

## LOS DELITOS DE ÍNDOLE SEXUAL Y SU FORMULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL

Por Rubén E. Figari

Sumario: I) *Introducción* - II-) *Nomenclatura del Título* - III) *De los tipos en particular*- III-I) *“Relación sexual contra la voluntad”*- IV) *Agravantes* -IV- I) *Grave daño a la salud física o mental* - IV-II) *Parentesco y vínculo con la víctima* - IV-III) *Víctima menor de diez años* - IV-IV) *Calidad funcional del sujeto activo* - V-) *Supresiones* - V-I-) *Portador de una enfermedad de transmisión sexual grave* - V-II-) *Pluralidad de personas y armas* - V-III) *Menor de dieciocho años en convivencia preexistente* - VI) *“Acción de contenido sexual”* - VI-I) *Agravantes* - VII-) *Supresiones* - VII-I) *Abuso sexual gravemente ultrajante* - VII -II) *Estupro* - VII-III) *Muerte de la persona ofendida* - VIII-) *Promoción o facilitación de la prostitución de menores de dieciocho años* - IX-) *Promoción o facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años* - X-) *Rufianería* - XI-) *Trata de personas de menores de dieciocho años* - XII-) *Trata de personas de mayores de dieciocho años* - XIII-) *Producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas con menores de dieciocho años* - XIV-) *Supresiones* - XIV-I) *Promoción y facilitación de la corrupción* - XIV-II) *Exhibiciones obscenas* - XIV-III) *Privación de la libertad con propósitos sexualmente abusivos (rapto)* - XV-) *Avenimiento* - XVI-) *Supresión* - XVI-I) *Reglas aplicables a la complicidad secundaria* - XVII-) *Colofón*

### I) **Introducción**

La gran mayoría de los autores que hemos abordado puntualmente el estudio de las modificaciones introducidas al Código Penal por la ley 25.087 (B.O. 14/05/99) (Adla LIX – B, 1484) referidas a los “Delitos contra la integridad sexual” - Libro II, Título III – formulamos variadas críticas que fueron desde la supresión de las rúbricas de los capítulos <sup>(1)</sup>, pasando por la denominación del título <sup>(2)</sup> y lo que el bien jurídico protegía <sup>(3)</sup> hasta el análisis crítico de cada norma que componían el título en cuestión.-

---

<sup>1</sup> “Con relación a la supresión *de las rúbricas* de los Capítulos no nos parece un acierto, ya que la multiplicidad de materias que consideran los distintos tipos, impone la necesidad de mantener la sistematización, según los modos de ataque a la integridad sexual o en su defecto reemplazarlos por otros, pero no dejarlos innominados, lo cual se aparta del sistema del Código Penal argentino y arroja por la borda una parte del trabajo de la dogmática argentina...”(Cfme. Gavier Enrique A., “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 17); “Ese yerro fácilmente podría haber sido evitado mediante la consigna, como rúbrica de cada uno de esos capítulos, del aspecto de la integridad sexual que se protege en cada uno de ellos” (Cfme. Arocena Gustavo, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 20); “Particularmente creemos que la eliminación de todos los capítulos en que se dividía el título referido a los delitos sexuales responde a la mala técnica legislativa...” (Cfme. Edwards Carlos, “Delitos contra la libertad sexual”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 10); “Esta reforma niega la separación del título en capítulos, lo que de suyo incomoda el entendimiento a quienes hemos sido formados en una tradición que en la especie respetó el verbo de cada figura distribuyendo las acciones para una mejor y sistemática contención...” (Cfme. Parma Carlos, “Delitos contra la libertad sexual”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 23/24); Laje Anaya Justo – Gavier Enrique, “Notas al Código Penal Argentino. Actualización a la primera edición”, Ed. Lerner, Córdoba, 2000, p. 328; Antecedentes Parlamentarios (Ley 25.087). “Delitos contra la integridad sexual”,

A la vista del Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal redactado por una Comisión Especial bajo la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (de ahora en más Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N.) se podrá apreciar, en un somero análisis, si se ha avanzado o no en esta temática tan sensible a la sociedad y por ende, materia de suma importancia para delinear una política criminal al respecto. Lamentablemente, el mismo no cuenta con una Exposición de Motivos – al menos no ha llegado a mis manos al momento de este trabajo – que podría ser útil para la comprensión y motivación que han tenido los proyectistas para adoptar determinadas posiciones y explicaciones respecto al cuerpo legal consistente en la reforma de la Parte General y la Parte Especial.-

## **II-) Nomenclatura del Título.**

En el Libro I bajo el Título V en el Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. figura la nomenclatura “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”. Es decir, que se ha preservado el término “integridad” del código vigente agregándosele – “y” – el término “libertad”, todo ello referido al concepto “sexual”.-

Ya el vocablo “integridad” había suscitado alguna polémica entre los autores, pues desde la acepción lingüística significa “entero, completo, que no faltan partes, probo, desinteresado”, lo que llevó a decir a Carreras que la expresión “delitos contra la integridad sexual” es un despropósito, pues el vocablo en su segunda acepción expresa “cualidad de una persona íntegra, recta, honesta; por lo tanto la nueva rúbrica no aclara nada sobre cuál es el bien jurídico: en otras palabras, se agregó “sexual” al término honestidad (disfrazado con el vocablo “integridad”)”<sup>(4)</sup>.-

Para Edwards el nombre correcto que debía llevar este título es el de los delitos contra la “libertad sexual” teniendo en cuenta que lo que se intenta proteger es la libertad de determinación en materia sexual<sup>(5)</sup>.-

---

Ed. La Ley, 1999, N° 5, p. 1624 (Exposición del senador Yoma); Estrella Oscar A., “De los delitos sexuales”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 24); “Entre otras modificaciones sustanciales, la ley eliminó la división de título en capítulos” (Cfme. Donna Edgardo, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 9, nota 1); “... La ley, sólo derogó “las rúbricas de los capítulos...” corrige Reinaldi Víctor F., “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087”, Segunda edición actualizada con Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Extranjera, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 24; Figari Rubén, “Delitos de índole sexual. Doctrina Nacional actual”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, ps. 24/28 entre otros.

<sup>2</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 39)

<sup>3</sup> Idem (ob. cit. ps. 39/46) Se analizan las posiciones de todos los autores.

<sup>4</sup> Carrera Eduardo R., “Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 25.087”, LL 2000-C-1059

<sup>5</sup> Edwards Carlos (ob. cit. p. 7)

Creus consideraba que en tren de sugerencias hubiese sido preferible seleccionar un rubro que designase una figura básica de la que los demás tipos pueden considerarse emanaciones, al menos, sino por su naturaleza, por imperio de la ley, como lo hace, por ejemplo, el Código Penal francés, que emplea el rubro genérico “ De las agresiones sexuales” (6).-

Donna asimila el término “integridad sexual” al de “libertad sexual” de la persona mayor de dieciocho años, y el libre desarrollo de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de otra persona, con capacidad para consentir y menos aún en quien no lo puede hacer (7).-

Pandolfi cuestiona el nombre de la rúbrica y sugiere como más adecuado la nómima de “delitos sexuales” o “delitos contra la autodeterminación sexual” (8).-

Tenca considera que debió titularse lisa y llanamente “delitos contra la libertad sexual” tal como lo designa el Código Penal español de 1995 (9).-

Otros autores, tales como Parma entienden que el término “integridad sexual” resguarda la libertad en su proyección hacia la sexualidad y la integridad física, psíquica y espiritual de la persona, valores supremos, de proyección institucional (10). Gavier estima que se protege la reserva sexual (11). Clemente también se inclina porque el término en cuestión – “integridad sexual” – abarca una faz específica de la libertad individual (la libertad sexual) sea tomada desde un punto de vista positivo o negativo (reserva sexual) (12). Reinaldi considera que se protege el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o no y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces no pueden manifestar válidamente su consentimiento (13). En idéntica forma se expresa Arocena (14). Buompadre se inscribe en la idea referida al

---

<sup>6</sup> Creus Carlos, “Delitos sexuales según la ley 25.087” JA 1999-III-807/15

<sup>7</sup> Donna Edgardo (ob. cit. p. 12)

<sup>8</sup> Pandolfi Oscar, “Delitos contra la integridad sexual (Ley 25087)” Ed. La Roca, Buenos Aires, 1999, p. 21

<sup>9</sup> Tenca Adrián, “Delitos Sexuales”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 14 y sgtes.

