

EL (LIMITADO) ROL DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

ARTÍCULO

OSCAR E. MIRANDA MILLER*

Introducción	414
I. Desarrollo histórico	417
A. <i>Common law</i>	417
B. Código Penal Modelo.....	420
C. Puerto Rico	422
D. Desarrollos recientes	424
E. Revisión del Código Penal Modelo	426
i. Elementos subjetivos de los delitos.....	427
ii. Definición de <i>consent</i> y <i>nonconsent</i>	427
iii. <i>Sexual intercourse by coercion (nonconsent)</i>	427
iv. <i>Sexual intercourse without consent</i>	428
II. Rol de la falta de consentimiento	430
A. Las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos.....	431
i. Ejemplos de enfoques opuestos: Nueva Jersey y Carolina del Norte.....	432
B. Error en cuanto al consentimiento	435
C. <i>No means no</i>	437
D. Silencio de la víctima (<i>only yes means yes?</i>)	441
III. Propuestas de cambio en Puerto Rico.....	443
Conclusión.....	445

In regard to the critical issue of forcible compulsion, the complainant's testimony is devoid of any statement which clearly or adequately describes the use of force or the threat of force against her . . . The complainant did testify that she . . . said "no" throughout the encounter.¹

* Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. J.D., Universidad de Puerto Rico, Escuela de Derecho; L.L.M., SUNY Buffalo Law School.

El autor agradece la ayuda recibida durante los procesos de investigación, redacción y edición del artículo llevada a cabo por su asistente de investigación, Alvin Padilla Babilonia, estudiante de segundo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

1 Commonwealth v. Berkowitz, 641 A.2d 1161, 1164 (Pa. 1994).

INTRODUCCIÓN

EL DERECHO PENAL RESULTA SORPRENDENTEMENTE PERMISIVO CON QUIENES presionan, manipulan o mienten para lograr que otros se sometan a sostener relaciones sexuales. En términos generales, si la persona presionada, manipulada o engañada termina accediendo (¿sometiéndose?) a ser penetrada sexualmente, de ordinario se entiende que la parte que promueve la relación sexual no comete ningún delito. De hecho, normalmente ni siquiera se penalizan conductas tan censurables que, si se incurriese en ellas para obtener un beneficio económico, darían lugar al delito de extorsión.²

El tipo de casos a los que me he referido hasta ahora presentan preguntas importantes en cuanto a posibles vicios del consentimiento y cómo la ley debe atenderlos. Ahora bien, aún más increíble resulta ser la solución tradicional y prevaleciente en casos que no plantean duda en cuanto a la falta de consentimiento para sostener la relación sexual. En gran medida, en cuanto a eso es que versa este trabajo.

En una gran cantidad de las jurisdicciones de los Estados Unidos (quizás la mayoría, e incluyendo a Puerto Rico), una penetración sexual no constituye el delito de *rape* —o su equivalente funcional— a menos que medie el empleo de *fuerza o amenaza*. Es decir, conforme al entendido tradicional, aunque una persona diga que no quiere tener relaciones sexuales, eso sin más no basta para que otra persona cometa el delito de *rape* al penetrarla sexualmente.³ Según ha sido tipificado el delito en muchísimas jurisdicciones, se requiere un elemento esencial de fuerza o amenaza. Schulhofer da cuenta de esta situación en los siguientes términos: “The rule on this point astonishes most nonlawyers, but it is none-

2 Según veremos más adelante, en Puerto Rico una de las modalidades del delito de agresión sexual podría contemplar algunas de estas situaciones, pero eso no está claro, y aunque así fuese, no es la situación usual entre las jurisdicciones de los Estados Unidos. Hace poco más de quince años el profesor Schulhofer expresó lo siguiente:

The narrow scope of contemporary criminal law becomes especially significant when a woman confronts sexual pressure from a man who holds professional power over her. Women face recurrent sexual demands from teachers, job supervisors, psychotherapists, doctors, and lawyers who misuse their authority to compel sexual submission. . . . Yet rape law offers no help in these situations because the tactics the men use, though sometimes flagrantly coercive, are not physically violent.

STEPHEN J. SCHULHOFER, UNWANTED SEX: THE CULTURE OF INTIMIDATION AND THE FAILURE OF LAW 5 (1998).

3 En la medida de lo posible, emplearé los términos actor o parte querellada, por un lado, y víctima o parte querellante por otro, en lugar de referirme a hombre y mujer. No ignoro que la mayoría de las víctimas del delito de *rape* —y sus análogos— son mujeres. Este hecho ha sido documentado. Véase, por ejemplo Lani Anne Remick, *Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape*, 141 U. PA. L. REV. 1103, 1105 (1992-1993). Sin embargo, aunque en la mayoría de los casos las víctimas de delitos sexuales son mujeres, muchísimos hombres, jóvenes y niños también son victimizados por otros hombres. Más aún, cuando se dice que de ordinario las víctimas son mujeres, no se toman en cuenta delitos cometidos en las prisiones, algo que nos parece cambiaría bastante el panorama que se tiende a dar por sentado.

theless basic to the offense of rape as it is currently defined. Even when the absence of consent is clear and undisputed, rape is committed (under existing law) only when the defendant has used *force*".⁴

La cita con la que comienza este artículo proviene de *Commonwealth v. Berkowitz*, un caso de la Corte Suprema de Pensilvania que ejemplifica el Estado de Derecho imperante.⁵ Los hechos esenciales son los siguientes: la querellante, una estudiante universitaria, fue a un dormitorio de su universidad en busca de un amigo suyo. Luego de tocar y no recibir contestación, notó que la puerta no estaba asegurada y decidió entrar a la habitación en la que encontró a un hombre acostado en una cama. El hombre resultó ser Robert Berkowitz, compañero de habitación de su amigo. Berkowitz le pidió que se quedara un rato y la querellante aceptó. A partir de ese momento, Berkowitz realizó varios acercamientos sexuales a los que ella reaccionó verbalizando expresamente que *no* deseaba lo que estaba sucediendo. A pesar de la negativa verbal de la joven, Berkowitz insistió, la manoseó, le quitó la ropa y la penetró sexualmente.

Robert Berkowitz fue acusado de *rape*, delito que según discutiremos más adelante, es equivalente al hoy conocido en Puerto Rico como agresión sexual (antes llamado violación). A preguntas de la defensa, la querellante reconoció que Berkowitz no la amenazó en ningún momento ni le sujetó las manos durante la penetración.⁶ Además, aceptó que la única fuerza que el acusado empleó mientras la penetraba fue el peso de su cuerpo sobre ella.⁷ No obstante, fue enfática en que había expresado verbalmente que no quería sostener relaciones sexuales.

¿Fue la joven del caso *Berkowitz* víctima de una violación? El jurado de Filadelfia ante el cual se ventiló el caso entendió que sí. Robert Berkowitz fue encontrado culpable del delito de *rape*. No obstante, la Corte Suprema de Pensilvania revocó la convicción al concluir que —aun evaluando la prueba bajo la luz más favorable a la fiscalía— no se había presentado prueba suficiente como para demostrar más allá de duda razonable un elemento del delito: el empleo de *fuerza*.⁸

La falta de prueba sobre el elemento de fuerza o amenaza llevó a la Corte a determinar que el señor Berkowitz no obligó a la fuerza (*forcibly compelled*) a la querellante a sostener relaciones sexuales. Por ende, aun siendo creído el testimonio de esta, como cuestión de Derecho no se podía encontrar al acusado culpable del delito de *rape*.⁹ Surge de la opinión que la falta de consentimiento de la querellante fue considerada por la Corte como un elemento necesario, pero no suficiente para que se configurara el delito:

4 SCHULHOFER, *supra* nota 2, en la pág. 70.

5 *Berkowitz*, 641 A.2d en la pág. 1163.

6 *Id.* en la pág. 1164.

7 *Id.*

8 *Id.* en la pág. 1165.

9 *Id.*

As to the complainant's testimony that she stated "no" throughout the encounter with Appellee, we point out that, while such an allegation of fact would be relevant to the issue of consent, it is not relevant to the issue of force. . . . [W]here there is a lack of consent, but no showing of either physical force, a threat of physical force, or psychological coercion, the *forcible compulsion* requirement under . . . [the law] is not met.¹⁰

La opinión de la Corte Suprema de Pensilvania en *Berkowitz* refleja entendidos tradicionales en cuanto al elemento de fuerza —típicamente requerido en el delito de *rape*— y su relación con el elemento de falta de consentimiento. Como veremos, el elemento de fuerza se arrastra desde los orígenes del delito en el *common law* y, aunque no continúa vigente en todas las jurisdicciones estadounidenses, en la mayoría de ellas sí lo está:

[I]ntercourse is not a crime, even in the face of a woman's clearly expressed objections, unless the assailant threatened to use *force*. And the force must be something beyond the acts involved in intercourse, something that *compels* the woman to submit. The claim that *no means no* does nothing to break this boundary—legal protection remains limited to cases of physically violent misconduct.¹¹

Curiosamente, la situación es marcadamente distinta cuando se trata de delitos contra la propiedad. Por ejemplo, para probar un delito de apropiación ilegal (*theft*), usualmente basta que la fiscalía establezca que el acusado se apropió de bienes muebles pertenecientes a otro y que el dueño de los bienes no consintió a que los tomara. No se requiere probar que el dueño comunicó su falta de consentimiento ni mucho menos que trató infructuosamente de detener al acusado. Tampoco se requiere probar que el acusado empleó o amenazó con emplear fuerza para apropiarse de los bienes. Claro está, si hubiese mediado fuerza o amenaza para lograr la apropiación, el acusado habría cometido robo, un delito más serio. El punto que pretendemos enfatizar es que, en el contexto de los delitos contra la propiedad, la ausencia de esa fuerza o amenaza no conlleva la impunidad de la conducta. Cuando el bien jurídicamente protegido es la indemnidad sexual, la situación tiende a ser muy distinta.¹²

¹⁰ *Id.* en la pág. 1164.

¹¹ SCHULHOFER, *supra* nota 2, en la pág. 71.

¹² Discutiendo estas inconsistencias del Derecho Penal, Schulhofer expresa lo siguiente:

We live in a world in which the law vigorously protects all of us against force, stealth, abuse of authority, and deception that impair our control over our property. We live in a world that never for a moment entertains the idea that a victim's gullibility or *contributory negligence* lessens the criminal responsibility of a person who takes advantage of the situation by intimidation, extortion, or abuse of trust. Yet when women seek comparable protection for their bodily security and sexual integrity, they are disparaged as pleading for special privileges or wallowing in victimhood.

Id. en la pág. 13.

¿Cómo se debería resolver en Puerto Rico un caso con hechos análogos a los de *Berkowitz*? Nuestro Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de expresarse en cuanto a una controversia de esa naturaleza pero, como veremos, las condiciones son propicias para que ocurra. Este trabajo pretende señalar las dificultades que surgirían y proponer cómo deben ser atendidas. Para lograr esto, primero discutiremos el desarrollo histórico que ha tenido el delito de *rape*, y luego analizaremos qué rol ha asumido y debe asumir la falta de consentimiento al momento de tipificar el delito de agresión sexual.

I. DESARROLLO HISTÓRICO

El equivalente funcional bajo el Derecho Penal puertorriqueño del delito de *rape* ha sido objeto de cambios significativos en tiempos recientes. Aunque hace una década se le conoce en nuestro ordenamiento como agresión sexual, se ha desarrollado a partir del delito que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 2004 era llamado violación.¹³ Al comparar la versión vigente hoy día con la existente bajo el Código Penal de 1974, resulta evidente el vínculo entre uno y otro.¹⁴

La violación, según tipificada en el ordenamiento puertorriqueño a raíz del cambio de soberanía de finales del siglo diecinueve y principios del veinte, siguió las líneas del *rape* desarrollado durante siglos bajo el *common law*.¹⁵ Comenzaremos con un vistazo a ese proceso.

A. *Common law*

Rape es un *common law crime*, es decir, el delito originalmente fue creado y desarrollado en Inglaterra por jueces, no por legisladores.¹⁶ Históricamente se ha considerado un *felony* o delito grave. Como todos los *felonies*, originalmente era castigado en Inglaterra con la pena de muerte.¹⁷ Durante mucho tiempo, el delito también conllevó la pena de muerte en cerca de la mitad de las jurisdicciones de los Estados Unidos. Sin embargo, el número de estados en los que aparejaba

¹³ Sus antecedentes se remontan al Código Penal de 1902. Véase Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, 2004 LPR 879, 935-36 (derogada 2012); Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 115 de 22 de julio de 1974, 1974 LPR 474, 479 (derogada 2004).

