp. 370-376.
- MERCKELBACH, H. / WESSEL, I., "Assumptions of students and psychotherapists about memory", en *Psychological Reports*, vol. 82, 1998, pp. 763-770.
- NASH, R. A. / WADE, K. A. / GARRY, M. / LOFTUS, E. F. / OST, J., "Misrepresentations and flawed logic about the prevalence of false memories" en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 31, 2017, pp. 31-33.
- NICHOLS, R. M. / LOFTUS, E. F., "Who is susceptible to three false memory tasks?" en *Memory*, vol. 27, 2019, pp. 962-984.
- ODINOT, G. / BOON, R. / WOLTERS, L., "Het episodischgeheugen en getuigenverhoor. Wat weten politieverhoorders hiervan? [Episodic memory and eyewitness interviewing. What do police interviewers know about this?]" en *Tijdschrift voor Criminologie*, vol. 57, 2015, pp. 279-299.
- OST, J. / BLANK, H. / DAVIES, J. / JONES, G. / LAMBERT, K. / SALMON, K., "False memory ≠ false memory: DRM errors are unrelated to the misinformation effect" en *PLOS ONE*, vol. 8, n.º 4, 2013, Artículo e57939. doi:10.1371/journal.pone.0057939
- OST, J. / EASTON, S. / HOPE, L. / FRENCH, C. C. / WRIGHT, D. B., "Latent variables underlying the memory beliefs of chartered clinical psychologists, hypnotherapists, and undergraduates" en *Memory*, vol. 25, 2017, pp. 57-68.
- OTGAAR, H. / CANDEL, I., "Children's false memories: Different false memory paradigms reveal different results" en *Psychology, Crime & Law*, vol. 17, 2011, pp. 513-528.
- OTGAAR, H. / CANDEL, I. / MERCKELBACH, H., "Children's false memories: Easier to elicit for a negative than for a neutral event" en *Acta Psychologica*, vol. 128, 2008, pp. 350-354.
- OTGAAR, H. / CANDEL, I. / SCOBORIA, A. / MERCKELBACH, H., "Script knowledge enhances the development of children's false memories" en *Acta Psychologica*, vol. 133, 2010, pp. 57-63.

OTGAAR, H. / MERCKELBACH, H. / JELICIC, M. / SMEETS, T., “The potential for false memories is bigger than Brewin and Andrews suggest” en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 31, 2017, pp. 24-25.

OTGAAR, H. / MURIS, P. / HOWE, M. L. / MERCKELBACH, H., “What drives false memories in psychopathology? A case for associative activation” en *Clinical Psychological Science*, vol. 5, 2017, pp. 1048-1069.

OTGAAR, H. / WANG, J. / HOWE, M. L. / LILIENFELD, S. O. / LOFTUS, E. F. / LYNN, S. J., ... PATIHIS, L., *Belief in unconscious repressed memory is widespread. A comment on Brewin, Li, Ntarantana, Unsworth, and McNeilis (2019)*, 2019. Enviado para su publicación.

PARIS, J., “The rise and fall of dissociative identity disorder” en *Journal of Nervous and Mental Disease*, vol. 200, 2012, pp. 1076-1079.

PARKS, T. E., “On one aspect of the evidence for recovered memories”, en *The American Journal of Psychology*, vol. 112, 1999, pp. 365-370.

PATIHIS, L. / FRENDA, S. J. / LOFTUS, E. F., “False memory tasks do not reliably predict other false memories” en *Psychology of Consciousness: Theory, Research, and Practice*, vol. 5, 2018, pp. 140-160.

PATIHIS, L. / HO, L. Y. / LOFTUS, E. F. / HERRERA, M. E., “Memory experts’ beliefs about repressed memory” en *Memory*, 2018. Advance online publication. doi:10.1080/09658211.2018.1532521

PATIHIS, L., HO, L. Y., TINGEN, I. W., LILIENFELD, S. O. & LOFTUS, E. F. (2014). Are the “memory wars” over? A scientist practitioner gap in beliefs about memory. *Psychological Science*, 25, 519–530.

PATIHIS, L. & LYNN, S. J. (2017). Psychometric comparison of Dissociative Experiences Scales II and C: A weak trauma-dissociation link. *Applied Cognitive Psychology*, 31, 392–403.

PATIHIS, L., OTGAAR, H. & MERCKELBACH, H. (2019). Expert witnesses, dissociative amnesia, and extraordinary remembering. *Psychological Injury and Law*. Advance online publication. doi:10.1007/s12207-019-09348-8

PATIHIS, L. & PENDERGRAST, M. (2019). Reports of recovered memories of abuse in therapy in a large age-representative U.S. national sample: Therapy type and decade comparisons. *Clinical Psychological Science*, 7, 3–21. doi:10.1177/2167702618773315

PATIHIS, L. & PLACE, P. J. (2018). Weak evidence for increased motivated forgetting of trauma-related words in dissociated or traumatised individuals in a directed forgetting experiment. *Memory*, 26, 619–633.

