

## **El consentimiento en los casos de abusos sexuales y su abordaje a partir de una perspectiva de género.**

**Por Valeria A. Lancman<sup>1</sup> y Fabián Caffaro<sup>2</sup>**

En este aspecto, destacan que uno de los puntos más controvertidos y complejos es el análisis acerca de la existencia y el alcance del consentimiento otorgado por las mujeres en las relaciones sexuales, pues su concepción como un acto volitivo e interpersonal, pero condicionado por el contexto en el cuál es otorgado, genera múltiples debates -en especial, en cuanto concierne a los abusos sexuales-<sup>3</sup>. No obstante, aclaran que el análisis se limita al consentimiento que puedan prestar personas mayores de edad.

Desde una perspectiva psicológica, se han desarrollado “teorías de la comunicación sexual” que entendieron al consentimiento como parte de las llamadas “conductas sexuales” y, en consecuencia, comprendieron a la aquiescencia como una forma de negociación. El consentimiento es percibido como un fenómeno dinámico, cambiante y variable, que permite adaptar las formas de la comunicación al tipo de acto que se pretende llevar a cabo, tornándose relevante el desarrollo de una fluida comunicación anterior, concomitante y posterior al acto.

Sin embargo, los autores destacan que se han formulado críticas a esta teoría de la psicología, pues ellas conciben un supuesto consentimiento de carácter libre, voluntario, racional y autónomo, teorizándolo como conducta. Por ello, afirman que un acto comunicacional en un marco de igualdad de posiciones, deliberativo, racional y producto de la libre autodeterminación de sus actores incurre en un defecto al dejar de lado las estructuras sociales que conforman un complejo tejido constituido por relaciones axiológicamente ambivalentes y cambiantes; es decir, no abarca una concepción amplia que tenga en consideración el contexto en el que actúan sus actores y las cargas estereotipadas sobre la percepción de cada sujeto producto de los procesos de socialización.

---

<sup>1</sup> Valeria A. Lancman es Fiscal de Primera Instancia, CABA; especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, y cuenta con Máster en Administración de Justicia por la Universidad Degli Studi Di Roma, Unitelma-Sapienza. También es profesora Adjunta Interina de la Universidad de Buenos Aires, y autora de diversos trabajos de su especialidad.

<sup>2</sup> Fabián Caffaro es abogado y colaborador docente de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>3</sup> Un estudio más exhaustivo de la temática puede consultarse en Lancman, Valeria A. y Caffaro, Fabián, “El consentimiento en casos de abusos sexuales. Aproximación desde una perspectiva de género”, en De La Fuente, Javier E. y Cardinali, Genoveva I. “Género y Derecho Penal”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, págs. 215/242.

Ante este escenario, un abordaje sociológico -desde las corrientes feministas de la sociología en general y la sociología jurídica en particular-, permitiría comprender el contexto de los actores implicados y, además, adoptar una visión estructuralista que extraiga la idea del consentimiento sexual desde el ámbito de lo íntimo o lo privado, para plantearlo como un fenómeno con expresiones a nivel individual atravesado por cuestiones de orden estructural o social.

Concuerdan en que el análisis del consentimiento prestado por las mujeres mayores de edad en las prácticas sexuales requiere de un abordaje múltiple que permita comprender, principalmente, las condiciones en las cuales fue otorgado.

En este orden de ideas, los enfoques sociológicos y criminológicos, desde una perspectiva feminista del derecho, resultan cruciales para entender que, en muchos supuestos, su determinación requiere indagar mucho más allá del acto individual y comprender la estructura social en la que la mujer se encuentra inserta y, a su vez, superar las históricas barreras que en muchas ocasiones se impusieron a su abordaje bajo alegaciones de situaciones correspondientes a la intimidad.

Desde un aspecto netamente jurídico, el artículo 119 del Código Penal describe distintas situaciones para descartar la existencia de un consentimiento válido, pero éstas resultan meramente enunciativas, pues se encuentran alcanzadas por el ámbito de incriminación de la norma los supuestos en los cuales la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Los autores proponen “enfaticar” que el tipo penal enuncia supuestos que determinan la falta de consentimiento de la víctima, tal como su límite legal etario, esto es, la existencia de una presunción *iure et de iure* para casos de menores de trece años; supuestos de violencia física (quedando comprendidos dentro del concepto la utilización de los medios hipnóticos y narcóticos -artículo 78 CP-), o de intimidación, así como la mención de un abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o poder.

Con relación al vínculo de autoridad, el autor debe encontrarse en una relación de preeminencia con respecto a la víctima, con la que mantiene una situación de jerarquía, por el cual el sujeto pasivo tolera, pero no consiente. Por otro lado, sobre el vínculo de dependencia, entienden que existe una relación previa de naturaleza laboral, educacional, institucional, religiosa, económica, social o sanitaria, que, en el caso, puede condicionar y excluir la libertad de la aquiescencia. Igualmente, la relación de poder es una modalidad

ambigua, pero que se propone como una definición residual, ya que en ella encuadrarían los supuestos en los que la víctima debiera algún tipo de obediencia al autor, por fuera de las relaciones antes mencionadas.

Destacan que cualquiera de las relaciones antes expuestas adquiere una dimensión especial cuando se trata de casos acaecidos en un contexto de violencia de género. Así, detrás de una mera y formal invocación de un “sí” pueden existir vicios en la voluntad, instaurados por actos de agresiones precedentes o por estereotipos culturales, que en definitiva excluyan la aquiescencia exigida por el tipo. En igual sentido, detrás del mero silencio o la ausencia de resistencia con signos externos visibles -recordando sobre este punto que “quien tolera, pero no consiente es víctima de abuso sexual”- también podrían existir genuinos supuestos de ausencia de aquiescencia que conformarían la tipicidad del abuso.

Concluyen en que los casos de violencia de género podrían presentar situaciones de abusos coactivos o intimidatorios donde relaciones de dependencia, autoridad o poder provoquen una ausencia de consentimiento en la práctica sexual por parte de la víctima, o en su caso, generen algún vicio en su libertad al momento de prestarlo que torne jurídicamente inválido el acto por el que se aceptó el inicio, continuidad o desarrollo de determinadas modalidades de la relación sexual.

También destacan que el estudio del sistema patriarcal con su correlato en el modelo de “sexo/género” y su fundamento instaurado sobre la jerarquía sexual del hombre, puede dar respuesta a muchas de las cuestiones planteadas por el derecho penal sustantivo. Así, toda relación interpersonal inmersa en una estructura social patriarcal presentará características que puedan denotar una situación de jerarquía sexual, tanto desde el espacio macrosocial, como sobre las relaciones en particular.

En este sentido, resulta fundamental tener en cuenta los postulados teóricos de otras ciencias auxiliares para dar una respuesta a los puntos centrales posiblemente controvertidos, estos son: 1) existencia o ausencia del consentimiento de la mujer; 2) libertad de la posible víctima al momento de otorgar la aquiescencia; 3) vicios implícitos en la voluntad de la mujer, tanto fundados en estereotipos culturales que construyen una relación desigual de poder, o en actos precedentes de agresiones en una relación -constitutivos de un contexto de género-, que impida consentir libremente la acción.

Siguiendo este camino, bajo el concepto de consentimiento sexual subyacen múltiples problemas e interrogantes que requieren un abordaje interdisciplinario, desde el cuál comprender sus vínculos y observar sus interseccionalidades con las nociones de sexualidad, violencia sexual y género son indispensables, de acuerdo con lo abordado.