

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

Valentina PEDERNERA*

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2024

Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2025

Resumen

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

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

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

Abstract

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

II. Algunos presupuestos conceptuales

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

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

1. Autonomía sexual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ HÖRNLE, *supra* nota 7, p. 860.

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

2. Consentimiento

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

Dos buenos ejemplos de esto son Argentina y Alemania. En nuestro país, se castiga a quien “abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de 13 años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa *no haya podido consentir libremente la acción*” (art. 119, CP argentino). Aun cuando se enumeren diferentes medios comisivos del abuso sexual (incluyendo la violencia), todos se asocian, en realidad, a vencer la voluntad de la víctima, a su falta de consentimiento para el hecho sexual que conlleva una afectación de la autonomía sexual.¹²

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ *Ibidem*.

²¹ HÖRNLE, *supra* nota 5, p. 866.

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

²³ GREEN, *supra* nota 17, p. 30.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Modelos del consentimiento sexual

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

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

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

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

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

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

1. “No es no”

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

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

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

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

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

³³ *Ibidem*.

a. Argumentos a favor

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

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

b. Críticas

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

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

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

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

³⁶ *Ibidem*.

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

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

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

2. “Solo sí es sí”

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

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

a. Argumentos a favor

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

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

⁴¹ GREEN, *supra* nota 17, pp. 83-87.

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

⁴³ GREEN, *supra* nota 17, p. 83.

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

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

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

b. Críticas

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

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

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

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

⁴⁶ HÖRNLE, *supra* nota 35, p. 204.

⁴⁷ *Ibidem*.

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

IV. ¿Existe un modelo mejor?

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

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

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

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

⁴⁸ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. En segundo lugar, otro fundamento de peso a favor del modelo del sí es que su mayor ventaja es que tiende a dar una protección más acabada de la autodeterminación sexual, al contrario de lo que indica una de sus críticas. Dado que estamos ante un bien jurídico especialmente importante para el desarrollo de la personalidad y de la vida adulta, es sensato pensar que precisa de una protección con suficiente alcance ante posibles hechos que la vulneren. Si pensamos en cualquier decisión importante que involucre derechos en nuestra vida como transferir un vehículo o comprar una casa, el derecho nos exige un consentimiento positivo (y expreso, ¡y escrito!). En el ámbito sexual, en donde se ponen en juego cuestiones tan sensibles como la intimidad, la sexualidad, la integridad sexual y la dignidad, no parece desmesurado exigir un consentimiento positivo y suficientemente claro para asegurar una protección más completa del interés en juego.

Si a ello se le suma que las víctimas de esta clase de delitos suelen ser mujeres que ya por su condición de tales se encuentran inmersas en la desigualdad estructural que implica pertenecer a sociedades patriarcales, la implementación de un modelo del sí se vuelve beneficiosa. Por un lado, para proteger a estas potenciales víctimas de actos sexuales no consentidos y así proteger su

⁵³ Como el caso citado por Hoven y Dyer en el que ambos intervinientes del acto sexual saben que el acto es mutuamente deseado, pero no se comunican al respecto: HOVEN/DYER, “¿Solo sí es sí? Desarrollos actuales del derecho penal sexual australiano y conclusiones para la discusión alemana” en HOVEN, *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 61. Aunque estos casos serían casos de clara “sobreinclusión”, es poco probable que lleguen a ser denunciados y condenados. Claro que esto no evita la posible objeción, pero podrían pensarse alternativas no punitivas para situaciones así, en las que pareciera que no habido una real afectación de la autonomía sexual.

⁵⁴ FERZAN/WESTEN, *supra* nota 18, p. 55.

libertad sexual negativa. Por el otro, para que el consentimiento y la necesidad de ser manifestado sea un incentivo para el desarrollo de su libertad sexual positiva.