PATIHIS, L. & YOUNES BURTON, H. J. (2015). False memories in therapy and hypnosis before 1980. *Psychology of Consciousness: Theory, Research, and Practice*, 2, 153–169. doi:10.1037/cns0000044

PETERS, M. J., MORITZ, S., TEKIN, S., JELICIC, M. & MERCKELBACH, H. (2012). Susceptibility to misleading information under social pressure in schizophrenia. *Comprehensive Psychiatry*, 53, 1187–1193.

PETERS, M. J., VAN OORSOUW, K. I., JELICIC, M. & MERCKELBACH, H. (2013). Let's use those tests! Evaluations of crime related amnesia claims. *Memory*, 21, 599–607.

PEZDEK, K., FINGER, K. & HODGE, D. (1997). Planting false childhood memories: The role of event plausibility. *Psychological Science*, 8, 437–441.

PIPER, A., LILLEVIK, L. & KRITZER, R. (2008). What's wrong with believing in repression? A review for legal professionals. *Psychology, Public Policy, and Law*, 14, 223–242.

POLUSNY, M. A. / FOLLETTE, V. M., "Remembering childhood sexual abuse: A national survey of psychologists' clinical practices, beliefs, and personal experiences" en *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 27, 1996, pp. 41-52

POOLE, D. A. / LINDSAY, D. S. / MEMON, A. / BULL, R., "Psychotherapy and the recovery of memories of childhood sexual abuse: U.S. and British practitioners' opinions, practices, and experiences" en *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, vol. 63, 1995, pp. 426-437.

POPE, H. G., Jr. / POLIAKOFF, M. B. / PARKER, M. P. / BOYNES, M. / HUDSON, J. I., "Is dissociative amnesia a culturebound syndrome? Findings from a survey of historical literature" en *Psychological Medicine*, vol. 37, 2007, pp. 225-233.

PORTER, S. / CAMPBELL, M. A. / BIRT, A. R. / WOODWORTH, M. T., “We said, she said: A response to Loftus (2003)” en *Canadian Psychology*, vol. 44, 2003, pp. 213-215.

PORTER, S. / TAYLOR, K. / TEN BRINKE, L., “Memory for media: Investigation of false memories for negatively and positively charged public events” en *Memory*, vol. 16, 2008, pp. 658-666.

PORTER, S. / YUILLE, J. C. / LEHMAN, D. R., “The nature of real, implanted, and fabricated memories for emotional childhood events: Implications for the recovered memory debate” en *Law and Human Behavior*, vol. 23, 1999, pp. 517-537.

ROEDIGER, H. L. / BERGMAN, E. T., “The controversy over recovered memories” en *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 4, 1998, pp. 1091-1109.

ROEDIGER, H. L. / CROWDER, R. G., “Instructed forgetting: Rehearsal control or retrieval inhibition (repression)?” en *Cognitive Psychology*, vol. 3, 1972, pp. 244-254.

ROEDIGER, H. L. / MCDERMOTT, K. B., “Creating false memories: Remembering words not presented in lists” en *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, vol. 21, 1995, pp. 803-814.

ROFÉ, Y., “Does repression exist? Memory, pathogenic, unconscious and clinical evidence”, en *Review of General Psychology*, vol. 12, 2008, pp. 63-85.

ROZENTAL, A. / CASTONGUAY, L. / DIMIDJIAN, S. / LAMBERT, M. / SHAFRAN, R. / ANDERSSON, G. / CARLBRING, P., “Negative effects in psychotherapy: Commentary and recommendations for future research and clinical practice” en *BJPsych Open*, vol. 4, 2018, pp. 307-312.

ROZENTAL, A. / KOTTORP, A. / BOETTCHER, J. / ANDERSSON, G. / CARLBRING, P., “Negative effects of psychological treatments: An exploratory factor analysis of the negative effects questionnaire for monitoring and reporting adverse and unwanted events” en *PLOS ONE*, vol. 11, n.º 6, 2016, Artículo e0157503. doi:10.1371/journal.pone.0157503

RUBIN, D. C., “The basic-systems model of episodic memory” en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 1, 2006, pp. 277-311.

