

# Solo si es si, Si no es sí es no. Violencia sexual y consentimiento

Jorge Eduardo Buompadre<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- El bien jurídico y el consentimiento en los delitos sexuales; III.- Solo sí es sí, no es no; IV.- Una mirada constitucional; V. - Minoridad y consentimiento; V.- Bibliografía

## I.- Introducción

La ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, del 14 de abril de 1999, en el artículo 5.3., define la violencia sexual contra las mujeres como *“Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”*, precepto que pone el acento en el consentimiento como expresión de la voluntad de la mujer en la toma de decisiones sobre su vida sexual, componente esencial para distinguir una conducta sexual libremente realizada de un acto sexual forzado. Se desprende, además, del texto legal que el consentimiento nunca puede ser presumido, sino que debe ser una expresión “real” - exteriorizado de algún modo,

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho penal y Extraordinario de la Universidad Nacional del Nordeste.

que lo haga reconocible <sup>2</sup>- de la voluntad de la persona -aun manifestado de distintas maneras- de mantener libremente una determinada relación sexual.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reunida en Beijing en septiembre de 1995, aprobó la *Declaración y Plataforma de Acción*, en la que -entre otros objetivos- se declaró que los derechos de la mujer son derechos humanos, debiendo garantizarse sus libertades fundamentales, adoptando medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades, especialmente todas aquellas necesarias para eliminar todas las formas de discriminación, suprimiendo todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer (Anexo I, 14, 23,24); destacándose que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual (num.96).

A su turno, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica -conocido como “Convenio de Estambul”-, del 11 de mayo de 2011, establece que *“El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”* <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Confr., en este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial (España), emitido con motivo del proyecto de ley sobre delitos sexuales, cit. por PERAMATO MARTÍN T. (2022), El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales Propuestas normativas Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II, pp 191-224.

<sup>3</sup> **CONVENIO DE ESTAMBUL. ARTÍCULO 36.** “Violencia sexual, incluida la violación.

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) La penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.
2. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.
3. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno.”

En nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en varias sentencias sobre la violencia sexual, entre otras, *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006; Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010*, en el que se dijo:

*“Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril” ... “La Corte (también) ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”* (En el mismo sentido: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 109*<sup>4</sup>).

Estas declaraciones internacionales, así como otras que rigen en el continente europeo, como por ejemplo la reciente Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, de Garantía integral de la Libertad Sexual, en cuyo Preámbulo se puso el foco en considerar a la violencia sexual no solamente como una violación de los derechos humanos más básicos que afecta a mujeres, niñas y niños, sino también como un acto de naturaleza sexual no consentido, que condiciona el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, ponen de manifiesto que la esencia de la violencia sexual reside en la ausencia del consentimiento, aun en aquellos casos en los que se aprecia falta de resistencia física de la víctima, todo lo cual pone de relieve que ya no es la fuerza (u otros supuestos de coerción física o moral) lo que caracteriza a la violación sino la ausencia de consentimiento.

En Argentina -aun después de la importante reforma de la Ley 25.087, del 14 de mayo de 1999, sobre delitos contra la integridad sexual-, no se ha hecho expresa mención del consentimiento en el Código penal, salvo la referencia que se encuentra en el 1er. párrafo del artículo 119, en cuanto dice “... *aprovechándose de que la víctima*

---

<sup>4</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia No. 4, *Derechos Humanos y Mujeres*, disponible en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

*por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*”, oración respecto de la cual podría ensayarse una tesis -sin que ella constituya, desde luego, una solución definitiva- conducente a sostener la existencia de una voluntad legislativa tendiente a exigir el consentimiento expreso como dirimente de la conducta sexual abusiva. Pero, más adelante, veremos cuál debería ser, en nuestra opinión, la interpretación correcta.

## II.- El bien jurídico y el consentimiento en los delitos sexuales

El consentimiento es la expresión de una voluntad positiva, esto es, una libre expresión de la voluntad de una persona orientada a un fin, acordar un permiso para la realización de un acto, en nuestro caso un acto sexual.

El consentimiento -como ya se dijo- juega un rol importante en la determinación y diferenciación entre una conducta violenta y un acto sexual consensuado y, tratándose de la aprobación de una conducta que implica a quien la realiza, sólo puede ser prestado por la persona que es titular del bien jurídico protegido. De aquí que tiene la virtualidad de eliminar el tipo penal; se trata, por ende, de una causal de atipicidad de la conducta. Ello así, por cuanto no es posible concebir la existencia de un ilícito penal sin la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Si el titular del bien jurídico “libertad sexual”, aprueba y consiente en tener relaciones sexuales con otra persona, esto es, en expresar su voluntad de tomar una decisión en sentido positivo en materia sexual, disponiendo libremente de lo que es su propio interés (bien jurídico), entonces no existe delito sexual, por cuanto, aquí, el consentimiento juega un rol excluyente de la tipicidad penal. En los delitos de abusos sexuales –como ha puesto de relieve Cerezo Mir-, el consentimiento excluye el ataque a la libertad sexual y, con ello, la tipicidad de la conducta<sup>5</sup>. Consentimiento

---

<sup>5</sup> Conf. CEREZO MIR José, *Derecho penal*, parte general, pags. 648, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008. Con igual opinión, ROXÍN Claus, *Acercas del consentimiento en el derecho penal*, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vázquez, pags. 261, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007, al decir, “cuando una mujer consiente en el acto sexual, la conducta del hombre no puede ser típica de una violación”. CASAS BARQUERO Enrique, *El consentimiento en el Derecho penal*, Córdoba, 1987, pags. 31 y sig.: “Existen figuras delictivas en las que junto a la existencia de un bien jurídico se protege la libertad de disposición (por ej., en el hurto, la violación o el allanamiento de morada); en otros delitos, es precisamente la libertad de disposición misma la que constituye el bien jurídico, esto es, la libertad de la persona, sin más (por ej. detenciones ilegales, coacciones, delitos contra la libertad en general). En estos supuestos, sin hay conformidad, es decir, falta oposición del sujeto pasivo con la realización de la conducta

y libertad son dos componentes que se implican entre sí, no se pueden separar. El uno depende del otro.

El consentimiento para el acto sexual debe prestarse con anterioridad o simultáneamente a su realización y para un acto determinado, y ha de prevalecer su validez en el momento del inicio de la acción<sup>6</sup>. No es válida penalmente la ratificación o la prestación de un consentimiento conferido después de la acción<sup>7</sup>. De todos modos, el consentimiento otorgado originalmente bajo ciertas y determinadas condiciones debe mantenerse bajo las mismas circunstancias durante toda la relación sexual, algo que nos parece, hoy por hoy, que debiera estar fuera de toda discusión<sup>8</sup>.

Con ello se quiere decir que, si el agente avanza hacia otros actos sexuales no autorizados (por ej., le han sido permitidos besos y caricias y el sujeto activo, sin el correspondiente permiso, accede carnalmente a su pareja; o, en una relación originalmente consentida con la protección de un preservativo, pero durante el acto sexual el autor se lo quita subrepticamente, sin conocimiento y acuerdo de su pareja), deberá ser responsabilizado por el último acto realizado, sin perjuicio de las dificultades probatorias que se presentarían en un caso de estas características,

---

descrita, no se realiza el tipo de delito. Desaparece así la lesividad de la conducta. La existencia de delito supone el que haya de irse o actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y su libre ejercicio, no dándose, por el contrario, cuando la voluntad del sujeto pasivo no resulta atacada. Así, ..., no puede configurar el delito de violación si la mujer mayor de doce años consiente en la habitación, ni hay delitos de abusos deshonestos cuando se tolera el acto impúdico". ACALE SÁNCHEZ María, *Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma*, quien expresa que "Al ser la libertad sexual un bien jurídico de carácter disponible, el consentimiento es una causa de atipicidad", disponible en dialnet-delitos-sexuales-8199320-PDF. En un mismo sentido, SUÁREZ RODRÍGUEZ Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, pags. 313 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995. Igualmente, SOLER Sebastián, *Tratado de Derecho penal*, parte especial, 6ta. edición actualizada (actualizador Jorge Eduardo BUOMPADRE), Tomo I, pag. 409, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022, quien sostuvo que "el consentimiento -dentro de su esfera de validez- le quita al acto consentido su contenido de ilicitud en un sentido objetivo".

<sup>6</sup> Conf. CASAS BARQUERO Enrique, *El consentimiento en el derecho penal*, pag. 83, Córdoba, 1987.

<sup>7</sup> Conf. POLAINO NAVARRETE Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, N° 19, pag. 346, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

<sup>8</sup> Claramente, cuestionando el slogan "no es no" -considerándolo hoy en día sin ningún sentido- Norberto J. DE LA MATA BARRANCO nos dice "Lo importante es que se manifieste el SI, un sí, además, que se mantenga mientras dure la relación" (*Derecho penal, principios, interrogantes y reflexiones*, pag. 210, Comares Editorial, Granada, 2022).

situaciones que deberían, también, ser meritadas en cada asunto en particular, en el plano de la realidad, especialmente en los casos de *stealthbing*<sup>9</sup>.