En general, en la dinámica sexual las mujeres han sido la parte que *estaba disponible* para el sexo y no la que podía disponer al respecto, no acostumbraban a decidir sobre esto. En este contexto, la necesidad de expresar su voluntad no tiene por qué implicar una disminución de la autonomía, sino que podría significar lo contrario. El consentimiento afirmativo funcionaría como un mecanismo para un ejercicio más autónomo de la vida sexual, como un reconocimiento de su verdadera libertad tantas veces desconocida y, con ello, la afirmación de su legitimidad como seres capaces de decidir y ejercer su autodeterminación. De este modo, el modelo de consentimiento afirmativo puede implicar mayor empoderamiento femenino y un estímulo para su libre desarrollo en sociedades que históricamente le han negado poder de decisión.

Es cierto que estas conclusiones son contrarias a la reconocida postura de algunos feminismos que sostienen que en un mundo patriarcal las mujeres no tienen la posibilidad de consentir⁵⁵. En líneas similares, pero no tan tajantes, hay posturas que entienden que un modelo afirmativo de comunicación del consentimiento es poco liberal y no es progresista⁵⁶, sino que implica la infantilización de la mujer. Dado que ella no debe expresar su voluntad por sí misma, sino que el hombre tiene que preguntársela, se relega a la mujer a un rol pasivo y desigual.⁵⁷ Sin embargo, esta conclusión parece asumir que es el hombre quien inicia el intercambio sexual y que debe ser él quien pregunte o despeje dudas para obtener un consentimiento afirmativo y así prevenir una acusación delictiva.

Como se verá luego, esto no tiene por qué ser así y, de hecho, el modelo del sí no implica —al menos no necesaria o conceptualmente— que sea el varón quien deba obtener el aval para avanzar. En su lugar, con una regulación de este modelo puede entenderse y aspirarse a que sean ambas (todas) las partes intervinientes quienes se aseguren de contar con un aval para el acto sexual. En definitiva, no es solamente el hombre o quien inicia la interacción sexual quien se

⁵⁵ MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, a lo largo de toda su obra.

⁵⁶ HALLEY, *supra* nota 49, pp. 258 y ss.

⁵⁷ HOVEN/DYER, *supra* nota 53, pp. 64/65.

salvará de una posible acusación delictiva, sino también la mujer o quien confirma (o no) ese aval quien se salvará de ser una posible víctima de un delito sexual. Así, un modelo del sí implicaría tomar en serio la voluntad de quienes intervienen en el sexo y ser la manifestación del libre ejercicio de su sexualidad.

3. En tercer lugar y de modo similar a lo mencionado anteriormente, las otras críticas que se formulan en contra del modelo del sí no son suficientemente robustas como para desvirtuar la gran fortaleza del modelo del consentimiento afirmativo referida a la mayor protección de la autonomía sexual. Las críticas referidas a las “demasiadas exigencias” del modelo del sí, al establecimiento de un deber de reaseguro que no sería aceptable desde el derecho penal, como también la supuesta consecuencia de que el modelo del consentimiento afirmativo implicaría que mucha más gente deba ir a la cárcel no son en realidad tan fuertes como pueden aparentar.

La exigencia de corroborar el consentimiento antes de proceder con el acto sexual pretendido no es más que una derivación del deber genérico de tener en cuenta a otras personas cuando nuestras acciones podrían afectarlas.⁵⁸ Este deber no implica más que una simple pregunta aclaratoria y tiene por fin corroborar si nuestra acción sería respetuosa de la autonomía sexual ajena. En efecto, no pareciera conllevar una grave interferencia en la calidad de la experiencia sexual⁵⁹, o al menos no necesariamente.

Un planteo en tales términos pareciera estar fundado en que es más importante liberarse al placer sexual sin mayores requisitos que correr el riesgo de cometer un hecho que afecte la autonomía sexual de otra persona. Piénsese que si quien quiere avanzar en la interacción sexual pregunta para sacarse la duda —porque el sistema legal exige un consentimiento afirmativo— y de esa respuesta surge que en realidad lo que parecía un sí era un no, ¡enhorabuena!, pues habrá evitado la posible atribución de un delito sexual. Esto parece otra buena razón para apostar al modelo del sí.