- SAUERLAND, M. / SPORER, S. L., "Fast and confident: Postdicting eyewitness identification accuracy in a field study" en *Journal of Experimental Psychology: Applied*, vol. 15, 2009, pp. 46-62.
- SCHOOLER, J. W., "Discovering memories of abuse in the light of meta-awareness" en *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, vol. 4, 2001, pp. 105-136.
- SCOBORIA, A. / WADE, K. A. / LINDSAY, D. S. / AZAD, T. / STRANGE, D. / OST, J. / HYMAN, I. E., "A mega-analysis of memory reports from eight peer-reviewed false memory implantation studies" en *Memory*, vol. 25, 2017, pp. 146-163.
- SHAW, J. / LEONTE, M. / BALL, G. / FELSTEAD, K., *When is the issue of false memory raised in historical child sexual abuse allegations? An archival study of 496 British cases*, artículo presentado en la reunion de la Asociación de Psicología y Derecho Europea, Mechelen, Bélgica, mayo de 2017.
- SHAW, J. / Porter, S., "Constructing rich false memories of committing crime" en *Psychological Science*, vol. 26, 2015, pp. 291-301.
- SHAW, J. / VREDEVELDT, A., "The recovered memory debate continues in Europe: Evidence from the UK, the Netherlands, France, and Germany" en *Clinical Psychological Science*, vol. 7, 2019, pp. 27-28.
- SMEETS, T. / CANDEL, I. / MERCKELBACH, H., "Accuracy, completeness, and consistency of emotional memories" en *The American Journal of Psychology*, 2004, pp. 595-609.
- SMEETS, T. / MERCKELBACH, H. / JELICIC, M. / OTGAAR, H., "Dangerously neglecting courtroom realities" en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 31, 2017, pp. 26-27.
- SPIEGEL, D. / LOEWENSTEIN, R. J. / LEWIS-FERNÁNDEZ, R. / SAR, V. / SIMEON, D. / VERMETTEN, E. / DELL, P. F., "Dissociative disorders in DSM-5" en *Depression and Anxiety*, vol. 28, 2011, pp. 824-852.
- STANILOIU, A. / MARKOWITSCH, H. J., "Dissociative amnesia" en *The Lancet Psychiatry*, vol. 1, 2014, pp. 226-241.
- STANILOIU, A. / MARKOWITSCH, H. J. / KORDON, A., "Psychological causes of autobiographical amnesia: A study of 28 cases" en *Neuropsychologia*, vol. 110, 2018, pp. 134-147.

State of New Jersey v. Henderson, 208 N.J. 208, 287 (2011). Stockdale, G. D., Gridley, B. E., Balogh, D. W., & Holtgraves, T. (2002). Confirmatory factor analysis of single and multiple factor competing models of the dissociative experiences scale in a nonclinical sample. *Assessment*, 9, 94-106.

TAKARANGI, M. K. T. / POLASCHEK, D. L. L. / HIGNETT, A. / GARRY, M., “Chronic and temporary aggression causes hostile false memories for ambiguous information” en *Application of Cognitive Psychology*, vol. 22, 2008, pp. 39-49.

TALARICO, J. M. / RUBIN, D. C., “Confidence, not consistency, characterizes flashbulb memories” en *Psychological Science*, vol. 14, pp. 455-461.

TREVELYAN, L. (n.d.). The Turnbull guidelines. In Brief: Helping with life’s legal issues. Obtenido de <https://www.inbrief.co.uk/court-proceedings/turnbull-guidelines/> [enlace verificado el día 26 de septiembre de 2023].

VAN DER KOLK, B. A. / FISLER, R., “Dissociation and the fragmentary nature of traumatic memories: Overview and exploratory study” en *Journal of Traumatic Stress*, vol. 8, 1995, pp. 505-525.

VAN HEUGTEN-VAN DER KLOET, D. / GIESBRECHT, T. / VAN WEL, J. / BOSKER, W. M. / KUYPERS, K. P., THEUNISSEN / E. L., . . . RAMAEKERS, J. G., “MDMA, cannabis, and cocaine produce acute dissociative symptoms” en *Psychiatry Research*, vol. 228, 2015, pp. 907-912.

VAN SCHIE, K. / LEER, A., “Lateral eye movements do not increase false memories rates: A failed direct replication study” en *Clinical Psychological Science*, 2019. Publicación online avanzada. doi:10.1177/2167702619859335

VAN TIL, R. *Lost Daughters*, Grand Rapid, Eerdmans, 1997.

WADE, K. A. / GARRY, M. / PEZDEK, K., “Deconstructing rich false memories of committing crime: Commentary on Shaw and Porter (2015)” en *Psychological Science*, vol. 29, 2018, pp. 471-476.

WAGENAAR, W. A. / CROMBAG, H. F. M., *The popular policeman: Psychological perspectives on legal evidence*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2005.

WAGENAAR, W. A. / GROENEWEG, J., "The memory of concentration camp survivors" en *Applied Cognitive Psychology*, vol 4, 1990, pp. 77-87.

WESSEL, I., "Hoe denken VEN-leden over de betrouwbaarheid van het geheugen [What do members of the Dutch EMDR Committee know about the reliability of memory?]" en *EMDR Magazine*, vol. 17, 2018, pp. 10-14.

WIXTED, J. T. / WELLS, G. L., "The relationship between eyewitness confidence and identification accuracy: A new synthesis" en *Perspectives on Psychological Science*, vol. 18, 2017, pp. 10-65.

YAN, J., "APA announces DSM-V Task Force members" en *Psychiatric News*, vol. 42, n.º 16, 2007, pp. 10-22.

YAPKO, M. D., "Suggestibility and repressed memories of abuse: A survey of psychotherapists' beliefs: Response" en *American Journal of Clinical Hypnosis*, vol. 36, 1994a, pp. 185-187.

YAPKO, M. D., *Suggestions of abuse: True and false memories of childhood sexual trauma*, Nueva York, Simon & Schuster, 1994b.