La prestación del consentimiento no es trasladable ni intercambiable, implica –eso sí– un acto afirmativo o aprobatorio de una conducta, pero siempre es revocable. Si bien cada país es soberano en establecer sus propias reglas, entre nosotros hay consenso en que puede ser otorgado en forma expresa o tácita, pero no presunta<sup>10</sup>. En suma, lo único importante en Derecho penal –volviendo a Cerezo Mir–, es si el consentimiento constituye una expresión de la libertad de decisión de la persona<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Esta práctica, conocida con el término anglosajón *stealthbing* (que significa sigilosamente, ocultamente), consiste en quitarse el preservativo durante el curso de la relación sexual o no ponérselo simulando hacerlo, sin el consentimiento de la otra persona. Esta práctica plantea cuestiones que no se pueden analizar aquí exhaustivamente, pero sí podemos señalar que existen opiniones encontradas, tanto en doctrina como en jurisprudencia, en el sentido de considerarla una agresión o un abuso sexual no consentido (por el retiro del preservativo sin conocimiento de la otra parte) o bien un delito de violación por la concurrencia de una penetración no consentida sin preservativo, dándose una afectación de la libertad sexual de la persona que ha prestado el consentimiento inicial para mantener una relación sexual condicionada al uso de preservativo; pero, están aquellos que piensan, contrariamente, que no se trata de una relación sexual forzada (por la concurrencia de un consentimiento inicial), sino una conducta sexual no querida por quien prestó el acuerdo inicial, opinión que sugiere la no intervención del derecho penal (no habría violencia, intimidación, abuso ni engaño). De todos modos, nos parece que tal vez lo más conveniente para abordar el tratamiento de esta práctica desde un punto de vista punitivo, de *lege ferenda*, sería analizar la conveniencia de tipificarla directamente como delito, con una penalidad proporcional a la gravedad del injusto (como, por ejemplo, se ha hecho en algunos países con el *sexting* o difusión de imágenes o videos de contenido sexual sin consentimiento), o, por el contrario, reenviarla al derecho civil por las posibles consecuencias que resultan perjudiciales para la mujer, como por ejemplo un embarazo no deseado, un trauma psicológico o el contagio de alguna enfermedad (Confr., por todos, GARCÍA María Fernanda, Complejidades del “no es no”: un análisis del *stealthbing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal, disponible en palermo.edu).

<sup>10</sup> Confr. CREUS Carlos, *Derecho penal*, parte general, 5ta. edición, pags. 302 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003; GONZÁLEZ Ramón Luis, *Derecho penal*, parte general, pags. 318 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018; RIGHI Esteban, *Derecho penal*, parte general, pags. 191 y sigs., LexisNexis, Buenos Aires, 2008; CORTÉS DE ARABIA Ana María, *Causas de justificación*, en *Derecho penal*, parte general, Libro de Estudio (varios autores), Dir. Carlos J. Lascano, pag. 459 y sig., Advocatus, Córdoba, 2002.

<sup>11</sup> Conf. CEREZO MIR José, *Derecho penal*, parte general, pags. 651, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

Si entendemos que la “libertad sexual” es el bien jurídico prevalente en los abusos sexuales, sean sus titulares mayores o menores de edad, y lo definimos como el “*derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual*”; vale decir, como la manifestación del “*derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad*”, la cual se ve amenazada, naturalmente, en el preciso momento en que un tercero involucra a otra persona en un contexto sexual sin su consentimiento<sup>12</sup>, debemos convenir en que, a partir de la reforma de la ley 25.087 de 1999, la interpretación de los abusos sexuales no debe ser la misma que se sostenía por la doctrina tradicional en los albores del Código penal. Los cambios, como veremos, han sido significativos.

Es verdad que, en la actualidad, existe un cierto consenso de que el bien jurídico protegido en estos delitos es la libertad sexual de los individuos, pero, también lo es que, este consenso se rompe cuando, en la relación sexual, intervienen menores o incapaces, hablándose en estos casos de intangibilidad o indemnidad sexual, de modo que -frente a esta situación- la consigna sería la siguiente: en casos de mayores de edad, existe libertad sexual que proteger, porque se trata de personas con autonomía para tomar decisiones acerca de su vida sexual; en casos de menores de edad o incapaces, por el contrario, no existe libertad sexual que proteger, porque estas personas no están en condiciones de expresar libremente un consentimiento, ni abrigar concepción alguna, cultural o valorativa, acerca de la sexualidad, ni, finalmente, poseer capacidad para autodeterminarse en la vida sexual (serían personas, para este sector de opinión, que carecen de autonomía para tomar decisiones en materia de sexualidad). Por lo tanto, en estos casos, hay que hablar de intangibilidad o indemnidad sexual<sup>13</sup>.

Dicho de otro modo, si toda esta problemática tuviera relación únicamente entre personas adultas, o bien entre personas mayores de 13 años de edad, la cuestión

---

<sup>12</sup> Conf. BUOMPADRE Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal*, parte especial, Tomo 1, pag. 369, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009. Ibidem, *Derecho penal, parte especial*, 3ra. edición, pags. 187 y sig., Editorial ConTexto, Resistencia (Chaco), 2021. SOLER Sebastián, *Tratado de Derecho penal, parte especial* (actualizador Jorge Eduardo BUOMPADRE), 6ta. edición, Tomo 2, pag. 405, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022.

<sup>13</sup> En nuestra doctrina AROCENA Gustavo A., enseña que, en estos casos de menores de 13 años de edad, el bien jurídico protegido es el derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas, destacando que en la figura prevista en el 2do. párrafo del art. 130 CP, se trata de la intangibilidad o indemnidad sexual (conf. *Sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual*, disponible en [pensamiento.com.ar](http://pensamiento.com.ar)).

se reduciría simplemente a determinar si el acto sexual fue la consecuencia de una situación de violencia, amenaza, engaño o cualquier otro tipo de coerción o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, pues –como es sabido- a partir de los trece años el menor deja de ser sujeto vulnerable para la ley penal en materia sexual (o, al menos, carente de madurez sexual) y su consentimiento libremente prestado tiene plena validez para el acto sexual de que se trate. Con otros términos, a partir de dicha edad, el menor adquiere plena libertad para determinarse con autonomía en sus preferencias y decisiones en materia de sexualidad.

El problema se presenta en menores de trece años de edad, pues el legislador en estas situaciones etarias ha consagrado en el artículo 119, 1er. párr. CP, una presunción *iuris et de iure*, negándoles a dichos menores capacidad para consentir o autodeterminarse en materia sexual, por lo que siempre existirá un delito sexual cuando el acto sexual sea llevado a cabo con un menor de esa edad, aun cuando el agente activo “no haya abusado de él”.

Esta normativa -como se puede apreciar- encierra al menor en un callejón sin salida, pues le prohíbe toda relación sexual con terceras personas, presumiendo que no tiene la edad, la capacidad ni la madurez necesarias (o suficientes) para conducirse y tomar decisiones libremente en su vida sexual, aunque, por supuesto, reúna algunas de estas condiciones en el caso concreto.

Pero, claro está que, para los casos de mayores de trece años de edad pero menores de dieciocho, aun cuando en estos supuestos estemos ante menores que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, la libertad sexual de la que disponen es una libertad sexual a medias pues, en algunas hipótesis son objeto de una protección extraordinaria (¿protección o perjuicio?) a través del delito de estupro<sup>14</sup>, mientras que en otras directamente no disponen de libertad para mirar una revista con imágenes pornográficas o para asistir a un espectáculo pornográfico<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Art. 120 CP, cuyo texto contiene -como en otros ordenamientos, por ej. España e Italia-, una cláusula de cierre que se conoce como “cláusula de asimetría” o de “Romeo y Julieta”, consistente en destipificar la conducta cuando entre el menor y el adulto existe una leve o similar diferencia de edad, justificándose el castigo sólo cuando se presenta la hipótesis que se encuentra descripta en el precepto con la oración “en razón de la mayoría de edad del autor”. Confr. RIBAS Eduardo Ramón, *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, pag. 228, Aranzadi, Navarra, 2013. Véase nuestra opinión respecto a esta cuestión en *Tratado de derecho penal*, cit., pags. 439 y sig.

<sup>15</sup> Confr. nuestra opinión al respecto en *Tratado de derecho penal*, cit., pag. 491



(art. 128 CP), proponiéndose en estos casos, para justificar el castigo, una afectación (o probable afectación) de la indemnidad o la intangibilidad sexual del sujeto pasivo.

Sin embargo, a poco de analizar toda esta problemática, se puede afirmar que en cualquiera de estos supuestos (mayores o menores de edad), el bien jurídico en juego es la libertad sexual, como trataremos de comprobar en lo que sigue.

Pero antes, conviene subrayar que el Código penal, por un lado, en modo alguno, hace mención a la indemnidad e intangibilidad sexuales como bienes jurídicos tutelables (ni en menores ni en mayores de edad) como, por ejemplo, sucedió con la reforma española impulsada por la LO 11/1999, de 30 de abril, que reemplazó la rúbrica “Delitos contra la libertad” del Título VIII -incorporada por la reforma de 1995-, por la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, regresando nuevamente a su anterior denominación, “Delitos contra la libertad”, por obra a la reciente reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en cuya exposición de motivos, por un lado, se pone énfasis en la libertad sexual de los “menores y de personas con capacidades diferentes”, acentuándose como valor protegido, la dignidad y el derecho al desarrollo de la personalidad de los mismos y, por otro lado, se recoge la crítica doctrinaria, dejándose de lado la cuestionada indemnidad o intangibilidad sexuales como bienes jurídicos protegidos en casos de menores de edad y enajenados.

