

**Abordaje del consentimiento en materia de abuso sexual coincidente en
Argentina y Canadá, ¿Cuál es el motivo?***

Melina Yanel Cuellar**

* Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco de la asignatura Seminario I, en el cual la autora de este libro es alumna.

** Licenciada en Administración, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires. Abogada, estudiante de Cuarto Año, Universidad de Flores, Buenos Aires. Teléfono 54 9 11 2091 9161. melinacuellar@hotmail.com

RESUMEN

En la actualidad nuestra legislación argentina en materia de abuso sexual coincide con la legislación canadiense al basarse ambas en la ausencia de consentimiento como elemento fundamental de configuración del delito.

El siguiente artículo demuestra la causa de tal coincidencia que cuenta como factor en común el Convenio de Estambul.

PALABRAS CLAVE

Abuso sexual – Argentina – Canadá – Convenio de Estambul

APPROACH TO CONSENT ON SEXUAL ABUSE IN ARGENTINA AND CANADA. WHAT IS THE REASON FOR THE COINCIDENCE?

ABSTRACT

Argentine legislation on sexual abuse coincides with Canadian legislation. Both focus on the lack of consent as a fundamental element of the crime. The article demonstrates that the cause of convergence between Canadian and Argentine legislation is the fact that the Istanbul Convention, where Canada played a fundamental role, is also an indirect source of Argentine Criminal Code a common factor.

KEYWORDS

Sexual assault - Argentina - Canada - Istanbul Convention

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es demostrar la causa por la cual la legislación argentina y canadiense resultan coincidentes en el abordaje de la ausencia de consentimiento como elemento de configuración del abuso sexual.

Las líneas posibles de investigación para arribar a su causa son las siguientes a saber:

- Rastrear el origen de las modificaciones al art. 119 y 120 del Código Penal argentino y ver en qué medida se inspiraron en el Código Penal Español.
- Investigar en la doctrina española los antecedentes a la modificación a los artículos 178 a 181 del Código Penal Español.
- Rastrear el origen de los artículos 178 a 181 del Código Penal Español y ver en qué medida los tipos penales españoles se basan en los delitos de agresión sexual y violación de jurisdicciones del common law, tales como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Australia. Esta conexión puede ser indirecta.
- El Consejo Europeo y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Ver cómo influye el Consejo sobre sus miembros para que reformen sus leyes penales sobre violencia sexual.

La última constituye la línea de investigación que seguiremos en el presente abordaje, logrando demostrar que Canadá como Estado observador durante el proceso de creación del Convenio de Estambul ha aportado su legislación en materia de abuso sexual donde el elemento consentimiento resulta determinante en el mismo. Dicho aporte ha sido receptado y volcado en la redacción del Convenio. Luego dicho Convenio ha servido de base para nuestra legislación argentina en materia de abuso sexual.

PRIMERA APROXIMACIÓN

La conexión parte del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul. El objeto de dicho convenio consiste en establecer una tolerancia cero con respecto a este modo de violencia. Su iniciativa proviene del Consejo de Europa, que es una organización internacional de carácter regional, ajeno a la Unión Europea, dedicada a la educación, la cultura y la defensa de los derechos humanos. La mencionada Convención se presentó en Estambul en 2011 y se encuentra en vigor en Europa desde el 1 de agosto de 2014. Hasta 2019, ha sido firmado por 46 miembros y ratificado por 34.

Con el Convenio de Estambul se adoptaba, por primera vez en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que se considera una grave violación de los derechos humanos.

Ningún otro Tratado de ámbito europeo había identificado y expresado textualmente que la violencia contra la mujer, es un atentado a los derechos humanos.

Junto a la Convención de Belén do Pará de 1994, que fue el primer Tratado regional interamericano, que sí había recogió en su Preámbulo esta expresión, y el Protocolo de la Carta Africana de derechos del Hombre y de los Pueblos, en idéntico sentido, el Convenio de Estambul -EDL 2011/393212-, viene a conformar con éstos, un marco jurídico internacional de derechos humanos para afrontar de forma eficaz y estratégica cualquier clase de violencia contra la mujer, arraigada en la sociedad, que se ha perpetuado a través de una cultura de tolerancia y negación, cuya causa y consecuencia, se encuentra en la desigualdad entre hombre y mujer.⁴⁴

CARACTERÍSTICAS INNOVADORAS DEL CONVENIO DE ESTAMBUL

El Convenio de Estambul cuenta con determinadas características de singular importancia tales como el reconocimiento de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación. Asimismo se constituye en el primer tratado internacional que contiene una definición del concepto de género. Esto significa que actualmente

⁴⁴ Gallego, Gemma. “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer”. *El derecho.com*. Disponible en <https://elderecho.com/el-convenio-de-estambul-su-incidencia-en-el-sistema-espanol-de-lucha-frente-a-la-violencia-contra-la-mujer>

se reconoce que las mujeres y los hombres no sólo se diferencian por su sexo biológico, sino que también existe una categoría de género establecida socialmente que asigna a las mujeres y los hombres funciones y comportamientos particulares.

Por otro lado, el Convenio exige a los Estados Partes criminalizar o sancionar conductas como la violencia doméstica (violencia física, sexual, psicológica o económica), la violencia sexual, el acoso sexual, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina y el aborto y la esterilización forzosos. De este modo se insiste en que la violencia contra la mujer y la violencia doméstica no sean asuntos de carácter privado. Con objeto de resaltar la gravedad y los efectos traumáticos de los delitos cometidos en el seno de la familia, puede imponerse una condena más severa al agresor en los casos en que la víctima sea su cónyuge, su pareja o un miembro de la familia.

Y por último se hace un llamamiento para que participen todos los organismos y servicios estatales pertinentes, con el objeto de afrontar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de un modo coordinado.

OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONVENIO A LOS ESTADOS

El Convenio de Estambul establece ciertas obligaciones en cuatro aspectos básicos: prevención, protección, persecución penal y políticas integradas.

El primer aspecto que se establece desde la prevención se logra cambiando los comportamientos, las características asignadas en función del género y los estereotipos que dan lugar a que la violencia contra la mujer sea aceptable; impartiendo formación a los profesionales que trabajan con las víctimas; sensibilizando sobre las diferentes formas de violencia y los traumas que provocan; incluyendo material didáctico sobre cuestiones de igualdad en los planes de estudio a todos los niveles de educación, y cooperar con las ONG, los medios de comunicación y el sector privado para llegar al público en general.

Al segundo aspecto de la protección se arriba asegurando que las necesidades y la seguridad de las víctimas se ubiquen en el centro de todas las medidas adoptadas; estableciendo servicios de apoyo especializados que presten asistencia médica y apoyo psicológico y jurídico a las víctimas y sus

hijos, y creando suficientes refugios de acogida e introduciendo líneas de ayuda telefónica gratuitas y disponibles las 24 horas del día.

Con el tercer aspecto basado en la persecución penal se procura asegurar que la violencia contra la mujer sea un delito tipificado y sancionado; estableciendo que la justificación para cometer cualquier acto de violencia por motivos culturales, de costumbre, religión o de honor sea inaceptable; y procurando que las víctimas tengan acceso a medidas de protección especial durante los procedimientos de investigación y judiciales, y asegurando que los organismos encargados de hacer cumplir la ley respondan de manera inmediata a las llamadas de asistencia, y gestionen las situaciones de riesgo de manera adecuada.

El cuarto aspecto radica en políticas integradas asegurando que todas las medidas anteriormente mencionadas formen parte de un conjunto integral y coordinado de políticas y brinden una respuesta global a la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

PARTICIPACIÓN DE CANADÁ

Cuando en diciembre de 2008, el Consejo de Europa estableció un comité de expertos, el Comité Ad Hoc para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO) compuesto por representantes gubernamentales de los estados miembros del Consejo de Europa, se incluyó también a Estados no europeos con estatus de observadores en el Consejo de Europa entre ellos surge la participación de Canadá quien ha aportado su propia legislación (el resto de observadores fueron EE. UU., México, Japón y la Santa Sede).

Canadá es la Nación que nos interesa en este artículo por la coincidencia de su legislación y la nuestra en materia de abuso sexual que colocan al consentimiento como elemento fundamental de configuración del delito. Para ello debemos partir del origen.

En primer lugar, en el Código Penal Canadiense adoptado el 31 de diciembre de 1984, en el art. 153.1 encontramos un artículo dedicado exclusivamente a la definición del consentimiento explícita y clara: ... “es el acuerdo voluntario de la demandante a participar en la actividad sexual en cuestión”... Asimismo se indica cuando el consentimiento no es obtenido:

“No se obtiene consentimiento, a los fines de esta sección, si

(A) el acuerdo se expresa por las palabras o conducta de una persona que no sea el demandante;

(B) el demandante es incapaz de dar su consentimiento a la actividad;

(C) el acusado aconseja o incita al demandante a participar en la actividad mediante el abuso de una posición de confianza, poder o autoridad;

(D) el demandante expresa, por palabras o conducta, una falta de acuerdo a participar en la actividad.”

Así, vemos la importancia otorgada al consentimiento en este tipo de delitos que a su vez también lo hayamos inserto en el texto del artículo 36 del Convenio de Estambul. En el mencionado artículo en cada inciso se menciona el consentimiento como un elemento configurador del delito como lo veremos en su texto que se enuncia a continuación:

“Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación

1-Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;

b los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”...

De esta manera observamos la congruencia entre la legislación canadiense y el citado Convenio en el concepto de abuso sexual entendido como contacto físico sexual no consentido.

Y por último, en el mismo sentido en el Código Penal Argentino, en el artículo 119 (que fue modificado en 2017) se recepta el elemento consentimiento para determinar la configuración de delito de abuso sexual:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando 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”.

De esta manera, nuestra legislación argentina ha tomado la misma base que el Convenio de Estambul, en su tipificación de delitos contra la integridad sexual en el Código Penal Argentino actualmente vigente.

CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

A pesar de tratarse de un documento cuya elaboración finalizó en 2011, recién en 2014 entró en vigor, debido a las exigencias expuestas en el propio Convenio de Estambul en su art. 75, ya que se precisaba del compromiso inicial de 10 Estados. La adhesión al mismo por parte de los Estados no ha resultado sencilla debido a la necesidad de adecuar sus ordenamientos jurídicos internos y de responsabilizarse directamente de la violencia ejercida en sus territorios, así como de asumir las obligaciones que se derivarían del Convenio.

A marzo de 2019, 45 de los 47 países miembros del Consejo de Europa han firmado el Convenio, y 34 de ellos también lo han ratificado. Los dos países miembros que no han firmado el Convenio son Azerbaijan y la Federación Rusa. Los 11 países miembros que no han ratificado el pacto son: Armenia, Bulgaria, República Checa, Hungría, Latvia, Liechtenstein, Lituania, República de Moldova, República de Eslovaquia, Ucrania, Reino Unido y el miembro como organización internacional de la Unión Europea tampoco lo ha ratificado.⁴⁵ Entre otras razones, se debe a una serie de mitos y afirmaciones del contenido del acuerdo. Algunos países aseguran que pone en peligro el concepto de “familia tradicional”.

⁴⁵ Council of Europe. “Chart of signatures and ratifications of Treaty 210”. Disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/210/signatures?p_auth=E0NPSEm

Es preciso hacer referencia a la posibilidad que se establece para que la adhesión no se limite a Estados parte del Consejo de Europa, permitiendo la ratificación del mismo a aquellos no miembros que hubieran participado en su elaboración. Al respecto, ni Canadá, ni la Santa Sede, ni Japón, ni México, ni EEUU han ratificado ni siquiera firmado el Convenio.

Aún más, de acuerdo al artículo 76 del Convenio, se permitiría la incorporación a cualquier Estado que sea invitado por el Comité de Ministros a través de un procedimiento expuesto en dicho artículo. A pesar de esta posibilidad, ningún Estado ajeno al Consejo de Europa se ha adherido al mismo.

Es importante destacar que pese a que en junio de 2017 la Unión Europea ha firmado el convenio, al presente año 2019 aún no cuenta con la ratificación por lo que no supone un compromiso real.

Para hacer frente a lo expuesto, el Convenio establece un mecanismo de seguimiento con el propósito de evaluar cómo se aplican sus disposiciones. Este mecanismo de seguimiento consta de dos pilares fundamentales: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), un órgano de expertos independientes, y el Comité de las Partes, un órgano político integrado por los representantes oficiales de los Estados Partes del Convenio. Sus conclusiones y recomendaciones ayudarán a asegurar el cumplimiento por parte de los Estados de las disposiciones estipuladas en el Convenio y a garantizar su eficacia a largo plazo.

A julio de 2018 solo once países europeos cumplieron en penalizar todo acto de carácter sexual realizado sin consentimiento: Suecia, Islandia, Alemania, Luxemburgo, Inglaterra, Irlanda del Norte, República de Irlanda, Gales, Escocia, Bélgica y Chipre.⁴⁶ Como se puede apreciar aún queda bastante por lograr, ya que no se ha llegado ni a la mitad de adherentes del Convenio que hagan efectivo su cumplimiento.

⁴⁶ Tena A. “Solo once países de Europa reconocen que el sexo sin consentimiento es violación”. *Público*. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/once-paises-europa-reconocen-sexo-consentimiento-violacion.html>

CASO DE FINLANDIA: SANCIONADA POR EL GREVIO POR NO CUMPLIR CON LA CONVENCION DE ESTAMBUL

Como demostración del efectivo accionar del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) encontramos la sanción a Finlandia por no cumplir con las disposiciones del Convenio de Estambul.

En septiembre de 2019, un informe elaborado por el anteriormente órgano mencionado concluye que las leyes de Finlandia siguen sin definir la violación sobre la base de la ausencia de consentimiento como establece el Convenio al cual han adherido oportunamente. Utilizan una definición basada en si hubo violencia física o amenazas de violencia, o en si se determina que la víctima fue incapaz de oponer resistencia (debido, por ejemplo, a que se encontraba dormida o presentaba un elevado grado de intoxicación). Finlandia debería incorporar sanciones para todos los actos sexuales sin el consentimiento de la víctima, incluso cuando las circunstancias impidan un consentimiento válido. Dicho país ratificó el Convenio de Estambul en 2015 y este es el primer informe de evaluación sobre su implementación.⁴⁷

Frente a ello, la ministra de Justicia finlandesa ha formado un grupo de trabajo para la reforma de los delitos sexuales en el Código Penal, previéndose que el grupo presente sus recomendaciones a mediados de 2020.

En Finlandia, cada año 50.000 mujeres sufren violencia sexual, incluida violación. La mayoría de los responsables de estos delitos nunca son llevados ante la justicia. En 2017, sólo se dictaron 209 sentencias condenatorias por violación.⁴⁸

CONCLUSIÓN

⁴⁷ Council of Europe, “Violence against women in Finland: monitoring report praises more services for victims, but calls for review of criminal offences”. *Directorate of communications*. Disponible en https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168096d443

⁴⁸ Amnistía Internacional. “Finlandia: Organismo Internacional condena la definición desfasada de violación y Amnistía pide la reforma de la legislación sobre violación”. Disponible en: <https://www.amnistia.org/ve/noticias/2019/09/11546/finlandia-amnistia-pide-la-reforma-de-la-legislacion-sobre-violacion>

A lo largo de esta investigación se ha logrado arribar al nexo que permite justificar la razón por la cual dos Estados tan diferentes como los son Argentina y Canadá cuenten con un punto en común constituido por la legislación en materia de abuso sexual que considera a la ausencia de consentimiento como elemento fundamental del delito.

Es necesario que dicha concepción sostenida en el Convenio de Estambul sea extendida y aplicada efectivamente por todos los Estados para lograr frenar este delito que lamentablemente parece no detenerse.