ZHU, B. / CHEN, C. / LOFTUS, E. F. / LIN, C. / DONG, Q., "The relationship between DRM and misinformation false memories" en *Memory & Cognition*, vol. 41, 2013, pp. 832-838.

Tabla 1. Porcentajes de personas que creen en el concepto de recuerdo reprimido entre varios estudios

Estudio	N	%	Enunciación	Escala	País
Psicólogos clínicos Yapko (1994a)	869	59	“Los eventos que sabemos que ocurrieron pero que no podemos recordar son recuerdos reprimidos”	De acuerdo, en desacuerdo	EE. UU.
Dammeyer, Nightingale y McCoy (1997)	111	58(a)	“¿Usted cree que los recuerdos reprimidos existen?”	1 = definitivamente no, 10 = definitivamente sí	EE. UU.
Dammeyer <i>et al.</i> (1997)	105	71	“¿Usted cree que los recuerdos reprimidos existen?”	1 = definitivamente no, 10 = definitivamente sí	EE. UU.
Dammeyer <i>et al.</i> (1997)	75	60	“¿Usted cree que los recuerdos reprimidos existen?”	1 = definitivamente no, 10 = definitivamente sí	EE. UU.
Merckelbach y Wessel (1998)	27	96	“¿Existe la represión?”	Sí, no, no sabe	Países Bajos
Magnussen y Melinder (2012)	858	63	"A veces los adultos en psicoterapia recuerdan eventos traumáticos de la infancia temprana que antes no recordaban en absoluto. ¿Cree usted que esos recuerdos son reales o falsos?"	Todos son reales, la mayoría son reales, la mayoría son falsos, todos son falsos-inciertos	Noruega
Kemp <i>et al.</i> (2013)	375	89	“¿Pueden los recuerdos de traumas de la niñez (p. ej. de abuso sexual) ser ‘bloqueados’ de la memoria consciente por muchos años?”	Sí, pero no frecuentemente; no sabe; no, no lo cree	Inglaterra y Gales

Patihis <i>et al.</i> (2014)	58	60.3(b)	“Los recuerdos traumáticos a menudo son reprimidos”	Muy en desacuerdo, en desacuerdo, ligeramente en desacuerdo, ligeramente de acuerdo, de acuerdo, muy de acuerdo	EE. UU.
Patihis <i>et al.</i> (2014)	82	69.1	“Los recuerdos traumáticos a menudo son reprimidos”	Muy en desacuerdo, en desacuerdo, ligeramente en desacuerdo, ligeramente de acuerdo, de acuerdo, muy de acuerdo	EE. UU
Kagee y Breet (2015)	103	75.7	“Los individuos normalmente reprimen los recuerdos de experiencias traumáticas”	Definitivamente falso, probablemente falso, probablemente cierto, definitivamente cierto	Sudáfrica
Ost <i>et al.</i> (2017)	125	69.6	“La mente es capaz de bloquear inconscientemente recuerdos de eventos traumáticos”	1 = muy en desacuerdo; 4 = muy de acuerdo	Reino Unido
Wessel (2018)	492	93	“Es posible que el acceso a un recuerdo traumático esté	De acuerdo, en desacuerdo, sin opinión	Países Bajos

			bloqueado”(c)		
Otros profesionales Benton Ross, Bradshaw, Thomas y Bradshaw (2006)	111	73	“Las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas por muchos años y luego recuperadas”	Generalmente verdadero, generalmente falso, no lo sé	EE. UU
Benton <i>et al.</i> (2006)	42	50	“Las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas por muchos años y luego recuperadas”	Generalmente verdadero, generalmente falso, no lo sé	EE. UUU.
Benton <i>et al.</i> (2006)	52	65	“Las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas por muchos años y luego recuperadas”	Generalmente verdadero, generalmente falso, no lo sé	EE. UUU.
Odinot, Boon y Wolters (2015)	143	75,7	“Las experiencias traumáticas pueden ser reprimidas por muchos años y luego recuperadas”(d)	De acuerdo, en desacuerdo	Países Bajos
Erens Otgaar, Patihis y De Ruiter (2019)	158	84	“Los recuerdos traumáticos son a menudo reprimidos debido a su contenido doloroso”	De acuerdo, en desacuerdo	Países Bajos
Personas legas Merckelbach y Wessel (1998)	50	94	¿Existe la represión?	Sí, no, no lo sabe	Países Bajos
Magnussen <i>et al.</i> (2006)	2.000	45	"A veces los adultos en psicoterapia recuerdan eventos traumáticos de	Todos son reales, la mayoría son reales, la mayoría	Noruega

			la infancia temprana que antes no recordaban en absoluto. ¿Cree usted que tales recuerdos son reales o falsos?"	son falsos, todos son falsos-inciertos	
Magnussen <i>et al.</i> (2006)	2.000	40	"A veces los adultos en psicoterapia recuerdan eventos traumáticos de la infancia temprana que antes no recordaban en absoluto. ¿Cree usted que tales recuerdos son verdaderos o falsos?"	Todos son reales, la mayoría son reales, la mayoría son falsos, todos son falsos-inciertos	Noruega
Patihis <i>et al.</i> (2014)	390	81	"Los recuerdos traumáticos son a menudo reprimidos"	Muy en desacuerdo, en desacuerdo, ligeramente en desacuerdo, ligeramente de acuerdo, de acuerdo, muy de acuerdo	EE. UU.