Sin perjuicio de las diferentes opiniones relativas al bien jurídico en estos delitos que se observa en la penalística contemporánea<sup>16</sup>, nos parece que puede ser posible que, tanto la indemnidad como la intangibilidad sexuales, caracterizadas por la existencia de situaciones en las que el sujeto pasivo tiene derecho a estar “libre de todo daño o perjuicio” o “libre de ser tocado sexualmente”, sean vulnerados por una conducta sexual abusiva, pero, en cualquier caso, lo que importa no son las consecuencias que pudieren causar estas conductas (que no hacen al tipo de injusto), sino si el sujeto pasivo ha tenido o no, en el caso particular, libertad de disposición del bien jurídico del que es titular, por cuanto, pese a tratarse de delitos de peligro o

---

<sup>16</sup> Véase en detalles la diversa opinión doctrinaria entre nosotros, en AROCENA Gustavo A., *Ataques a la libertad sexual*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015; FIGARI Rubén E. (varios autores), *Código penal*, parte especial, La Ley Thomson Reuters, Tomo I, pags. 463 y sig., Buenos Aires, 2021. VILLADA Jorge Luis, *Delitos sexuales y trata de personas*, 3ra. ed., pags. 3 y sig., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017. BUOMPADRE Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho penal*, parte especial, 3ra. ed. actualizada, Tomo I, pags.365 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

de pura actividad, siempre habrá de ser necesario, a los fines de la configuración típica, la concurrencia de actos físicos de tocamiento (porque no es suficiente la mera involucración del cuerpo de la víctima en una acción de contenido sexual) y, además, de que este tipo de acciones implicarán, la mayoría de las veces, la probabilidad de daño en el marco de una conducta sexual abusiva, bastando esa probabilidad para que se tenga por perfeccionado el delito, circunstancias que ponen de relieve la inutilidad de concebir aquéllos pronósticos de daño (bajo la rúbrica indemnidad o intangibilidad) sexuales como el bien jurídico protegido en estas situaciones, porque siempre estará en juego -aún bajo la concurrencia de ciertos recaudos a determinar en cada caso en particular, como veremos más adelante-, la libertad sexual de los menores e incapaces.

La búsqueda de respuestas en torno de las diferentes cuestiones que se presentan sobre la problemática del bien jurídico en abusos sexuales, fundamentalmente de menores e incapaces, requiere que hagamos un análisis de toda la temática desde una doble perspectiva, dogmática y constitucional. Desde un enfoque dogmático, una vía de solución la encontramos en el propio tipo de injusto previsto en el 1er. párrafo del artículo 119 del Código penal y; desde un enfoque constitucional, bajo una mirada específica de que la libertad sexual -como una parcela directa de un sector de la libertad individual- es un derecho fundamental del individuo (mayor o menor de edad), que impone que los tipos penales en cuestión se adapten a las exigencias de la Constitución nacional.

Desde una perspectiva constitucional, debemos partir de una premisa básica: que la libertad sexual es -como se tiene dicho- antes que nada, libertad, es decir, independencia de la voluntad, capacidad de determinación espontánea, en el ámbito de la sexualidad<sup>17</sup>. La libertad sexual no es sino una expresión, un segmento, de la libertad en general (libertad en ejercicio), circunscripta al desarrollo y capacidad evolutiva de la propia sexualidad.

La libertad sexual no presupone el ejercicio de un derecho diferente a otras manifestaciones de la libertad generalmente considerada. A lo sumo, se podría sostener que, de existir una mayor lesividad valorativa, nos encontraríamos con un injusto superior, de mayor gravedad, pero el contenido siempre habrá de ser el

---

<sup>17</sup> Conf. ORTS BERENGUER Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch Alternativa, pags. 24 y sig., Valencia, 1995. Ibidem, ORTS BERENGUER Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, No. 34, pag.17, Valencia 2001.

mismo en relación con las formas de ataque al bien jurídico, debido -precisamente- a que no todo ataque a la libertad sexual de un individuo, configura, por tal motivo, un delito sexual.

Existen formas de ataque que, si bien implican un atentado contra la libertad sexual de una persona, no por ello necesariamente deben encajar en un tipo penal de los recogidos en el Título III. Imaginemos un ejemplo: el sujeto A pretende mantener una relación sexual consentida con el sujeto B, pero un sujeto C le prohíbe llevar a cabo esa relación bajo amenaza de proferirle un castigo (por ej. el padre que le prohíbe a la hija mantener relaciones sexuales consentidas con su novio, bajo amenaza de imponerle un castigo) o el ejemplo que nos brindan Morales Prats y García Albero, de aquel padre que, al sorprender a su hijo mayor de edad masturbándose en el baño, le obliga intimidatoriamente a abandonar su placentera actividad<sup>18</sup>, ejemplos que ponen de relieve claramente de que se pone en evidencia una lesión a la libertad sexual de los sujetos involucrados, pero no se trata de conductas configurativas de un delito sexual sino, en todo caso, de un delito de coacción, como un atentado contra la libertad individual de aquellos, con lo cual queda suficientemente demostrado que no todo atentado contra el querer consiente de una persona en el ámbito de su sexualidad, configura un delito sexual.

Con lo que se acaba de exponer, se pone de manifiesto en que no es suficiente con un atentado al bien jurídico para tener por concretado lo punible, sino que es necesario verificar -aunque esta exigencia pareciera algo obvio- la concurrencia de un “acto sexual”, esto es, una conducta con la que su autor involucra a otra persona en un contexto sexual (Diez Ripollés), es decir, en un ámbito específico y determinado por un contenido de sexualidad, del cual habrá de surgir (algo que se verá en cada caso en concreto) si la acción sexual encuadra o no en un delito sexual, analizando la concurrencia de cada uno de los elementos configurativos de cada tipo de injusto.

### **III.- Solo sí es sí, no es no**

Frente a las diferentes perspectivas de análisis del bien jurídico libertad sexual que se han ensayado en la doctrina -que no son, lógicamente, definitivas ni concluyentes- pareciera que la libertad sexual se ve amenazada, sólo y cuando la

---

<sup>18</sup> Conf. MORALES PRATS Fermin y GARCIA ALBERO Ramón, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Gonzalo Quintero Olivares, Director), pag. 232, Aranzadi Editorial, Navarra 1996.

persona dice “no” (rechaza, repele) a la pretensión del sujeto activo, negativa que, si bien se puede manifestar en forma directa o indirecta, a través de acciones materiales, gestos, etc., también puede ocurrir la negativa frente a un silencio, por cuanto el silencio, en ciertas situaciones, debe interpretarse como una manifestación de voluntad contraria (por ej. en casos de climas o ámbitos hostiles, intimidatorios o humillantes, por lo general en ambientes laborales o empresariales, o por miedo al agresor).

El silencio nunca puede ser entendido como prestación del consentimiento para el acto sexual, por cuanto ello implicaría una modalidad de consentimiento presunto, no aceptado entre las formas de consentimiento que derivan de la interpretación de la normativa en vigor. Esto es verdad, pero también lo es que es suficiente con que el sujeto pasivo manifieste su negativa al acto sexual, sin mengua de otras actitudes, porque si dice “sí”, obviamente, nada habría que discutir<sup>19</sup>. Resulta impensable un consentimiento negativo.

---

<sup>19</sup> De VICENTE MARTÍNEZ Rosario -analizando el delito de violación y otros actos de naturaleza sexual-dice que lo que debe calificar la violación no es la presencia o no de violencia o intimidación, no es la mayor o menor resistencia de la víctima, sino la ausencia o falta de consentimiento de esta para el contacto sexual, tal y como lo demanda el Convenio de Estambul, que deja claro que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación de libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”...la violación es una, es sexo no consentido, bastando la oposición verbal...lo fundamental es que la víctima no haya consentido el acto, ya sea porque haya dicho expresamente “no”, haya manifestado su oposición verbal o gestualmente, y sea porque no haya tenido la posibilidad material de expresar su rechazo, lo que sucederá por ejemplo, en las actuaciones sorpresivas” (*El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción, en La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España* -Patricia Faraldo Cabana y María Acale Sánchez, Directoras-, pags. 204 y sig., Tirant lo Blanch Alternativa, No. 91, Valencia 2018). Esta postura se ha adoptado en algunos fallos del TPIY (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, creado por el Consejo de Seguridad de la ONU, 10/12/1998), v.gr. en sentencia “Kunarac”, en la que se dijo, respecto del delito de violación, que el *actus reus* del mismo ya no reside en la «coacción, fuerza, o amenaza del uso de fuerza», sino en la ausencia de consentimiento: «en la cual dicha penetración ocurre sin el consentimiento de la víctima. La víctima debe dar su consentimiento para que se lleven a cabo estos propósitos de forma voluntaria, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho» (párr. 460). La resolución *Kunarac* fue revisada por la Sala de Apelaciones que reafirmó lo resuelto en esta última en torno a la falta de consentimiento como elemento clave. Así, sostuvo que la fuerza no es un elemento *per se* en la violación sino uno de los factores que viciarían el consentimiento de la víctima, pues considerar lo contrario podría permitir a los perpetradores evadir su responsabilidad por una actividad

Hoy por hoy, en los casos de violencia sexual, ya no es necesario acreditar en el proceso -como fue entendido durante décadas por la doctrina y jurisprudencia tradicionales en nuestro país-, la concurrencia de fuerza o intimidación (o, en su caso, la resistencia de la víctima), a fin de determinar si hubo o no violación, sino que lo