Por otro lado, como adelanté en el punto anterior, tampoco puede aceptarse sin más que el deber de reaseguro que implicaría un modelo de consentimiento afirmativo conlleve la imposición

⁵⁸ DOUGHERTY, *supra* nota 18, pp. 10 y s.

⁵⁹ HÖRNLE, *supra* nota 35, p. 204.

de un deber que recaiga exclusivamente en cabeza de las mujeres, reforzando su posición de impotencia ante el género masculino. Como mencioné antes, el modelo del sí puede funcionar como un buen medio para empoderar a las mujeres e incentivar a vivir la sexualidad de modo más abierto.⁶⁰ Además, no tiene por qué ser una obligación en cabeza de las mujeres o de los hombres de modo preestablecido, sino más bien un deber recíproco de consideración mutua en un ámbito en el que incluso cuando se trate de citas de un día es adecuado exigir un mínimo grado de consideración y respeto por el otro para corroborar si se está respetando —nada más y anda menos que— la autonomía de los intervinientes.

Por supuesto, imponer este deber de reaseguro no soluciona todos los problemas ni responde todos los interrogantes en cuanto a su implementación. Ante una regulación de este tipo sería menester discutir críticamente cuál sería el modo correcto de castigar incumplimientos a este deber y la falta de corroboración tendiente a obtener el consentimiento afirmativo de la otra parte. No solamente habría que establecer el “título” que se le pondrá a esta conducta a la hora de regularlo, para saber si encuadra en algún delito sexual ya existente o acaso en una contravención, sino que también debería determinarse el modo de castigar esta conducta en términos de la atribución subjetiva del tipo. Es un tema que amerita investigación y profundidad, pero a primera vista pareciera sensato afirmar que tales incumplimientos se castiguen a título de imprudencia, incluso cuando esto implique un cambio en la regulación de los delitos sexuales tal como la conocemos en la actualidad.⁶¹

El hecho de que el modelo afirmativo implique más personas imputadas o condenadas por estos delitos es una afirmación contrafáctica que debería ser probada. Además, bien podría suceder que en lugar de exacerbarse los casos de abusos y llenarse las cárceles de presuntos

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Esto se debe al sistema de *numerus clausus* de delitos imprudentes que rige en Argentina y en muchos otros países, entre ellos Alemania, en donde ya se está discutiendo en el ámbito académico y legislativo una reforma de los delitos sexuales con la posibilidad de introducir tipos penales imprudentes para algunos supuestos concretos: <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/st24-40> (última consulta: 16/02/2025). También podría pensarse en soluciones de justicia restaurativa para ciertos casos. Sobre esto: BERNUZ/GARCÍA INDA, “¿Reparar lo imperdonable? Sobre justicia restaurativa y violencia sexual”, en *Revista de Victimología* n.º 19, 2025, pp. 285-324. Sin embargo, entiendo que estas son cuestiones de “segundo orden”, referidas al “cómo” de la respuesta punitiva ante estas conductas y a las que se responde una vez que ya respondimos afirmativamente a la pregunta valorativa sobre el sí o no de la incorrección de estas conductas.

abusadores sexuales en realidad disminuyan estos casos. Las posibilidades de que ocurra una u otra alternativa son prácticamente las mismas.⁶²

Por su parte, la crítica acerca de que no es tarea del derecho penal imponer un cambio cultural o educar a la sociedad también puede ser replicada. Es ampliamente sabido que una de las finalidades del derecho penal y del castigo tiene que ver con la prevención general y la persuasión para evitar la comisión de delitos. La idea del derecho penal como medio de control social es suficientemente aceptada y evidente. Además, la función de educación o control social no es algo que pueda predicarse de ciertos delitos y no de otros. En general, la punibilidad de cualquier conducta implicará una forma de educar sobre lo que no debe hacerse o sobre las consecuencias que podría implicar actuar de la manera prohibida. A veces, como podría suceder en los casos aquí planteados, el derecho penal impulsa cambios sociales que resultan beneficiosos. Esto podría ser considerado como una ventaja de la regulación de un sistema de consentimiento afirmativo y no algo negativo. Otra vez, esto fomentaría intercambios sexuales más respetuosos y considerados y una mayor libertad al ejercer la autonomía sexual.