Nota: EE. UU.: Estados Unidos de Norteamérica.

a) se refiere a las personas que han obtenido una puntuación de 8, 9 o 10.

b) Se refiere a las personas que han elegido *ligeramente de acuerdo, de acuerdo o muy de acuerdo*.

c) Traducido del holandés: "goedmogelijkdattoegang tot traumaherinnering is geblokkeerd."

d) Traducido del holandés: "Traumatische ervaringen kunnen jarenlang worden verdrongen (d.w.z. geheel vergeten zijn) en dan toch nog worden hervonden."

Tabla 2. Comparación de las definiciones de amnesia disociativa y recuerdo reprimido

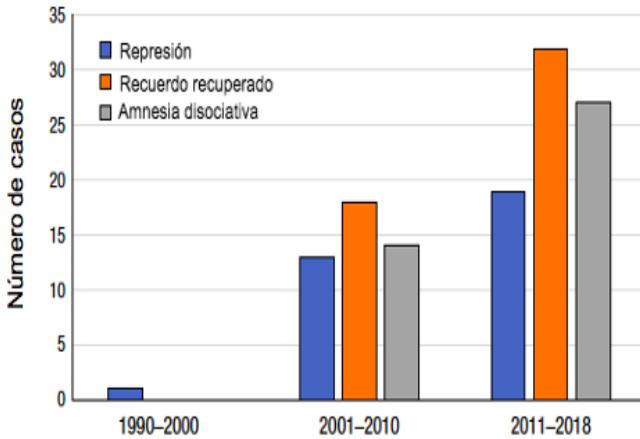
Amnesia disociativa	Recuerdo reprimido	Represión
<i>MDE-5</i> (APA, 2013, p. 298)	Loftus (1993, p. 518)	Holmes (1974, p. 632-633)
“incapacidad para recordar información autobiográfica”	[implícito indirectamente en las citas]	“La represión es una pérdida [de memoria] que...”
“generalmente de naturaleza traumática o estresante, que es inconsistente con el olvido ordinario”	“algo sucede que es tan impactante...”	“está específicamente diseñado para eliminar selectivamente de la consciencia aquellos recuerdos que causan al individuo un dolor [afectivo]... en lugar de ser una pérdida general debida al simple deterioro”
“y que debe ser almacenado con éxito”	“que la mente se aferra al recuerdo y lo empuja bajo tierra”	“el material reprimido no se pierde, sino que <i>se almacena en el inconsciente</i> [énfasis en el original]”
“implica un período de tiempo en el que hay una incapacidad para recordar”	“en algún rincón inaccesible del inconsciente. Allí duerme durante años, o incluso décadas, o incluso para siempre aislado del resto de la vida mental”	[implícito indirectamente en las citas]
“no está causada por ‘una condición...neurológica’”.	[implícito indirectamente] Causa implícita: un evento “que es tan impactante”	[implícito indirectamente] Causa implícita: “la represión es un proceso motivado por la necesidad de evitar el afecto perturbador asociado a ciertos recuerdos”.
“siempre es potencialmente reversible porque el recuerdo ha sido almacenado con	“Luego, un día, puede levantarse y emerger en la consciencia”	“el material puede volver a la consciencia sin tener que pasar por el proceso de

éxito”

reaprendizaje”

Nota: *MDE-5*: quinta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (*DSM-5 = Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*). APA: Asociación Americana de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*).

Fig. 1. La cantidad de procesos judiciales neerlandeses que mencionan la represión, los recuerdos recuperados o la amnesia disociativa desde 1990 a 2018.



Recensiones

**“LA CRIMINALIZACIÓN DEL SEXO. UNA TEORÍA LIBERAL UNIFICADA”,
DE STUART GREEN
Agustina SZENKMAN***

Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2024

Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2024

GREEN, Stuart, La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada, trad. de José Béguelin, Leandro Dias y Alejandra Verde, Madrid y otras, Marcial Pons, 2024.

Hace poco tuve el agrado de participar en la revisión de la traducción de un libro muy reciente de Stuart GREEN: *La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada*. Ello me permitió llevar a cabo la lectura de esta obra provocadora que explora la relación entre la ley y la sexualidad. Allí se presenta un análisis crítico sobre la criminalización de ciertos comportamientos sexuales y sus implicancias en la época actual, es decir, en una era en la que las formas de vincularse sexualmente han mutado. De hecho, el autor llega a plantear interrogantes respecto de la legitimidad de la intervención estatal en algunos asuntos vinculados con la actividad sexual de las personas. Green logra transmitir los conceptos y problemas centrales de esta obra de forma clara y, de esta manera, consigue una comunicación efectiva del conocimiento general sobre la regulación de los tipos penales en el derecho estadounidense —y en algunos otros países de occidente— y de su postura en particular.