---

sexual no consensuada aprovechándose de circunstancias coercitivas sin que se aprecie fuerza física. La relevancia de todo esto reside en que se abandona la idea de que todas las relaciones sexuales sin fuerza o amenaza del uso de la fuerza son consensuadas y se entiende que el delito de violación puede constituirse sin la concurrencia de estas (conf. ALTUZARRA ALONSO Itziar, *El delito de violación en el código penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional*, disponible en [revista.estudios.revistas.deusto.es](http://revista.estudios.revistas.deusto.es)). Ver, asimismo, ÁLVAREZ GARCÍA Francisco Javier, en *Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 25-r3, 2023. Entre nosotros, en sentido similar se ha pronunciado el Juzgado Penal de Niños y Adolescentes, de la ciudad de Paraná (Entre Ríos), en el caso "G.T.E S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", Legajo N° 13410-F° 178, de 12 de mayo de 2021 (disponible en [pensamientopenal.com.ar](http://pensamientopenal.com.ar)), en el que se dijo: "...el consentimiento es una aceptación inequívoca y voluntaria para hacer una cosa o dejar que se haga. Se entenderá que una persona "ha consentido" en mantener una relación sexual si ha aceptado en forma libre y voluntaria mantener dicha relación. Sin consentimiento, la actividad sexual (cualquiera sea el modo, tales como el sexo oral, tocar los genitales y la penetración vaginal o anal) es una agresión sexual. El consentimiento debe ser dado libremente, sin presiones, manipulaciones engaños, amenazas, fuerza o violencias. No se puede brindar consentimiento si está inconsciente, dormida o dormido o en un estado mental alterado, por ejemplo, bajo los efectos del alcohol o las drogas. Tampoco el consentimiento pueden brindarlo las personas menores de trece (13) años de edad. Toda actividad sexual con una persona cuya edad esté por debajo de ese límite se presume, sin admitir prueba en contrario (jure et de jure), que fue realizada sin su consentimiento. En otras palabras, el consentimiento de la víctima - por debajo de esa edad- es irrelevante para la consumación de la conducta típica. Asimismo, el consentimiento contempla situaciones específicas. Se puede consentir una cosa y no otra. Decir que sí a algo, como por ejemplo practicar sexo oral, no significa aceptar otras prácticas, como sexo con penetración. O aceptar tener relaciones sexuales con preservativo, no habilita a una parte a sacárselo sin el consentimiento de la otra. Consentir tener sexo vía vaginal, no habilita a practicarlo por otra vía diferente a la consentida. Y es muy importante remarcar que el consentimiento siempre es reversible. El consentimiento se puede retirar en cualquier momento. Tampoco se presume. Nunca debe darse por sentado, por ejemplo, por el hecho de haber mantenido relaciones sexuales anteriormente, por el estilo de vida de una persona, o por la ropa que se use. El consentimiento siempre se debe comunicar con claridad. El silencio no es consentimiento. Por lo tanto, no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima".

que se debe comprobar es la falta de consentimiento al acto sexual. La ausencia de resistencia u oposición de la víctima no basta, por sí sola, para entender que existió consentimiento, aun cuando en cada caso en concreto se pudiera analizar la concurrencia o no de estos elementos, pero, insistimos, no se trata de elementos dirimientes en la configuración del delito. Será tarea de la acusación acreditar, mediante una investigación seria, profunda, exhaustiva, si existió o no en el caso concreto consentimiento y, naturalmente, si fue prestado en forma libre y voluntaria, por cuanto, en cualquier caso, se debe dejar en claro que todo acto sexual realizado con otra persona sin su consentimiento, libre y voluntariamente prestado, equivale a violencia sexual.

En cualquier caso, el principio constitucional de la presunción de inocencia, limpiaría el proceso plagado de impurezas por la existencia de una situación de insuficiencia probatoria, la que se daría si la responsabilidad que se atribuye al agresor -como la concurrencia de consentimiento por parte de la víctima- no está lo suficientemente clara como para sostener una calificación de certeza (en lo fáctico y en lo jurídico), circunstancia que haría operar al principio *in dubio pro reo* como obstáculo constitucional a la condena. En suma, la carga de la prueba corresponde al acusador, no al acusado, y lo que deberá probarse (nunca el hecho violento deberá ser objeto de presunción) es que, en las circunstancias modales de la violencia sexual objeto de investigación, no existió consentimiento por parte de la presunta víctima.

#### **IV.- Una mirada constitucional**

Sin perjuicio de la postura que se sostenga acerca de las distintas vertientes que matizan el concepto de libertad sexual, nos preguntamos ¿Qué queremos decir cuando se habla de analizar toda la problemática que plantea el bien jurídico y el consentimiento en estos delitos, desde una perspectiva constitucional? Con ello se quiere significar que no sólo los mayores de edad tienen libertad sexual en ejercicio, sino que también los menores, y otras personas con discapacidad, también la tienen.

Sin embargo, en la interpretación del artículo 119 del Código penal -sea en su texto anterior como en el actual- se sigue manteniendo una interpretación automática del mismo que conduce, irremediablemente, a un severo castigo a toda relación sexual mantenida con un menor de 13 años, aun cuando no hubiere mediado abuso, violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. En suma, cuando no existió una

conducta sexual abusiva, de la que se pudiere pronosticar eventuales perjuicios en la vida futura del menor.

El castigo en estas situaciones implicaría una desviación del orden constitucional vigente, no solo por concurrir una transgresión del principio de legalidad, sino porque este mismo orden constitucional es el garante de que la imposición de la pena lo sea en un proceso justo<sup>20</sup>.

Cuando la Constitución declara que todos somos iguales ante la ley (art. 16), ciertamente no se está excluyendo a estos ciudadanos del amparo de tal garantía, sino todo lo contrario, están también comprendidos bajo el paraguas protector del orden jurídico.

Sin embargo, se ha afirmado que sólo podría haber ejercicio de tal libertad, cuando concurren en estas personas ciertas y determinadas condiciones, esto es, una capacidad suficiente para comprender la trascendencia del acto que llevan a cabo. Dicho de otro modo, debe darse en estos sujetos facultades cognoscitivas y volitivas aptas para valorar la importancia de sus actos. De lo contrario, implicaría una incapacidad de autodeterminación (ausencia de autonomía) en la vida sexual.

En virtud de ello, se niega la existencia de libertad sexual en las personas con trastornos mentales o menores de cierta edad (Contieri, Carmona Salgado, Muñoz Conde, González Rus, Monge Fernández, Bustos Ramírez, Cobo del Rosal, De la Fuente, Figari, etc.<sup>21</sup>), afirmándose la invalidez total del consentimiento que pudieren prestar en el marco de una relación sexual, circunstancia que ha empujado a un sector de la doctrina a añadir a la libertad sexual la intangibilidad o indemnidad sexual, aunque algunos autores han ensayado la tesis de que, en estos casos, habría que sostener que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, pero una libertad en potencia, *in fieri*<sup>22</sup>, que vendría a ser lo mismo que ausencia de libertad sexual en

---

<sup>20</sup> Conf. PÉREZ DEL VALLE Carlos, *Lecciones de Derecho penal*, parte general, 7ma. Edición, pag.48, Dykinson S.L., Madrid, 2023.

<sup>21</sup> Por todos, confr. SUÁREZ RODRIGUEZ Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, pags. 51 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

<sup>22</sup> Así, MORALES PRATS Fermín y GARCIA ALBERO Ramón, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Gonzalo Quintero Olivares, Director), pag. 229, Aranzadi Editorial, Navarra 1996.

determinado momento de la vida de la persona, toda vez que una libertad sexual *in fieri* es una libertad que no existe ni puede ejercerse.

En el marco de este esquema, se presenta, entonces, el siguiente escenario en torno de estos individuos con capacidades diferentes:

a) Gozan de libertad sexual, pero la ley presume *iuris et de iure* que no están facultados para ejercerla, por lo que tal libertad sexual sólo puede ser dañada a través de una ficción normativa (por caso, el menor de 13 años en la dicción del art. 119 CP);

b) No gozan de libertad sexual porque carecen de una determinada capacidad de conocimiento y volición para comprender el sentido y alcance de sus actos; por lo tanto, el bien jurídico protegido no será la libertad sexual sino la intangibilidad o indemnidad sexual.

Vemos entonces que, en dicho esquema, cualquiera sea la postura que escojamos, las consecuencias prácticas son las mismas: estas personas con capacidades diferentes (menores, enajenados, etc.) no tienen libertad sexual, o porque normativamente se ha creado una ficción en ese sentido, o porque valorativamente no pueden tenerla.

¿Cómo se podría resolver esta suerte de acertijo en el que nos encierra el artículo 119 del Código penal?, pues, creemos que recurriendo a la Constitución nacional y a los principios informadores del Estado de Derecho.

Como es sabido, estos principios tienen su fuente normativa en varias disposiciones constitucionales que nos sugieren un punto de partida para encontrar la solución que consideramos correcta: el artículo 16 CN establece que en este país “*todos somos iguales ante la ley, sin que sean admisibles prerrogativas algunas de sangre ni de nacimiento*”. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclama en el artículo 3 el “*derecho de todo individuo a la libertad*”, y en el artículo 7 el “*derecho a ser iguales ante la ley, sin discriminación alguna*” y, en un mismo sentido, se decantan las Convenciones internacionales sobre DDHH incorporadas a la Constitución (art. 75.22 CN).

No obstante, la existencia de este marco normativo, garantizador de la igualdad de trato y de protección de la ley a todas las personas, hay que tener en cuenta que -en algunos casos y situaciones especiales- el Estado puede adoptar ciertas cautelas frente a ciudadanos con capacidades diferentes, para evitar,



precisamente, que sean manipulados o instrumentalizados por terceros. Es por tal motivo que el legislador ha introducido en el artículo 119 CP, entre otros elementos típicos, que el autor “abuse” de la situación disminuida o condición de vulnerabilidad por la que atraviesa el sujeto pasivo, ya sea por su pertenencia a un rango etario determinado, o bien por alguna otra discapacidad específica.

