

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. Posfacio: 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 enumera 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 diecisésis 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, pár. 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 recabarla 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=pZwvrVavnQ&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/sexualoffencesvictimcharacteristicsenglandandwales/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 descriptos 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 Brotsbalken). 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.gob.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 “incorreción 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 respte 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 exemplificar 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, exemplificaré 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 pre establecido, 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 descripto, 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]t is 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 absolución a quien 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. 3º y 2º, 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 voto.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 difícil 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 descriptos.

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 tuviera 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 sí 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 absolvío 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 absolvío 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.º 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 consumar 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, absolvio 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 absolvio

⁸⁷ AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE, España, sentencia 1566 de 2 de mayo de 2016. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/34aa64be2cachdff/20161006> [Enlace verificado el dia 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 (...). Ciento 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 hiciere 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 FEINEBRG, 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 antiquísima 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. reimpr.), Buenos Aires, TEA (1987) [1940].
- ZAFFARONI, Raúl E., SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro, *Manual de Derecho Penal* (2a ed., 1a. reimpr.), Buenos Aires, Ediar (2007) [2000].