En esta reseña ofreceré un resumen de las cuatro partes clave en las que se estructura la obra. Luego intentaré proponer algunas reflexiones que nos lleva a realizar la obra, así como también explicitaré algunas cuestiones que parecerían haber quedado pendientes de tratamiento.

* Universidad de Buenos Aires, Argentina. Fundación Alexander Von Humboldt.

Podría decirse que el libro consta de dos grandes secciones. Por un lado, aquella relativa a la conceptualización de algunos términos básicos que serán indispensables para la comprensión del resto de la obra (parte I) y, por el otro, una segunda sección más extensa que se dedica a la reconstrucción de los distintos tipos penales sexuales en particular (partes II, III y IV). Más allá de esta forma de categorizar el contenido del libro, la obra está estructurada en cuatro partes principales que se dividen en subpartes y/o en capítulos.

La primera parte está compuesta por lo que Green denomina “herramientas conceptuales” y contiene tres capítulos breves en los que el autor presenta algunas nociones fundamentales que funcionan como marco teórico para el posterior análisis del resto del libro. En esa sección se examinan los conceptos de delito y conducta sexual (capítulo 1), de autonomía y consentimiento (capítulo 2), y de penalización y liberalismo (capítulo 3).

Green entiende que habrá un delito sexual siempre que así sea establecido por la ley, es decir, cuando la relación sexual defina al tipo penal, independientemente de cómo se lleva a cabo en el caso particular. En cambio, la noción de conducta sexual es establecida fenomenológicamente y será solo aquella que tienda a la satisfacción de un deseo de placer sexual.

En el segundo capítulo, el autor distingue entre autonomía sexual positiva (derecho *prima facie* a participar de conductas sexuales) y negativa (como derecho a no realizar ni ser sometido a una conducta sexual).¹ Respecto del consentimiento, afirma que es esencial diferenciarlo de la mera falta de deseo. También plantea tres formas en las que puede entenderse al consentimiento, ya sea en un sentido actitudinal o mental, en uno comunicativo o en uno prescriptivo.

Como último punto en esta sección, el autor analiza los conceptos de criminalización y liberalismo. Aquí se puede ver cómo surgen, en particular, varios elementos del retribucionismo. En este sentido, su teoría parte de la base de que sería injusto tanto castigar a quienes carecen de culpabilidad como castigar a las personas culpables más allá de lo que se merecen.² Otra característica fundamental de este enfoque es la idea de que, más allá de que el Estado brinde

¹ GREEN, *La criminalización del sexo* (trad. de José Béguelin, Leandro Dias y Alejandra Verde), Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 25.

² GREEN, *supra* nota 2, p. 29.

cierto marco de protección, este debe también permitir un amplio ámbito de neutralidad en el que la ciudadanía pueda cumplir sus metas y objetivos en función de la concepción de lo que está bien que cada persona construya.

La segunda parte de la obra aborda el examen de los diversos delitos sexuales. Esta sección se enfoca en las relaciones no consentidas y no deseadas, es decir, en aquellas figuras penales que implican someter a otra persona a participar de una actividad sexual que no consiente o no desea. A su vez, se encuentra dividida en cuatro subapartados. Según Green, “[e]l objetivo general de las dos primeras subpartes es diferenciar los distintos paradigmas bajo los cuales puede cometerse la violación y el abuso sexual”.³ Así, en el punto II.A —capítulos 4 a 7—, ofrece tres paradigmas en los que es necesario probar la falta de consentimiento en cada caso mientras que en el punto II.B —capítulos 8 a 10— enumera otros tres paradigmas en los que se presume la ausencia de consentimiento por diversas condiciones marco.

De acuerdo con lo señalado por el propio autor, el capítulo 4 funciona como preludeo de los subapartados II.A y II.B.⁴ Comienza por realizar una breve reseña histórica para luego continuar con un análisis del uso que se le ha dado a las nociones de violación y abuso sexual. Asimismo, expone algunos problemas vinculados con la ampliación del significado de aquellos términos y destaca que resulta esencial poder distinguir entre los distintos actos que se busca criminalizar y castigar legítimamente.

En el capítulo 5 —perteneciente al subapartado II.A propiamente dicho—, Green se refiere a la violación en su forma básica, es decir, a la violación como una relación sexual no consentida. Se centra en dilucidar la manera de tipificar esta conducta sin que sea infrainclusiva ni sobreinclusiva. Para ello, toma en cuenta tres formas en las que se ha intentado de definir al delito en la legislación —como obtenido por la fuerza, como actuación a pesar de un “no” y como actuación en ausencia de consentimiento afirmativo—. ⁵

³ Green, *supra* nota 2, p. 29.

⁴ Green, *supra* nota 2, p. 30.

⁵ Green, *supra* nota 2, p. 30.