Es evidente que la introducción al tipo penal de un elemento específico catalizador del obrar del autor, ha sido para guiar al intérprete en el sentido de que la nueva fórmula no sólo ha conformado un nuevo paradigma desde el punto de vista ideológico, sino que ha dado una señal muy clara acerca de una nueva interpretación del tipo de injusto en los casos de relaciones sexuales con menores de 13 años de edad o con discapacidades especiales.

Reparemos en que el texto actual del artículo 119 no dice -como en el texto derogado- “...el que tuviere acceso carnal...con un menor de 12 años...”, sino que dice:

“El que *abusare sexualmente* de una persona cuando ésta fuera menor de 13 años...”.

Si esto no se entendiera de este modo y sostuviéramos que aquella no fue la voluntad del legislador, entonces se hubiera dejado las cosas como estaban y continuar con la vieja fórmula: la interpretación automática del anterior artículo 119 (presunción *iuris et de iure* del consentimiento) en casos de menores de 12 años (hoy 13) de edad. Pero, si se introdujo un cambio, se debe entender que es, no solo porque algo cambió, sino porque el legislador tuvo, al decidir una reforma, una clara voluntad de cambio.

Este cambio -como veremos seguidamente- fue fundamental para imponer un nuevo paradigma en torno de la interpretación del tipo de injusto en conexión con el bien jurídico protegido, en situaciones especiales de menores de edad y de enajenados.

## **V.- Minoridad y consentimiento**

Como regla general debemos convenir en que, el consentimiento que pudiere prestar la víctima del delito sexual, cualquiera sea la edad o condición (dimensionados, por supuesto, en cada caso en particular), no sólo es posible sino también válido, y el Derecho penal solamente podría intervenir cuando dicho

consentimiento aparezca viciado por la acción de un tercero que abusa de la capacidad cognoscitiva y volitiva disminuidas en el sujeto pasivo. Pero, en cualquier caso, siempre bajo el auspicio de la verificación del acto sexual abusivo en cada caso en particular, por cuanto, por ejemplo, no es la misma situación que se presenta, naturalmente, en los casos de niños/as de 6 u 8 años de edad, que en niños/as de 12 o 13.

Desde una perspectiva constitucional, creemos que, en modo alguno, el ejercicio de la libertad en general, y de la libertad sexual en particular, puede estar condicionada -como principio general-, a la existencia o inexistencia de capacidades diferentes en las personas y que, por consiguiente, no sea la libertad sexual el bien jurídico protegido en estos casos sino la intangibilidad e indemnidad sexual del sujeto pasivo. Todos somos iguales ante la ley y todos somos acreedores de una libertad sexual practicable libre y voluntariamente con quien nos plazca. Los niños, niñas y adolescentes también (art. 16/19 CN; art. 24, CADH; arts. 1 y 3, Ley 26.061/05; arts. 22/30 CCyCN).

Si partiéramos de la base de que para el ejercicio de las diferentes manifestaciones de la libertad, fuera necesario reunir una cierta condición (de una capacidad cognoscitiva y volitiva normal o media), el menor de 13 años de edad y el enajenado no sólo no podrían gozar de su libre elección ni tomar decisiones en materia sexual, sino que tampoco podrían gozar de otros enunciados de la libertad, como por ejemplo la libertad ambulatoria o de movimiento, la ideológica, de expresión, religiosa o de ciertas aptitudes éticas o morales hacia la vida. Esta restricción importaría un patente contrasentido al exigir para el ejercicio de la libertad sexual contar con una condición o capacidad determinada, y no exigir a esa misma persona cuando obre en el marco de otras manifestaciones de la libertad, por ejemplo, cuando decide llevar a cabo una conducta inocua, como por ejemplo sería tomar un helado, practicar un deporte, ir a la plaza a pasear el perrito o a jugar con amigos, por cuanto la relación sexual también puede constituir una relación inocua para el menor y no necesariamente perjudicial, esto es, sin consecuencias futuras por el solo hecho de tratarse de una relación sexual.

Hay que reconocer, desde luego, que estos derechos no son absolutos, sino que pueden ser objeto de limitaciones cuando colisionan con otros derechos o intereses constitucionalmente garantizados. Este conflicto normativo puede producir, ciertamente, que la libertad sexual en determinadas ocasiones pueda ser limitada o restringida, e incluso anulada. Pero, aun así, se estará frente a una colisión de normas cuando se verifique, en cada caso en particular, que la relación sexual

“incide negativamente” en la vida presente y futura de la persona. Si esto no sucede o si no hay posibilidad de que suceda, entonces el hipotético conflicto desaparece y la libertad sexual debe primar.

En esta dirección, subraya González Agudelo que *“si se quiere ser consecuente con la nueva concepción de los derechos del niño o joven, emanada de la CDN, el respeto a su autonomía y la promoción de esta, debe ser la prioridad en aquellas situaciones en las que es posible argumentar que las decisiones adoptadas por el niño o joven son consecuencia de la madurez exigible, en el caso concreto, también en materia de derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva. Solamente, cuando esta madurez no sea suficiente, o se dude al respecto, entrará en escena el sistema de protección arbitrado por el respectivo ordenamiento jurídico, que define los sujetos, los contenidos y los procedimientos, para velar y decidir en sustitución de la voluntad del niño o joven atendiendo al interés superior del menor, que debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del Niño. En cualquier caso, la evaluación y la determinación de este interés deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos”*<sup>23</sup>.

La obligada abstinencia sexual que implica la intimidación penal en ciertas circunstancias (especiales en personas con capacidades diferentes) sólo podría ser aceptable en tanto y en cuanto la acción sexual produzca efectos nocivos en la vida de la persona o afecten su dignidad o el libre desarrollo futuro de su personalidad, bienes que también están comprometidos (en forma mediata) en situaciones de conductas sexuales abusivas.

---

<sup>23</sup> Conf. GONZÁLEZ AGUDELO Gloria, *La sexualidad de los jóvenes: Criminalización y consentimiento (art. 183 quáter del Código penal)*, Tirant lo Blanch Delitos, No. 163, pags. 49 y sig., Valencia, 2021. En páginas 119 y siguientes de esta misma obra, dice “nosotros abogamos por reconocer autonomía a los adolescentes/jóvenes para emitir un consentimiento sexual válido, atendiendo diferentes elementos...”, continuando con lo siguiente “el mero requisito de la edad, como requisito legal, no puede ser excluyente y discriminatorio, por tanto, aun sería posible comprobar si la decisión es fruto de la autonomía progresiva del niño o joven y, si es admisible constitucionalmente, pues, el legislador puede regular el ejercicio del derecho, pero no anularlo”...para concluir “por tanto, de forma general, para todo el colectivo...es posible argumentar a favor de la validez del consentimiento de los jóvenes, si se cumplen los requisitos legales... y de manera específica, si el interés del adolescente/joven, interpretado constitucionalmente, con todas las cautelas necesarias, permite deducir que el ejercicio del derecho en el caso concreto, es consustancial al libre desarrollo de su personalidad. Esto es, la presunción es *iuris tantum*”.

Es evidente que con la reforma del '99, el legislador propuso un cambio de 180 grados en la interpretación del delito de abuso sexual (antiguo abuso deshonesto), pues -como se puso de relieve-, abrió una puerta a una cierta actividad sexual de los enajenados (y menores de cierta edad) con otras personas, al exigir para la configuración del delito que el sujeto “abuse del estado o situación de aquellos” y, siendo este el propósito del legislador, mal puede hablarse de la intangibilidad sexual de dichas personas (al menos de algunas de ellas)...por ello, si bien el Estado rodea de cautelas la actividad sexual de estas personas, esa tutela cualificada no supone pronunciamiento alguno sobre su libertad sexual. De hecho, no se les prohíbe la masturbación, ni mantener relaciones sexuales con otros menores o incapaces<sup>24</sup>.

Frente a este nuevo escenario que se presenta con la reforma de la Ley 25.087 -al incorporar la conducta abusiva como elemento central del tipo de injusto-, se debe admitir que el legislador ha generado, de *lege lata*, la probabilidad cierta y real de conceder relevancia al consentimiento de menores e incapaces, desplazando la vieja presunción *iuris et de iure* del texto original por una presunción *iuris tantum*, que obliga a comprobar, en cada caso en particular, la existencia de incapacidad en estas personas<sup>25</sup>. De lo contrario, deberíamos preguntarnos ¿Qué cambió, entonces, con la reforma?

Recordemos que la capacidad de las personas, en nuestro ordenamiento, es la regla, la incapacidad es la excepción, con las limitaciones establecidas en el artículo

---

<sup>24</sup> Conf. ORTS BERENGUER Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, No. 34, pags. 19 y sig., Valencia 2001. Ya, en su día, sostenía esta postura SUÁREZ RODRIGUEZ Carlos, en *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi Editorial, pag. 55, Pamplona, 1995, quien decía que “el recurso a la intangibilidad sexual no explica satisfactoriamente la protección que, sin duda, merecen los colectivos de personas a que nos estamos refiriendo (aludía a menores y enajenados). Ciertamente, esos individuos son sexualmente intangibles, pero también lo son el resto de personas no afectadas por tales circunstancias, lo cual invalida dicho planteamiento por distinguir donde no debe distinguirse. En cualquier caso, esa pretendida intangibilidad se desvirtúa un poco, en lo que a nuestra regulación se refiere, a partir de la reforma que introdujo la LO 3/1989 de 21 de junio, pues se ha abierto la puerta a una cierta actividad sexual de los enajenados al exigir para la configuración del delito, que el sujeto activo *abuse* de esa situación de inferioridad intelectual. Siendo ese, lo cual elogiamos, el propósito del legislador, mal puede hablarse ahora de intangibilidad sexual de esas personas” (destacado del autor).