¹⁴ Véase 1974 LPR en la pág. 479.

¹⁵ DORA NEVARES MUÑIZ, CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO REVISADO Y COMENTADO 192 (Instituto para el Desarrollo del Derecho, Inc. 1999) (1986).

¹⁶ Eventualmente las legislaturas asumieron el rol de definir las conductas delictivas que originalmente habían detentado los jueces que desarrollaron el *Common Law*.

¹⁷ Aunque durante diez años, en un periodo del siglo XIII bajo las leyes sajonas, fue un *trespass* que conllevó pena de dos años de cárcel y multa. MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES § 213.1 cmt. 1 n.1, en la pág. 275 (1980). Véase WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 931 (5ta ed. 2010).

dicha pena fue disminuyendo hasta que eventualmente fue declarado un castigo cruel e inusitado para ese delito.¹⁸

En términos generales, *rape* se define en el *common law* como el “conocimiento carnal de una mujer a la fuerza y en contra de su voluntad”.¹⁹ En este trabajo no me detendré en todas las características interesantes de la definición tradicional del delito,²⁰ sino que daré particular importancia a la *fuerza* y la *falta de voluntad*.²¹ Estos elementos parecen ser distintos entre sí e independientes, pero han surgido disputas en cuanto a si en efecto lo son o si, por el contrario, la “fuerza juega un mero rol probatorio”.²² Hoy día, todas las jurisdicciones estadounidenses definen el delito de *rape* o su equivalente funcional mediante la ley, por lo tanto, como bien señala el profesor LaFave, el hecho de si la fuerza y la falta de voluntad son elementos distintos va a depender en gran medida del texto de cada ley.²³ Sin embargo, en muchas jurisdicciones las definiciones contemporáneas del delito incorporan elementos de la definición tradicional del *common law*, y su interpretación ha generado controversias.

Conforme a los entendidos tradicionales del *common law*, existían pocas excepciones al requisito de fuerza o amenaza para que se entendiera consumado el delito de *rape*.²⁴ Entre ellas, se destaca el intoxicar a la mujer o aprovecharse de otra situación que le privara de su capacidad para resistir.²⁵ Eso nos lleva a una característica importante del enfoque tradicional del delito. Para que se consumara un *common law rape*, de ordinario se requería prueba de que la mujer había *resistido*. Es decir, no bastaba una expresión verbal de falta de consentimiento, se requería resistencia física a la penetración. Más aún, la resistencia requerida para que se entendiese cometido un *common law rape* tenía que ser vehemente. Para que una penetración sexual fuese considerada una violación, la mujer

18 Véase *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 592 (1977).

19 4 WILLIAM BLACKSTONE, BLACKSTONE'S COMMENTARIES *210 (traducción suplida).

20 Se podrían comentar muchas de ellas, por ejemplo, que la conducta prohibida es descrita con un lenguaje que hoy día nos puede parecer peculiar (por decir lo menos). Además, salta a la vista que solamente las mujeres podían ser víctimas de *rape* bajo el *Common Law*. Esto último ha cambiado en muchas jurisdicciones estadounidenses en las que se ha tipificado el delito de *rape*, o su equivalente funcional, como uno neutral en cuanto al género de la víctima. No obstante, otras mantienen la concepción tradicional y contemplan un delito distinto con penalidades análogas del cual pueden ser víctima los hombres.

21 Será además importante, para efectos del análisis, notar que de la definición del delito no surge expresamente qué elemento subjetivo, si alguno, es requerido para su consumación. Bajo el *Common Law*, de ordinario se entendía que el estado mental del acusado al momento de la comisión del delito era irrelevante. LAFAVE, *supra* nota 17, en la pág. 892. Según veremos más adelante, aún hoy día existe controversia en cuanto a cuál debe ser el elemento subjetivo del delito y en cuanto al alcance de la defensa de error.

22 *Id.* (traducción suplida).

23 *Id.* en la pág. 903.

24 Por ejemplo, engañar a la mujer haciéndose pasar por su esposo o que se tratase de una niña menor de diez años.

25 LAFAVE, *supra* nota 17, en la pág. 892.

debía resistir incluso poniendo en riesgo su integridad corporal.²⁶ De hecho, la jurisprudencia antigua da la impresión de que, en términos probatorios, convenía que la integridad corporal de la mujer fuera afectada, ya que de esa manera disminuían los problemas para evidenciar la comisión del delito.²⁷ Por una parte, ese requisito probatorio estaba vinculado al elemento de fuerza, pero además se consideraba fundamental para demostrar que la penetración sexual había sido en contra de la voluntad de la víctima.²⁸

Otra de las limitaciones significativas de la concepción tradicional del delito de *rape* era que no podía ser cometido por un hombre que obligara a su esposa a sostener relaciones sexuales.²⁹ Esto se conoce como la excepción marital.³⁰ Aunque hoy día el delito es concebido como un atentado contra la autonomía sexual de la víctima, originalmente era un crimen contra la propiedad. La mujer era considerada la propiedad de su padre o de su esposo. Por lo tanto, mientras el agresor fuera el titular, no había atentado contra la propiedad.

A medida que las legislaturas fueron asumiendo el rol de definir las conductas delictivas, que hasta entonces habían sido definidas por los tribunales, muchas de las ya mencionadas particularidades del delito —incluyendo la excepción marital— fueron incorporadas en las leyes que tipificaron el *rape*. En ocasiones, esto se hizo expresamente, pero otras veces se hizo de manera implícita, al mantener la terminología tradicional que sería interpretada por los tribunales conforme al *common law*.³¹ Con el pasar del tiempo, las distintas jurisdicciones estadounidenses continuaron desarrollando el delito mediante legislación e interpretación. Ya para mediados del siglo veinte existía un consenso general en cuanto a sus elementos fundamentales.³²

Al recapitular lo antes explicado, vemos que bajo el *common law* se entendía que había ocurrido una violación solamente si: (1) el acusado penetró vaginalmente a una mujer; (2) que no fuese su esposa, y (3) en el proceso empleó (o amenazó con emplear) fuerza contra ella. Además, para probar que los hechos habían sido cometidos en contra de la voluntad de la víctima se requería que ella se hubiese resistido vehementemente. Esta última exigencia respondía a una

26 Véase JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 580 (6th ed. 2012).

27 Susan Estrich ha señalado lo siguiente:

In matters of sex, the common law tradition views women ambivalently at best: Even when not intentionally dishonest, they simply cannot be trusted to know what they want or to mean what they say. While the cases that engendered this tradition date from the 1870's and 1880's, the law reviews of the 1950's and 1960's, and the appellate cases of the 1970's and 1980's, have perpetuated it.

Susan Estrich, *Rape*, 95 YALE L.J. 1087, 1122 (1985-1986).

28 Véase LAFAVE, *supra* nota 17, en la pág. 892.

29 *Id.* en las págs. 922-24.

30 Vergonzosamente, esa característica bárbara del Derecho Penal estadounidense (y puertorriqueño) perduró hasta tiempos muy recientes.

31 LAFAVE, *supra* nota 17, en la pág. 923.

32 MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES § 213.1 cmt. 2, en la pág. 279 (1980).

generalizada preocupación ante la potencial mendacidad de las mujeres que se querrelaban de este delito. Históricamente, dicha preocupación fue mayor que ante otros testigos o querellantes,³³ y daba lugar a una significativa variedad de infames trabas procesales que, por una vía u otra, hoy día han sido abandonadas en todas las jurisdicciones estadounidenses.³⁴

Independientemente de las variantes en la definición de *rape* que encontramos en las distintas decisiones judiciales, queda claro que bajo el *common law* el delito siempre consistió en una penetración sexual ilegal, perpetrada contra una mujer y mediante imposición.³⁵ El concepto de *imposición masculina* “was expressed by the use of such phrases as ‘without her consent,’ ‘against her will,’ ‘by force and against her will,’ and ‘forcible ravishment . . . against her will’”.³⁶ En términos generales, todas esas frases cumplían el rol de expresar que la penetración sexual fue *contraria a la voluntad* de la víctima, es decir, sin su consentimiento (ya sea expreso o tácito). En ese sentido, entendemos adecuado concebir la *falta de consentimiento* como un elemento del delito, según ha sido tradicionalmente definido. Es una circunstancia concomitante esencial — aunque no (necesariamente) suficiente— para que se consume el delito.

Según antes mencionado, la cuestión de si bajo el *common law* la *falta de consentimiento* (o falta de voluntad) de la víctima y la *fuerza* empleada contra esta constituyen elementos distintos del delito ha generado cierto debate. De hecho, los redactores del Código Penal Modelo (CPM) describieron la determinación de cómo definir la imposición del actor y la falta de voluntad de la víctima como el principal problema a la hora de delimitar los elementos del delito.³⁷

B. Código Penal Modelo

El CPM, publicado por primera vez en el 1962, constituyó una importante propuesta de reestructuración del Derecho Penal estadounidense. En algunos aspectos el CPM fue realmente innovador, incluso revolucionario. No obstante, en lo que concierne al delito de *rape*, las innovaciones resultaron modestas,³⁸ y

33 Estrich explica esto en los siguientes términos:

The fear that women, acting from shame or spite or vengeance, will abuse any power they are afforded in sexual relations at the expense of *innocent* men is the most pervasive theme in the legal commentary on rape. A consent standard that further empowered women and potentially eased the burden of proving rape—limited sexual access—has been plainly unacceptable.

Estrich, *supra* nota 27, en la pág. 1132.

34 Dichas trabas procesales van más allá del alcance de este trabajo, pero cabe mencionar algunas, tales como el requisito de corroboración del testimonio de la víctima y las instrucciones cautelares al jurado (similares a las que se imparten ante el testimonio de un coautor del delito).

35 § 213.1 cmt. 1, en la pág. 275.

36 *Id.* (notas omitidas).

37 *Id.* § 213.1 cmt. 2, en la pág. 279.

38 Naturalmente, los redactores del CPM no pensaban de esa manera. Véase *id.*

sus disposiciones fueron prontamente consideradas anticuadas.³⁹ De hecho, podría argumentarse que en gran medida el CPM contribuyó a perpetuar la concepción tradicional del delito y los entendidos machistas que la subyacen. Entre los aspectos de la concepción tradicional del *common law rape* retenidos por el CPM destacan la excepción marital, conforme la cual un hombre jamás podría cometer el delito contra su esposa, y la definición del delito según la cual solamente los hombres podían cometer el delito y únicamente las mujeres podían ser víctimas.⁴⁰

El CPM incorporó el sistema adoptado en la mayor parte de los estados conforme al cual existían al menos dos grados del delito.⁴¹ Bajo el CPM, las conductas que dan lugar al delito de *rape* se agrupan en tres modalidades. La modalidad que conlleva la pena más severa (de delito grave de primer grado) se reserva para aquellos casos en que: (1) la agresión resulte en severo daño corporal, o (2) cuando “la víctima no era una acompañante social voluntaria del actor” ni le “había permitido anteriormente libertades sexuales”.⁴² La modalidad con pena intermedia (de delito grave de segundo grado) es la básica y contempla la mayoría de los casos que constituirían *rape* bajo el *common law*. Se trata de situaciones en las que: (1) se emplee fuerza o amenazas específicas (muerte, serio daño corporal, dolor severo o secuestro); (2) se disminuya la capacidad para consentir de la víctima mediante sustancias estupefacientes; (3) cuando la víctima está inconsciente, o (4) cuando la víctima sea menor de diez años de edad.⁴³ Por último, la modalidad menos severa no es llamada *rape* sino *gross sexual imposition* (un delito grave de tercer grado), y abarca aquellos casos en los que: (1) para procurar relaciones sexuales el actor emite una amenaza que vencería la resistencia de una “mujer de resolución ordinaria”; (2) el actor sabe que la mujer padece de enfermedad o defecto mental que la hace incapaz de apreciar la naturaleza de la conducta; (3) el actor sabe que la mujer no es consciente de que se está cometiendo un acto sexual, o (4) el actor sabe que la mujer cree erróneamente que él es su esposo.⁴⁴

En el 2012, el Consejo del *American Law Institute* aprobó un proyecto para revisar el artículo 213 del CPM, con miras a reformar su acercamiento a los delitos sexuales y atemperarlos a los tiempos. Esos esfuerzos serán discutidos más adelante bajo el acápite *Desarrollos recientes*.