El siguiente capítulo trata la cuestión de la violación mediante engaño, supuesto en el que el consentimiento es comunicado pero se lo considera defectuoso en función de la falsa creencia de la víctima. El punto central de esta sección es identificar de qué modo el engaño debe comenzar a ser considerado a los efectos de determinar la existencia de una violación (o de un delito alternativo menos grave), especialmente si se tiene en cuenta que la mayoría de las personas ha participado o ha sido objeto de alguna forma de engaño al mantener relaciones sexuales —por ejemplo, al maquillarse a fin de disimular un defecto facial—.

En el capítulo 7 se trata una cuestión paralela a la señalada en el párrafo precedente. En particular, se evalúa, en el marco de las violaciones mediante coacción, qué tipo de amenazas invalidan el consentimiento comunicado y si, incluso en esos casos, la criminalización estaría justificada. Se hace especialmente hincapié en los supuestos que involucran las amenazas de producción de daños triviales y las ofertas coercitivas o explotadoras.

Con el capítulo 8 se da comienzo a la subparte II.B en la que se examinan los paradigmas de violación en los que se presume la ausencia de consentimiento. Aquí se analizan casos en los que se afirma que la víctima no tenía la capacidad para consentir. Podría decirse que el autor clasifica estos supuestos en dos categorías. En la primera se abarcan los casos en que la persona está dormida, inconsciente o en estado vegetativo, es decir, aquellos en los que se afirma categóricamente que son incapaces de prestar su consentimiento. La segunda aborda situaciones más complejas en las que las personas sufren déficits intelectuales o comunicativos o se encuentran intoxicadas con alguna sustancia. Por su parte, en el capítulo 9 se aboca al tratamiento del abuso de menores, también denominado estupro. Green analiza críticamente la necesidad de presumir la falta de capacidad de consentir en estos casos, especialmente cuando la víctima es un o una adolescente mayor. El capítulo final de este subapartado se centra en las leyes de abuso de posición de poder. Aquí nuevamente el autor sostiene la posibilidad de una criminalización excesiva y advierte la dificultad de determinar qué relaciones jerárquicas son aquellas que deberían fundamentar una presunción de falta de conocimiento.

El subapartado II.C está compuesto por un único capítulo que se enfoca en la falta de deseo o desagrado y no ya en la ausencia de consentimiento (como había postulado en los apartados anteriores). En concreto, se evalúa si correspondería tipificar como delito al acoso sexual, es decir, a otras conductas sexuales para las que actualmente no existe una figura penal.

A continuación, en el subapartado II.D, Green dedica un par de capítulos a la temática del voyerismo y las exhibiciones obscenas, dos delitos respecto de los que, según el autor, la doctrina no ha teorizado mucho, a pesar de que presentan cuestiones interesantes en materia de consentimiento.

La parte III de la obra se refiere a los casos de conductas sexuales supuestamente consentidas, es decir, aquellas en las que resulta sumamente controvertido que el acto haya sido efectivamente consentido. La idea del autor es reconceptualizar y reconfigurar ciertos delitos que encuadran en esta categoría a fin de que sean respetuosos de los principios liberales de daño y de ilicitud, ya que habían sido inicialmente concebidos como tipos penales en función de una lógica de moralismo jurídico.

Comienza por examinar el incesto en el capítulo 14. Allí especifica que resulta complicado, dado el grado de intervención que le corresponde a un Estado liberal moderno, justificar la criminalización del incesto entre personas adultas. Además, aclara que son especialmente preocupantes los supuestos en los que el vínculo sexual comenzó cuando uno de los participantes era menor de edad o cuando entre ambas partes existe una relación jerárquica.

En el capítulo 15 Green aborda el abuso sadomasoquista, conducta que, tal como señala el autor, ha sido penalmente perseguida en función de normas generales (que no tipifican específicamente delitos sexuales). Aquí trata diversas cuestiones, por ejemplo, intenta justificar por qué las relaciones sexuales sadomasoquistas consentidas tienen un mayor contenido de ilícito que otras clases de causación consentida de daños —cirugías, tatuajes, entre otras—, al tiempo que también resalta la problemática sobre cómo distinguir entre un sadomasoquismo consentido de aquel que no lo es.

En el último capítulo de esta parte el autor se enfoca en la prostitución. Sin embargo, al tratar este tema varía la metodología de exposición de sus ideas, pues, a diferencia de los capítulos anteriores, aquí no se centra en la necesidad (o no) de su criminalización, sino en la definición de prostitución.

Finalmente, en la parte IV se examinan los delitos que implican relaciones sexuales aconsentidas —es decir aquellas que no fueron consentidas ni en las que no hubo ausencia de consentimiento—. Green señala que aquellas fueron criminalizadas debido a un razonamiento basado también en el moralismo jurídico. Por ese motivo, nuevamente el autor reflexiona sobre si

esas figuras penales pueden ser reconceptualizadas de manera tal que sean compatibles con los principios liberales de un Estado moderno.

En el capítulo 17 el autor brinda una definición de bestialismo y entiende que la cuestión central gira en torno a determinar si aquella es una conducta constitutiva de maltrato animal. Por último, el capítulo 18 ofrece un análisis de la necrofilia y plantea una serie de interrogantes a nivel conceptual y moral. Aquí cuestiona la criminalización de ese acto de acuerdo con los principios de daño y de ilicitud.