<sup>25</sup> Esta doctrina, que venimos sosteniendo desde antes de la reforma de la Ley 25.087, fue acogida favorablemente por el Tribunal Oral Penal de la ciudad de Paso de los Libres (Corrientes), en autos C.F.A. s/abuso sexual con acceso carnal una vez reiterado (dos hechos) en concurso real, MJ-JU-M-118347-AR, de 15/04/2019.

24 CCyCN, que dispone, claramente, que son incapaces de ejercicio, entre otros motivos, la “*persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente...*”, con lo que se plasma el concepto de autonomía progresiva, reconociendo al niño como un sujeto de derechos; en todo caso, las limitaciones deben probarse, pues las restricciones sólo son posibles en beneficio del menor de edad (arts. 22 y 31 CCyCN)<sup>26</sup>.

De aquí que no resulte para nada aconsejable, en un Estado Constitucional de Derecho, interpretar ciertos tipos penales a través de presunciones absolutas, *iuris et de iure* -que conducen a una aplicación automática de la norma-, que impidan toda indagación acerca de la verdadera capacidad (de ejercicio) de la persona en una actividad sexual determinada, por cuanto resulta ciertamente imposible de determinar *a priori* si la relación sexual con el menor o el enajenado va a influir o no negativamente en su vida futura. Esta protección absoluta de estas personas en sus relaciones sexuales no necesariamente debe ser negativa por ese sólo hecho, esto es, por tener 13 años o menos o padecer alguna incapacidad específica, lo que ha hecho decir a un sector de la doctrina que tamaña protección estatal no siempre tiene efectos positivos debido a que, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, puede favorecer el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre el particular, hay que recordar que la Observación General n° 20 del Comité de los Derechos del Niño (CDN), de 2016, señala que “...*los Estados deben respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna. Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades...*”

<sup>27</sup> Conf. MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 12 ed., pag.197, Valencia, 1999. En los casos de personas privadas de razón o de sentido -subraya este autor en la ed. 23 de esta obra-, que se presume que no tienen capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libremente. Tal presunción queda desvirtuada, sin embargo, si se demuestra en el caso concreto que el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual...para evitar una interpretación demasiado objetivista -dice- se exige que, además, el sujeto activo “abuse” del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este “abuso” exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso. Con ello, se deja una posibilidad a las relaciones sexuales con personas con discapacidad necesitadas de especial protección, siempre que no se dé la situación de “abuso” de esa incapacidad (conf. *Derecho penal, parte especial*, 23 ed., pags. 232 y sig., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021).

Para que la conducta sexual sea punible -en casos de mayores o menores de 13 años de edad, por cuanto la situación de menores de 16 años que se describe en el art. 120 CP, la cuestión etaria es distinta a la de los abusos del artículo 119 CP-, debe ser *abusiva* de las capacidades diferentes del sujeto pasivo, de manera que si el autor no ha abusado (o no se ha aprovechado de la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo), su conducta es atípica, circunstancia que permite inferir claramente que la interpretación automática de la norma, a partir de una presunción absoluta *iuris et de iure* (que supone, hipotéticamente, ausencia de libertad sexual), es claramente inconstitucional por cuanto, por un lado, tiene por existente una situación de incapacidad que puede no existir en el caso concreto (recordemos que actualmente los menores son sujetos de derecho; la capacidad -como se dijo- es la regla, la incapacidad la excepción), presunción que contradice, al mismo tiempo, el artículo 26 del CCyCN y, por otro lado, se separa de todo tratamiento de la conducta típica -el abuso sexual- elemento central del tipo de injusto que, no solamente debe concurrir en el acto sexual, sino que también debe ser objeto de comprobación en cada caso en particular. En suma, una presunción que produce una notoria afectación de la libertad sexual del sujeto que padece, arbitrariamente, la limitación a su derecho.

Una interpretación del tipo penal, en casos de menores de 13 años, priorizando o dando prevalencia a una presunción absoluta de ausencia de consentimiento en materia sexual (aun cuando haya sido prestado libre de violencia, intimidación o engaño), sólo podría haber tenido cierta coherencia lógica (aunque ciertamente discutible) en los tiempos del derogado artículo 119 CP, según el cual para que la conducta sexual sea ilícita era suficiente que se la lleve a cabo con un “menor de 12 años”. El texto actual, a diferencia, exige además de la minoridad límite del sujeto pasivo (13 años) que la conducta sexual haya sido abusiva de la incapacidad del mismo, conducta que -como ya se dijo- debe ser comprobada en cada caso en concreto, situación que se advierte claramente con el precepto actual, cuyo elemento central ya no es, como antes, el acceso carnal, sino la conducta abusiva del sujeto activo, al establecer “...cuando *mediando las circunstancias del 1er. párrafo*, hubiere acceso carnal por cualquier vía...” (art. 119.3 CP).

Piénsese en una acción sexual entre dos menores, uno de 12 años y el otro de 14 o 16 años de edad (más allá de lo que establece el régimen penal de menores). Si esto no se entendiera de esta manera, nos deberíamos preguntar ¿Para qué el legislador exigió en el sujeto activo una conducta sexual abusiva de la incapacidad del sujeto pasivo si, por imperio de la presunción legal absoluta del antiguo régimen,

era suficiente para penalizar la conducta que la víctima sea menor de 12 años (hoy 13) de edad?

Este sistema de regulación de la sexualidad de las personas en el antiguo régimen, especialmente de menores y enajenados, se mostraba excesivamente rígido, pues impedía a dichos menores mantener relaciones sexuales de cualquier naturaleza con terceros, aun cuando éstos sean también menores de edad<sup>28</sup>. Sin embargo, la reforma de la Ley 25.087 de 1999, vino a cambiar este estado de cosas.

La sola sustitución de la rúbrica legal (honestidad por integridad sexual), ha sido claramente indicativa de que la interpretación de los tipos penales cuya protección se anunciaba con la mencionada rúbrica, no debería ser la misma que la del antiguo régimen<sup>29</sup>.

La reforma indicó un camino, un faro a seguir en la interpretación de estos delitos, pues se dejaba en el pasado la connotación moral que guiaba la interpretación y aplicación de los tipos de injusto por los tribunales de justicia, recurriendo a la herramienta de la honestidad, para dar paso a una glosa elaborada bajo el manto de

---

<sup>28</sup> Una crítica similar al sistema del Código penal español de 1995, puede verse en RIBAS Eduardo Ramón, *Minoría, sexo y Derecho penal*, pags. 194 y sig., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2013.

<sup>29</sup> Este cambio en las costumbres o hábitos sexuales de la sociedad no ha sido patrimonio único de la sociedad argentina, sino que fue un fenómeno de transformación en buena parte del mundo occidental, como pone de relieve José Agustina en lo concerniente a España, cuando destaca que "... el derecho penal sexual ha sufrido en las últimas décadas una fuerte e intensa sacudida fruto de los progresivos cambios socio-culturales vividos desde la revolución sexual de los años sesenta del siglo pasado. Y, en el vértice de dichos cambios, la función vertebradora del consentimiento se ha visto significativamente propulsada por el movimiento feminista y la perspectiva victimológica que, junto a la liberalización sexual de las costumbres, han venido generando un movimiento social de defensa de la seguridad de las mujeres en el ejercicio de sus libertades. Muy atrás quedan ya aquellos tiempos en los que el delito sexual reprimía ataques contra la propiedad del padre o marido o contra el honor de la mujer que mantenía (forzada) relaciones sexuales extramatrimoniales. El bien jurídico protegido sufrió un cambio significativo y, desde la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, la rúbrica del viejo Título IX «de los delitos contra la honestidad» dio paso a la de «delitos contra la libertad sexual» (AGUSTINA José R., *Prólogo a la obra colectiva Comentarios a la Ley del "solo sí es sí"*. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2023, disponible en researchgate.net)

la libertad individual, la igualdad y la no discriminación de quienes decidieran optar por un proyecto de vida sexual compatible con sus propias preferencias personales.

Esta nueva concepción implicó una transformación de gran calado, toda vez que la libertad sexual pasaba a constituir un bien jurídico predicable para todas las personas, mayores o menores de edad, por igual, en iguales circunstancias, con sus propias matizaciones, verificables en cada caso en particular. Por este cambio, el menor de 13 años dejó de ser un “inhabilitado” normativamente para mantener una relación sexual con un tercero <sup>30</sup>.

La exigencia de la conducta abusiva como acción típica punible puso, asimismo, de manifiesto, el reconocimiento legislativo de que la mera relación sexual con un menor de 13 años de edad, de un lado, no afecta ni pone en peligro su dignidad y, de otro lado, carece de una incidencia negativa para el desarrollo de su vida sexual futura. Por ello, la inexistencia de abuso pasó a implicar con la reforma - y así debe entenderse hoy día- la inexistencia de delito, sea el sujeto pasivo un menor o un mayor de 13 años de edad, con la salvedad de las circunstancias modales que surjan de cada caso en particular.

Hoy se debe analizar la problemática del bien jurídico y del consentimiento en los delitos sexuales, particularmente en el caso de menores de edad, desde una visión dinámica de la vida, comprensivo de un esquema analítico y contextual que abarque, no solo las nuevas normas del CCyCN, de la Constitución nacional (CDN y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos) y de las leyes de género, sino también la nueva formulación que de estos delitos introdujo el legislador con la reforma de la Ley 25.087 de 1999, especialmente en el campo de los abusos sexuales previstos en los artículos 119 y 120 del Código penal.

En función de este nuevo escenario normativo, ya no es posible seguir considerando al menor de edad como un “objeto” que debe ser protegido por el Estado a todo costo, en una suerte de visión paternalista -hoy insostenible-, de los derechos, sino como un “sujeto de derecho”, con autonomía y capacidad para tomar decisiones respecto de algunas cuestiones que atañen, no sólo a su cuerpo y a su

---

<sup>30</sup> De lo contrario, se hubiera seguido un modelo similar al sistema implementado por el legislador español en la reforma de 1995 que, para terminar con las discusiones (que no han finalizado, ciertamente), agregó como rúbrica del Título VIII -de corto tiempo de vigencia- la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, que en modo alguno se trató de una solución acertada.



salud, atendiendo a las etapas evolutivas de su desarrollo vital, sino también respecto de decisiones concernientes a su sexualidad.

El artículo 119 del Código penal, en su nueva redacción -contrariamente al texto del régimen derogado-, establece una presunción *iuris tantum* de incapacidad de los menores de trece años para consentir una relación sexual, de manera que, si bien no se requiere la prueba de alguna proximidad etaria del adulto -porque no lo exige el tipo de injusto-, sí se debe acreditar en el proceso (prueba que, naturalmente, deberá estar a cargo del Ministerio Público Fiscal) la falta de capacidad del sujeto pasivo para consentir el acto sexual de que se trate.

Hoy, debemos entender -fundamentalmente desde el derecho penal- que el niño es una persona “capaz” de ejercer sus derechos, no un incapaz cuya capacidad debe ser objeto de prueba en un proceso judicial. No, el niño es, conforme las nuevas normas del derecho privado -que deben ser recogidas por el derecho penal-, un sujeto de derecho con capacidad de ejercicio por sí mismo, conforme con su desarrollo evolutivo que se determine en cada caso en particular. En todo caso, objeto de prueba debe ser la conducta sexual abusiva, no la existencia de capacidad en el sujeto pasivo.

El Derecho penal tiene autonomía para tipificar como delito una acción sexual con un menor de 13 años de edad, pero lo que no puede hacer es sancionar esa conducta por considerar a ese menor como una persona incapaz (absoluto), por cuanto para el orden jurídico, ese menor es una persona con capacidad de derecho y de ejercicio. El menor de edad es menor de edad, tanto para el derecho civil como para el derecho penal. Por lo tanto, resultaría un contrasentido que una persona menor de edad sea considerada capaz para el derecho civil y esa misma persona no lo sea para el derecho penal.

Desde la perspectiva del derecho privado, las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional (art. 31.b CCyCN) y así también debe entenderse desde el derecho penal. La persona menor de 13 años, para nuestro ordenamiento, es una persona capaz, es decir, con autonomía para tomar decisiones por sí misma; esa es la regla general en materia de capacidad de las personas; por lo tanto, no puede ser considerada, por el derecho penal, una persona incapaz para prestar un consentimiento válido en materia sexual por el solo hecho de no haber cumplido 13 años de edad. En todo caso, la incapacidad se habrá de determinar en cada caso en concreto.

Dicho con otros términos, no basta con verificar solamente la edad del menor -recurriendo a su partida de nacimiento- para determinar la existencia o no de consentimiento -como ocurría en tiempos del texto derogado- sino que se debe indagar cada caso en concreto a fin de determinar -aun presumiendo su capacidad-, por un lado, el grado de madurez y desarrollo evolutivo del menor y, por otro lado si ha prestado el consentimiento libre de toda violencia, intimidación o fraude, vale decir, si el hecho se materializó no en un mero acto sexual sino en un “acto sexual abusivo”. La sola constatación de la edad de la víctima para tener por consumado delito, sin que se haya acreditado una conducta sexual abusiva, implicaría un exceso de penalización de acciones sexuales que podrían llevarse a cabo entre adolescentes, precisamente lo que se intentó evitar con la reforma de la Ley 25.087.

Después de la reforma del '99, los delitos sexuales previstos en el artículo 119 del Código penal, se han desprendido del encorsetamiento que implicaba la edad del menor como límite automático del consentimiento en materia sexual, que rigió durante la vigencia del texto derogado.

Actualmente se debe entender que, de un sistema de incapacidad absoluta del menor en razón de la edad (*iuris et de iure*, del antiguo régimen) se ha pasado a un sistema de incapacidad relativa (*iuris tantum*), que debe ser verificada en cada caso en particular. Si el menor de 12 años cumplidos ha comprendido el sentido y alcance del acto sexual realizado y la conducta sexual no fue abusiva (por ejemplo, por inexistencia de algún elemento que revele notoria desigualdad -asimetría etaria muy notoria, o de poder-, o por aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, etc.) entonces la relación sexual llevada a cabo no puede configurar ningún delito sexual<sup>31</sup>.

Con arreglo a la normativa hoy vigente en Argentina, ya mencionada, la capacidad del menor debe dimensionarse en función de la edad, el grado de madurez y el nivel de comprensión respecto de los actos que lleva a cabo, debiéndose sumar la prueba de la conducta abusiva en cada caso en concreto. La incorporación del

---

<sup>31</sup> En esta dirección, UNICEF tiene dicho que “La edad mínima de consentimiento sexual es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual... Las normas internacionales no indican cual debe ser la edad mínima de consentimiento sexual. El Comité de la CDN consideró los 13 años “muy joven”. Sin embargo, la edad debe evitar el exceso de penalización de las conductas de los y las adolescentes e impedir el acceso a los servicios. En conformidad, se debe respetar la autonomía progresiva del niño/niña y no se debe ajustar demasiado alto. También se debe tener en cuenta la diferencia de edad entre las parejas involucradas, como un indicio del equilibrio del poder en la pareja y abordar los casos en que dos adolescentes menores de edad están involucrados” (disponible en [unicef.org](http://unicef.org)).

abuso como conducta sexual punible ha desplazado a la incapacidad absoluta para consentir que preveía el antiguo régimen para los menores de 12 (hoy, 13) años de edad.

Si así no se entendiera la voluntad del legislador del '99, una interpretación contraria del artículo 119, implicaría olvidar que la reforma de la Ley 25.087 tuvo su origen en la idea (materializada en una realidad sociocultural distinta a la que se vivía en la sociedad en 1921) de que, desde aquellos años a esta parte, algo había cambiado en la visión de la sexualidad de los individuos, generándose un cambio cultural que, evidentemente, se patentizó con la reforma del Título III del Código penal. De lo contrario ¿Por qué cambiar?

En este sentido, se tiene dicho que, a partir de la reforma (del CCyCN), la edad no mide el desarrollo físico y psíquico del menor, sino que solo sirve como punto de aproximación y debe necesariamente complementarse con la valoración de sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para determinar su capacidad para ejercer cada acto. El requisito normativo se ha vuelto mixto: la edad y la madurez suficiente <sup>32</sup>.

Un análisis contextual del ordenamiento jurídico -que abarca las normas del CCyCN (arts. 19 a 32 y ss) y de las Convenciones Internacionales incorporadas a la CN-, permite inferir que la incapacidad del menor o del enajenado no debe presumirse por el solo hecho de tener menos de trece años de edad, sino que, en todo caso, tal situación debe ser probada en cada caso en particular, pudiéndose afirmar, en consecuencia, que la conducta sexual del sujeto activo solo será típica en la medida que tenga potencialidad negativa (de causación futura) o incidencia nociva

---

<sup>32</sup> Conf. MARTINEZ Melina Maluf, *Capacidad de niños y adolescentes para el ejercicio de los derechos de la personalidad en el nuevo sistema de derecho privado argentino*, 31/10/2018, [pensamientocivil.com.ar](http://pensamientocivil.com.ar). Respecto del sistema legal español (que no difiere mucho del nuestro, porque España también aprobó la Convención de los Derechos del Niño), destaca GONZALEZ AGUDELO Gloria, que el orden jurídico sigue partiendo de la presunción legal de vulnerabilidad estructural de todos los sujetos menores de 18 años, asumiendo una visión paternalista de los derechos, y desconociendo la capacidad del menor maduro para adoptar o participar en las tomas de decisiones relevantes que le afecten, sustituyendo, en casi todos los casos, su consentimiento por el del tutor -con contadas excepciones, quien se presupone, actúa siempre en su interés superior. DE esta forma, se configura la institución de la protección como central en la respuesta a esa vulnerabilidad presumida, convertida en minoridad, esto es, en incapacidad (conf. *La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código penal)*, Tirant lo Blanch Delitos, No. 163, pags. 44 y sig., Valencia, 2021).

para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, circunstancia sólo cuantificable y verificable en cada caso en concreto, en el que se compruebe que el menor o el enajenado han sido instrumentalizados por el sujeto activo, vale decir, cuando se ha aprovechado de las limitaciones o incapacidades cognoscitivas y volitivas de la víctima a fin de obtener su consentimiento para el acto sexual. Sólo de este modo podría justificarse la intervención del derecho penal.

Con arreglo al sistema jurídico en vigencia, el niño tiene capacidad de derecho y, como principio general, capacidad de ejercicio, con la salvedad de las limitaciones que impone el propio orden jurídico; por lo tanto, posee aptitud para actuar por sí mismo en la vida de relación<sup>33</sup>, de acuerdo con las prescripciones convencionales en vigor. Esta aptitud para valerse o tomar iniciativas por sí mismo, en forma autónoma, puede verse afectada –como se ha puesto de relieve– por la inmadurez y la insanidad mentales, situaciones que generan de que el ejercicio de los derechos del menor quede en cabeza de sus representantes legales (art. 24 CcyC)<sup>34</sup>

Por lo tanto y priorizando la normativa convencional-constitucional –aun cuando en ciertas situaciones el derecho penal se distancie de categorías o conceptos propios de otras disciplinas– entendemos que la edad –como hemos repetido varias veces– no puede ser el único elemento que determine la ilicitud o no de una relación sexual con un menor de trece años (se trata sólo de un factor indicativo u orientativo), sino que, además de la “conducta abusiva” requerida por el propio tipo penal (art. 119)<sup>35</sup>, se deberá ponderar, en cada caso en particular, el grado de

---

<sup>33</sup> CONTE-GRAND Julio, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial* (Sánchez Herrero Andrés, Director; Sánchez Herrero Pedro, Coordinador), T.1, parte general, pags. 342 y sig., La Ley, 2016.

<sup>34</sup> Conf. CONTE-GRAND Julio, *op.cit.*, pag. 344.

<sup>35</sup> La “conducta abusiva” –como requisito imprescindible del tipo objetivo del delito de abuso sexual, ha implicado, según nuestro ver, una derogación implícita de la presunción *iuris et de iure* de la antigua redacción del art. 119 (anterior a la reforma de la Ley 25.087), de modo que la nueva redacción permite considerar la presunción relativa al consentimiento como *iuris tantum*, esto es, que se admite la posibilidad de probar en el respectivo proceso judicial no solamente la incapacidad de ejercicio del menor de trece años (in-existencia de un desarrollo aceptable de la personalidad y grado de madurez suficiente como para comprender el acto realizado), sino la inexistencia de una “acción abusiva” por parte del agente activo, ya sea por la falta de una situación asimétrica etaria muy lejana entre los sujetos (de difícil medición y no necesariamente conclusiva y definitiva), o bien por la ausencia de aprovechamiento o manipulación del menor, convencimiento a través de engaño u otros artificios, interferencia de otras personas, sorpresa, prevalimiento, instrumentalización del menor, etc.

desarrollo y madurez del niño<sup>36</sup>, respetándose de tal manera su derecho fundamental a autodeterminarse –autónomamente- en la vida sexual.

## **VI.- Bibliografía**

- ACALE SÁNCHEZ María, Tratamiento penal de la violencia sexual: la forma más primaria de violencia de género, en La Manada. Un antes y un después de la regulación de los delitos sexuales en España (Patricia Faraldo Cabana y María Acale Sánchez: Directoras), Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 2018.
- ACALE SÁNCHEZ María, Delitos sexuales: razones y sin razones para esta reforma, disponible en [dialnet-delitos-sexuales-8199320-PDF](#).
- AGUSTINA JOSE R., Prólogo a la obra colectiva Comentarios a la Ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2023, disponible en [researchgate.net](#)
- ALTUZARRA ALONSO Itziar, El delito de violación en el código penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional, disponible en [revista.estudios.revistas.deusto.es](#).
- ÁLVAREZ GARCÍA Francisco Javier, en Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 25-r3, 2023.
- AROCENA Gustavo A., Ataques a la libertad sexual, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015.
- BUOMPADRE Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, parte especial, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.
- BUOMPADRE Jorge Eduardo, Derecho penal, parte especial, 3ra. edición, Editorial ConTexto, Resistencia (Chaco), 2021.
- BUOMPADRE Jorge Eduardo, Delitos de odio. Un ataque a la igualdad, a la tolerancia y a la no discriminación, Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2023

---

<sup>36</sup> Situaciones que habrán de determinarse en cada caso en concreto, merced al auxilio de las ciencias auxiliares (medicina, psiquiatría forense, pericias psicológicas, etc.).

- CERESO MIR José, Derecho penal, parte general, IBdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
- CORTÉS DE ARABIA Ana María, Causas de justificación, Derecho penal, parte general, Libro de Estudio (varios autores), Dir. Carlos J. Lascano, Advocatus, Córdoba, 2002.
- CREUS Carlos, *Derecho penal*, parte general, 5ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- DE LA FUENTE Javier E., Abusos sexuales, Tipos Delictivos No.2, (Director, Sandro Abraldes), Hammurabi, Buenos Aires, 2021.
- DE LA MATA BARRANCO Norberto J., Derecho penal, principios, interrogantes y reflexiones, Comares Editorial, Granada, 2022.
- FARALDO CABANA Patricia y ACALE SÁNCHEZ María (Directoras), La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 2018.
- FARALDO CABANA Patricia, Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, Reformas Penales en la Península Ibérica: ¿A «jangada de pedra»? , Colección de Derecho penal y Procesal penal (Jornadas, Cádiz, 2020), Boletín Oficial del Estado, Madrid 2021, disponible en boe.es
- FIGARI Rubén E. (varios autores), Código penal, parte especial, La Ley Thomson Reuters, Tomo I, pags. 463 y sig., Buenos Aires, 2021.
- GARCÍA María Fernanda, Complejidades del “no es no”: un análisis del *stealthbing* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal, disponible en palermo.edu
- GARCÍA ÁLVAREZ Pastora y CARUSO FONTÁN Vivian (Dir.), Coordinación, Rodríguez Ramos Marta (Coord.), La perspectiva de género en la Ley del “solo sí es sí”. Claves de la polémica, Ed. Colex SL, A Coruña, 2023.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Contra la nueva regulación de los delitos sexuales, Diario del Derecho, 29/09/2022, disponible en iustel.com
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Prólogo a la trigésima edición del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2022.
- GONZÁLEZ AGUDELO Gloria, La sexualidad de los jóvenes: criminalización y consentimiento (art. 183 quater del Código penal), Tirant lo Blanch Delitos, No. 163, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ Ramón Luis, Derecho penal, parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.

- JAÉN VALLEJO Manuel, Una visión jurídica y crítica sobre la Ley del “sí es sí”, disponible en [confilegal.com](http://confilegal.com)
- JAÉN VALLEJO Manuel, Consentimiento, medios de comisión y prueba en los delitos contra la libertad sexual, disponible en [Interjuezes.es](http://Interjuezes.es)
- JAÉN VALLEJO Manuel, La otra cara de la Ley del “solo sí es sí”: la protección a la víctima no puede alterar la valoración probatoria, *El Cierre Digital*, 15/02/2023, disponible en [elcierredigital.com](http://elcierredigital.com)
- LASCURAIN Juan Antonio, Las huellas de la manada, disponible en [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org)
- MAGRO SERVET Vicente, La nueva Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de delitos sexuales: la reforma de la reforma, de 28/04/2023, disponible en [diariolaley.laleynext.es](http://diariolaley.laleynext.es)
- MANZANARES SAMANIEGO José Luis, El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, disponible en [diariolaley.laleynext.es](http://diariolaley.laleynext.es)
- MARCO FRANCIA María Pilar, Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima, con especial referencia al caso de “la manada”, en *La Manada. Un antes y un después de la regulación de los delitos sexuales en España* (Patricia Faraldo Cabana y María Alcalé Sánchez: Directoras), Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 2018.
- MARTINEZ Melina Maluf, Capacidad de niños y adolescentes para el ejercicio de los derechos de la personalidad en el nuevo sistema de derecho privado argentino, 31/10/2018, [pensamientocivil.com.ar](http://pensamientocivil.com.ar).
- MORALES PRATS Fermín y GARCIA ALBERO Ramón, Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Gonzalo Quintero Olivares, Director), Aranzadi Editorial, Navarra 1996.
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho penal, parte especial, 12 ed., Valencia, 1999
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho penal, parte especial, 23 ed., Valencia, 2021.
- ORTS BERENGUER Enrique, Delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995.
- ORTS BERENGUER Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, No. 34, Valencia 2001.

- PERAMATO MARTÍN T. (2022), El consentimiento sexual. Eliminación de la distinción entre abuso y agresión sexuales Propuestas normativas Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, Lecciones de Derecho penal, Parte general, 7ma. ed., Dykinson, Madrid, 2023.
- POLAINO NAVARRETE Miguel, El injusto típico en la teoría del delito (presentación: Jorge Eduardo BUOMPADRE), MAVE Ediciones, Corrientes, 2000.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut), Curso de Derecho Penal, parte general, Cedes Editorial, Barcelona, 1997.
- RIBAS Eduardo Ramón, Minoría de edad, sexo y Derecho penal, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- RIBAS Eduardo Ramón y FARALDO CABANA Patricia, “Solo sí es sí”, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL, 2020, disponible en [revistas.usc.gal](http://revistas.usc.gal)
- RIGHI Esteban, Derecho penal, parte general, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS José E., Sistema de Derecho Penal, parte especial, (Dirección: Lorenzo Morillas Cueva), 4ta. edición, Dykinson S.L., Madrid 2021.
- SOLER Sebastián, Tratado de Derecho penal, parte especial (actualizador: Jorge Eduardo BUOMPADRE), 6ta. edición, Tomo 2, Editorial Astrea, 2022.
- SUÁREZ RODRIGUEZ Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995
- TRAMONTANO Luigi, *Codice penale spiegato*, Quattordicesima Edizione, Celt CasaEditriceLaTribuna, Piacenza, 2014.
- VILLADA Jorge Luis, Delitos sexuales y trata de personas, 3ra. ed., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017.
- VIVES ANTÓN Tomás S., Prólogo, en Delitos contra la libertad sexual de Enrique ORTS BERENGUER, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995.