4. En cuarto y último lugar, las defensas del modelo del no son también aplicables al modelo del sí. Conforme a lo dicho hasta aquí, el empoderamiento de las mujeres como seres autónomos y libres para decidir su vida sexual puede verse reafirmado mediante un sistema que requiera un consentimiento afirmativo. A la vez, se legitima su posición social y personal en la dirección de sus vidas sexuales. Por supuesto, como vimos, esto es algo que también aplica a todos quienes intervengan en la relación sexual, pues el deber de reaseguro no recae exclusivamente en una u otra parte, sino que fomenta la comunicación asertiva mutua y recíproca y sirve así como una herramienta fundamental para expresar deseos y ejercer la libertad en este ámbito.

Conforme a este análisis, el modelo del sí parece ser ventajoso tanto para potenciales víctimas como para potenciales victimarios. Exigir un consentimiento afirmativo que implica un ejercicio autoresponsable de la sexualidad evita posibles errores sobre el consentimiento y pretende garantizar mejor nuestra autonomía sexual. Este modelo impone un precio muy bajo (una simple pregunta) para evitar un posible resultado altamente gravoso (un potencial delito sexual).

⁶² GREEN, *supra* nota 17, p. 87.

Pareciera entonces que el modelo del consentimiento afirmativo puede ser una buena herramienta para equilibrar la protección de las potenciales víctimas y el ejercicio pleno de la autonomía sexual.

V. Conclusiones

Cada vez son más las legislaciones que introducen el consentimiento (o su ausencia) como requisito típico de los delitos sexuales, ya sea al describir que la conducta típica es aquella que se realiza *sin* el consentimiento de la otra persona o bien *en contra* de este. Tal es el caso de los códigos penales de Alemania, España y Argentina. Esta técnica legislativa es ventajosa al menos en dos sentidos relacionados con la forma en la que entendemos y aplicamos el derecho penal.

En primer lugar, muestra un cambio de paradigma en la conceptualización de los delitos en contra de la integridad sexual o de la autonomía sexual de las personas. Antes se entendía al abuso sexual exclusivamente como el sexo forzado, ahora es el sexo no consentido. Este cambio es un reflejo de la evolución del bien jurídico protegido, es decir de aquello que efectivamente busca salvaguardarse al castigar estas conductas: el poder de autodeterminación en el ámbito sexual. En segundo lugar, contar con el consentimiento como elemento típico es ventajoso en términos de seguridad jurídica, pues reduce el ámbito de interpretación y discrecionalidad en la aplicación del derecho. Esto es beneficioso no solo para los tribunales, que parten de un presupuesto claro y preestablecido, sino también para la ciudadanía como destinataria general de la norma de conducta.

Ahora bien, la incorporación del consentimiento en la ley penal no resuelve todos los problemas. Solo algunos de ellos fueron tratados en este trabajo, en donde diagramé y analicé algo que podríamos llamar la “estructura básica” del consentimiento en las relaciones sexuales. En primer lugar, dejé sentados algunos conceptos elementales como presupuestos para cualquier análisis de los temas tratados. Estos conceptos son el de la autonomía sexual y el del consentimiento en el ámbito de la sexualidad. Con esa base, hice una reseña de los dos modelos más conocidos del consentimiento sexual: el *modelo del no* y el *modelo del sí*. Expuse los principales postulados, defensas y críticas de cada uno. Luego, evalué si acaso es posible afirmar que alguno de estos modelos es mejor en términos de protección de autonomía sexual tanto para potenciales víctimas como potenciales agresores. Mediante un análisis crítico y valorativo, postulé cuatro puntos o argumentos a favor del *modelo del sí* como candidatos a ser “buenas razones” para afirmar

que este modelo puede ser considerado *mejor* en la resolución de casos paradigmáticos en donde se pretende dar una mejor protección al bien jurídico protegido de este tipo de delitos.

VI. Bibliografía

ANDERSON, Michelle, “Negotiating Sex”, en *Southern California Law Review*, August 2005, pp. 101-138.

BERNUZ, María José/GARCÍA INDA, Andrés, “¿Reparar lo imperdonable? Sobre justicia restaurativa y violencia sexual”, en *Revista de Victimología* n.º 19, 2025, pp. 285-324, disponible en: <https://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/344>

CHIESA, Luis E., “Solving the Riddle of Rape-by-Deception” en *Yale Law & Policy Review*, Vol. 35, No. 407, (octubre) 2017, pp. 407-460.

D’ALESSIO, Andrés José (dir.) y DIVITO, Mauro A. (Coor.), *Código Penal comentado y anotado: 2da edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, “Delitos contra la integridad sexual” en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 4, pp. 552-572.

Di CORLETO, Julieta, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación” en *Nueva doctrina penal*, N.º. 2, 2006, pp. 411-440.

DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002.

DOUGHERTY, Tom, “Yes Mean Yes: Consent as Communication” en Wiley Periodicals, Inc. *Philosophy & Public Affairs* 43, no. 3, 2015, pp. 224-253.

– “Affirmative Consent and Due Diligence” en *Philosophy & Public Affairs*, Volume 46, Issue 1, 2018, pp. 90-112.

DRIPPS, Donald “Beyond Rape: an essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent” en *Columbia Law Review*, 92 (noviembre 1992), pp. 1780-1809.

ESTRICH, Susan, *Real Rape*, Harvard University Press, 1987.

GARDNER, John y SHUTE, Stephen, “The Wrongness of Rape”, Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford, 2000; online edn, Oxford Academic, 31 Oct. 2023), pp. 1-42.

GREEN, Stuart, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, New York, 2020.

GUERRERO MARTÍNEZ, Camila, “La no oposición de la víctima en el delito de violación: consideraciones para el desarrollo de una mirada feminista del derecho penal sexual” en ARDUINO, Ileana (Comp.) *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Buenos Aires, 2019, pp. 213-251.

HALLEY, Janet, “Currents: Feminist Key Concepts and Controversies. The Move to Affirmative Consent” en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 42:1, 2016, pp. 257-279.

HOVEN, Elisa y DYER Andrew, “¿Solo sí es sí? Desarrollos actuales del derecho penal sexual australiano y conclusiones para la discusión alemana” en HOVEN, Elisa, *Fundamento y límites del consentimiento en los delitos sexuales en la obra de Elisa Hoven*, Traducción de José Béguelin [et.al.], Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, pp. 45-65.

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

HÖRNLE, Tatjana, “Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitischen Forderungen” en *ZSTW* 2015; 127 (4), pp. 851-887.

– “Violación como relaciones sexuales no consentidas”, Traducción de Corina Engelmann; [Título original del artículo: “Rape as non-consensual sex”, publicado en SCHABER/MÜLLER (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Taylor & Francis, Nueva York, 2018]; en *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 10, pp. 197-217.

– “#MeToo - Implications for Criminal Law” en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 2, 2018, pp. 115-135, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3516008>.

KESSLER, Kimberly y WESTEN, Peter, "How to Think (like a lawyer) about Rape" en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship at Penn Law, 2328, 2017.

MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

ROXIN, Claus y GRECO, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen*, 5. Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

SCHULHOFER, Stephen, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press- Cambridge, Massachusetts, London, England, 1998.

VAVRA, Rita, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos Verlag, 2020.

WHISNANT, Rebecca, "Feminist Perspectives on Rape", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2021, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-rape/>.