Realizado este breve recorrido por el contenido de cada parte del libro y de sus capítulos en particular, me gustaría exponer algunas observaciones.

El libro ofrece un análisis sobre la criminalización y la forma de regular diversos delitos sexuales y, para ello, abarca una amplia gama de temas. Creo que una de las fortalezas más destacables del texto es su enfoque liberal, que busca equilibrar la protección de la autonomía sexual negativa con la autonomía sexual positiva. Esta perspectiva aparece como relevante en el contexto actual, en el que las discusiones sobre los derechos individuales y las libertades personales son cada vez más prominentes. Además, el texto se beneficia de un enfoque interdisciplinario ya que incorpora elementos de filosofía moral, lo que enriquece el análisis y proporciona un marco más completo para entender la complejidad de los delitos sexuales.

No obstante, también corresponde destacar que Green se centra en un enfoque teórico y filosófico que puede resultar poco accesible para quienes buscan soluciones prácticas a problemas vinculados con esta temática. El mismo autor reconoce la importancia de las cuestiones empíricas pero el libro carece de este tipo de aportes que podrían ser útiles para ejemplificar las discusiones que presenta. Sobre este punto, el lector podría beneficiarse de complementar la lectura.

Green realiza un estudio de las cuestiones básicas de la regulación de estos tipos penales y las diversas problemáticas que su criminalización conlleva. Sin embargo, no se introduce a la discusión de ningún otro aspecto con profundidad, algo que sería muy interesante que ocurriese, ya sea por parte del mismo autor o incluso por alguien que ponga el énfasis en la legislación argentina para expandir la investigación. A su vez, también debe señalarse, y el propio Green lo menciona, la omisión del tratamiento de delitos sexuales significativos como el *grooming*, la pornografía infantil y la trata de personas con fines sexuales. Este es otro punto que podría ser explorado.

Pese a la omisión señalada, el libro nos convoca a reflexionar acerca de los principios que rigen la sociedad actual y sobre los cambios en el ámbito de la comunicación sexual que se fueron asentando. Todo ello nos lleva a pensar hasta qué punto deberían regularse este tipo de conductas, más aun en un contexto como el argentino en el que la legislación es muy antigua y reclama una reforma que se adapte a la realidad.

A modo de ejemplo, cabría preguntarse si el art. 119 del Código Penal argentino —que regula las diversas figuras de abuso sexual— alcanza a capturar todos los comportamientos que hoy en día la sociedad entiende que deberían estar tipificados o si, por el contrario, es demasiado abarcativo.

Asimismo, el texto plantea la necesidad de mantener otro tipo de discusiones sumamente relevantes desde una perspectiva crítica y reflexiva, y que, al menos en Argentina, no parecen haber causado aún un impacto. En este sentido, se puede mencionar la cuestión del consentimiento de personas con capacidades diferentes. De este modo, Green reconoce que las personas con discapacidades intelectuales pueden tener necesidades y deseos sexuales legítimos que merecen protección jurídica. Sin embargo, también señala el riesgo de criminalizar automáticamente las relaciones sexuales con personas que tienen capacidades intelectuales diferentes, al presumir que no pueden prestar un consentimiento válido. La capacidad de consentir puede variar según la complejidad de la conducta, sus posibles consecuencias y la posibilidad de la persona de comprender los hechos, apreciar la naturaleza de la decisión y sopesar riesgos y beneficios al comunicar la decisión deseada. Todo ello sin dejar de tener en cuenta aquellos supuestos especiales que involucran relaciones jerárquicas que pueden implicar un riesgo de coacción psicológica y explotación, como sería el caso de profesionales de la salud y sus pacientes.

En conclusión, creo que “La criminalización del sexo. Una teoría liberal unificada” resulta una contribución valiosa para el debate académico y representa un llamado para repensar cómo la sociedad concibe las conductas sexuales en esta época de modernidad y, en particular, cómo los legisladores regulan este ámbito, especialmente si tenemos en cuenta la necesidad de una reforma legislativa en este sentido.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistemática y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de “(ed.)” y, si es compilador, de “(comp.)”. En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo “/”, y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al.* (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis “(eds.)” y si son compiladores “(comps.)”.

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van “entre comillas dobles”. En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) *Monografías y manuales*

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) *Capítulos dentro de libro individual*

GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) *Capítulos dentro de libro colectivo*

GALLI, María de las Mercedes, “El desistimiento de la tentativa. La ‘voluntariedad’ como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) *Artículos en revista*

FLETCHER, “New Court, Old Dogmatik”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) *Jurisprudencia nacional*

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los “autos” (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) *Jurisprudencia internacional*

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo

hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, “‘Umräumen von Möbeln’ auf offener Bühne”, en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, “§ 242”, en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

- a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.
- b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).



EN LETRA
DERECHO PENAL

Año IX, N.º 18, Mayo 2024

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry

