

*El sí de los niños. Algunas aproximaciones al problema del consentimiento sexual en el ámbito jurídico bonaerense entre 1850 y 1890*

*Betina C. Riva*

**Introducción<sup>1</sup>**

Este trabajo parte de una cuestión antigua y compleja: el problema de la comprensión del consentimiento sexual tanto a nivel social como jurídico. En este sentido, se trata de un primer planteo del problema, centrado en las discusiones sobre este tema que surgen en expedientes judiciales iniciados por delitos sexuales que tienen como víctimas a menores de edad, tanto hombres como mujeres.

El problema del asentimiento ha sido abordado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina jurídica de distintos países desde hace siglos, ya que estos crímenes en particular plantean cuestiones específicas de difícil acuerdo dentro del Derecho, en especial porque muchas veces se imbrican directamente con los puntos de vista personales de cada autor. Además, resultan de complejo tratamiento por cuanto se sitúan en el cruce tanto de saberes médico-legales y psico-sexuales como de cuestiones culturalmente aceptadas, y en el punto mismo donde lo público y lo privado se confunden. Esta situación internacional común no

---

<sup>1</sup> Una primera versión de este trabajo fue presentada en las Jornadas de Investigación “Leyes, Justicias e instituciones de seguridad en la Argentina”, llevadas a cabo el 29/11 y 06 y 07/12/2011 en la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (UNLP). Quiero agradecer muy especialmente a los Dres. Guillermo Labombarda y Augusto Mallo Rivas por toda la ayuda, orientación jurídica y bibliográfica que me han brindado para la realización de este texto, tanto en sus versiones previas como en la presente.

debe perderse de vista a la hora del análisis, en tanto el intercambio de conocimientos y posturas jurídicas resulta, en el siglo XIX, central para comprender el desarrollo de la jurisprudencia y doctrinas autóctonas.

Quizá la razón por la que este problema del consentimiento sea tan conflictivo en el ámbito judicial radique en que no existe una medida única o regla universalmente válida y eterna que pueda definir cuando se lo ha dado o no sin que exista el menor lugar a dudas: los gestos y las palabras que indican la intencionalidad –e incluso el deseo– de mantener relaciones sexuales se transforman; los tiempos y el ritual del cortejo se modifican; las expresiones de la sexualidad, permitida o no, se alteran por cambios que a veces parecen ir más rápido que la capacidad de adaptación de la ley en tanto acuerdo normativo. En este sentido, la aparente incapacidad, o al menos sería dificultad, de seguir el paso a los –en ocasiones bruscos– cambios en las formas que la sociedad acepta como válidas para expresar y vivir la sexualidad, obliga a los tribunales a replantear constantemente la aplicación de las codificaciones (muchas veces generadas en tiempos anteriores, con desarrollos y preocupaciones sociales diferentes) frente a los nuevos conflictos que van surgiendo, especialmente cuando se trata de crímenes sexuales, es decir, aquellos que en general se definen por la ausencia del consentimiento.<sup>2</sup> Este último aspecto es central para el desarrollo de este trabajo, por cuanto el delito –en tanto figura por la que se imputa al acusado– se define, por un lado, en relación a la percepción de los involucrados: sus declaraciones, sus comportamientos, las ideas que los juristas tienen sobre la sexualidad y sus manifestaciones; y, por otro, en la cuestión más sutil de lo *absoluto*: la afirmación o negación del consentimiento se convierten en asuntos que no admiten discusión o cambio, así como tampoco situaciones intermedias.<sup>3</sup>

También debe tenerse en cuenta la existencia de otros juegos de consideraciones, que se manifiestan en algunos casos vinculados a la coerción que pueda demostrarse como ejercida sobre quien se presenta como víctima: las marcas físicas de la violencia acometida juegan como presunción en su favor respecto de su resistencia, que se exige constante, a fin de demostrar el no-deseo de sostener esas relaciones sexuales.

---

<sup>2</sup> No es la única forma en que se presenta esta problemática. Algunos crímenes sexuales presuponen la existencia de consentimiento de las partes a cometerlo, como por ejemplo el adulterio y el incesto, tradición de la legislación española que fuera retomada en la codificación argentina hasta su modificación contemporánea por la ley 25.087.

<sup>3</sup> Me refiero aquí a que la víctima hubiera aceptado un tipo de acto sexual, pero no otros.

En tal sentido, el problema de la *duración* de la defensa resulta un arma de doble filo: si se admite que fue finalmente vencida, a pesar de los signos del ataque, se abre la puerta a la sospecha de que en algún punto pudo existir un lugar de consentimiento.

Finalmente, las controversias en torno al problema del asentimiento sexual remiten a una discusión por un lado más académica, pero también más profunda, respecto no sólo de *qué* constituye una aceptación inequívoca a sostener relaciones carnales, sino también al problema del conocimiento científico sobre el desarrollo sexual de las personas, su madurez física, y la cuestión de la madurez social o culturalmente construida, en tanto capacidad de dar señales sexuales con plena conciencia de su significado y posibles consecuencias.

### **Las figuras jurídicas y el consentimiento sexual**

Durante el siglo XIX, los delitos sexuales fueron considerados como dependientes de iniciativa privada, es decir que sólo la persona directamente interesada en su persecución podía denunciarlos. En la práctica ésta quedaba reducida al padre o al marido, ampliándose –con el correr del siglo– a la madre u otra persona que la tuviera efectivamente a su cargo. Aunque la letra de la ley habilitaba a la propia víctima a denunciarlos, generalmente no se la consideró autorizada. Esta situación podría explicar por qué el gran caudal de casos que he hallado hasta la fecha<sup>4</sup> involucra únicamente a víctimas menores de edad,<sup>5</sup> y la denuncia corre por cuenta de los padres: el aviso a la autoridad pone en juego la propia honra familiar y destruye definitivamente la de la persona involucrada al dar publicidad al asunto.<sup>6</sup> En este sentido, el recurrir a los tribunales se constituye en una forma de reparación del daño o de vindicta encausada por carriles aceptables.

Los crímenes sexuales pueden dividirse, teniendo en cuenta las distintas codificaciones<sup>7</sup> a lo largo del período estudiado y la práctica efecti-

---

<sup>4</sup> El corpus analizado consta a la fecha de un poco más de 100 casos.

<sup>5</sup> Quiero dejar claro que en este caso me estoy refiriendo a personas con menos de 18 años cumplidos, en tanto esta es, en la práctica, la línea divisoria entre un estado y otro.

<sup>6</sup> El problema de la honra y su mancha a partir de la denuncia, que convierte la situación en pública, escapa a los límites de este trabajo. He discutido parcialmente estas cuestiones en Riva 2007, 2008 y 2011a.

<sup>7</sup> Durante el período abordado por este trabajo se utilizaban el Código Tejedor (también conocido como Código Penal de 1867), el Código Penal de 1881 y el Código Pe-

va, en cinco grandes grupos de figuras, de acuerdo al género de la víctima, su edad y al acto sexual que aparejaban:

La *violación* se definía por la penetración vaginal efectivamente realizada con el miembro masculino en mujer virgen.<sup>8</sup> Habitualmente se consideraba que la figura correspondía cuando la mujer atacada era mayor de 15 años.

El *estupro* englobaba la misma acción mencionada, pero variaba en la consideración etárea, pudiendo interpretarse que idéntica figura correspondía en dos situaciones diferentes: o bien abarcaba al crimen cometido en cualquier mujer menor de 15 años<sup>9</sup> o sólo comprendía a aquellas entre los 12 y los 15 años, considerándose violación al delito perpetrado antes y después de esa edad.<sup>10</sup> Durante el período trabajado se utilizó con mayor frecuencia la primera forma de entender la figura.

Por otro lado, es necesario decir que existía una segunda consideración que se discutió en algunas ocasiones –y resultará de suma importancia en el período posterior– respecto a la seducción como elemento central constituyente de esta figura por contraposición a la primera. Desde esta perspectiva, el coito sería el resultado de engaños o persuasión a la víctima, lo cual implicaba la ausencia de violencia física. Sin embargo, en el período trabajado este argumento fue raramente aceptado por los jueces de Primera Instancia, primando la definición que pone la línea divisoria en la edad de la víctima.<sup>11</sup>

Pese a ello, el principio de esta discusión resulta de utilidad para el planteo aquí tratado, en tanto se pone el acento en el problema de la

---

nal de 1886. Por otro lado, no puede ignorarse que hasta los primeros años del siglo XX pervivía el empleo simultáneo y paralelo de legislaciones españolas como las Partidas.

<sup>8</sup> Debo decir, sin embargo, que en algunas ocasiones se discutió esta cuestión al pensar en mujeres casadas que pudieran ser víctimas de violencia sexual, generalmente por parte de un hombre distinto a su esposo, viudas consideradas honestas y la situación particular de las mujeres públicas, pero en términos generales esto sólo llevaba a proponer una gradación en la pena de acuerdo a la “calidad” de la atacada, lo que en términos prácticos mantenía la situación consuetudinaria: quien verdaderamente perdía algo era la mujer doncella y por lo tanto era merecedora de la mayor protección (Código de Tejedor 1867, Proyecto de reforma del Código Penal de 1881 y 1891).

<sup>9</sup> Ejemplos de esto: Departamento Histórico Judicial (en adelante DHJ) (Paquete [P] 101; Expediente [E] 04) “Luisa Jurado” (4 años); DHJ (P 104; E 07) “Ildelfonsa Aguirre” (9 años).

<sup>10</sup> Ejemplo de esto: DHJ (P 68; E 08) “Bonfante Antonio por violación a una menor Marcelina Ferrario en Ayacucho” 1881 (9 años).

<sup>11</sup> Hasta la fecha sólo he podido hallar dos expedientes donde se discute ampliamente esta idea.

*obtención* del consentimiento, particularmente teniendo en cuenta que el conflicto adquiere una nueva impronta: el medio implica una forma fraudulenta de conseguir el fin. Esto habilita un nuevo grupo de consideraciones, ya que se pasa a discutir la validez del consentimiento así logrado y, por lo tanto, la pertinencia del caso al ámbito jurídico: ¿puede considerarse que existió asentimiento real y –sobre todo– válido si fue obtenido bajo falsas pretensiones?<sup>12</sup>

Ambas figuras, pero especialmente la segunda, podían llegar a ser utilizadas cuando se daba el caso de una víctima varón;<sup>13</sup> sin embargo, para esto debía realizarse una compleja operación de *conversión* o *adaptación* –debido a lo explícito de la letra de la ley– que obligaba a los juristas a poner en tensión la interpretación estricta y consuetudinaria de dichas figuras. En este sentido, así como las partes interesadas en la representación de la víctima y/o en la vindicta pública<sup>14</sup> planteaban la necesidad de castigar el delito y al delincuente, poniendo en juego herramientas dialécticas que permitían la persecución y condena del mismo, otros juristas, más (pero no excluyentemente) interesados en la defensa del acusado llegaban a poner en duda la posibilidad misma de punir, al argumentar que no existía dentro de las disposiciones legales figura alguna que sancionara un delito carnal cometido en un hombre de cualquier edad.

En algunos momentos, y para perseguir específicamente estos crímenes cometidos por congéneres varones, se utilizaron las figuras de *sodomía* y *pederastia* como equivalentes a estupro/violación. En el primer caso se planteó que al considerar delito a la relación anal era factible comprender el ilícito denunciado dentro de esta figura, evitando así los conflictos que se derivaban de utilizar las anteriormente comentadas. Sin embargo, como se discutió largamente, la primera forma de la sodomía

---

<sup>12</sup> Es posible pensar este problema como una reminiscencia de la antigua lógica de castigar a aquellos que obtenían favores sexuales bajo falsa promesa de matrimonio; sin embargo, en la casuística de mitad del siglo XIX lo más común es encontrar la seducción y el engaño ligados al rapto (que podía posteriormente dar origen a una denuncia de violación o estupro). En este sentido, parece plantearse que el fraude se utiliza para retirar a la mujer de su casa, quitándola de la protección del seno familiar para posteriormente ejercer violencia física directa sobre ella.

<sup>13</sup> Quiero dejar claro que utilizo las expresiones “hombre” y “varón” en forma indistinta para significar persona del sexo masculino, a menos que se indique específicamente lo contrario.

<sup>14</sup> El problema de la vindicta pública en los delitos sexuales, considerados de iniciativa privada, será trabajado extensamente en un próximo trabajo.

suponía la idea de consentimiento de las partes involucradas, anulándose entonces la posibilidad de su utilización por construcción analógica. Aún así, en líneas generales se aceptó el empleo de esta figura en una construcción *ad hoc* que permitiera penar aquello considerado como un delito particularmente aberrante, aceptándose entonces una doble interpretación de hecho: aludiría tanto a las relaciones “contra natura” aceptadas por hombres y mujeres como a aquellas forzadas entre dos hombres.<sup>15</sup>

En cuando a la segunda figura, se utilizó sólo durante algún tiempo, siendo posible rastrearla en la casuística, y se la planteó como directamente equivalente a la figura de estupro, siendo específica al castigar el delito en varones menores de 15 años.<sup>16</sup> Sin embargo, en este caso no parecen aplicarse las consideraciones en relación al engaño/seducción, sino que se contempla sólo la cuestión de la edad de la víctima. Debe tenerse en cuenta que aquel argumento tampoco resultaba aplicable al considerar imposible el escenario: la “perversión sexual” corresponde al varón pasivo y no al agresor sexual. De hecho es interesante constatar que el argumento más utilizado en estos casos por los defensores fue precisamente que quien se presentaba como atacado era el iniciador de la acción sexual<sup>17</sup> y, por lo tanto, el consentimiento no era discutible; muy por el contrario, se volvía obligatorio para la víctima demostrar su negativa, su carencia de “inclinaciones inmorales”.

Existían además otras dos figuras, sin una edad límite que las enmarcara, las cuales codificaban comportamientos considerados *menos graves*: el *abuso sexual* (llamado abuso deshonesto) y la *corrupción de menores*. El primero incluía todos los comportamientos sexuales forzados, fuera de la penetración vaginal o anal realizados por un hombre con su miembro, mientras que la segunda penaba la exposición de los menores a situaciones sexuales o su prostitución.

Por último, el *incesto* aparejaba complejos dilemas que cruzaban varias problemáticas simultáneas, ya que por un lado era considerado un crimen cuya persecución y existencia correspondían a la justicia eclesiástica, aunque también se hallaba codificado en la legislación laica heredada de España, por lo que se habilitaba su persecución secular.

---

<sup>15</sup> Todavía hoy resulta difícil pensar en las relaciones forzadas entre mujeres o en aquellas en las cuales la mujer es quien abusa sexualmente/viola al varón.

<sup>16</sup> He discutido más largamente estas cuestiones en Riva, 2009.

<sup>17</sup> Entre otros: DHJ, “Altieri (Blas) por “pederastias” a Ignacio Grande Dolores” (P 67; E 10) 1880. Entrecorrido en el original.

Era considerado un delito particularmente aberrante, ya que presuponía el consentimiento de las partes así como su plena conciencia de que se trataba de un hecho criminal; en este sentido, la verdadera víctima era la sociedad o el Estado.<sup>18</sup>

La codificación y la jurisprudencia argentinas encontraban grandes conflictos a la hora de lidiar con los problemas –en parte heredados– que traía la denuncia de incesto, así fuera de uno implícito (sospechas de relaciones incestuosas) o explícito (denuncia directa). Es preciso decir que éste era el único caso en que se habilitaba la denuncia ante la autoridad por parte de cualquier vecino o persona de la comunidad que tuviera conocimiento del hecho. Sin embargo, incluso entonces resultaba difícil continuar con las actuaciones, en tanto solía privilegiarse la parte general del artículo donde se limitaban las personas interesadas que podían dar cuenta del hecho. Es cierto que en muchas ocasiones esto tenía relación con la idea de los bienes que debían protegerse, y, en ese contexto, la familia siempre era concebida como uno superior, en tanto otros miembros de la misma no hicieran expreso el deseo de la persecución de un delito considerado espantoso.

Sin embargo, esto no quiere decir que los delitos de violencia intrafamiliar no fueran perseguidos, pero es más habitual encontrar casos que se caratulaban como “violación de su hija” en vez de “incesto”. Sospecho que esto se relacionaba directamente con que aquella idea primigenia de la libre voluntad de las partes a realizar el acto criminal seguía rigiendo, y resultaba especialmente complicada de aceptar en aquellos en los que se trataba de niñas o mujeres muy jóvenes que tuvieron relaciones sexuales con sus progenitores.<sup>19</sup>

Como hemos visto en este somero recorrido, todas las figuras jurídicas que lidiaban con el problema sexual se encontraban cruzadas por discusiones dentro de los tribunales que se reflejaban en la praxis. Sin embargo, se puede afirmar que todos los juristas involucrados en el proceso parecen coincidir en una cuestión: los delitos de tipo sexual debían definirse por la ausencia *absoluta* de consentimiento de la víctima, su participación en el acto debía ser indudablemente forzada y su relación marcada por una violencia indisputable sobre su cuerpo mucho más que

---

<sup>18</sup> He trabajado esta cuestión en Riva, 2011b.

<sup>19</sup> Vale destacar que no he podido hallar casos de incesto entre padres o madres e hijos varones ni entre hermanos del mismo sexo.

sobre su psiquis. En este sentido, la violencia *moral* (o los *engaños*), al no dejar signos visibles en la víctima y ser extremadamente difícil de probar, no siempre fue tomada en cuenta por los letrados actuantes, discutiéndose incluso que la “fuerza” a que hacían referencia los códigos, la jurisprudencia y la doctrina, era simplemente el ejercicio de la violencia física.

En suma, la prueba de la negativa de la víctima, de su resistencia a la situación, de su desesperación por defender su honra, debía expresarse en su piel.

## **El problema del consentimiento en el desarrollo de la causa**

### ***a. El cuerpo de la víctima***

El ejercicio de fuerza sobre la víctima para lograr violarla debía resultar claro desde el momento mismo de la denuncia, las *señales físicas* que ésta pudiera presentar debían ser claramente visibles no sólo para quienes le tomaban las primeras declaraciones sino también para el perito médico<sup>20</sup> que intervenía en la causa, llamado por la primera autoridad actuante.

Los primeros signos que se buscaban eran –entre otros– hematomas, escoriaciones, rasguños, cortes y marcas de dedos. Luego se buscaba el signo claro que daba existencia jurídica al delito: la ruptura *fresca* de la membrana himen. Este adjetivo no resulta caprichoso: cuanto más reciente fuera el desfloramiento, mayores las posibilidades de que se pudiera constituir el cuerpo del delito a través de su constatación médico-legal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que a partir de la cicatrización de la lesión resulta imposible calcular el tiempo transcurrido y, en consecuencia, tanto más difícil presentarse como víctima en las condiciones que requería la ley.

En ocasiones donde la violación o el estupro fueron cometidos en lugar abierto y por alguien no relacionado directamente con las agredidas, éstas solían mencionar los gritos que habían dado para intentar ser socorridas. En otros expedientes, las víctimas justificaban su incapacidad de defenderse contando que fueron invadidas por un terror paralizante frente a la situación que estaban sufriendo y/o que el temor producto de las amenazas proferidas por el atacante fue la razón de la ausencia de signos defensivos. Sin embargo, como ya dije, estas declaraciones abrían

---

<sup>20</sup> En algunos casos, ante la ausencia del médico de tribunales, se llamaba a cualquier otro de la localidad; en ausencia de éste, a cualquier persona entendida en la materia y, en el último de los casos, a mujer inteligente, habitualmente una partera. He trabajado extensamente esta cuestión en Riva, 2010 y 2011b.



la puerta a la sospecha de que en algún punto la persona hubiera dado su consentimiento o cedido en su esfuerzo por defender su honra, lo cual hacía posible plantear que quizá el consentimiento se había dado de hecho aunque se negara de palabra.

Al mismo tiempo, es notorio que no se exigía como parte de las demostraciones de la resistencia al ataque que las víctimas hubieran dejado signos en el agresor, a pesar de que algunas expresaron haberlo hecho en forma de arañazos o golpes.<sup>21</sup> Puede plantearse como hipótesis que esto responde a las consideraciones de la época respecto de la natural pasividad femenina, que le impediría a la víctima utilizar una violencia extrema –extraña a su naturaleza– para defenderse del ataque.

En cuanto a los hombres, no sólo era necesario encontrar claras señales de haber intentado repeler el ataque –aunque no se esperaba que la víctima expresara que se había quejado durante el acto– sino que además era preciso que no hubiera *ninguna* señal de homosexualidad pasiva sobre su cuerpo.<sup>22</sup> En este caso tampoco se exigía que hubiera dejado herido a su agresor, ya que se daba por supuesto que si el delito se había consumado era porque se había reducido completamente a la víctima.

La violencia intangible –psicológica o moral– no parece haber sido un argumento plausible, en tanto se daba por supuesto que un hombre no podía ser amedrentado por simples amenazas ni engañado para cometer un acto “contrario a la propia naturaleza”. Sobrevuela aquí la idea de que existen actos que resultan tan impensables, tan negativos, que no puede considerarse ni su realización ni la posibilidad de permitir que sean ejecutados sobre uno, como si existiera una especie de conciencia superior en el hombre –en tanto ser humano– que le obligara a guardar ciertas formas y a resguardarse de realizar ciertos actos, incluso desconociendo por completo su funcionamiento.

### ***b. Estrategias retóricas: dos caras del consentimiento***

Una vez iniciada y formada causa, la cuestión del consentimiento pasaba al primer plano tanto para las partes acusadoras<sup>23</sup> como para la

---

<sup>21</sup> Era muy raro que se practicaran pericias médicas sobre el acusado para constatar las declaraciones de la víctima, aunque he hallado al menos dos casos en que esto se hizo, ambos vinculados a la denuncia de contagio de enfermedad sexual a la persona atacada.

<sup>22</sup> Respecto de la situación de los hombres como víctimas de delitos sexuales, he trabajado este tema en Riva, 2009 y 2011c.

<sup>23</sup> Si bien se consideraba que estos delitos, al ser de iniciativa de privada debían ser

defensa, por cuanto demostrar la ausencia de éste o su –incluso– parcial existencia representaba uno de los núcleos centrales de la disputa en el marco de la batalla legal.

Por un lado podemos ver cómo se desplegaban diferentes estrategias retóricas que ponían el acento en demostrar la imposibilidad de que la víctima hubiera dado su anuencia a actos de los cuales nada sabía, que no podía comprender debido a su (in)madurez psico-física. También, desde luego, se resaltaba la evidencia de la violencia ejercida sobre el cuerpo de la persona atacada y se hacía hincapié en que esos signos descartaban cualquier interpretación posible de un asomo de aceptación por su parte. Se destacaba además el tipo de familia en que se había criado, el lugar donde desarrollaba su vida, la consideración en que la tenían quienes la conocían del pueblo, todo lo cual permitía presentar a la víctima como ajena a la sexualidad y a la sensualidad. En este sentido, el “desconocimiento del mundo” debía jugar como presunción a favor de la imposibilidad de que hubiera dado algún tipo de consentimiento válido y, por lo tanto, que se trataba de una víctima de pleno derecho.

Del lado de la defensa, la estrategia más usual era el ataque sistemático a aquella imagen idealizada de la víctima en su estado previo a serlo: demostrar la inexistencia o al menos poner en duda su honra previa, así como la de su familia, probar que no se trataba de una joven virgen o un hombre ajeno a la homosexualidad. Era común plantear que las víctimas tenían actitudes sexuales, que aunque no pasaran por el conocimiento carnal previo al acto que daba origen a la causa sí ponían en duda su inocencia y, por lo tanto, su capacidad para consentir con pleno conocimiento de las circunstancias y consecuencias.

En ocasiones se planteaba que se había dado un primer consentimiento, luego retirado por alguna razón o que éste fue otorgado pero, luego del hecho y arrepentida la víctima, se presentaba a reclamar por una honra que ella misma había entregado al agresor. Cuando el atacado resultaba ser un varón, los letrados de parte intentaban, como se comentó anteriormente, demostrar que el otro había iniciado la seducción, por lo que el consentimiento ni siquiera se planteaba como un problema a discutir, excepto en algunos casos donde se argumentaba que la sodomía, al implicar precisamente anuencia de las partes, requería el castigo

---

seguidos por acusador particular, usualmente se daba vista y participación al Agente Fiscal. Esto generaba serios problemas cuando algunos interesados pedían que la causa continuara sólo con la representación del Ministerio Público. He trabajado este problema en Riva, 2008.

de ambos, aunque se pudiera graduar la pena de forma tal que el “iniciador”, “incitador” o “seductor” tuviera un castigo mayor.<sup>24</sup>

### ***c. El consentimiento “impensable”***

Existe coincidencia entre juristas y médicos legistas al considerar que el consentimiento resulta imposible en un grupo particular: el de los menores de ocho años, debido fundamentalmente a su incapacidad para concebir el sexo como acto, como acción cargada de significado para la vida diaria, y sus consecuencias tanto físicas como sociales. En este punto, debe destacarse la importancia que tienen los trabajos internacionales sobre Medicina Legal y los estudios sobre la sexualidad especialmente vinculados al problema del desarrollo psico-sexual y físico infantil. Dichos textos son consultados por los involucrados en estos procesos y en muchos casos se utilizan para fundamentar sus informes y/o argumentaciones.

Por otro lado, y siguiendo la lógica y la letra de la ley, podría sostenerse que esta situación en realidad abarca a todos los jóvenes hasta los 15 años, es decir, hasta el límite del estupro o “edad del consentimiento”, momento en que la persona está –al menos para la justicia– formalmente en condiciones de asumir todas las implicancias y ramificaciones que involucra el aceptar mantener relaciones carnales. La elección de este punto como límite para una mayor protección legal puede vincularse a los avances en medicina y sexología –esta última en pleno desarrollo y avance desde la segunda mitad del siglo XIX– pero sobre todo debe rastrearse en las consideraciones sociales respecto del momento en que los niños y jóvenes dejan de ser tales y del período óptimo para permitir que se exprese la sexualidad dentro de los parámetros aceptados por la comunidad. Puede plantearse aquí, entonces, que la legislación sobre crímenes sexuales es en parte reflejo de esas ideas compartidas en términos generales al momento de darse una codificación (en este caso penal).

Otro punto que no puede ignorarse, y que se imbrica con todo lo anterior, está vinculado con la expectativa de vida y el desarrollo de los ciclos naturales de fecundidad, especialmente el femenino, ya que no es posible pensar de la misma forma el ataque en una mujer joven y fértil que en una niña o una mujer mayor.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Un ejemplo de esto Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (C 38; A 1; L 239; E 59, Año 1864) “Criminal contra Domingo Broncin y Cristobal Caballa por sodomía”.

<sup>25</sup> El análisis de estas situaciones en particular escapa a los límites de este trabajo; sin embargo, es interesante dejarlo planteado en tanto forma parte de las discusiones en torno

Antes de cerrar este apartado, quiero dedicar unas pocas líneas a un tema difícil de seguir en la casuística pero no por ello menos interesante: el problema de los gestos y las actitudes que expresan una invitación sexual o su rechazo. Estas cuestiones quedan generalmente al margen de los expedientes a menos que tengamos la buena suerte de encontrar alguno en el que las partes discutan sobre la significación de una frase, un gesto, un signo exterior que hubiera dado lugar a cierta confusión.<sup>26</sup> Nada de esto resulta menor si se tiene en cuenta que los letrados comparten el mismo universo cultural que las partes litigantes, y en este lugar, su propia participación en la comunidad les permite una evaluación de esos elementos subjetivos que puede jugar un rol posterior en el desarrollo del caso y en la elección de una u otra estrategia de litigio.

#### *d. El papel de la familia*

Es posible ver en la fuente judicial las discusiones que surgen respecto del problema del consentimiento y la sexualidad juvenil, especialmente cuando se trata delitos sexuales denunciados como violentos. Los juristas y médicos involucrados dedican especial atención a discernir la posibilidad del asentimiento válido en función del tipo de vida que las víctimas hubieran llevado hasta el momento de presentarse ante los tribunales.

Así, cuando una víctima –según los testimonios de personas del pueblo o de acuerdo a sus propias palabras– no parece responder al ideal de conducta que se espera de ella, o bien sus padres –parte importante de su vida– no parecen haberla criado en el marco de las ideas de protección de la inocencia en tanto conocimiento del sexo a una edad temprana, su situación en el proceso se vuelve más complicada: el grupo familiar debe demostrar que esta percepción es falsa y que la víctima fue resguardada hasta el momento del ataque.

Es necesario decir que, con el correr del siglo XIX, tendió a cristalizarse la idea según la cual eran buenos padres aquellos que evitaban que sus hijos se contaminaran con nociones sexuales antes de una

---

a las reformas a los códigos. También se discute dentro del universo teórico en relación a los conceptos de “pérdida”, “daño” y “bien a tutelar”.

<sup>26</sup> He encontrado hasta ahora sólo dos casos en los cuales se dan discusiones de este estilo en distintos contextos: DHJ “Sosa Evangelista; Frias Marcos, Sella Fortunato y Rodriguez Feliciano; por pederastía a Carlos Kristian en Maipú” (P 125; E 08) 1890 y DHJ “Rodriguez, Demetrio; por supuesto rapto y violación de la menor Isidora del Carmen Villarruel, en Dolores” (P 127; E 10) 1890.

“edad conveniente”, la que resultaba incierta y ampliamente discutible, aunque podría fijarse en el momento a partir del cual los jóvenes eran considerados responsables de sus comportamientos carnales. Así como parece dejarse absolutamente librada a la decisión de la familia la manera en que se manejará el conocimiento formal de la sexualidad, también se la considera responsable por el comportamiento público de los menores en este sentido; por ejemplo, el hecho de permitir que una hija de nueve años estuviera sola en la calle durante todo el día habilitaba la sospecha de que la misma había dejado de estar protegida por sus padres, y, por lo tanto, debía haber adquirido saberes sobre las “cuestiones de la vida”.<sup>27</sup> Esto, desde luego, no implicaba necesariamente que la menor consintiera en tener relaciones sexuales con el acusado, pero sin embargo permitía sembrar la duda sobre su incapacidad para tomar esa decisión.

La concepción de un niño “resguardado” de situaciones sexuales por sus mayores va conformando un universo que lleva a verlo como un sujeto sin impulsos ni curiosidad carnal, sensaciones que se despertarán en forma “natural” mucho más adelante en el tiempo, aunque es posible desviarlo de este desarrollo a partir de su introducción en el mundo adulto, claramente sexualizado, tanto en forma violenta como no violenta, con las consecuencias no sólo personales sino sociales que esto implica: transmisión de enfermedades sexuales, homosexualidad, frigidez o erotomanía. En este sentido, la falla o la complicidad de la familia pone en riesgo la salud pública y la continuidad misma de la sociedad, obligando entonces a buscar nuevas formas en que el Estado pueda actuar en estos delitos privados de tan difícil detección y castigo.

### ***e. La sexología: la influencia de un nuevo saber***

Para entender el devenir de las ideas ya comentadas y sus mutaciones a lo largo del tiempo, debe tenerse en cuenta el desarrollo de dos nuevas disciplinas que comenzaban a ganar terreno en Europa y cuyas investigaciones eran recibidas en la Argentina e influían en la praxis jurídica, la jurisprudencia, la doctrina y la medicina legal: la psicología y la sexología.

---

<sup>27</sup> DHJ “Belhart, Miguel por violación y estupro en la persona de la menor Sara Casanova, en Maypú” (P 121; E 04) 1889.

Con los trabajos de Richard von Krafft-Ebing<sup>28</sup> y sus seguidores, llegó la idea de que muchos menores son iniciados en las relaciones sexuales por familiares cercanos –hermanos/hermanas o primos/primas– a través de juegos aparentemente inocentes, que sin embargo van construyendo en la psiquis del niño la sexualidad del adulto.<sup>29</sup> Esto también permitía cuestionar hasta qué punto los menores tenían verdadera conciencia de las acciones de que eran objeto y si su resistencia podía ser considerada como algo más que la expresión de un instinto superior, que siempre se había estimado inconsciente y supremo. Esta cuestión del *conocimiento* como parte necesaria del consentimiento ponía en tensión los discursos que sólo tomaban en cuenta sus aspectos formales.

Las situaciones comentadas me permiten sugerir que en estos casos –y contrario a derecho o, al menos, a la letra de ley de ese momento– la carga de la prueba<sup>30</sup> recaía sobre las víctimas, quienes debían demostrar que les había sido arrebatado algo que ellas y sus familias habían protegido celosamente, por instinto<sup>31</sup> o por educación, algo que trascendía lo exclusivamente físico: la honra entendida como la inocencia, incluso mental.

### ***f. El consentimiento y la sexualidad infantil***

Una de las cuestiones centrales en el problema del consentimiento sexual de los menores es ciertamente la conflictiva definición de todas las categorías e ideas que se encuentran enmascaradas por aquella palabra. Es necesario comprender que, para la justicia, “joven”, “niño/niña” y “menor” no significan la misma cosa, y colocar a una víctima dentro de alguna de las primeras dos categorías implica tomar una postura frente a su realidad como tal.

La inocencia que se presupone en unos lleva a ver al crimen como especialmente aberrante y a buscar el castigo del sindicado como culpa-

---

<sup>28</sup> Richard von Krafft-Ebing. Este prolífico autor escribió obras como: “Medicina Legal” (editado en 1940), “Libro de texto de psicopatología jurídica”, “Fundamentos de psicología criminal” (ambos publicados en 1881) Su obra más conocida es “*Psicopatía Sexualis*. Estudio médico legal para uso de médicos y juristas” (1886)

<sup>29</sup> Posteriormente estas ideas serán retomadas, entre otros, por Sigmund Freud.

<sup>30</sup> Espero poder estudiar este problema en profundidad en trabajos futuros.

<sup>31</sup> En este punto, me refiero al *impulso* que debería sentir la persona a defender su honor. Muchos juristas y algunos tratadistas asumían que por más desconocimiento que se tuviera del sexo, o especialmente frente a él, la víctima actuaría por una fuerza superior a ella misma para defenderse.

ble casi a cualquier precio, mientras que la sombra sobre la conducta de otros hace que el caso se desestime o que no se considere que se haya cometido un delito verdaderamente grave.

En este sentido, comprender la cuestión implica conocer no sólo la casuística sino también la circulación de textos científicos, para así tratar de reconstruir las imágenes de qué o quién es un niño que los jueces se formaban y cristalizaban en sus fallos, y qué conocimientos o actitudes son válidos para pensar a las distintas personas como víctimas.<sup>32</sup>

Por otro lado, las vistas de los Agentes Fiscales y los Defensores (tanto privados como de oficio) permiten intentar la reconstrucción de los modelos factibles, en tanto cada uno de ellos debía presentar fundamentalmente una imagen distinta –pero acorde– a los datos que existen en el expediente: el “candor” de una niña al contar su experiencia sexual traumática constituye para un fiscal prueba de su inocencia arrebatada, mientras que para el defensor del acusado es la imagen clara de que la situación pudo no ser consentida pero tampoco resultó en una pérdida irremediable, en tanto precisamente no narra su situación como algo terrible.<sup>33</sup>

A continuación retomo<sup>34</sup> algunas cuestiones en torno a las definiciones utilizadas por los juristas al enfrentarse a casos donde la víctima es menor de edad. Debo indicar que no se discute este concepto, en tanto engloba –en las fuentes estudiadas– a toda persona por debajo de los 18 años,<sup>35</sup> sino las divisiones establecidas dentro de aquella categoría. Este rótulo también solía aplicarse en los interrogatorios, aunque luego se utilizara alguno de los otros en los alegatos y considerandos de la sentencia.

### **Pensar las definiciones desde la justicia: niño/niña y joven**

Respecto de la condición de *niño* o *niña* igual que la de *joven* se dio una amplia discusión y una enorme confusión de términos en la justicia durante el período estudiado. Sin embargo, a partir de las fuentes consultadas es posible realizar la siguiente aproximación:

---

<sup>32</sup> Como comenté anteriormente, no puede ignorarse que un rol central en la construcción de la víctima es jugado por su familia y cómo se presentan tanto la persona atacada como ésta ante los letrados.

<sup>33</sup> Entre otros AHPBA (C 34; A 2, L 154; E 27; Año 1853) “Juan Pedro Barragan por haber violentado a su hija Ana, y por vago y entretenido”, y DHJ (P 121; E 04) “Belhart, Miguel por violación y estupro en la persona de la menor Sara Casanova, en Maypú” 1889.

<sup>34</sup> He trabajado previamente estas cuestiones en Riva, 2010 y 2011a.

<sup>35</sup> En algunos casos también engloba a las mujeres solteras que han pasado esa edad.

### **a. Hasta los 8 años**

En forma muy amplia, puede decirse que cualquier persona por debajo de los ocho años era considerada “niño” o “niña”, con independencia de los prejuicios sociales en relación a su medio, particularmente de la familia y el hogar (entendido como el espacio físico que se habita) en que se encontrara. En estos casos la inocencia de la víctima se presumía o presuponía.

Como ejemplo, cito el siguiente concepto de un fiscal en un expediente por raptó y estupro de una víctima de 8 años:

“No se ha comprobado que la menor no fuera doncella ó virgen, ni que fuera de mala vida, *lo que tampoco es verosímil atento su corta edad*”.<sup>36</sup>

Es importante tener en cuenta que se consideraba que, por debajo de esa edad, el ataque sexual completo era raro y muy difícil, en tanto los órganos genitales no se encontraban totalmente desarrollados y eran, además, demasiado pequeños para permitir el ataque en los términos requeridos por la ley para considerar el estupro. En este tipo de causas es donde se encuentran más expresiones de horror *explícitas* de los intervinientes, especialmente cuando se considera comprobado el cuerpo del delito.<sup>37</sup>

### **b. Entre los 8 y los 12 años**

Después de los ocho años, comenzaban a entrar en juego consideraciones de tipo moral-social para definir cómo debía construirse a la víctima en cada caso particular: ¿podía vérsela como una criatura todavía inocente antes del suceso o, por el contrario, ya corrompida debido a las distintas circunstancias de su vida? Para responder a esta cuestión, se discutía y evaluaba su discurso frente a los letrados involucrados<sup>38</sup> tanto como su presencia física, el lugar de donde provenía y la aparente crianza dada por su familia. Estos factores no sólo hacían, por un lado, a la construcción de la persona atacada como *víctima* sino a la definición misma del delito y a su existencia, en tanto se buscaba por medio de esta investigación –muchas veces soterrada– la respuesta a si ella pudo no solamente haber provocado la situación, a partir de gestos o

---

<sup>36</sup> DHJ “Sosa Jesus por raptó y estupro a la menor Ramona Sosa en “Tres Arroyos”” (P 104; E 08) 1887 entrecorillado en el original. El resaltado es mío.

<sup>37</sup> Esta cuestión resulta bastante embarazosa, por cuanto no puede descartarse que algunos peritos mintieran, “creando” falsamente el cuerpo del delito en el afán de que se castigara el crimen. He trabajado este punto en Riva, 2011a.

<sup>38</sup> Y en algunos casos, frente al perito médico que la examinara.



palabras, sino haber consentido de alguna manera –desde el principio o en algún punto de la situación– a sostener las relaciones sexuales que daban origen al proceso contra el acusado.

### ***c. Entre los 12 y los 18 años***

Por último, en relación a la categoría de *joven*, era habitual –pero no exclusivo– que se considerara así a las personas a partir de los doce o los catorce años, dependiendo del momento y de las ideas que sostuvieran los médicos o jueces en relación al desarrollo psico-físico-sexual de los individuos. En este sentido, para algunos el límite del estupro podía ser una barrera de separación teórica entre la infancia y la adolescencia, otros consideraban que la menstruación podía establecerse como criterio de división y finalmente había quienes preferían volver sobre las consideraciones morales en relación a las situaciones específicas de la vida de los involucrados para marcar el quiebre. Sin embargo, en general, cuando a una víctima se la etiquetaba de esta manera, solía implicar una visión negativa sobre ella y entonces la discusión sobre su ausencia absoluta de consentimiento se volvía más dura.

## **Reflexiones finales**

En este trabajo he intentado presentar los primeros avances en relación al análisis de un problema sin dudas complejo, cuyas raíces se hunden no sólo en las cuestiones jurídicas puras sino también sociales y culturales.

Responder a preguntas tales como qué es consentir a las relaciones sexuales y quiénes, según la ley, pueden hacerlo, requiere analizar en profundidad las actitudes de la sociedad ante las expresiones aceptadas y aceptables del deseo sexual hacia otro, así como rastrear a partir de qué momento, en el ciclo vital del individuo, las manifestaciones de deseo carnal pueden ser tomadas seriamente por alguien sin consecuencias jurídicas negativas.

Este doble problema del consentimiento sexual es central para el estudio de los delitos sexuales en su construcción jurídica y médico legal, en tanto la discusión teórica y la praxis judicial demuestran una viva preocupación por definir los límites que enmarcarían a la acción de un sujeto sobre otro como delictiva.

En este sentido, entonces, no sólo es la edad de la víctima sino también sus modos y formas de vida los que ayudan a ir conformando estas líneas que separan al delito de lo que no lo es, a la acción punible de aquella socialmente inaceptable pero no judicialmente reprochable.

Finalmente, la cuestión de si la resistencia debe ser absoluta o puede comprenderse como relativa tiende a poner en tensión las posibilidades de una persona de ser considerada como víctima dentro del proceso: si su cuerpo no presentaba señales claras, testimonio “mudo” de su negativa real, entonces su declaración no podía sostenerse por sí misma como prueba fehaciente. Aparecía la duda y, ante ella, se debía estar –de acuerdo al principio legal– a favor del reo. Así se forzaba a la víctima a demostrar su credibilidad a partir de la existencia de daños consistentes con el intento del agresor, dejando fuera de la discusión los supuestos de amenazas que, aunque contemplados en los códigos y tratados, no resultaban tan fácilmente demostrables.

La víctima, entonces, debía demostrar que jamás consintió ningún tipo de relación con el acusado; que a esta negativa se unió una resistencia sistemática, real, sostenida y creíble que dejó marcas visibles en ella; que su familia la había protegido del conocimiento sensual hasta ese momento y que, por lo tanto, el ataque le produjo una pérdida irreparable. Todas estas condiciones llevan a enlazar la problemática del consentimiento y sus expresiones jurídico/sociales con el problema mayor de la construcción jurídica de la víctima aceptable y de los delitos sexuales.

## **Bibliografía**

- Archard, D. (1998). *Sexual Consent*. US: Westview press.
- Badinter, E. (1994). *XY, la identidad masculina*. Bs. As.: Norma.
- Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (dir). (2008). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. T 4 Arts. 97/133. Parte Especial. Bs. As.: Hammurabi.
- Barreneche, O. (2001). *Dentro de la ley todo: la justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*. La Plata: Al margen.
- Burke, J. (2009). *Los violadores. Historia del estupro de 1860 a nuestros días*. Barcelona: Crítica.
- Caimari, L. (2004). *Apenas un Delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Bs. As.: Siglo XXI.
- Caufeld, S. et al (2005) *Honor, Status and Law in Modern Latin America*, London: Duke University Press, 2005
- Chejter, S. (1996). *La voz tutelada. Violación y voyerismo* Uruguay, Nordan.
- Corbin, A., Courtine, J.-J. y Vigarello, G. (dir). (2005). *Historia del cuerpo*

- (vol. 2: De la revolución Francesa a la Gran Guerra). España: Taurus.
- Cotterill, J. (ed.). (2007). *The language of sexual crimes*. UK: Palgrave Macmillan.
- Donzelot, J. (2008). *La policía de las familias. Familia, sociedad y poder*. Bs. As.: Nueva Visión.
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa.
- Fontan Balestra, C. (1981). *Derecho Penal. Parte Especial*. Bs. As.: Abeledo Perrot.
- Foucault, M. (2007). *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975)*. Bs. As.: FCE.
- Foucault, M. (2008). *Historia de la sexualidad*. Bs. As.: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Gallegos, J. L. (1943). *El menor ante el derecho penal. Estudio comparativo del problema argentino del abandono en la minoridad*. Bs. As.: Aniceto Lopez.
- Giddens, A. (1992). *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*. California: Stanford University Press.
- Guillebaud, J. C. (2000). *La tiranía del placer*. España: Ed. Andrés Bello.
- Gusmao, Ch. de (1958). *Delitos sexuales*. (Notas conforme a la doctrina argentina por Manuel Ossorio y Florit). Bs. As.: Bibliográfica Argentina.
- Krafft Ebing, R. V. (1955). *Psicopatía sexual. Estudio médico-legal para uso de médicos y juristas*. Bs. As.: El Ateneo.
- Marshall, W. L. (2001). *Agresores sexuales*. España: Ariel.
- Mittermaier, C. J. A. (1916). *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. etc.* (7ª edición). Madrid: Ed. Hijos de Reus.
- Moreno, R. (h) (1903). *La ley penal argentina. Estudio crítico por Rodolfo Moreno (h)*. Bs. As.: Eds Sesé y Larrañaga.
- Peakman, J. (ed). (2009). *Sexual perversions, 1670-1890*. UK: Palgrave Macmillan.
- Riva, B. C. (2007). "En defensa del honor. Algunas construcciones socio-jurídicas en torno a la honra". *Voces, Revista de la Comisión de alumnos de Historia (FaHCE)*, (4), 19-23.

- Riva, B. C. (2008). "Mecanismos jurídicos en el tratamiento de los delitos de violación: primeras aproximaciones al problema." En *Actas de las V Jornadas de Sociología de la UNLP y I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Cs. Sociales*, La Plata.
- Riva, B. C. (2009). *El delito de violación en varones: masculinidad en conflicto y discurso judicial (Buenos Aires, 1850-1890)*. Consultado el 16 de abril de 2012 en [http://www.cehsegetri.com.ar/Actas\\_II\\_JNHS.html](http://www.cehsegetri.com.ar/Actas_II_JNHS.html).
- Riva, B. C. (2010). "El perito médico en los delitos sexuales, 1880-1890". En Barreneche, O. y Bisso, A. (comp.). *Ayer, hoy y mañana son contemporáneos. Tradiciones, leyes y proyectos en América Latina*. La Plata: Edulp.
- Riva, B. C. (2010). "Entre la pureza y la perversión. Construcciones médico-jurídicas sobre los delitos sexuales en menores en la Argentina entre 1860 y 1880." En *Actas de las VI Jornadas de Sociología de la UNLP "Debates y perspectivas sobre Argentina y América Latina en el marco del Bicentenario. Reflexiones desde las Ciencias Sociales"*, La Plata. Consultado el 16 de abril de 2012 en [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.1011/ev.1011.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1011/ev.1011.pdf)
- Riva, B. C. (2011a). *El perito médico en los delitos sexuales. Buenos Aires 1850-1890* (Tesina de Licenciatura inédita). Universidad Nacional de La Plata, La Plata.
- Riva, B. C. (2011b). *Relaciones monstruosas: el problema del incesto (Buenos Aires 1850-1890)*. [En prensa].
- Riva, B. C. (2011c). *Cómplices y coautores del hecho: los múltiples involucrados en un delito sexual. Buenos Aires, 1850-1890*. [En prensa].
- Roudinesco, E. (2009). *Nuestro lado oscuro. Una historia de los perversos*. Bs. As.: Anagrama.
- Rousseau, G. (ed). (2007). *Children and sexuality. From the Greeks to the Great War*. UK: Palgrave Macmillan.
- Salanueva, O. y Gonzalez, M. (2008). *La integridad sexual de la niñez y la adolescencia*. Bs. As.: Ediciones Cooperativas.
- Salvatore, R. D.; Aguirre, C.; et al. (2004). *Crime and Punishment in Latin America. Law and society since late colonial times*. New York: Duke University Press.
- Tieghi, O. N. (1983). *Delitos sexuales* Tomo I. Bs. As.: Ed. Abaco.