³⁹ Véase Deborah W. Denno, *Why the Model Penal Code's Sexual Offense Provisions Should Be Pulled and Replaced*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 207 (2003).

⁴⁰ No obstante, el entendido tradicional se expande para contemplar como *rape* los casos en los que haya una penetración oral o anal a la mujer.

⁴¹ La primera jurisdicción en establecer gradaciones del delito fue Luisiana, que en 1942 lo dividió en *aggravated rape*, el cual conllevaba pena de muerte, y *rape*, que aparejaba una pena máxima de veinte años de prisión. § 213.1 cmt. 1, en la pág. 278.

⁴² *Id.* § 213.1(1), en la pág. 274 (traducción suplida).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.* § 213.1(2), en la pág. 275 (traducción suplida).

C. Puerto Rico

En Puerto Rico, la tipificación de la conducta que por mucho tiempo fue conocida como violación —llamada agresión sexual desde hace una década— ha seguido una misma estructura, derivada en gran medida del delito de *rape* según articulado en el Código Penal de California.⁴⁵ En términos generales, siempre se ha definido el delito como: (1) una penetración sexual, (2) acompañada de cualquiera de las circunstancias concomitantes enumeradas en la ley.⁴⁶

⁴⁵ Cabe recordar que el Código Penal de Puerto Rico de 1902 era básicamente una traducción del Código Penal de California. En cuanto a la estructura del delito de *rape* en California, véase *id.* § 213.1 cmt. 1, en las págs. 277-78.

⁴⁶ Bajo el hoy vigente Código Penal de 2012, según enmendado en el 2014, se define de la siguiente manera el delito de agresión sexual:

Artículo 130.- Agresión sexual.

Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de cincuenta (50) años, más la pena de restitución, salvo que la víctima renuncie a ello, toda persona que a propósito, con conocimiento o temerariamente lleve a cabo, o que provoque que otra persona lleve a cabo, un acto orogenital o una penetración sexual vaginal o anal ya sea ésta genital, digital, o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación:

(a) Si la víctima al momento del hecho no ha cumplido dieciséis (16) años de edad, salvo cuando la víctima es mayor de catorce (14) años y la diferencia de edad entre la víctima y el acusado es de cuatro (4) años o menos.

(b) Si por enfermedad o incapacidad mental, temporal o permanentemente, la víctima está incapacitada para comprender la naturaleza del acto en el momento de su relación.

(c) Si la víctima fue compelida al acto mediante el empleo de fuerza física, violencia, intimidación o amenaza grave o inmediato daño corporal.

(d) Si la víctima se le ha anulado o disminuido sustancialmente, sin su conocimiento o sin su consentimiento, su capacidad de consentir a través de medios hipnóticos, narcóticos, deprimentes o estimulantes o de sustancias o medios similares.

(e) Si a la víctima se le obliga o induce mediante maltrato, violencia física o psicológica a participar o involucrarse en una relación sexual no deseada con terceras personas.

Será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de veinticinco (25) años, más la pena de restitución, salvo que la víctima renuncie a ello, toda persona que a propósito, con conocimiento o temerariamente lleve a cabo, o que provoque que otra persona lleve a cabo, un acto orogenital o una penetración sexual vaginal o anal ya sea ésta genital, digital, o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación:

(f) Si al tiempo de cometerse el acto, la víctima no tuviera conciencia de su naturaleza y esa circunstancia fuera conocida por el acusado.

(g) Si la víctima se somete al acto mediante engaño, treta, simulación u ocultación en relación a la identidad del acusado.

(h) Cuando la persona acusada se aprovecha de la confianza depositada en ella por la víctima mayor de dieciséis (16) años con la cual existe una relación de superioridad por razón de tenerla bajo su custodia, tutela, educación primaria, secundaria o especial tratamiento médico o psicoterapéutico, consejería de cualquier índole, o por existir una relación de liderazgo de creencia religiosa con la víctima o de cualquier otra índole con la víctima.

El delito de agresión sexual, según tipificado en el artículo 130 del Código Penal, contempla varias instancias de consentimiento viciado,⁴⁷ pero la modalidad contemplada en el inciso (c) es la que penaliza la conducta que tradicionalmente asociamos a una *violación*. Al analizarla a la luz de lo antes discutido, vemos que sigue la tendencia antigua del delito de *rape* en la medida en que requiere un elemento esencial de fuerza o amenaza: “Si la víctima fue compelida al acto mediante el empleo de fuerza física, violencia, intimidación o amenaza de grave e inmediato daño corporal”.⁴⁸

Nuestro Derecho Penal en torno a delitos sexuales resulta claramente insatisfactorio. Por una parte, no da cuenta que el elemento esencial de cualquier delito sexual es la falta de consentimiento de la víctima ya que ningún delito contenido en nuestro Código Penal contempla las penetraciones sexuales en contra de la voluntad de la víctima sin que medie fuerza o amenaza. Eso implica que penetraciones sexuales que se dan bajo circunstancias tan reprochables o preocupantes que ameritan la activación del Derecho Penal, quedan fuera de su alcance. Por otra parte, no fue hasta finales del año 2014 que se enmendó el artículo 130 para llevar a cabo un esfuerzo mínimo por distinguir entre los distintos niveles de reproche que ameritan las muy variadas conductas que sí caen bajo su ámbito de aplicación. En otras palabras, hasta hace muy poco el delito de agresión sexual disponía una misma pena de cincuenta años para prácticamente todas las modalidades del delito. Si bien a partir del proceso de enmiendas al Código Penal del año 2014 se rebajó a veinticinco años la pena para tres de las ocho modalidades del delito, la complejidad del tema amerita un mayor esfuerzo por distinguir entre las penetraciones sexuales reprobables, las malas, las muy malas y las terribles.

Anteriormente, señalábamos que muchas maneras reprochables de lograr que otra persona se someta a una penetración sexual, como las presiones económicas o emocionales, no son delictivas. En cierta medida, eso se ha tratado de cambiar en Puerto Rico a partir del Código Penal de 2004. Por una parte vemos que, conforme al inciso (f) del artículo 130, el engaño (*deception*) puede dar lugar a una agresión sexual, pero solo si es en cuanto a la identidad del acusado: “Si la víctima se somete al acto mediante engaño, treta, simulación u ocultación en relación a la identidad del acusado”.⁴⁹ Es decir, no se criminalizó toda obtención de consentimiento viciado mediante engaño para realizar una penetración sexual. Además, parece haberse eliminado la modalidad de violación desarrollada

CÓD. PEN. PR art. 130, 33 LPRA § 5191 (2010 & Supl. 2014).

⁴⁷ Por ejemplo, cuando la víctima está drogada, cuando padece de retardación mental y cuando no tiene edad legal para consentir válidamente. *Id.*

⁴⁸ *Id.* § 5191(c).

⁴⁹ *Id.* § 5191(f).

en el *common law* para cuando un hombre engaña a una mujer haciéndole creer que es su esposo.⁵⁰

Por otra parte, el desarrollo verdaderamente interesante que se hizo en el Código Penal de 2004, el cual se mantiene bajo el Código Penal de 2012, es el hoy inciso (h):

Cuando la persona acusada se aprovecha de la confianza depositada en ella por la víctima por existir una relación de superioridad por razón de tenerla bajo su custodia, tutela, educación primaria, secundaria, o especial, tratamiento médico o psicoterapéutico, consejería de cualquier índole, o por existir una relación de liderazgo de creencia religiosa o de cualquier índole con la víctima.⁵¹

Esta modalidad del delito parece estar vinculada a los esfuerzos relativamente recientes, pero bastante generalizados en los Estados Unidos, por reformar el delito de violación. Estos esfuerzos han transcurrido tomando en cuenta que las amenazas no violentas dirigidas a convencer a otra persona a sostener relaciones sexuales son otro ejemplo de mecanismos de presión reprochables que no solían dar lugar a la comisión del delito de violación. Para atender lo que conciben como una deficiencia, muchas críticas hechas desde perspectivas feministas aducen que se debería extender el alcance del delito más allá de la fuerza para incluir otras formas de poder. Desde esa perspectiva resulta entendible el inciso (h). No obstante, a la luz del principio de legalidad, la redacción del inciso (h) puede ser problemática. ¿Qué quiere decir aprovecharse de la confianza de la víctima? ¿Incluye a un médico o consejero que sostenga relaciones sexuales con una persona adulta y con capacidad para consentir a sabiendas de que se encuentra embelesada con él? Si fuese así, cabría preguntarse si una pena de veinticinco años de prisión resulta un castigo proporcional a dicha conducta.

Ante el cuadro antes reseñado, nos parece necesaria una enmienda al inciso (h) para precisar su ámbito de aplicación. Creemos entender lo que se pretendió hacer al tipificar esa modalidad del delito y, en principio, nos parece un desarrollo aceptable. Ahora, en vista de las graves consecuencias que apareja el delito de agresión sexual, se debe limitar claramente la conducta prohibida en el inciso (h) a instancias en las que se procura una relación sexual mediante extorsión, por decirlo así (*nonviolent threats*).⁵² Al aclarar el elemento de aprovechamiento de confianza de esa manera, se le estaría dando una interpretación restrictiva que delimite el alcance —aparentemente desmedido— de esa modalidad del delito.

D. Desarrollos recientes

Hemos avanzado mucho desde los tiempos en los que en todas las jurisdicciones de Estados Unidos —incluyendo a Puerto Rico— imperaba la definición

⁵⁰ Cabe discusión en cuanto a si ese engaño es subsumible bajo el término *identidad*, pero nos inclinamos a pensar que no.

⁵¹ 33 LPRA § 5191(h).

⁵² Aunque podría articularse como un delito independiente con una pena inferior.

del *common law rape*. En décadas recientes ha perdido terreno la visión conforme a la cual la propia definición tradicional del delito reflejaba actitudes patriarcales.⁵³ Muchos entendidos asociados a la concepción tradicional del delito hoy se encuentran desacreditados y se reconoce que respondían a una visión de mundo articulada por hombres para hombres.⁵⁴ Como mínimo, cada uno de los estados y territorios ha abandonado las impresentables trabas probatorias, únicas a los delitos sexuales. Según la profesora Estrich:

As of 1980, every state had considered and most had passed some form of rape reform legislation. The scope of legislative change varies enormously among the states. In many cases, the reform effort centered not on the definition of the crime itself, but on the means of disproving it: Rape shield laws were enacted to limit the admissibility of the victim's prior sexual conduct.⁵⁵

Actualmente, en la legislación penal de algunos estados se tipifican varios delitos independientes en los que se contempla una o varias modalidades de penetración sexual ilegal y que disponen penas distintas.⁵⁶ Otros estados, al igual que Puerto Rico, han optado por mantener agrupadas en un solo delito las múltiples modalidades de conducta que de ordinario se catalogan como *rape*. Sin embargo, aunque en Puerto Rico hasta hace muy poco se contemplaba la misma penalidad para cualquiera de las modalidades del delito de agresión sexual (sujeta al régimen de atenuantes y agravantes), hace ya bastante tiempo que la tendencia entre las jurisdicciones estatales es a disponer penas distintas para las distintas modalidades en vista de la percibida gravedad de cada una,⁵⁷ o a reconocer marcada flexibilidad a los tribunales para imponer la pena dentro de determinado intervalo.⁵⁸ Poco importa si la conducta punible se agrupa en uno o varios delitos con distintas modalidades. Ahora, el hecho de que la ley disponga penas distintas para los distintos delitos o modalidades, o que se confiera flexibilidad a los tribunales para imponer las penas dentro de amplio intervalo, sí es

53 David P. Bryden, *Redefining Rape*, 3 BUFF. CRIM. L. REV. 317, 317 (1999-2000).

54 Según la profesora Estrich:

The expansion of the crime to include male victims and female offenders is a common element of reform statutes. Similarly, the change in labels—from rape to criminal sexual conduct or assault—is not unique to Michigan. By renaming *rape*, reformers have sought to rid the crime of its common law baggage of unique rules (in Model Penal Code terms, *objective rules*) of resistance and proof.

Estrich, *supra* nota 27, en la pág. 1148 (nota omitida).

55 *Id.* en la pág. 1133 (nota omitida).

56 Delaware, por ejemplo, contempla los delitos de *rape in the first, second, third, and fourth degree*. Véase DEL. CODE ANN. tit. 11, §§ 770-773 (2001 & Supp. 2014).

57 En Colorado, por ejemplo, el delito de *sexual assault* puede ser desde un *class 1 misdemeanor* con pena máxima de dieciocho meses, hasta un *class 2 felony* con pena máxima de veinte años. Véase COLO. REV. STAT. § 18-3-402 (2009).

58 Idaho, por ejemplo, dispone una pena que va desde un año hasta vida en prisión. Véase IDAHO CODE ANN. § 18-6104 (2004).

importante. De esa manera se reconoce que dentro del universo de contactos sexuales criminales, y por ende punibles, algunos son más reprochables que otros.

Por otra parte, el reciente cambio de nombre del delito (de violación a agresión sexual) no es algo particular de Puerto Rico. Muchas jurisdicciones estadounidenses han abandonado el término *rape*. Esto ha sido objeto de algunas críticas. La profesora Estrich, por ejemplo, ha expresado que, aunque los cambios estén bien intencionados, podrían ensombrecer los muy particulares daños y atentados contra la dignidad que conlleva un *rape*, y señala lo siguiente:

[R]ape (at least as defined in traditional gender terms) does raise unique and important issues of male and female power. It invokes the differences in male and female ways of understanding force and consent, and each other. Defining the crime in terms of *actors* and *victims* neither resolves those conflicts nor changes the empirical realities of male abuse of women. But it may sweep them under the rug, thus raising questions from a feminist standpoint about the decision in Michigan, and the near-unanimity in the law reform community, that rape, or better yet *assault* or *criminal sexual conduct*, should be defined in gender-neutral terms.⁵⁹

El planteamiento de Estrich nos parece interesante, y reconocemos que las relaciones de poder entre hombres y mujeres presentan matices y particularidades únicas. Ahora, creemos que la ley no debe centrarse en los casos *más usuales* cuando los *menos usuales* no son marginales. Las penetraciones anales no consentidas en las que la víctima es un niño o un hombre más débil o vulnerable son frecuentes. Tradicionalmente, estas instancias fueron penalizadas mediante delitos llamados sodomía o crimen *contra natura*. Al abandonar esos términos por el de agresión sexual, con el cual se equipara la conducta a las penetraciones vaginales no consentidas, dejamos atrás décadas de entendidos muy cuestionables. Por ejemplo, la criminalización de la conducta sexual no prototípica pero voluntaria, y la aceptación de que la violación es un delito que amerita una pena mayor que la sodomía, incluso cuando la víctima es una mujer.

E. Revisión del Código Penal Modelo

Según antes mencionado, las nociones imperantes en cuanto al delito de *rape* han evolucionado bastante durante las últimas décadas. Esos cambios no han pasado por desapercibidos a los redactores del CPM. Si bien en una época la preocupación principal que inspiraba la tipificación del delito era sancionar los daños físicos ocasionados a la víctima, ahora es concebido como una interferencia a su autonomía sexual.⁶⁰ Estos desarrollos se han ido reflejando en varias

⁵⁹ Estrich, *supra* nota 27, en la pág. 1149.

⁶⁰ STEPHEN J. SCHULHOFER & ERIN E. MURPHY, MODEL PENAL CODE: SEXUAL ASSAULT AND RELATED OFFENSES 12 (Tentative Draft No. 1, 2014), http://jpp.whs.mil/Public/docs/03_Topic-Areas/02-Article_120/20140807/03_ProposedRevision_MPC213_Excerpt_201405.pdf.

jurisdicciones estatales y, conforme antes mencionado, han dado paso a que en el 2012 el Consejo del *American Law Institute* aprobase un proyecto para revistar el artículo 213 del CPM.⁶¹ De esa encomienda de revisión surge el *Tentative Draft No. 1*, producto de la labor realizada por el comité de asesoramiento, liderado por los profesores Stephen J. Schulhofer y Erin E. Murphy.⁶² A pesar de que el borrador de la sección 213 busca reestructurar el delito de agresión sexual en su totalidad, a efectos de este trabajo me estaré concentrando en las disposiciones relacionadas al consentimiento o la falta de este en los delitos de *sexual intercourse by coercion (nonconsent)*, y *sexual intercourse without consent*.⁶³

i. Elementos subjetivos de los delitos

El borrador discute los elementos subjetivos requeridos para cometer los delitos reconocidos en la sección 213. Señala que se requiere intención, y que el CPM es cerrado a la negligencia.⁶⁴ A su vez, defiende esa postura por las implicaciones que tiene ser encontrado culpable de un delito de agresión sexual. No obstante, plantea que en ciertas circunstancias se puede justificar penalizar a quien actúa de forma negligente.

ii. Definición de *consent* y *nonconsent*

Según la sección 213.0 del borrador, consentimiento significa “a person’s positive agreement, communicated by either words or actions, to engage in sexual intercourse or sexual contact”.⁶⁵ Por otro lado, falta de consentimiento significa “a person’s refusal to consent to sexual intercourse or sexual contact, communicated by either words or actions; a verbally expressed refusal establishes nonconsent in the absence of subsequent words or actions indicating positive agreement”.⁶⁶

iii. *Sexual intercourse by coercion (nonconsent)*

La sección 213.2 del borrador contempla el delito de *sexual intercourse by coercion* como uno grave de tercer grado, que en una de sus modalidades penaliza el sostener relaciones sexuales con alguien que expresamente indicó su falta

⁶¹ *Id.* en las págs. xv, 18-19.

⁶² *Id.* en la pág. ix.

⁶³ *Id.* en las págs. 40-41, 67.

⁶⁴ El CPM adopta un sistema penal *numerus clausus*, es decir, cerrado a la negligencia. Esto implica que “la punición de la negligencia es más bien la excepción y no la norma”. LUIS ERNESTO CHIESA APONTE, *DERECHO PENAL SUSTANTIVO 150* (2da ed. 2013). Por lo tanto, “es permisible castigar hechos negligentes si se dispone expresamente en el tipo penal que el delito puede ser cometido mediante acciones imprudentes”. *Id.*

⁶⁵ SCHULHOFER & MURPHY, *supra* nota 60, en la pág. 21.

⁶⁶ *Id.*

de consentimiento (*nonconsent*).⁶⁷ Es decir, contempla supuestos en los que la víctima expresa que no quiere tener relaciones sexuales con el agresor. Por lo tanto, se tutela claramente la indemnidad sexual de la víctima, reconociendo la importancia de su falta de consentimiento independientemente de si el actor empleó fuerza o amenazó con emplearla.⁶⁸ Esto es consistente con la tendencia moderna de reconocer el delito de agresión sexual como una violación a la autonomía personal e intimidad sexual.

El delito de *sexual intercourse by coercion* denota el reconocimiento al entendido de *no means no*, el cual a pesar de tener gran apoyo, no queda libre de críticas.⁶⁹ De esta forma, se establece una regla *per se* que señala que un rechazo verbal es suficiente para establecer falta de consentimiento.⁷⁰ Cabe destacar que la definición de *nonconsent* reconoce qué palabras o actos subsiguientes pueden ser suficientes para establecer consentimiento o rechazar la presunción de falta de consentimiento.⁷¹

iv. *Sexual intercourse without consent*

Según la sección 213.4 del borrador, “[a]n actor is guilty of sexual intercourse without consent, a misdemeanor, if the actor knowingly or recklessly has, or enables another person to have, sexual intercourse with a person who at the time of the act of sexual intercourse has not given consent to that act”.⁷² Esta sección pretende romper con el entendido tradicional conforme al cual se presume que las personas están siempre sexualmente disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, a menos que indiquen lo contrario.⁷³ Históricamente, si la persona no expresaba *unwillingness* se presumía que deseaba tener relaciones sexuales, así que la conducta del actor de proceder a tener relaciones sexuales, a pesar de que la víctima no expresó su *willingness*, resultaba permitida. Lo tipificado en la sección 213.4 impone un requisito de consentimiento expreso que se justifica principalmente por dos razones: (1) el reconocimiento de la autonomía individual como el bien agredido, y (2) el fenómeno de *frozen fright*.⁷⁴

Según se ha mencionado, la justificación valorativa de penalizar las agresiones sexuales ha variado con el pasar del tiempo. Originalmente, se pretendía proteger la propiedad (del padre o esposo). Posteriormente, se desarrolló un consenso en cuanto a la necesidad de impedir el daño físico y emocional a la

67 *Id.* en la pág. 40.

68 Este delito es reconocido por aproximadamente la mitad de los estados.

69 SCHULHOFER & MURPHY, *supra* nota 60, en la pág. 43. La crítica principal va dirigida a que “no’ does not always mean no”. *Id.*

70 *Id.*

71 *Id.* en la pág. 21. Por ejemplo, ayudarle a quitarse la ropa. *Id.* en la pág. 69.

72 *Id.* en la pág. 67.

73 *Id.*

74 *Id.* en la pág. 68.

víctima (consideración que sigue siendo importante). La tendencia contemporánea es a concebir los delitos sexuales como atentados contra la autonomía individual de las personas. Es decir, “the individual’s right to control the boundaries of his or her sexual experience, rather than a mere exercise of physical dominance”.⁷⁵ Reconocer que el daño es a la autonomía individual es lo que ha justificado que se penalice al agresor cuando la víctima simplemente no expresó consentimiento. Por tanto, el Derecho incentiva a que quien desea tener relaciones sexuales corrobore si la otra persona desea o no tener relaciones sexuales. El borrador reconoce que ese acto de corroboración puede llevar a situaciones potencialmente incómodas o raras. Sin embargo, concluye que se justifica penalizar las instancias de sexo no consentido tras omitir la corroboración debido a que el daño que se pretende evitar excede por mucho al que se pueda causar a quien persigue la relación sexual sin corroborar si hubo o no consentimiento. Sobre este asunto, en los comentarios del *Tentative Draft* se señala lo siguiente: “[T]he harm of unwanted sexual imposition greatly exceeds any harm entailed in having to make . . . awkward efforts to clarify the situation or (temporarily) missing an opportunity for a mutually desired encounter, the appropriate default position clearly is to err in the direction of protecting individuals against unwanted sexual imposition”.⁷⁶

Conforme el borrador, otra razón por la cual se debe penalizar a quien tiene relaciones sexuales con otra persona sin obtener su consentimiento es el fenómeno conocido como *frozen fright*: “[A] person confronted by an unexpectedly aggressive partner or stranger succumbs to panic, becomes paralyzed by anxiety, or fears that resistance will engender even greater danger”.⁷⁷ Presumir consentimiento cuando no se ha empleado fuerza o amenaza contra la persona, conforme se ha hecho a través de la historia y como todavía se hace en la mayoría de las jurisdicciones (entre ellas Puerto Rico), implica exponer a personas en situaciones precarias y vulnerables a intrusiones sexuales indeseadas. Sin embargo, los redactores del borrador justifican sancionar este delito como uno menos grave, debido a que la conducta de quien lleva a cabo una penetración sexual, a pesar de que no procuró consentimiento afirmativo de la otra parte, es concebida como menos reprochable que la conducta de quien procede a pesar de las expresiones o actos afirmativos de la víctima a efectos de que no desea tener relaciones sexuales.

75 *Id.*

76 *Id.* A pesar de que compartimos esta postura, entendemos que un mero balance de daños y beneficios sociales puede resultar inapropiado. A pesar de que perder una oportunidad de tener relaciones sexuales no representa un valor que la sociedad debe defender sobre un daño a la autonomía individual, sí tenemos que reconocer el *valor individual* y psicosocial que implica sostener relaciones sexuales. Aunque este valor individual no es suficiente para protegerlo sobre una posible intrusión a la intimidad sexual, sí debemos evaluarlo a la hora de determinar casos más grises donde la persona presume que la otra estaba consintiendo.

77 *Id.*

De esta forma, vemos que las enmiendas propuestas al CPM buscan ampliar el rol de la falta de consentimiento al momento de configurar si hubo o no una agresión sexual. Habiendo discutido el desarrollo histórico que ha tenido el delito de *rape*, desde el *common law* hasta la revisión reciente del CPM, corresponde ahora analizar qué rol se le ha asignado a la falta de consentimiento y cómo se debe atender este asunto en Puerto Rico.

II. ROL DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

El consentimiento no es una defensa general que pueda ser esgrimida ante la imputación de cualquier delito. De ordinario, solo procede cuando uno de los elementos constitutivos del delito es la ausencia del consentimiento.⁷⁸ Esto es usual en los delitos contra la propiedad y en los delitos sexuales.⁷⁹ Los entendidos en cuanto a que la ausencia de consentimiento constituye un elemento esencial de los delitos contra la propiedad están tan enraizados que las leyes penales a veces son silentes a esos efectos.⁸⁰ Por ejemplo, el dueño de un automóvil de lujo puede prestar su consentimiento para que otra persona lo destruya. Evidentemente, en ese caso no cabría hablar de un delito de daños a la propiedad. El hecho de que el tipo delictivo nada diga respecto a la falta de consentimiento del dueño, no afecta esa realidad.⁸¹ En términos generales, el ordenamiento jurídico reconoce autonomía al dueño de la propiedad para hacer con esta lo que le plazca. Esto, claro está, en tanto no perjudique los intereses de otras personas.

Curiosamente, el ordenamiento jurídico no reconoce a las personas la misma autonomía para consentir libremente a sufrir daño corporal. Como el profesor Luis E. Chiesa bien ha explicado, la falta de consentimiento no es un elemento del delito de agresión ni el consentimiento sirve como defensa, salvo en aquellas instancias en que el daño físico es socialmente aceptado.⁸² Sin embargo, no existe mayor discusión en cuanto a que una persona adulta, con capacidad para decidir si quiere sostener relaciones sexuales, puede consentir a que esas relaciones sean violentas. En casos extremos se podrían cometer delitos de agresión o *bat-*

⁷⁸ Pueblo v. Ruiz Ramos, 125 DPR 365, 398 (1990).

⁷⁹ Véase Luis E. Chiesa, *Consent Is Not a Defense to Battery: A Reply to Professor Bergelson*, 9 OHIO ST. J. CRIM. L. 195, 198 (2011-2012) [en adelante *Consent Is Not a Defense*].

⁸⁰ De manera similar, el hecho de que una ley penal no mencione expresamente qué elemento subjetivo o estado mental es requerido para la consumación del delito, no implica necesariamente que se trata de un delito de responsabilidad absoluta o *strict liability*. Véase *Staples v. United States*, 511 U.S. 600 (1994); *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).

⁸¹ El delito de daños está definido en el artículo 198 del Código Penal de Puerto Rico de la siguiente manera: “Toda persona que destruya, inutilice, altere, desaparezca o cause deterioro a un bien mueble o un bien inmueble ajeno, total o parcialmente, incurrirá en delito menos grave”. CÓD. PEN. PR art. 198, 33 LPRA § 5268 (2010 & Supl. 2014).

⁸² Chiesa, *Consent Is Not a Defense*, *supra* nota 79, en la pág. 203. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico no le reconoce a las personas la autonomía para decidir libremente entrarse a golpes en el patio de atrás de su casa, pero sí se le reconoce a aquellas personas que decidan practicar el deporte de boxeo en un gimnasio debidamente certificado.

tery, pero no de agresión sexual o *rape*. ¿Por qué la diferencia? A nuestro entender, el factor diferenciador fundamental es la importancia cardinal de la indemnidad sexual. Ese bien jurídico personalísimo, estrechamente vinculado al derecho a la privacidad, requiere que se reconozca a sus titulares individuales una gran autonomía. Así, a la luz de los desarrollos de la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas,⁸³ la indemnidad sexual es un derecho tan fundamental que, con muy contadas excepciones, el Derecho Penal contemporáneo no la restringe de lleno. Esto es así aun en circunstancias en las que el ordenamiento jurídico no reconoce autonomía a las personas para consentir a sufrir daño corporal.

De tener razón en cuanto a lo que acabamos de esbozar, cabe cuestionar por qué la definición del delito de agresión sexual en el Código Penal de Puerto Rico (así como las de delitos equivalentes en muchas otras jurisdicciones) no da cuenta de la importancia de la falta de consentimiento a efectos de que el mismo quede configurado. ¿Por qué continuamos recurriendo a los elementos de fuerza o amenaza como *proxys* para establecer lo que a todas luces debe ser el elemento esencial del delito? Según antes comentado, cuando el bien jurídicamente protegido por el Derecho Penal es la propiedad privada, las apropiaciones sin que medie el consentimiento del dueño de la propiedad bastan para que se configure un delito. Es decir, la ausencia de fuerza o amenaza no conlleva la impunidad de la conducta, sino que determina cuál fue específicamente el delito cometido. ¿Se justifica el trato distinto en el contexto de los delitos sexuales?

A. Las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos

A pesar de que en décadas recientes las legislaturas estatales han variado las definiciones del delito de *rape* (o su equivalente funcional), muchas han continuado definiendo el delito de manera estrecha. De igual manera, muchos tribunales han realizado interpretaciones restrictivas del lenguaje estatutario que preserva términos tradicionales.⁸⁴

En la mayoría de los estados, alrededor del sesenta y seis por ciento de estos, no basta que se lleve a cabo una penetración sexual sin consentimiento para la consumación de un delito grave, sino que se requiere algún elemento adicional.⁸⁵

⁸³ Véase *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸⁴ Véase *Bryden*, *supra* nota 53, en las págs. 321-22.

⁸⁵ En ocasiones, llega incluso a concluirse que la falta de consentimiento no es un elemento del delito sino un *proxy* mediante el cual se puede establecer el elemento de fuerza:

[I]t is evident that consent may well be an issue in a prosecution for first degree sexual assault even though lack of consent is not an express, substantive element of the crime

It is true that consent is not a statutorily defined affirmative defense similar to the affirmative defenses of justification for the use of force pursuant to . . . [applicable law]. Neither is consent a statutorily defined affirmative defense specifically made part of our sexual

Usualmente ese elemento es *force* (o *threat of force*), *forcible compulsion*, o la utilización de un arma. No obstante, en unas pocas jurisdicciones se emplean elementos particulares como compulsión o engaño. A veces estos elementos adicionales surgen del propio tipo delictivo, pero en otros casos surgen de la definición de consentimiento que se hace mediante ley. Los estados en los que se requiere un elemento adicional a la falta de consentimiento son los siguientes: Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, D.C., Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Texas, Virginia, Virginia Occidental y Wyoming.⁸⁶

Por otro lado, en los siguientes estados se tipifica como delito grave la penetración sexual no consensual sin que haga falta algún otro elemento (aunque se contemplan delitos o modalidades agravadas cuando se emplea fuerza): Arizona, Florida, Hawái, Iowa, Maine, Misisipí, Misuri, Nebraska, Nuevo Hampshire, Nueva Jersey, Nueva York, Pensilvania, Tennessee, Utah, Vermont, Washington y Wisconsin.⁸⁷

i. Ejemplos de enfoques opuestos: Nueva Jersey y Carolina del Norte

El elemento de fuerza ha sido central para poder delimitar si determinada conducta sexual debe ser punible o no. A su vez, debido a que su definición se ha dejado en gran medida en manos de los tribunales, el concepto de fuerza se ha interpretado: (1) como un elemento del delito distinto y adicional a la penetración (que viene a ser la conducta típica), y (2) como *proxy* para establecer que hubo falta de consentimiento. Esta dicotomía es evidente en los casos *State v. Alston* de la Corte Suprema de Carolina del Norte,⁸⁸ y *State in Interest of M.T.S.* de la Corte Suprema de Nueva Jersey.⁸⁹ Se presentarán brevemente sus hechos y las normas que pautan para de esta manera ilustrar dos enfoques opuestos respecto al elemento de fuerza.

assault statute similar to the affirmative defense made specifically applicable to the offense of unauthorized use of a propelled vehicle.

Nonetheless, consent can operate as a defense to a charge of first degree sexual assault pursuant to . . . [the law] for two reasons. First, consent may operate as a failure of proof in regard to the essential element of the *use of force*, or in regard to the essential element that the *victim must be overcome*.

State v. Koperski, 578 N.W.2d 837, 843-44 (Neb. 1998) (énfasis suplido) (citas omitidas). Esa conclusión nos parece errónea. Creemos que la falta de consentimiento debe considerarse siempre un elemento del delito, aunque no esté expreso sino implícito.

⁸⁶ Véase SCHULHOFER & MURPHY, *supra* nota 60.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *State v. Alston*, 312 S.E.2d 470 (N.C. 1984).

⁸⁹ *State in Interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266 (N.J. 1992).

En *Alston*, la joven querellante Cottie Brown había estado aproximadamente seis meses en una relación consensual con el acusado.⁹⁰ Un mes después de la separación, el acusado llegó a la escuela donde Brown se encontraba, le bloqueó su camino y le preguntó que a dónde se había mudado.⁹¹ Cuando esta se rehusó a decirle el acusado la agarró por el brazo y se la llevó a caminar por los alrededores.⁹² Mientras caminaban casualmente, el acusado le soltó el brazo y hablaron sobre su relación, particularmente acerca de la intromisión de la madre de Brown en la misma. Durante el transcurso de la conversación hubo ciertas amenazas, pero aparentemente la Corte no las consideró dirigidas a obligar a la querellante a sostener relaciones sexuales.⁹³ Posteriormente, se dirigieron a la residencia de un amigo del acusado donde habían tenido relaciones sexuales anteriormente. Una vez dentro de la casa, el acusado le preguntó a Brown si estaba lista a lo que ella contestó que no y que no iba acostarse con él.⁹⁴ No obstante, el acusado la besó, le quitó la ropa y la penetró sexualmente. Brown testificó que no trató de empujar a Alston, pero lloró y no consintió en ningún momento.

La Corte Suprema de Carolina del Norte definió *rape* como “vaginal intercourse with the victim both by force and against the victim’s will”.⁹⁵ De esta definición derivó dos elementos esenciales: (1) fuerza, y (2) falta de consentimiento. En cuanto al segundo elemento, encontró que el testimonio de Brown fue evidencia sustancial para establecer falta de consentimiento.⁹⁶ Sin embargo, la Corte entendió que el Ministerio Público no probó el elemento de fuerza. Aunque tomó como cierto que Brown le tenía miedo al acusado, la Corte señaló que “absent evidence that the defendant used force or threats to overcome the will of the victim to resist the sexual intercourse alleged to have been rape, such general fear was not sufficient to show that the defendant used the force required to support a conviction of rape”.⁹⁷ De esta forma, la Corte resolvió que el Estado no pudo probar que las amenazas y fuerzas empleadas el día del incidente causaron que Brown creyese que tenía que acceder a tener relaciones sexuales con el acusado o sufriría daño.⁹⁸ En síntesis, determinó que Brown no prestó su consenti-

90 *Alston*, 312 S.E.2d en la pág. 471.

91 *Id.* en las págs. 471-72.

92 *Id.* en la pág. 472.

93 La Corte se expresó en los siguientes términos: “[T]he defendant threatened to fix her face so that her mother could see he was not playing”. *Id.* Más adelante, expresó que un temor general (*general fear*) es insuficiente para probar el empleo de fuerza necesario para la consumación del delito. *Id.* en la pág. 476. Sin embargo, esa regla parece haber quedado limitada a los hechos específicos del caso. Véase *State v. Strickland*, 351 S.E.2d 281, 283 (N.C. 1987).

94 *Alston*, 312 S.E.2d en la pág. 472.

95 *Id.* en la pág. 475.

96 *Id.*

97 *Id.* en la pág. 476.

98 *Id.*

miento, pero que no estuvo presente el elemento adicional de fuerza. Por lo tanto, procedió a absolver al acusado.

En *State in Interest of M.T.S.*, la Corte Suprema de Nueva Jersey se enfrentó a un caso en el cual los hechos no estaban del todo claros y, como usualmente ocurre, las versiones eran contradictorias.⁹⁹ El acusado, un joven de diecisiete años, vivía junto a la víctima de quince años y su madre al momento de los hechos.¹⁰⁰ Según su versión de los hechos, la joven querellante sostuvo que se levantó durante la noche y encontró al acusado encima de ella.¹⁰¹ A su vez, se dio cuenta que sus pantalones y ropa interior habían sido removidos y que el acusado la estaba penetrando. Además, indicó que reaccionó dándole una bofetada y diciéndole que se fuera. Por otro lado, el acusado planteó que se habían besado en varias ocasiones durante tres días y que el día del incidente se besaban en la cama de la joven, luego hubo penetración, pero de repente ella lo detuvo y le pidió que parara y se fuera.¹⁰² El Tribunal de Primera Instancia concluyó que la víctima consintió a los besos y que en realidad no estaba dormida durante la penetración.¹⁰³ Sin embargo, el Tribunal encontró que no hubo consentimiento al acto sexual, por lo tanto, concluyó que se satisficieron los elementos del delito. Por su parte, el Tribunal Apelativo revocó porque entendió no se probó el elemento de fuerza.¹⁰⁴

El Código de Justicia Criminal de Nueva Jersey define agresión sexual “as the commission ‘of sexual penetration’ ‘with another person’ with the use of ‘physical force or coercion.’”¹⁰⁵ A la Corte Suprema estatal le correspondió determinar si el elemento de *physical force* se establece meramente probando penetración sexual sin consentimiento, como resolvió el Tribunal de Primera Instancia, o si requiere una fuerza adicional a la necesaria para cometer penetración sexual, como resolvió el Tribunal Apelativo.¹⁰⁶ Luego de discutir la concepción tradicional del delito de *rape*, la Corte Suprema analizó cuál fue la intención del legislador al momento de revisar el Código de Justicia Criminal de Nueva Jersey en 1978.¹⁰⁷ La Corte expresó que “[i]n redefining rape law as sexual assault, the Legislature adopted the concept of sexual assault as a crime against the bodily integrity of the victim”.¹⁰⁸ De esta conceptualización del delito surge que no se le exija a la víctima que resista o que exprese su falta de consentimiento para que se lleve a cabo el

99 *State in Interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266, 1267 (N.J. 1992).

100 *Id.*

101 *Id.* en la pág. 1268.

102 *Id.*

103 *Id.* en la pág. 1269.

104 *Id.*

105 *Id.* (citando a N.J. STAT. ANN. § 2C:14-2c (West 2005 & Supp. 2013)).

106 *Id.*

107 *Id.* en las págs. 1274-78.

108 *Id.* en la pág. 1277.

delito de agresión sexual. Por lo tanto, según la Corte, el elemento de fuerza dejó de ser un elemento necesario para vencer la falta de consentimiento (*overcome lack of consent*).¹⁰⁹ Se resolvió que cuando la ley tipifica *fuerza*, se refiere a “any amount of force against another person in the absence of what a reasonable person would believe to be affirmative and freely-given permission to the act of sexual penetration”.¹¹⁰ De esta manera, la Corte sostuvo que se satisface el elemento de fuerza si no hubo consentimiento afirmativo y voluntario. Partiendo de este enfoque, revocó al Tribunal Apelativo y confirmó la condena por el delito de agresión sexual.

Si bien ambos casos permiten apreciar el vínculo directo que tiene el elemento de fuerza con el consentimiento o la falta de este, demuestran enfoques opuestos que responden a distintas conceptualizaciones del delito de agresión sexual. La visión tradicional del delito de *rape*, presentada en *Alston*, sostiene que la fuerza, como elemento adicional y distinto al elemento de conducta, es necesaria para probar que el acusado en efecto cometió el delito, en lugar de meramente haber hecho algo reprochable pero no necesariamente punible. Por otro lado, conforme al enfoque de *M.T.S.*, el elemento de fuerza no tiene otra función que la de *proxy* para establecer que no hubo consentimiento. Según la Corte Suprema de Nueva Jersey, interpretar fuerza como “to include any touching that occurs without permission,”¹¹¹ se justifica porque permite proteger la integridad corporal de la víctima al no requerirle que se resista o que determinada conducta reprochable resulte impune porque simplemente la víctima no expresó su falta de consentimiento de forma clara e inequívoca. En fin, estos enfoques encontrados nos permiten vislumbrar la disyuntiva que enfrentarán los tribunales de Puerto Rico cuando les toque delimitar el vínculo entre los elementos de fuerza y consentimiento, así como la pertinencia que cada uno tiene a la hora de determinar cuál es la conducta punible bajo el artículo 130 de nuestro Código Penal.

B. Error en cuanto al consentimiento

Las implicaciones y el alcance de la doctrina de error de tipo en cuanto al consentimiento para sostener relaciones sexuales son cruciales para este trabajo. De entrada, habrá quien se cuestione cómo es posible que alguien se equivoque respecto al hecho de si otra persona consiente a una penetración sexual. Ciertamente no es algo que surja en el supuesto ordinario de la agresión sexual, pero sí se ha planteado en casos de muchísimas jurisdicciones distintas, y ha dado lugar a una profunda discusión académica.

La doctrina de error de tipo, según incorporada en el Derecho Penal puertorriqueño, proviene de la tradición jurídica civil continental. Se habla de error *de*

109 *Id.*

110 *Id.*

111 *Id.* en las págs. 1277-78.

tipo porque cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos del delito repercute en la *tipicidad* de la conducta de la persona acusada, en la medida en que niega el elemento subjetivo del delito (de ordinario, la intención).¹¹² En otras palabras, no puede afirmarse que actúa con intención quien, debido a un error de tipo, desconoce que su conducta satisface los elementos de un delito. La persona que actúa bajo un error de tipo conoce lo que está prohibido, pero no comprende o no se da cuenta de que está incurriendo en esa conducta.¹¹³

El error de tipo puede referirse a cualquiera de las circunstancias concomitantes que formen parte del elemento objetivo del tipo delictivo, ya sean de naturaleza descriptiva (los que distinguen con los sentidos, por ejemplo, *de noche* o *valor mayor de \$500*) o normativa (los que requieren valoración jurídica, por ejemplo, *ajenidad* o *bienes públicos*).¹¹⁴ El autor Santiago Mir Puig expresó que:

La terminología “error de tipo” ha sustituido en la doctrina actual la anteriormente empleada de “*error de hecho*”, del mismo modo que la expresión “error de prohibición” ha desplazado a la anterior de “*error de Derecho*”. . . . [ya] que el tipo puede contener tanto elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de Derecho.¹¹⁵

Un asunto muy relevante es la *razonabilidad* o no del error. Si el error se entiende razonable (o invencible), la persona debe ser absuelta. Los criterios para determinar la razonabilidad o no del error son las circunstancias del hecho y las circunstancias personales del autor.¹¹⁶ Si por el contrario, el error se concibe como irrazonable (vencible o negligente), la persona debe responder en la modalidad negligente del delito, si es que existe. Es decir, un error razonable o invencible es el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida.¹¹⁷ Por el contrario, cuando el error sea irrazonable o vencible, subsiste la posibilidad de imponer responsabilidad a título de negligencia. No obstante, para que

112 FRANCISCO MUÑOZ CONDE & MERCEDES GARCÍA ARÁN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 275-76 (2007).

113 Al contrario, quien comprende lo que está haciendo pero no conoce que eso que hace está prohibido, actúa bajo un error de prohibición. El error de tipo supone el desconocimiento de la *existencia* de alguno de los elementos del delito. El error de prohibición no supone el desconocimiento de un elemento del tipo delictivo, sino del hecho de que está prohibida su realización. SANTIAGO MIR PUIG, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL 253 (5ta ed. 1998).

114 MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 112, en la pág. 275.

115 MIR PUIG, *supra* nota 113, en la pág. 254 (nota omitida).

116 No cualquier error sobre las circunstancias de hecho es una defensa, solo aquel que niega un elemento mental requerido por el tipo delictivo.

117 Como el error invencible excluye la responsabilidad tanto a título de intención como de negligencia, ni siquiera puede hablarse de tipicidad penal y siempre da lugar a la impunidad. MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 112, en la pág. 276.

sea así, se requiere que la negligencia esté específicamente prevista como una forma de realización del tipo.¹¹⁸

En el Derecho Penal estadounidense, el análogo al error de tipo es la doctrina de *mistake of fact*. Aunque el asunto ha generado gran discusión, muchas jurisdicciones estatales tratan el delito de *rape* como de responsabilidad absoluta a efectos del elemento de falta de consentimiento de la víctima.¹¹⁹ Otras jurisdicciones que sí admiten la defensa de *mistake of fact as to the victim's consent* tienden a requerir que el error sea razonable, es decir, no negligente.¹²⁰

Ese no es el trato sugerido en el CPM, el cual dispone en cuanto a este asunto lo siguiente:

- (1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if:
 - (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or
 - (b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense.¹²¹

Dado lo anterior, vemos que el CPM expresamente reconoce que el error de la persona acusada no tiene que ser razonable (o invencible), salvo que la legislatura haya dispuesto expresamente que para cometer el delito en cuestión basta que se actúe de manera negligente.

C. *No means no*

¿Por qué a estas alturas tantas jurisdicciones siguen definiendo el delito de *rape* como uno que requiere *fuerza, intimidación, amenaza* o algo análogo? ¿A cuenta de qué se justifica que una expresión inequívoca de falta de voluntad no

118 Para la mayoría de los delitos no basta como elemento subjetivo la negligencia. Por consiguiente, el error de tipo —aunque sea vencible— suele conllevar la impunidad del actor. Distingase el caso en que el acusado es temerario respecto a la presencia de la circunstancia concomitante. En esos casos, cabe argumentar que se responde de lleno por el delito intencional.

119 Véase *Commonwealth v. Lopez*, donde la Corte Suprema de Massachusetts señaló que:

Historically, the relevant inquiry has been limited to consent in fact, and no mens rea or knowledge as to the lack of consent has ever been required.

A mistake of fact as to consent, therefore, has very little application to our rape statute. Because . . . [the law] does not require proof of a defendant's knowledge of the victim's lack of consent or intent to engage in nonconsensual intercourse as a material element of the offense, a mistake as to that consent cannot, therefore, negate a mental state required for commission of the prohibited conduct. Any perception (reasonable, honest, or otherwise) of the defendant as to the victim's consent is consequently not relevant to a rape prosecution.

Commonwealth v. Lopez, 745 N.E.2d 961, 965-66 (Mass. 2001) (citas omitidas).

120 Véase, por ejemplo *Carter v. State*, 121 P.3d 592 (Nev. 2005); *People v. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (Cal. 1975).

121 MODEL PENAL CODE § 2.04(1) (1962).

baste para que se consume un delito? En otras palabras, ¿por qué no está generalizada la noción de que *no quiere decir no*? Adoptando perspectivas feministas, muchos académicos han señalado que esto se debe al amplio dominio que los hombres retienen sobre nuestras sociedades. En gran medida ese control ha conducido al atrincheramiento de la opinión dominante. Según el mismo, este delito es usualmente cometido por extraños. Conforme a los entendidos tradicionales, los *violadores* no son los acompañantes sociales de mujeres que comparten de manera voluntaria con ellos, pero en momentos de intimidación expresan verbalmente que no desean ser penetradas. Por el contrario, los *violadores* son aquellos que acechan a su víctima en un estacionamiento oscuro o un paraje solitario y la atacan violentamente.

La renuencia a tipificar como delito la penetración sexual no consensual sin incluir elementos adicionales puede deberse a un temor generalizado de penalizar a quienes actuaron bajo error. Es decir, el temor de penalizar a quienes actuaron bajo la creencia equivocada de que la víctima en realidad consentía. El entendido conforme al cual, en ciertos casos, *no* en realidad puede querer decir *sí* (o *todavía no, pero quizás pronto sí*), da cuenta, al menos en parte, de ese temor. He aquí un asunto particularmente espinoso. Para muchos resultará tentador despachar esa preocupación como una mera manifestación de las ideologías machistas o patriarcales que predominan en nuestras sociedades. Puede haber algo de cierto en eso. Sin embargo, los estudios empíricos sobre este particular arrojan datos sorprendentes. Se ha encontrado de manera consistente que de treinta y cinco a cuarenta por ciento de las mujeres han dicho verbalmente *no* cuando en realidad estaban dispuestas a sostener relaciones sexuales.¹²² Personas bien intencionadas podrán discrepar en cuanto a qué importancia debe dársele a esos datos a la hora de desarrollar el Derecho Penal. Ahora bien, no se debe ignorar una realidad porque resulte incómoda, desagradable o políticamente incorrecta. La discusión debe incluir este asunto.

Como fue anteriormente mencionado, en muchas jurisdicciones de los Estados Unidos no se reconoce la defensa de error en cuanto a la falta de consentimiento. En las jurisdicciones en que sí se reconoce, se suele limitar a errores razonables (*reasonable mistake of fact*). Normalmente los errores razonables son concebidos como errores no negligentes (equivalentes a los errores vencibles). Esto explica en parte la renuencia a tipificar el delito de violación sin requerir un elemento de fuerza o intimidación. En otras palabras, el Derecho Penal refleja en gran medida una tensión entre el deseo de castigar a los violadores y el deseo de evitar que se penalice injustamente a quienes erróneamente entendieron que la víctima consentía a la penetración. En muchas jurisdicciones estatales, habiéndose limitado grandemente la defensa de error de hecho, se ha optado por mantener el requisito de fuerza o intimidación para que sean los tribunales los que delimiten su significado caso a caso. Esa solución resulta poco satisfactoria ya que se presta a que, en los casos límite o difíciles, los tribunales se vean obliga-

122 SCHULHOFER, *supra* nota 2, en la pág. 260.

dos a escoger entre realizar interpretaciones analógicas de la ley penal o reconocer que conductas altamente reprochables permanezcan impunes.

¿Cómo debemos atender en Puerto Rico las posibles controversias de error en cuanto al consentimiento de la víctima? Existen al menos tres opciones. En primer lugar, se podría dar al traste con la defensa de error en este contexto. Esto haría del delito de agresión sexual, en esencia, uno de responsabilidad absoluta en cuanto a uno de sus elementos esenciales: la falta de consentimiento. Esa opción, acogida en varias jurisdicciones estatales, sería claramente contraria al principio de culpabilidad y no estaría acorde a nuestra tradición jurídica. En segundo lugar, se podría limitar la defensa de error a aquellos casos en los que se estime que el error no fue negligente, es decir, aquellos casos en que el error fue razonable. Esta opción ha sido acogida por un gran número de jurisdicciones estatales. Sin embargo, en Puerto Rico el asunto es más complicado y no se puede despachar de esa manera. La importancia de las figuras generales del Derecho Penal civil-continental en Puerto Rico es tal que la doctrina reconoce que algunas de estas deben ser reconocidas aun en casos en los que el Código Penal guarda silencio.¹²³ Entre las más importantes de esas doctrinas se encuentra la referente al error de tipo. Además, como se ha señalado por muchos comentaristas estadounidenses, el delito de *rape* apareja una pena severa, y eso milita a favor de requerir conciencia (*awareness*) respecto a los elementos objetivos del delito. Una tercera opción, correcta a nuestro entender, parte del reconocimiento que la defensa de error de tipo está disponible en nuestra jurisdicción —a diferencia de otras jurisdicciones— ante cualquier delito, y no queda limitada a los errores razonables. Esa interpretación está a tono, tanto con la tradición jurídica civil continental (que tanto influye en la parte general de nuestro Código Penal), como con el esquema de culpabilidad adoptado en este, que resulta muy similar al esquema del CPM. Además, esa tercera opción es cónsona con nuestra jurisprudencia.¹²⁴ Sin embargo, antes de explicar exactamente qué efecto tiene el reconocimiento de la doctrina de error de tipo, es importante distinguir los elementos subjetivos de intención y negligencia, para luego atender qué efecto tienen sobre la punibilidad de determinada conducta.

Nuestro ordenamiento jurídico penal es uno cerrado a la negligencia. Por ende, todo delito requiere intención como elemento subjetivo, salvo que expresamente se disponga lo contrario. El delito de agresión sexual nada dice al res-

¹²³ A pesar de que los principales delitos contemplados en la parte especial de nuestro Código Penal provienen en gran medida del *Common Law*, la parte general del Código Penal incorpora muchas figuras y doctrinas de interpretación de la ley provenientes del Derecho Penal civil-continental. Para una discusión general en cuanto a la importancia de los contextos culturales e históricos al realizar un análisis del Derecho Penal comparado, véase Luis E. Chiesa, *Comparative Criminal Law*, en *OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW* 1099 (Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., 2011).

¹²⁴ Véase, por ejemplo, *Pueblo v. Carmona Rosado*, donde nuestro Tribunal Supremo expresó que “[e]n nuestro ordenamiento, ante el error vencible se responde a título de negligencia. Por ello nuestros pronunciamientos en *Pueblo v. Ruiz Ramos*, que en casos de delitos de *negligencia* la defensa de error de hecho no está disponible”. *Pueblo v. Carmona Rosado*, 143 DPR 907, 918 (1997) (cita omitida).

pecto, por lo tanto, es un delito intencional y no puede ser cometido meramente obrando de manera negligente. Esto no necesariamente implica que para que alguien consume una agresión sexual tiene que haber actuado a propósito, es decir, con el objetivo consciente de penetrar a otra persona sin su consentimiento. Tampoco implica necesariamente que el actor tenga que haber actuado con conocimiento, en otras palabras, prácticamente con certeza que la víctima no consentía. Basta con que haya actuado temerariamente. Por esto, nos referimos a que al momento de los hechos tuviese conciencia de que existía un alto e injustificado riesgo que la víctima no consintiera a la penetración sexual.

Antes de ser enmendado en el año 2014, el artículo 22 del Código Penal de Puerto Rico definía la intención criminal en los siguientes términos:

El delito se considera cometido con intención:

- (a) Cuando el resultado ha sido previsto y querido por la persona como consecuencia de su acción u omisión; o
- (b) el hecho delictivo es una consecuencia natural de la conducta voluntaria del autor, o
- (c) cuando el autor ha previsto o está consciente de que existe una alta probabilidad de que mediante su conducta se produzca el hecho delictivo.¹²⁵

El inciso (c) del artículo 22 contemplaba una modalidad de la intención extremadamente similar al *recklessness* anglosajón según acogido en el CPM. Mediante las enmiendas del 2014 se ha pretendido dar cuenta de esto al llamarla *temeridad*, y definirla como estar consciente de que la conducta en la que se incurre genera un riesgo sustancial e injustificado de que se pueda producir el resultado o la circunstancia prohibida por ley.¹²⁶ Nos parece que tanto antes como después de las enmiendas del 2014, para que se consuma el delito de agresión sexual basta como elemento subjetivo que el actor incurra en la conducta prohibida de manera voluntaria, satisfaciendo alguna de las modalidades del delito (fuerza, intoxicación, etc.) y con conciencia del riesgo, ya sea alto o sustancial, de que la víctima no consintiera.

Dado que en Puerto Rico nunca ha existido una modalidad negligente del delito de agresión sexual, si el actor no es —cuando menos— temerario respecto al elemento de consentimiento de la otra parte, no alberga el estado mental culpable requerido para la consumación del delito. Esto sin importar que el error fuese vencible. Es decir, aun si actúa de manera negligente al no tomar las precauciones que una persona razonable hubiese tomado a esos efectos. El resultado práctico de lo anterior sería que su conducta quedaría impune, algo que ha sido duramente criticado por algunos comentaristas. Ahora, el hecho que ese resultado sea contrario a nuestras intuiciones en cuanto a lo justo, no quiere decir que

¹²⁵ Cód. Pen. PR art. 22, 33 LPRA § 5035 (2010 & Supl. 2014).

¹²⁶ Ley para enmendar el Código Penal de Puerto Rico, Ley Núm. 246 de 26 de diciembre de 2014, art. 12, disponible en <http://www.oslpr.org/2013-2016/leyes/pdf/ley-246-26-Dic-2014.pdf> (enmendando el artículo 22 del Código Penal).

la mejor alternativa sea limitar la disponibilidad de la defensa de error de tipo a los errores razonables. Eso se ha adoptado en algunas jurisdicciones que, en términos generales, no tienen el beneficio de una perspectiva comparada del Derecho Penal como en Puerto Rico. Como veremos, una posible solución balanceada es tipificar una modalidad negligente de la agresión sexual.

D. Silencio de la víctima (only yes means yes?)

Por otro lado, se ha comentado bastante sobre la interpretación que debe dársele al silencio de la víctima en los procesos criminales por violación. Bajo el entendido tradicional, no basta que la parte querellante haya expresado falta de consentimiento cuando se sometió a la penetración sin mediar fuerza o amenaza; su mero silencio tampoco basta para que se considere cometida una violación.¹²⁷ En el extremo opuesto, varios académicos han abogado por un estándar estricto conforme al cual se requiere una expresión afirmativa de consentimiento antes de la penetración sexual.¹²⁸ Incluso, unos pocos tribunales han adoptado ese estándar, conforme al cual el silencio de la parte querellante da lugar —como mínimo— a una presunción de falta de consentimiento. Se ha argumentado que lo contrario constituye requerir al Estado la presentación de prueba sobre la falta de voluntad de la víctima, en lugar de prueba sobre la culpabilidad del acusado, quien actuó con desprecio o indiferencia a su autonomía sexual. Así, por ejemplo, el profesor Schulhofer, quien aboga metódicamente por reformas a las leyes penales que le confieran primacía al valor de la autonomía sexual o potestad para decidir sobre nuestro propio cuerpo, expresa lo siguiente:

[O]nce the law's concern shifts from physical force to autonomous choice, the focus of the consent inquiry must change. Clear proof of *unwillingness* can no longer be essential to sustain a claim of abuse. Sexual intimacy involves a profound intrusion on the physical and emotional integrity of the individual. For such intrusions, as for property transfers or for surgery, consent cannot simply be the absence of clearly crystallized, clearly expressed opposition. For such intrusions actual permission—nothing less than positive willingness, clearly communicated—should ever count as consent.¹²⁹

¿Debe el silencio de la alegada víctima, por sí solo, ser determinante a la hora de evaluar si la persona acusada sabía que existía un alto riesgo de que esta no consentía a la penetración sexual? En otras palabras, ¿debe inferirse que el acusado que penetró a la parte querellante, a pesar de su silencio, actuó temerariamente respecto a la posibilidad de falta de consentimiento? Quizás el silencio no debe ser, de por sí, determinante, pero nos parece que, dependiendo del contex-

¹²⁷ Algunos casos podrían ser resueltos mediante una interpretación extensiva del elemento de amenaza. Esto podría dar lugar a la comisión del delito, pero no todos. Además, las leyes suelen requerir amenaza de grave daño corporal.

¹²⁸ Véase Estrich, *supra* nota 27, en la págs. 1104-05; Remick, *supra* nota 3, en la pág. 1107.

¹²⁹ SCHULHOFER, *supra* nota 2, en la pág. 271.

to en el que se dio la conducta sexual, puede razonablemente ser tomado como un indicio *prima facie* de falta de consentimiento. Junto a otras circunstancias, ese silencio puede ser un factor a partir del cual se determine que hubo temeridad. Consideremos, por ejemplo, los hechos de *People v. Warren*, un caso en el cual la víctima corría bicicleta a través de una reserva natural solitaria y se detuvo a descansar.¹³⁰ Un hombre extraño le hizo conversación trivial y luego la cargó a un área boscosa y le realizó actos sexuales a los que ella no accedió expresamente, en un contexto en el que ella no se atrevió ni siquiera a decir *no*.¹³¹ El tribunal de Illinois, que revocó la convicción, expresó lo siguiente: “[T]here are no significant inconsistencies in the testimony of the two parties. Instead, we are faced with facts which are susceptible of more than one reading. Defendant admits that he performed the acts He contends, however, that the acts complained of were performed without force or threat of force”.¹³²

Si bien no estamos convencidos de que deba inferirse en todo caso que la persona que penetra a otra que guarda silencio necesariamente actúa de manera temeraria, no creemos que sea problemático inferir que actúa negligentemente. Recordemos que para atribuir responsabilidad a título de intención en modalidad de temeridad (artículo 22(c) del Código Penal), el acusado tiene que haber sido consciente del alto riesgo que creaba. En muchos contextos sería más apropiado inferir que el acusado que penetró a la parte querellante a pesar de su silencio actuó de manera negligente.¹³³ Quizás en algunos contextos el silencio de la parte querellante puede ser justamente considerado como prueba de que la parte acusada sabía que existía un riesgo injustificado de falta de consentimiento. Ahora, eso no requiere una *bright line rule*, a partir de la cual se atribuya res-

¹³⁰ *People v. Warren*, 446 N.E.2d 591, 592 (Ill. App. Ct. 1983).

¹³¹ Los hechos del caso son los siguientes:

While complainant was standing alone . . . defendant approached her and initiated and engaged in a conversation with her. Although complainant did not know defendant, she responded to his conversation which was general in nature.

. . . [She] started to walk away [The] defendant continued talking as he walked alongside of her. . . . [W]hen she got on her bicycle defendant placed his hand on her shoulder. At this time, complainant stated, “No, I have to go now,” to which defendant responded, “This will only take a minute. My girlfriend doesn’t meet my needs”. Defendant also told her that “I don’t want to hurt you”.

. . . [The] defendant then lifted her off the ground and carried her into a wooded area adjacent to the reservoir. Upon entering the woods, defendant placed complainant on the ground and told her to put her head on his backpack. Defendant then told her to take her pants down which she did part way. Defendant pulled her pants completely off and placed them underneath her. He then proceeded to pull up complainant’s tank top shirt and began kissing her breasts and vaginal area. After he finished kissing complainant, defendant sat up and unzipped his pants and complainant performed an act of fellatio upon him.

Id.

¹³² *Id.*

¹³³ Como se discutirá más adelante, los cambios a la ley que entendemos necesarios contemplan las penetraciones sexuales en las que el acusado fue negligente respecto al consentimiento de la víctima.

pensabilidad automáticamente. Cada caso debe ser evaluado a la luz de sus propios hechos. Las relaciones interpersonales son complejas, y las relaciones sexuales no son la excepción.

Por otro lado, al pensar en las implicaciones del silencio en las relaciones sexuales, y el estándar de conducta que se debe requerir mediante el Derecho Penal en este contexto, hay que decidir si nos referimos literalmente a la falta de verbalización de un *sí*. Como bien señalan algunos comentaristas, existen maneras no verbales de expresar consentimiento. Así, se reconoce en las pocas jurisdicciones que equiparan el consentimiento con permiso o autorización expresa. En Wisconsin, por ejemplo, la ley define *consent* como “words or overt actions by a person who is competent to give informed consent indicating a freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact”.¹³⁴ Por otro lado, hay quienes entienden que lo único que debe entenderse como consentimiento para una penetración sexual es la verbalización expresa de un *sí*. Es decir, que ni siquiera el lenguaje corporal no ambiguo basta. Esa posición resulta minoritaria, y no nos parece que se ajuste a la complejidad de las relaciones interpersonales íntimas. Schulhofer lo expresa en los siguientes términos: “If body language cannot be a legally effective way to express consent, many common modes of indicating a desire for intercourse will have to change radically, or—more likely—the verbal permission requirement will simply be ignored by lovers, dating partners, and perhaps courts and juries as well”.¹³⁵

III. PROPUESTAS DE CAMBIO EN PUERTO RICO

Considero correcto emplear el Derecho Penal Sustantivo para tutelar la autonomía sexual de las personas. Esto de la misma manera en que se emplea para tutelar otros bienes jurídicos ante distintas clases de atentados ilegítimos, no meramente aquellos que implican fuerza física o amenaza de daño corporal. Según antes mencionado, el Derecho Penal ampara la propiedad privada, tanto frente a quienes atentan contra esta mediante violencia o intimidación (robo), como frente a quienes lo hacen mediante hurto, fraude o abuso de confianza (apropiación ilegal). El hecho de que el empleo de violencia o intimidación dé lugar a la imposición de una pena más severa (el robo es un delito mayor que la apropiación ilegal) no implica que su ausencia conduzca a la impunidad.

Hoy en día, la autonomía sexual es tutelada por el Derecho Penal en circunstancias que no implican violencia o intimidación. Por ejemplo, cuando la víctima está inconsciente o carece de capacidad para consentir, pero sigue siendo un bien jurídico que recibe una protección menor que el derecho a la propiedad privada. Esto es así en la medida en que, para que la penetración sexual a una persona (adulta, con conciencia del acto y con capacidad para prestar consentimiento) sea delictiva, se requiere que se le haya compelido mediante el empleo

¹³⁴ WIS. STAT. ANN. § 940.225(4) (West 2005 & Supp. 2009) (énfasis suplido).

¹³⁵ SCHULHOFER, *supra* nota 2, en la pág. 272.

de fuerza física, violencia, intimidación o amenaza de grave e inmediato daño corporal. Este Estado de Derecho es absurdo.

Si bien la reciente adopción de un esquema de grados que diferencia a efectos de la pena entre algunas de las modalidades del delito es bienvenida, el desarrollo me parece un tanto tímido. Aun antes de la publicación del CPM existía consenso en Estados Unidos hace ya varias décadas en cuanto a que el delito de *rape* se debía dividir en al menos dos grados.¹³⁶ Al día de hoy, debemos considerar seriamente una reforma más abarcadora que distinga mejor entre las múltiples instancias en las que una penetración sexual debe ser punible. El delito de agresión sexual según tipificado en Puerto Rico incluye algunas conductas que —aunque sean muy reprochables y deban ser criminalizadas— palidecen ante otras que intuitivamente resultan más reprochables.¹³⁷ Por otra parte, omite ciertas conductas lo suficientemente reprochables como para ameritar una penalidad menor.¹³⁸ A nuestro entender, si se va a mantener la pena de cincuenta años para el delito de agresión sexual (algo de por sí cuestionable), debe ser reservada para las modalidades más terribles del delito, como lo serían los ataques violentos. A partir de ahí, deberían establecerse gradaciones hasta llegar incluso a modalidades menos graves del delito, por ejemplo, cuando una persona de veinte años de edad sostiene relaciones sexuales con una de catorce o quince, a quien no se le reconoce capacidad jurídica para prestar su consentimiento.

En cuanto a los problemas de error de tipo irrazonable, lo que procede es tipificar como delito una modalidad negligente de la agresión sexual que contemple los casos en los que el acusado actúa bajo una creencia honesta, pero errónea y negligente en cuanto al consentimiento de la víctima. Esto ha sido propuesto por varios de los académicos que han estudiado estos temas, y nos parece que sería un desarrollo conducente a lograr un balance adecuado entre los intereses en conflicto. Recordemos que cuando la persona acusada fue temeraria respecto a la falta de consentimiento de la víctima, no estaríamos ante un error sino ante conducta delictiva. En términos prácticos, el hecho de que la parte querellante haya expresado de manera afirmativa —aunque no vehemente— que no deseaba sostener relaciones sexuales, podría tomarse como prueba *prima facie* de temeridad de parte del acusado. Por otro lado, el hecho de que la parte querellante no haya realizado una expresión afirmativa de consentimiento, sea verbal o de otra índole, podría tomarse como prueba *prima facie* de negligencia de la parte acusada. En algunos casos, incluso podría indicar que la persona fue temeraria. Tengamos en cuenta hechos como los de *People v. Warren* antes comentados.¹³⁹

Finalmente, nos parece adecuado penalizar atentados contra la autonomía sexual aunque no medie empleo de fuerza o amenaza, pero no a costa de la lega-

136 Véase MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES, § 213.1 cmt. 2, en la pág. 279 (1980).

137 *Id.* (sujeta únicamente a posibles atenuantes o agravantes).

138 Por ejemplo, la penetración sexual mediando negligencia criminal en cuanto a la falta de consentimiento de la víctima.

139 *People v. Warren*, 446 N.E.2d 591, 592 (Ill. App. Ct. 1983).

lidad. Conforme a la ley vigente en Puerto Rico, resolver una controversia como la planteada en *M.T.S.* de la manera en que lo hizo la Corte Suprema de Nueva Jersey sería contrario al principio de legalidad. Para atender estos asuntos se requiere acción legislativa. Como bien señala el profesor Muñoz Conde, proclamar y defender el principio de legalidad implica aceptar el riesgo de que, por una deficiente elaboración de la ley o por la gran astucia de algún delincuente, quede sin sanción una acción perturbadora. Pero ese riesgo es bastante pequeño en comparación con los intereses salvaguardados por la legalidad, y “en todo caso es el precio que hay que pagar por la *seguridad jurídica*, requisito indispensable en una comunidad organizada”.¹⁴⁰

CONCLUSIÓN

Durante las últimas décadas se han desarrollado nuevas conceptualizaciones del delito de *rape* o violación. Estas han sido producto en gran medida de las corrientes feministas de la segunda mitad del siglo veinte. Además de la generalizada eliminación de infames trabas procesales y de la excepción matrimonial, muchas jurisdicciones han tipificado nuevas modalidades de violación o delitos estrechamente relacionados. Frecuentemente esto ha dado lugar a la adopción de esquemas de grados para variar las penas según se considera más o menos reprochable o peligrosa la conducta delictiva. Como parte de estos procesos, la tendencia reciente ha sido a reconocer un rol más amplio o independiente al elemento de falta de consentimiento, usualmente a expensas de los elementos de fuerza o amenaza. No obstante, la falta de consentimiento continúa teniendo un rol limitado o incierto en muchas jurisdicciones estadounidenses. Indudablemente, los entendidos tradicionales siguen influyendo en la manera en la que se conceptualiza el delito y es usual que se siga concibiendo el empleo de fuerza como un elemento esencial en sí mismo o como *proxy* para establecer la falta de consentimiento. Puerto Rico es ejemplo de esto, a pesar de que el delito básico ha recibido enmiendas significativas durante la última década.

Por su complejidad, el tema aquí bajo estudio amerita un mayor esfuerzo de parte de la Asamblea Legislativa para distinguir entre las penetraciones sexuales reprobables, las malas, las muy malas y las terribles. Afirmamos esto en vista de que el universo de contactos sexuales que deben resultar punibles, aun si lo limitamos a las penetraciones sexuales, es extremadamente amplio. La conducta sexual humana es muy variada, y lo mismo se tiene que reconocer respecto a la conducta sexual que debe ser considerada criminal. Las enmiendas del 2014 al artículo 130 del Código Penal de Puerto Rico son bienvenidas pero se quedan cortas. Aunque el delito contempla varias instancias de consentimiento viciado, la modalidad tipificada en el inciso (c) es la que penaliza la conducta tradicionalmente asociada a una *violación* y sigue la tendencia antigua del delito de *rape* en la medida en que requiere un elemento esencial de fuerza o amenaza. Hemos

140 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL 81 (1975).

visto que el hecho de que se siga dependiendo del elemento de fuerza para la configuración ordinaria del delito puede conllevar consecuencias desafortunadas, tanto para las personas que sean sujetas a una penetración sexual no consentida y en tanto no medie fuerza o amenaza la misma quede impune, como para los acusados, en la medida en que las nuevas gradaciones en las penas son bastante limitadas. Según comentamos a principios de este artículo, en el contexto de los delitos contra la propiedad, la presencia de fuerza o amenaza da lugar a responsabilidad por delitos más severos pero su ausencia no conlleva la impunidad de la conducta reprochable.¹⁴¹ La autonomía personal y la intimidad sexual deben ser protegidas de la forma más adecuada y justa posible por el Derecho Penal.

En Puerto Rico, las soluciones que se den al problema de las agresiones sexuales deben tomar en cuenta que nuestro ordenamiento adopta doctrinas tanto del *common law* como del Derecho Civil continental. Es por eso que entendemos que resulta deseable que hayamos adoptado del *common law* el esquema de grados que distingue entre distintas modalidades del delito, aunque debemos llevarlo más allá. Creemos, además, que debemos reafirmar la pertinencia de la doctrina de error de tipo usual en el Derecho Civil continental, pero tipificando a su vez una modalidad negligente del delito. Esto permitiría atender circunstancias en las que se encuentre en controversia si medió un error del acusado respecto a la falta de consentimiento de la víctima. Solo así es posible garantizar la indemnidad sexual y asegurarnos que la falta de consentimiento tenga un rol fundamental a la hora de establecer si determinada conducta debe o no debe ser punible, sin apartarnos del marco general del respeto a los principios generales del Derecho Penal Sustantivo.

¹⁴¹ Compárense los artículos 181 y 182 del Código Penal (apropiaciones ilegales), con los artículos 189 y 190 (robos). CÓD. PEN. PR art. 22, 33 LPRA §§ 5251-5253, 5259-5260 (2010 & Supl. 2014).