<sup>10</sup> Parma Carlos (ob. cit. p. 20)

<sup>11</sup> Gavier Enrique (ob. cit. p. 18)

<sup>12</sup> Clemente José L. “Abuso sexuales”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 26

<sup>13</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 36)

<sup>14</sup> Arocena Gustavo (ob. cit. p. 28)

concepto de libertad personal, de modo que la denominación “libertad sexual” es la más acorde con el bien jurídico protegido <sup>(15)</sup>.-

D'Alessio sostiene que la idea de “integridad sexual” resulta más adecuada por ser más amplia que la libertad sexual y por ello abarcadora además de situaciones previstas en los tipos penales involucrados en el Título que no se relaciona con un problema exclusivamente relativo a la libertad y esta idea es la que, en líneas generales, aparece recogida en la Exposición de Motivos de la ley orgánica 11/1999 del 30 de abril que modifica el Título VIII, del Libro II del Código Penal español que añade en la rúbrica del título respectivo, al concepto de libertad, el de “indemnidad sexual” <sup>(16)</sup>.-

Personalmente me incliné a considerar este tipo de delitos, por el abanico de posibilidades que presenta, como “delitos de índole sexual” debido a que cada uno tiene un bien protegido un tanto disímil, pero que en su conjunto y con la nueva expresión “integridad sexual” se pretende aludir a la protección de las personas desde el punto de la intangibilidad e integridad física, psíquica y también correlativamente a la libertad de autodeterminación sexual que así puedan manifestar. “Resumiendo, el título en cuestión hace a la lesión y dignidad de la sexualidad de las personas desde cualquier punto de vista que se los mire, pues se trata de un concepto homogéneo” <sup>(17)</sup>.-

En cuanto al vocablo “libertad sexual” en forma solitaria, también genera controversias. En efecto, Latorre Latorre entiende que: “Una configuración de estos delitos bajo el toldo de la libertad sexual parece francamente insuficiente. La libertad sexual entendida como derecho a no ser tocado sexualmente por quien el sujeto no quiere, pone el acento en la voluntad del sujeto. Toda contrariedad a dicha voluntad en esta materia habrá de girar sobre una modalidad delictiva. Sin embargo, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, en la violación, únicamente se contraría la voluntad del sujeto, que baste la libertad para completar el total desvalor. Al violado desde luego se le ha lesionado su libertad, su libertad sexual, pero se ha lesionado algo más, algo que requiere un recurso a otro bien jurídico que ha de completar el total desvalor ... por ello en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril que modifica el título VIII del libro II del Código penal español se señalan que los bienes jurídicos en juego “no se reducen a la expresión libertad sexual, ya que también se han de tener muy

---

<sup>15</sup> Buompadre Jorge “Derecho Penal. Parte Especial”. Segunda edición actualizada, Ed. Mave, Buenos Aires, 2003, p. 353

<sup>16</sup> D'Alessio Andrés “Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial, arts. 79 a 306”, t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 157

<sup>17</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 45)

especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos” (18).-

Muñoz Conde criticaba la rúbrica del Título VIII del Código Penal español “Delitos contra la libertad sexual” en atención a que en los delitos en que son sujetos pasivos los menores o incapaces no se puede hablar de “libertad sexual” “mantener que en estos casos es la “libertad sexual” el bien jurídico protegido, no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, sin tener para nada en cuenta la realidad. Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej. menor de doce años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Sin entrar ahora en polémicas sobre el derecho a la sexualidad de menores y deficientes mentales y sobre los límites del mismo, actualmente en nuestro ámbito de cultura, existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Por supuesto, en esta materia existen muchos “tabúes” y no son fáciles de explicar las razones de esta “intangibilidad” o “indemnidad” con el criterio de la “libertad sexual” ...” (19).-

Fundándose en ésta y otras críticas más es que por Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril se remoja el anterior título del C.P. español por el de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.-

Otros Códigos Penales comparados también han cambiado de nomenclatura, tal es el caso del Código Penal de Colombia que en el Título IV, del Libro II habla de los “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. En Chile se reemplaza también el epígrafe del Título VII del Libro II por el de “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. El Código Penal Alemán habla en la Sección decimotercera de “Hechos punibles contra la autodeterminación sexual”, estos simplemente a modo de ejemplo.-

---

<sup>18</sup> Latorre Latorre Virgilio “Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?” en “Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal Procesal y Criminología”, año I, Nº II, 2001, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 31/32, citado por Figari Rubén (ob. cit. ps. 45/46)

<sup>19</sup> Muñoz Conde Francisco “Derecho Penal. Parte Especial. Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, ps. 176/77

De acuerdo a lo que se ha visto *ut-supra*, parece entonces que la nomenclatura “Delitos contra la integridad sexual” y “Delitos contra la libertad sexual” en forma individual no cubren las expectativas y los contenidos de sus títulos, de allí la conveniencia de amalgamar ambos conceptos. Esto es lo que se hace en el Título V del Libro II del Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. al consignarlos como “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”, con lo cual se puede estar o no de acuerdo, pero en realidad significa un avance ostensible en la problemática. Por otra parte, sigue una línea sistemática del Anteproyecto pues ya este tipo de delitos no se encuentra ubicado con posterioridad al Título de los “Delitos contra el honor”, como en el Código vigente, sino luego del Título IV “Delitos contra la libertad”.-

### **III) De los tipos en particular.**

#### **III-I) “Relación sexual contra la voluntad”.**

El Código Penal a partir de la reforma implementada por la ley 25.087 suprime la rúbrica de los capítulos y reforma el Art. 119 dándole una redacción muy extensa y desarrolla tipos penales progresivos, sobre la base de un tipo genérico – abuso sexual o abuso deshonesto – y se construyen subtipos agravados con una escala penal variable, la cual se incrementa en tanto y en cuanto aumenta el disvalor de la conducta o del resultado o por concurrir en el autor una especial calificación que está descripta en la norma <sup>(20)</sup>.-

En el Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. se sigue con la supresión de la rúbrica de los capítulos – con lo cual se continúa incurriendo en la omisión criticada en la ley 25.087 – y se comienza con el tipo más grave equivalente al abuso sexual con acceso carnal del Código vigente.-

El Art. 154 dispone: “Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DOCE (12) años al que con violencia o intimidación, obligare a otro a tolerar una relación sexual contra su voluntad. Se considerará relación sexual la penetración por la vagina o el ano practicada con el pene o con cualquier objeto. Se impondrá la misma pena, aunque no hubiera violencia ni intimidación, a quien tenga relación sexual con un menor de DOCE (12) años”.-

---

<sup>20</sup> Buompadre Jorge “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones de la ley 25.087 de reformas al Código Penal” en “Revista de Ciencias Penales”, Ed. Mave, Corrientes, 1999 – 2, p. 52, citado por Figari Rubén (ob. cit. p. 25)

En primer término, lo que se advierte es una disminución de la pena con relación al código actual – cuatro a doce años de prisión en el Anteproyecto – seis a quince años de reclusión o prisión en aquél.-

En segundo lugar, las formas de coerción son en el Anteproyecto, la violencia o intimidación. Se deja de lado la amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder o el aprovechamiento de la víctima que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción que consta en el primer párrafo del art. 119 y que son aplicables al tercer párrafo del mismo.-

En cuanto al término “violencia”, se sabe que está referido a la *vis absoluta* entendida como un despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza que lleva adelante tanto el sujeto activo como el partícipe y que tiene como destinatario al sujeto pasivo o víctima con el propósito dirigido a lograr el contacto sexual. Se trata de anular en forma absoluta la resistencia de la persona aunque aquélla no sea continua y hasta podría decirse heroica, sino que simplemente se hace menester que quiebre la voluntad de la víctima, debido al abuso violento del agente <sup>(21)</sup>. Equivale al concepto anterior de “usare la fuerza” <sup>(22)</sup>.-

En lo referente a la “intimidación”, ella encarna a la *vis compulsiva* o violencia moral e idónea para producir una alteración en el estado de ánimo y consecuentemente en la libertad del sujeto pasivo, de modo tal que éste se encuentre compelido a tolerar o ejecutar la acción que el sujeto activo le impele. En este sentido, se vuelve al inc. 3º del Art. 119, anterior a la ley 25.087. Descartándose la amenaza que vendría a integrar el

<sup>21</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 73)

<sup>22</sup> Cancio Melía al comentar las reformas al Código Penal Español refiere que con respecto a la violencia existe una línea jurisprudencial que ha afirmado que la resistencia de la víctima no es un elemento del delito, sino la violencia del autor. De este modo se rompe con posiciones anteriores de la jurisprudencia, que primeramente exigió una resistencia considerable, para pasar luego a una resistencia “razonable”, mientras que ahora se contenta con la constatación de la voluntad contraria de la víctima “Lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma” (S.T.S. 16/5/1995 [Ar 4488]) “La resistencia a la víctima no es un elemento del tipo de la violación” (S.T.S. 27/2/95 [Ar 5344]). Por ende con independencia de los problemas de prueba que produce el hecho de que estas infracciones en muchos casos el único elemento incriminador es el testimonio de la propia víctima, quedan superados tiempos en los que se convertía en objeto fundamental del debate probatorio las lesiones que hubiera producido el sujeto activo al pasivo para demostrar que hubo resistencia: “El hecho de que el acusado no emplease fuerza contra ella – la víctima – de forma que le causara lesiones visibles no – es un elemento – que cuestione su resistencia ante el agresor (S.T.S. 22/2/1995 [Ar 1312]) (Cfme. Cancio Melía Manuel “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español” en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, Año IV, Nº 8 A, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 198/99)

concepto de intimidación; el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia de autoridad o de poder. Circunstancias éstas, que no constituían otra forma que poner en función, violencia o amenaza, lo que ya se contemplaba anteriormente, apareciendo esta modalidad en forma reiterativa (<sup>23</sup>).

Se omite el caso de la víctima que por cualquier causa (<sup>24</sup>) no haya podido consentir libremente la acción – sujeto pasivo privado de razón, sentido o enfermedad (viejo Art. 119 inc. 2º) –. Lo cual, interpreto, que en este aspecto se deja un grave vacío legal, pues ya no será punible la relación sexual coacta en perjuicio de la víctima que padezca una disminución mental o una perturbación de las facultades cognoscitivas o volitivas – sin implicancia en las facultades mentales – pero que por razones patológicas o fisiológicas (desmayo, epilepsia, ingesta de estupefacientes, alcohol, etc.) sea incapaz de no tolerar la relación sexual. Se trataría de un ataque a la libertad sexual no consentido o con consentimiento viciado.-

Esta situación, por ejemplo, en el Código Penal Español se encuentra prevista en el Capítulo II “De los abusos sexuales” Art. 181.2 donde se contemplan los abusos sexuales no consentidos ejecutados sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. El Art. 182.1 castiga entre otros tópicos el punto 2 cuando haya acceso carnal por las vías allí indicadas. Similar situación es contemplada en el § 179 del Código Penal Alemán.-

El cambio realmente significativo se observa en cuanto al núcleo mismo de la norma ya que se sustituye el término “hubiere acceso carnal” del código vigente por el de “tolerar una relación sexual contra su voluntad”. Se define este último término a renglón seguido como “la penetración por la vagina o por el ano practicada con el pene o con cualquier objeto”.-

Recordemos que desde el Proyecto Tejedor hasta el Proyecto de 1891 se hablaba del acto sexual como sinónimo de “aproximación sexual” y como “concúbiteo”. Recién en el Proyecto de 1906 aparece la fórmula “tener acceso carnal” que luego se incorpora en el Código de 1921 y perdura hasta nuestros días.-

No se puede negar que los vocablos “acceso carnal” han traído algunos contratiempos en cuanto a su interpretación, pero por su persistencia en el contexto

---

<sup>23</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 88); Donna Edgardo (ob. cit. p. 29), En contra Reinaldi Víctor, para quien el empleo de estos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, imitar o corregir los conceptos siendo forzoso diferenciarlos (Cfme. Reinaldi Víctor, ob. cit. p. 73)

<sup>24</sup> Enfermedad, inconsciencia, sorpresa. (Cfme. Cafferata Nores, “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual”, LL 2000-C-251)

lingüístico en las mayorías de las legislaciones <sup>(25)</sup> ya se había consolidado la idea de que constituía la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, que se produzca la eyaculación (*inmissio seminis*) ni que la penetración sea completa (*inmissio penis*), con lo que bastaría el denominado “coito vestibular o bulbar” <sup>(26)</sup>.-

El problema interpretativo se presenta en cuanto al término anterior “tuviere acceso carnal” y el actual “hubiere acceso carnal”, pues de ello dependía las posiciones doctrinarias respecto a quien debía ser el sujeto activo del tipo penal, bifurcándose aquéllas en dos: la restrictiva, en el sentido que el sujeto activo sólo puede ser el hombre ya que es el único que puede penetrar y es el que posee el miembro viril que sirve para ese propósito <sup>(27)</sup>; la amplia, que considera que el sujeto activo tanto puede ser el hombre como la mujer <sup>(28)</sup>.-

En principio, no suena muy feliz cambiar los vocablos “acceso carnal” que como se vio *ut-supra* campean en la mayoría de las legislaciones comparadas y que si se acompaña con la enunciación de las vías por las cuales se puede considerar que hay una vulneración de la libertad sexual de la persona, quedaba perfectamente objetivada la conducta disvaliosa.-

En cambio, el Anteproyecto luego de la enunciación de los modos coactos – violencia o intimidación – para llevar a cabo el acto sexual, pone la frase “obligare a otro a tolerar una relación sexual contra su voluntad”.-

---

<sup>25</sup> Código Penal Alemán (§ 177); Código Penal de Bolivia (Art. 308); Código Penal de Brasil (Art. 213); Código Penal de Colombia (art. 205); Código Penal de Chile (Art. 361); Código Penal de Costa Rica (Art. 156); Código Penal de Cuba (Art. 298); Código Penal de Ecuador (Art. 512); Código Penal de España (Art. 182.1); Código Penal de El Salvador (Art. 158); Código Penal de Honduras (Art. 140); Código Penal de Nicaragua (Art. 195); Código Penal de Panamá (Art. 216); Código Penal de Venezuela (Art. 375)

<sup>26</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 129)

<sup>27</sup> Donna Edgardo (ob. cit. ps. 60/61); Gavier Enrique (ob. cit. p. 31); Edwards Carlos (ob. cit. p. 33); Laje Anaya Justo – Gavier Enrique (ob. cit. ps. 343/345); Soler Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 285, nota 14; Figari Rubén (ob. cit. p. 164); Breglia Arias Omar “Código Penal Comentado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 216

<sup>28</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. ps. 397/399); Reinaldi Víctor (ob. cit. ps. 104/107); Clemente José (ob. cit. ps. 100/101); Tenca Adrián (ob. cit. p. 94); Parma Carlos (ob. cit. p. 76); Breglia Arias Omar – Gauna Omar, “Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado y concordado”, t. I, Ed Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 907; Fontán Balestra Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, t. V, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 87; Arocena Gustavo (ob. cit. p. 59); Achával Alfredo, “Las modificaciones al Art. 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087. “Delitos contra la integridad sexual””, JA 1999-III-1025; Pandolfi Oscar (ob. cit. p. 81); D’Alessio Andrés (ob. cit. p. 172)

A poco que se analiza la frase, se advierte algún tipo de reiteración – tautología – de conceptos. Pues si ya se está hablando de violencia o intimidación, es obvio que se está obligando a algo en contra de la voluntad del sometido/a, en este caso a “tolerar”<sup>(29)</sup> una “relación”<sup>(30)</sup> sexual. Esta última es definida a renglón seguido como “la penetración por la vagina o el ano practicada con el pene o con cualquier otro objeto”.-

En una primera lectura no creo que la palabra “relación” sea la más adecuada para caracterizar este tipo de ilícito, pues aquella de acuerdo a la definición que da el Diccionario de la Real Academia (nota 30) supone más bien una actitud de correspondencia, conexión o comunicación entre dos personas o, eventualmente, una acción de referencia – quizás ese ha sido el pensamiento que ha campeado en los proyectistas – en este caso aludiendo a lo sexual. Pero, si se alude a la primera acepción en un hecho de violación nada más lejos está la correspondencia. En fin, es una cuestión a dilucidar y que en definitiva, abre un poco el debate.-

Al definir ese tipo de relación, la circunscribe a la penetración por la vagina o por el ano. Con ello, se cierra la discusión sobre si la *fellatio in ore* constituía violación o es un abuso sexual gravemente ultrajante en los términos del Código vigente cuando abre – según algunas opiniones – tal posibilidad mediante la expresión “cualquier vía”<sup>(31)</sup>. Sobre esto, se puede estar de acuerdo o no tal como se señala en la anterior nota.

---

<sup>29</sup> Tolerar (del latín *tolerare*) tr. Sufrir, soportar con paciencia – disimular algo que no es lícito, sin dar consentimiento – aguantar .-

<sup>30</sup> Relación (del latín *relatio – onis*). Acción y efecto de referir o referirse. 1º y 2º acepción - correspondencia, conexión entre dos cosas – correspondencia, conexión, comunicación, trato de una persona con otra.-

<sup>31</sup> Por la **tesis restrictiva** y con anterioridad a la reforma producida por la ley 25.087 se inscribía con el abuso deshonesto a Núñez Ricardo (ob. cit. p. 249); Creus Carlos (ob. cit. p. 188) quien con posterioridad a dicha reforma se inclinaba por el abuso sexual gravemente ultrajante (Idem. “Delitos sexuales...”, ob. cit. 809); Laje Anaya Justo – Gavier Enrique (ob. cit. p. 349); Gavier Enrique (ob. cit. ps. 32/33); Buompadre Jorge (ob. cit. p. 396); Edwards Carlos (ob. cit. ps. 29/30); Donna Edgardo (ob. cit. p. 59); Pandolfi Oscar (ob. cit. p. 45); Tenca Adrián (ob. cit. ps. 85 y sgtes); Breglia Arias Omar – Gauna Omar (ob. cit. p. 903); Breglia Arias Omar (ob. cit. p. 213). Por la **tesis amplia** y con anterioridad a la ley 25.087 se inscribían Ure Ernesto; “Los delitos de violación y estupro”, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 17; Garona José I., “Violación, estupro y abuso deshonesto”, Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 32; Moras Mom Jorge, “Los delitos de violación y estupro”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 23; Vázquez Iruzubieta Carlos, “Código Penal comentado”, t. II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 277; Tieghi Osvaldo, “Delitos sexuales”, t. I, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 347; Goldsztern Noemí, “Manual de derecho penal”, dirigida pro Ricardo Levene (h), Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 185; Chiappini Julio, “Cuestiones de derecho penal”, Ed. Librería editora platense, SRL, Buenos Aires, 1982, p. 68; Fontán Balestra Carlos (ob. cit. p. 64) y “Delitos sexuales”, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1953, p. 63; Peco José; “El delito de violación”, LL 5-42; Manigot Marcelo, “El Código Penal anotado y comentado”, t. I Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369; Pagano José L. (h) y Rodríguez Prongone Carlos, “Manual de derecho penal”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 41; Soler Sebastián, “Derecho penal argentino”, t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 305; Estrella Oscar – Godoy Lemos Roberto, “Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular”, t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 315. Se agregan con posterioridad a la reforma Reinaldi Víctor (ob. cit. ps. 96/104); Villada Jorge L. (ob. cit. p.

Personalmente adscribo a la posición amplia, y entiendo que la violación no debe circunscribirse solamente a las dos vías enunciadas en el Anteproyecto.-

En cuanto al órgano o instrumento de penetración, el Anteproyecto los reduce al pene o a cualquier otro objeto. Con relación al primero, naturalmente es el órgano preferentemente utilizado por los violadores y al enunciarlo en este sentido queda descartada la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser una mujer como algunos habían interpretado con el término “hubiere acceso carnal” del Código vigente.-

El tema se complica un tanto con la expresión alternativa “o” “cualquier otro objeto” en el cual caen un abanico de posibilidades que forzosamente debe tener una limitación <sup>(32)</sup> y también aquí cabe la posibilidad de que el sujeto activo sea tanto el hombre como la mujer <sup>(33)</sup>. Está claro que el sujeto pasivo es indistinto – “otro” –.-

El tema de los objetos es contemplado en el Código vigente en el párrafo segundo del Art. 119 referido al abuso sexual gravemente ultrajante donde no sólo quedan comprendidos los objetos sino también otras partes del cuerpo que no son el pene, como por ejemplo, los dedos y la lengua. Estas dos últimas circunstancias serían atrapadas por el Art. 155 del Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N., pero en el caso de la utilización de objetos sobre la víctima sería más gravemente penado puesto quedaría encasillado expresamente en el Art. 154.-

Las circunstancias coactas de violencia o intimidación en el tipo en cuestión, alcanzan a las personas mayores de doce años pues la menor de esa edad siempre será sujeto pasivo de este tipo legal con prescindencia de la violencia o intimidación. Se

64); Parma Carlos (ob. cit. ps. 74/76); Achával Alfredo (ob. cit. p. 1025); Arocena Gustavo (ob. cit. p. 72); Figari Rubén (ob. cit. ps. 146/152), Estrella Oscar (ob. cit. p. 103); D’Alessio Andrés (ob. cit. p. 176)  
<sup>32</sup> “Respecto de la cuestión de qué es “objeto” en el sentido del tipo, habrá que esperar de la jurisprudencia alguna concreción ulterior que vaya más allá que la definición ofrecida respecto de la regulación anterior por la Fiscalía General del Estado en su circular n° 2/1990 (relativa a la aplicación de la Reforma de la LO 3/1989) en el sentido de que por objetos habrá que entender “cosas inanes, excluyendo penetraciones de órganos”. Pues parece claro que no debería dar lugar a la aplicación de este tipo la introducción de cualquier objeto so pena de caer en incoherencias valorativas evidentes de incluir “naderías” en este tipo. En este sentido, Orts Berenguer ha propuesto delimitar la noción del objeto en el sentido del precepto como “... aquél que reúne condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad, y no aquél que sólo merezca ser tomado como instrumento de una agresión física...” (Cfme. Cancio Meliá Manuel (ob. cit. p. 206))

<sup>33</sup> Cancio Meliá, al comentar la reforma al C.P. español, señala que: “...Partiendo de que el “acceso carnal” comporta siempre la penetración del órgano sexual masculino, y teniendo en cuenta que el tipo incorpora como conductas agravadas sólo modalidades invasivas, parece que los mejores argumentos están de parte del sector doctrinal que sostiene una posición restrictiva: no es lo mismo ser invadido, con violencia, con intimidación que ser obligado a invadir a otro. De este modo, la mujer sólo podría ser sujeto activo del delito en la modalidad de introducción de objetos...” (Cfme. Cancio Meliá Manuel (ob. cit. ps. 204/205))

disminuye la edad con relación al Código vigente (menor de trece años), lo cual es plausible.-

El tema es cómo rotular ahora la figura en análisis. Ya se había prescindido con la reforma de la ley 25.087 del término “violación” sustituyéndolo por el de “abuso sexual con acceso carnal”. Ahora será “relación sexual no consentida” o “relación sexual no consentida con penetración”?. Se debe aclarar que en el Art. 92 referido al aborto no punible en el apartado b) habla del caso del embarazo proveniente de una “violación” en obvia alusión a este Art. 154 del Anteproyecto.-

En definitiva, en mi modesta opinión, quizás hubiese sido preferible adoptar la redacción del actual Código Penal español del Art. 179 (con la modificación establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado...”.-

#### **IV) Agravantes.**

##### **IV- I) Grave daño a la salud física o mental.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. toma en consideración cuatro agravantes las cuales son punibles con seis a quince años de prisión, reduciéndose ostensiblemente la escala penal del Código vigente – ocho a veinte años de reclusión o prisión –.-

Así, en el apartado a) se conserva la causación de un grave daño en la salud física o mental de la víctima.-

Sobre la expresión “salud mental” la doctrina y jurisprudencia ya habían llegado a un acuerdo en el sentido que el daño abarcaba también a la salud mental de la víctima. Ello fue agregado por la ley 25.087 pues anteriormente a ello habían algunas discordancias sobre el particular, lo cual fue despejado por las expresiones del Diputado Cafferata Nores en los Antecedentes Parlamentarios <sup>(34)</sup>. Y algo similar ocurría con la expresión “grave daño” en el sentido de si ello comprendía sólo a las lesiones graves y gravísimas especificadas en los arts. 90 y 91 del C.P. o si podía extenderse a otros daños graves que podían ser determinables judicialmente <sup>(35)</sup>.-

<sup>34</sup> Antecedentes Parlamentarios, p. 1615

<sup>35</sup> Se inclinan por esta posición Soler Sebastián (ob. cit. p. 289); Núñez Ricardo (ob. cit. p. 269); Creus Carlos (ob. cit. p. 204); Fontán Balestra Carlos (ob. cit. p. 93); Gavier Enrique (ob. cit. p. 46); Clemente José L. (ob. cit. p. 60); Tenca Adrián (ob. cit. p. 103); Villada Jorge L. (ob. cit. p. 70); Edwards Carlos (ob. cit. p. 39); Breglia Arias Omar – Gauna Omar (ob. cit. p. 915); Laje Anaya Justo – Gavier Enrique (ob. cit. p. 360); Estrella Oscar – Godoy Lemos Roberto (ob. cit. p. 356); Arocena Gustavo (ob. cit. p. 83); Figari Rubén (ob. cit. p. 197); Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 120); D’Alessio Andrés (ob. cit. p. 180). En

#### IV-II) Parentesco y vínculo con la víctima.

El apartado b) del Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. tiene como agravante si el autor fuera ascendiente por consanguinidad o afinidad, tutor, curador, encargado de la educación o guarda de la víctima.-

Se toma en cuenta solamente el ascendiente <sup>(36)</sup> por consanguinidad <sup>(37)</sup> o por afinidad <sup>(38)</sup>, dejando de lado el descendiente y el hermano, como así también el ministro de algún culto reconocido o no y conservando, en cambio, el tutor <sup>(39)</sup>, curador <sup>(40)</sup> y el encargado de la educación o guarda.-

Por el primero de estos últimos se entiende a quien tiene por tarea a cargo el instruir, educar, impartir lecciones o corregir al sujeto pasivo, quedando incluidos dentro de estos menesteres a los maestros y profesores de escuela primaria, secundaria, universitaria; institutrices, preceptores y toda aquella persona que tenga por objeto impartir conocimiento. Esta relación debe devenir de una jurídica o de hecho y debe tener carácter de cierta permanencia o meramente transitoria o circunstancial, pues la ley no hace distinción al respecto, siendo lo importante que al momento del hecho la relación exista <sup>(41)</sup>.-

Con referencia al encargado de la guarda es aquella persona que de una manera regular cuida a otra en razón de una situación jurídica o por una de hecho, atendiendo sus necesidades, no siendo menester la convivencia o que se trate de un encargo que no se desempeñe con continuidad. También puede abarcar el caso de que no haya una medida no directa, cuando exista una relación de sujeto activo con un tercero, tal es el caso, por ejemplo, del concubino que asume funciones de jefe de hogar con relación a

el sentido restrictivo se enrolan Gómez Eusebio, "Tratado de derecho penal", t. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 113; Oderigo Mario A., "Código penal anotado", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, nota 501; Moras Mom Jorge (ob. cit. p. 88) y Buompadre Jorge (ob. cit. p. 377).

<sup>36</sup> Art. 351 del C.C. Se llama línea ascendente la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes.

<sup>37</sup> Art. 352 del C.C. En la línea ascendente..., hay tantos grados como generaciones. En la línea ascendente, el padre está en primer grado, el abuelo en segundo, y el bisabuelo en tercero, etc.

<sup>38</sup> Art. 363 del C.C. La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante.

<sup>39</sup> Art. 377 del C.C. La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

<sup>40</sup> Art. 468 del C.C. Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.

<sup>41</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 382); Reinaldi entiende que no debe tratarse de vinculaciones puramente ocasionales (ob. cit. p. 123); Arocena Gustavo (ob. cit. p. 87); Clemente José (ob. cit. p. 71); Tenca Adrián (ob. cit. p. 105); Creus Carlos (ob. cit. p. 202); Núñez Ricardo (ob. cit. p. 275); Gavier Enrique (ob. cit. p. 52); Figari Rubén (ob. cit. ps. 218/219); D'Alessio Andrés (ob. cit. p. 182)

los hijos de la concubina. La guarda puede tener su origen en un encargo por parte de los representantes legales o del juez (director de un hospital de enfermos mentales, enfermero contratado para el cuidado de un incapaz, etc.). Se trata de situaciones que se dan de hecho en forma cotidiana por una relación existente entre el autor y la víctima, dado lo cual pueden tener lugar circunstancias que posibiliten la comisión del hecho aprovechando o no una situación ventajosa, no obstante ello el contexto en el cual se da, debe ser analizado en forma pormenorizada en cada caso por el juzgador <sup>(42)</sup>.-

Lo que me llama la atención es que se haya dejado fuera de la agravante al “*descendiente*” y al “*hermano*”, ya que estarían en igualdad de condiciones ante la perpetración del hecho, que los ascendientes por consanguinidad o afinidad. Lo mismo ocurre con el caso del sacerdote que ya figuraba en la redacción del Art. 122 y que devenía del Proyecto Tejedor, Sección II, Libro I, Título III, § III, Art. 3º; Proyecto Villegas – Ugarriza – García (Art. 285); Código de 1886 (Art. 131); Ley 4189 (Art. 19 inc. d)); Proyecto de 1891 (Art. 149); Proyecto de 1906 (Art. 124), lo que denota una larga tradición legislativa y que con la ley 25.087 se amplió el concepto a “*ministro de algún culto reconocido o no*” lo que no trajo mayores conflictos interpretativos.-

También se ha perdido la oportunidad de incluir el vínculo derivado de la adopción, en razón de que en el caso de que ésta sea plena “confiere al adoptado una afiliación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico” (Art. 323, Ley 24779). “La adopción simple confiere al adoptado la posición de hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino los efectos expresamente determinados en esta ley”, aunque “los hijos adoptivos y los adoptados serán considerados hermanos entre sí” (Art. 329 Ley 24779).-

En la Ley 25.087 también se obvió esta circunstancia aunque por interpretación quedaba comprendida en la agravante de aquel que ejerce la educación o guarda en virtud de que la adopción requiere antes de ser conferida, que el adoptante tenga al menor bajo su guarda (Art. 316 del C.C.). Pero, se podría haber sido más específico y en eso tal vez podrían haber reparado los proyectistas.-

---

<sup>42</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 219/ 220)

El Código Penal Español agrava el acceso carnal en el Art. 180.1.4<sup>a</sup> ante una situación de prevalimiento basada en una relación de superioridad o parentesco, por ascendiente – incluye el descendiente o hermano -, por naturaleza – incluye la adopción – o afines, con la víctima. Redacción ésta que no ha tenido mayores críticas y hubiese sido, quizás, más precisa o abarcativa.-

#### **IV-III) Víctima menor de diez años.**

El apartado c) del Anteproyecto contempla la situación de la víctima menor de diez años. Circunstancia acertada, toda vez que al realizar un acto de esta naturaleza en un menor de diez años es absolutamente aberrante, y por ende harto reprobable.-

#### **IV-IV) Calidad funcional del sujeto activo.**

El apartado d) del Anteproyecto conserva la misma redacción que el apartado e) del Código, esto es, “si el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones”.-

Esta agravante fue introducida por la ley 25.087 y su fundamentación radica en una cierta y concreta posición de poder o dominio que reviste la autoridad policial o de seguridad pertinente que puede incidir en el menoscabo de la defensa que pueda oponer la víctima ante un ataque sexual (<sup>43</sup>). Donna considera que la agravante tiene su motivo en la situación de preeminencia en que se encuentra el agente de seguridad respecto del civil, especialmente cuando éste último se haya detenido, y además porque está violando un deber específico que todo funcionario policial o de seguridad tiene, de protección a las personas, transformándolo en un abuso de él (<sup>44</sup>).-

La agravante tiene lugar cuando el delito base sea perpetrado por la autoridad “en ocasión de sus funciones” (<sup>45</sup>) – circunstancia que también debería tener aparejada una pena de inhabilitación, teniendo en cuenta la calidad del funcionario público –. Breglia Arias – Gauna critican el hecho de que sólo sean punible los funcionarios mencionados en ocasión de sus funciones, al poner el ejemplo de un oficial de policía uniformado que podría utilizar el uniforme fuera de servicio para intimidar naturalmente (*metu publicoe potestatis*) a prostitutas y obtener por ese medio favores, no advirtiendo

---

<sup>43</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 229)

<sup>44</sup> Donna Edgardo (ob. cit. p. 90)

<sup>45</sup> Lo que se relaciona con el cumplimiento de algún acto propio de su competencia, aunque no debe ligarse ello con cuestiones relativas a horarios, turnos o jurisdicciones, sino a la situación de preeminencia derivada del cargo que detenta, que el autor aprovecha y al ejercicio de potestades que son propias de ese cargo (Cfme. D’Alessio Andrés (ob. cit. p. 184) citando jurisprudencia del T. Oral Crim. N° 6, causa N° 1659 “Romero Otero Ariel” 2003/10/16)

la razón para requerir que ese policía esté “de servicio” para que se concrete la agravante <sup>(46)</sup>.-

La expresión “fuerzas policiales o de seguridad” comprende a las policías de las diversas provincias que componen el territorio nacional, Policía Federal Argentina, y con respecto a las fuerzas de seguridad se refiere a la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeronáutica. Comprende a todas las jerarquías y el objetivo está dado por la misión de mantener el orden público. Quedan descartadas las denominadas de “vigilancia privada” <sup>(47)</sup>.-

Tal como lo hizo la Ley 25.087 se ha omitido incluir al personal del “*servicio penitenciario*” el cual figura en las agravantes del Art. 80 del C.P. (homicidio agravado) – no así en el Art. 84 del Anteproyecto –; en los arts. 163 bis y 164 bis, ambos del C.P. vigente – Art. 168, apartado h) del Anteproyecto, no así en el Art. 170 –, estamos hablando de los casos de hurto y robo.-

#### **V-) Supresiones.**

Se han eliminado los apartados c), d) y f) del C.P. (Ley 25.087).-

#### **V-I-) Portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.**

El apartado c) está referido a que el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.-

La única explicación es que se haya considerado que en este caso hay un concurso aparente de leyes con el Art. 202 del C.P. y el Art. 18 de la Ley 12.331 <sup>(48)</sup> – Art. 234 del Anteproyecto <sup>(49)</sup> –.-

Entiendo que tanto el delito contemplado en el Art. 202 como el de la Ley 12.331 son delitos de resultado, mientras que el del apartado c) del C.P. constituye una figura de peligro, de modo tal que a mi criterio, no existe un concurso aparente de leyes <sup>(50)</sup>.-

#### **V-II-) Pluralidad de personas y armas.**

El apartado d) del C.P. vigente agrava el hecho si fuere cometido por dos o más personas, o con armas.-

<sup>46</sup> Breglia Arias Omar – Gauna Omar (ob. cit. p. 917)

<sup>47</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 230/231)

<sup>48</sup> Pandolfi Oscar (ob. cit. ps. 65/65); Parma Carlos (ob. cit. p. 89); Al contagio venéreo se lo encuadraba en la agravante de un “grave daño en la salud” atento a no haber una figura calificada que aprehendiera esta conducta (Edwards Carlos, ob. cit. p. 46)

<sup>49</sup> “Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”

<sup>50</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 223); Breglia Arias Omar – Gauna Omar (ob. cit. p. 426); Arocena Gustavo (ob. cit. p. 94); Tenca Adrián (ob. cit. p. 111)

Dentro de la hermenéutica del Anteproyecto se han suprimido las diversas modalidades de calificación de hechos o la intervención de personas (banda, intervención de dos, tres o más personas, etc.), circunstancia ésta que se establece como una pauta de mensuración de la pena, tal como lo prevé el Art. 8 que dice: “ La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta: ... c) La pluralidad, participación y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho...”. Lo cual, a simple vista, no parece tan criticable ya que, en definitiva, responde a la adopción de una determinada política criminal en la redacción íntegra del articulado, con la cual se puede estar de acuerdo o no, pero no es censurable.-

Sin embargo, por ejemplo el Código Penal Español, en la parte general pese a contener en el Capítulo IV “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, el Art. 22 que considera circunstancias agravantes entre otras la del punto 2.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho mediante ... o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, en el Art. 180 del Capítulo respectivo en el punto 1.2<sup>a</sup> agrava el hecho cuando se cometa con la actuación conjunta de dos o más personas.-

Similar posición adopta el Código Penal Alemán en el § 177 (2).2 “El hecho hubiera sido cometido por varios en común”.-

Sí encuentro reparos en el hecho de no haberse considerado la agravante con armas, ya que si se lo ha hecho, por ejemplo, considerando ésta como una agravante del robo – Art. 170 apartado b) “arma de fuego cargada y apta para el disparo” – en el Título VII, “Delitos contra la propiedad y orden económico”; o en el Art. 283 acápite a) en el “Atentado y resistencia contra la autoridad” contenido en el Título XIII, “Delitos contra la administración pública” o en el Título IV “Delitos Contra la Libertad”, Capítulo I. “Delitos contra la libertad individual”, en el Art. 134 que trata la amenaza con cualquier tipo de armas, cuyos bienes protegidos son de inferior jerarquía que los que aquí se tienen en cuenta, no advierto razón valedera para que se haya suprimido dicha agravante, máxime teniendo en cuenta que a la luz de los casos que habitualmente se producen, el agresor frecuentemente utiliza algún elemento intimidatorio de dichas características – armas en sentido genérico – con lo que está apelando a un “plus” para la consecución de su emprendimiento.-

La agravante con arma se ve, por ejemplo en el Código Penal Español Art. 180.1.5<sup>a</sup> “Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos,

susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”. Similar concepto deviene del Código Penal Alemán en el § 177 (3) .1.2.3.. Estos solo a guisa de ejemplos.-

### **V-III) Menor de dieciocho años en convivencia preexistente.**

Finalmente, el apartado f) de la norma vigente agrava el hecho si fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. Oportunamente, afirmé que esta circunstancia constituía una cierta superposición con la agravante contenida en el inc. c), en el caso en que la persona conviviente se trata del encargado de la guarda o tiene un cierto grado de parentesco (<sup>51</sup>), lo cual no sorprende el hecho de haberse eliminado, aunque algunos entendían que este apartado obra como subsidiario del apartado c), ya que se aplica en aquellos casos en los cuales, pese a darse la convivencia, no operaban las condiciones exigidas por aquél – ser ascendiente, descendiente, etc. – (<sup>52</sup>).-

### **VI) “Acción de contenido sexual”.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. en su Art. 155 dispone: “Se impondrá prisión de DOS (2) a OCHO (8) años al que con violencia o intimidación obligare a otro a realizar o tolerar alguna acción de contenido sexual que no estuviera contemplada en el artículo anterior. La misma pena se impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de DOCE (12) años. La pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo 154”.-

Recordemos que al cambiarse por medio de la ley 25.087 la rubrica “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la integridad sexual” también se dejó de lado el denominado “abuso deshonesto” contenido en el Art. 127 sustituyéndolo por el “abuso sexual” de la primera parte del Art. 119 del Código Penal vigente con el aditamento de que la persona puede ser de uno u otro sexo, menor de trece años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o aprovechamiento de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. Todas estas circunstancias, como ya se ha visto *ut-supra*, se trasladan a los casos de los párrafos

---

<sup>51</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 231)

<sup>52</sup> Tenca Adrián (ob. cit. p.113)

segundo – abuso sexual gravemente ultrajante – y tercero – abuso sexual con acceso carnal -.-

El Anteproyecto adopta una conducta típica consistente en “alguna acción de contenido sexual que no estuviera contemplada en el artículo anterior” – relación sexual contra la voluntad -. Se advierte un concepto sumamente inespecífico y por demás amplio, al extremo que se podría llegar a considerar un tipo abierto que debe ser completado por la interpretación judicial en cada caso concreto, debido a que la acción de contenido sexual puede abarcar desde un tocamiento en zonas inverecundas, pasando por algún tipo de gesto obsceno hasta llegar a las exhibiciones obscenas – estas últimas eliminadas en el Anteproyecto -.-

Si bien no ha sido fácil englobar los actos sexuales que no impliquen acceso carnal en cuanto a darle una correcta denominación, si se hace un repaso por la legislación comparada no existe un término específico similar al utilizado por el Anteproyecto (<sup>53</sup>).

Es decir, que tomando como ejemplo las legislaciones citadas en la nota 53 se puede apreciar en términos generales que las formas prevalecientes que se adoptan para designar el tipo en cuestión son: “abuso sexual”; “actos libidinosos”, “actos libidinosos diferentes o que no constituyen acceso carnal” o simplemente “actos sexuales”.-

Hubiera sido preferible seguir con los vocablos “abuso sexual” o, si se quiere, “agresión sexual” pues sobre el particular ya existe toda una elaboración doctrinal y

---

<sup>53</sup> Por ejemplo, el Código Penal alemán habla de “Abuso sexual y de acciones sexuales” (§ 174); el Código Penal de Bolivia se refiere a “actos libidinosos no constitutivos del acceso carnal” (Art. 312); el Código Penal de Brasil utiliza un texto similar al anterior – “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (Art. 214) y lo llama “atentado violento ao pudor”; el Código penal de Colombia se refiere a un “acto sexual diverso al acceso carnal” (Art. 206); el Código Penal de Chile tiene idéntica redacción – “acción sexual distinta del acceso carnal” (Art. 366) –; el Código Penal de Costa Rica nos habla en forma genérica de “actos con fines sexuales” (Art. 161); el Código Penal de Cuba los titula como “Abusos Lascivos” y pune al que “abuse lascivamente” (Art. 300. 1); el Código Penal de Ecuador lo menciona como “acto impúdico” (Art. 505); el Código Penal de El Salvador habla de “agresión sexual” (Art. 160); el Código Penal español tiene un Capítulo I dedicado a “Las agresiones sexuales” de acuerdo a la ley orgánica 11/1999 y un Capítulo II referido a “Los abusos sexuales”; el Código Penal de Francia define una agresión sexual como “cualquier atentado sexual” (Art. 222-22); el Código Penal de Guatemala conserva la antigua denominación de nuestro derogado Art. 127, “abuso deshonesto”(Art. 179); el Código Penal de Honduras los denomina “actos de lujuria” (Art. 141), el Código Penal de Nicaragua “actos lascivos, o lúbricos” (Art. 200); el Código Penal de México en el capítulo II alude al “Abuso sexual” y más precisamente en la norma correspondiente “acto sexual” (Art. 176), el Código Penal de Panamá rotula al tipo como “actos libidinosos” (Art. 220); el Código Penal de Paraguay en su respectiva norma habla de “coacción sexual” y “actos sexuales” (Art. 128.- 1º); el Código Penal de Perú diferencia violación sexual de otro “acto sexual u otro análogo” (Art. 170); el Código Penal de Puerto Rico reitera el *nomen juris* de otras legislaciones como “actos lascivos” (Art. 144); el Código Penal de Uruguay impone la fórmula (Atentado violento al pudor) “actos obscenos, diversos de la conjunción carnal” (Art. 273); el Código Penal de Venezuela también usa el término “actos lascivos” (Art. 377) y el Código Penal Italiano Atti di libidine violenti “atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale” (Art. 521), entre otros.-

jurisprudencial de larga data desde los antecedentes legislativos nacionales que ya habían sentado una suerte de impronta sobre lo que era abarcado por el abuso sexual y lo que era descartado. Así por ejemplo, no había dudas que en el tipo en cuestión entraban los tocamientos o acercamientos corporales que se realizaban en el cuerpo del sujeto pasivo – sin llegar al coito –, como aquéllos que él mismo es obligado a efectuar sobre su propio cuerpo, deslindándose asimismo la delincuencia por medio de palabras obscenas, actitudes gestuales o el accionar del autor sobre su propio cuerpo presenciado por la víctima o la contemplación de la víctima desnuda en contra de su voluntad (“voyeurismo”), proposiciones deshonestas o acciones sexuales guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos o utilización de instrumentos<sup>(54)</sup>. Y el abuso significa un exceso o demasía indebidos en la realización de un acto, en este caso, de índole sexual.-

Tal como sucede en el Art. 154 del Anteproyecto donde se aclara que es lo que constituye una relación sexual, quizás los proyectistas siguiendo la misma tónica, hubiesen especificado en el Art. 155 lo que significa alguna acción de contenido sexual, como por ejemplo lo hace el Código Penal chileno en el Art. 366 ter que reza: “Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. Si bien ésto no constituye un paradigma de buena técnica legislativa, en definitiva algo aclara.-

De más está decir, que tal como en el Art. 154, en el presente se trata del caso en el que existiera violencia o intimidación y de que la víctima sea menor de doce años donde los anteriores requisitos se reputan irrelevantes.-

#### **VI-I) Agravantes.**

El mismo Art. 155 del Anteproyecto, en su segundo párrafo aumenta la pena de tres (3) a diez (10) años de prisión si concurriera algunas de las circunstancias agravantes del Art. 154. Sobre este particular me remito a lo comentado en el acápite III.-

#### **VII-) Supresiones.**

##### **VII-I) Abuso sexual gravemente ultrajante.**

---

<sup>54</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 54/62). Ver asimismo la opinión de los diversos autores citados en la obra.

Se ha suprimido el párrafo 2º del Art. 119 en el que se dispone: “La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.-

Esta redacción provenía del Código Penal español (Art. 180.1) aunque, en realidad, la disposición hacía alusión a cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (<sup>55</sup>).-

Se contempla un régimen similar en el Código Penal Alemán (§ 177 (2) 1.) al punir el acceso carnal o ejercer acciones sexuales con la víctima que sean especialmente humillantes para ella.-

Hace alusión a ese comportamiento, también, el Código Penal de El Salvador en el Art. 162 inc. 6º: “Cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios”.-

El Código Penal de Paraguay si bien no especifica los actos degradantes o vejatorios en el Art. 135 en el inc. 2º. 1 hace referencia a “ ... realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave ...”.-

Y finalmente, los Códigos Penales de Ecuador y Puerto Rico castigan los casos de bestialismos (arts. 517 y 145 respectivamente).-

En realidad de lo que aquí se trata es del injerto de una figura intermedia entre la figura base del abuso sexual y éste con acceso carnal que trata de atrapar situaciones que en cierta forma no estaban comprendidas en la normativa derogada y que respondían a una evaluación cualitativa del daño provocado tanto desde el punto de vista físico como psíquico del sujeto pasivo, porque sin duda alguna no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un ultraje a la persona y su dignidad, como por ejemplo la introducción de un dedo en la vagina o el ano, ejemplos dados por Tenca (<sup>56</sup>). Si bien anteriormente ambas circunstancias expuestas se contemplaban bajo la forma de un abuso deshonesto, esta nueva categoría

---

<sup>55</sup> Se especifica que es la violencia o intimidación la que ha de ser particularmente degradante o vejatoria con lo que el legislador persigue la finalidad de delimitar con mayor exactitud el contenido de la conducta descripta, especialmente al utilizar la palabra “particularmente” (Cfme. Cancio Meliá Manuel, ob. cit. p. 207)

<sup>56</sup> Tenca Adrián (ob. cit. p. 57)

pretende ser más abarcativa de las situaciones que contempla y en eso se ha fincado la intención legislativa (<sup>57</sup>).

Según los Antecedentes Parlamentarios, en relación con lo antes dicho el Diputado Cafferata Nores expresaba: “Existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que no llegan a la penetración y a la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, deben ser regulados de modo tal que puedan satisfacer las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de “sometimiento” de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical. La fórmula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo conductas que son altamente dañosas para la víctima” (<sup>58</sup>).

Gavier aprecia que la diferenciación ha sido introducida acertadamente por el legislador por que hay hechos de suma gravedad que no podrían estar reprimidos con la misma pena que un tocamiento furtivo de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros. De todas formas “en este nuevo tipo de abuso sexual que, en lo que hace a la estructura del tipo, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos, y consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del primer párrafo ... pudiendo ser sujetos activos y pasivos cualquier persona – varón o mujer - ... la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes” (<sup>59</sup>). El sometimiento equivale a un dominio o humillación tal como lo contempla Reinaldi (<sup>60</sup>).

En cuanto a la duración, la cuestión temporal o circunstancia fáctica temporal no reviste el carácter de una relación o ecuación de naturaleza cuantitativa, pues ello queda a criterio de la apreciación que realice el juzgador en cada caso concreto.

En lo atinente al concepto referido a *las circunstancias de su realización* hace alusión a un acto único sumamente dañoso (un “plus”) para la víctima, en virtud de ser el mismo degradante o por la puesta en peligro de aquélla.

<sup>57</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 111/112)

<sup>58</sup> Antecedentes Parlamentarios .... p. 1614/15

<sup>59</sup> Gavier Enrique (ob. cit. p. 29)

<sup>60</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 66) Primera edición.

Se trataría de hechos que por su inherencia en lo realizativo, en lo que hace a modalidades de circunstancias de modo o de lugar o por la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, violentan en forma gravosa la dignidad de la víctima. De esta manera queda incluido en el caso de los primeros, actos de abuso sexual en forma pública o escandalosa, o privada pero humillante y en el segundo, el acceso carnal con objetos tales como “consoladores”, palos, botellas, dedos o cualquier otro elemento que no sea el pene, como así también el “*cunnin lingus*”. Buompadre grafica que con referencia a los objetos, estos deben ser corpóreos e inanimados, debiendo actuar como sucedáneos del pene, vale decir que deben tener una significación sexual <sup>(61)</sup>. Si bien, todo atentado a la integridad sexual de la figura básica ya de por sí es ultrajante para la víctima, en este caso, las conductas tienen un plus de ultraje, por los ejemplos que se han dado *ut-supra* a los que se pueden agregar el hecho de obligar a cumplir actos de bestialidad o zoofilia <sup>(62)</sup>.-

En definitiva, todo este perfil que se ha reseñado tiende, ni más ni menos, a la cosificación de la víctima al extremo de que la misma alcance la pérdida de estima por su autodeterminación sexual como consecuencia de esa conducta deteriorante <sup>(63)</sup>.-

Más allá de algunas imperfecciones en la redacción del texto vigente, hubiese sido conveniente mantenerlo en el Anteproyecto, pues de esa manera, se cubrirían algunas lagunas que se presentan en el mismo. Si bien, como ya se adelantó, en el último párrafo del Art. 154 incluye a “cualquier objeto” como elemento para procurar la consumación de una relación sexual no consentida, quedarían fuera del tipo los casos de *cunnin lingus* o de introducción de dedos, los mencionados actos de bestialidad o zoofilia que serían atrapados por la figura básica del Art. 155 y como solía decir Gavier hay hechos de suma gravedad que no podrían estar reprimidos con la misma pena que un tocamiento furtivo de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros <sup>(64)</sup>.-

## **VII -II) Estupro.**

Sin duda, este ha sido un tipo penal sumamente complejo, por no decir complicado ya que al suprimirse el vocablo “honestidad” como complemento en el título en cuestión y consecuentemente la calidad de la víctima “mujer honesta mayor de doce años y menor de quince” del antiguo Art. 120 la cuestión estriba en determinar hasta donde el Estado con su poder punitivo – ya prefijada una edad a partir de la cual el

<sup>61</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 389)

<sup>62</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 88)

<sup>63</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 119)

<sup>64</sup> Gavier Enrique (ob. cit. p. 29)

consentimiento es válido en materia sexual – puede inmiscuirse en las relaciones sexuales consentidas sin vulnerarse el principio de reserva del Art. 19 de la Constitución Nacional.-

Ahora bien, de acuerdo al Art. 154, segundo párrafo, del Anteproyecto la persona mayor de doce años sin que mediare violencia o intimidación es libre de mantener un acto sexual con quien lo desee y de la manera que lo desee.-

Pero es del caso que si se recorre la tipología de este capítulo se advierte que el legislador protege a los menores de dieciocho años en diversas figuras – promoción o facilitación de la corrupción (Art. 125); promoción y facilitación de la prostitución (Art. 125 bis); trata de personas (Art. 127 bis); producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas (Art. 128) y exhibiciones obscenas (Art. 129) todas del C.P. vigente – y lo propio se hace en el Anteproyecto en los arts. 156 – promoción y facilitación de la prostitución –, Art. 159 – trata de personas –, Art. 161 – producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas –. Mayor de dieciséis años para el avenimiento (Art. 132 del C.P.; Art. 162 del Anteproyecto).-

Es decir, que tanto en la legislación vigente como en la proyectada existe una franja que va desde la persona mayor de doce años – Anteproyecto –, trece años – Código penal – hasta los dieciocho años, donde se manifiesta una vulnerabilidad desde el punto de vista sexual y ello se condice con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual le da tal categoría a las personas menores de dieciocho años (Art. 1º), lo que ha sido incorporado en la Constitución Nacional de acuerdo al Art. 75 inc. 22º.-

Coetáneamente con lo antes dicho, en el Anteproyecto, de conformidad con el Art. 34 inc. II) se considera no punible al menor de dieciocho años.-

Ante estas evidencias y las que *ut-retro* surgen de la legislación comparada, ¿es factible despojar de absoluta protección legal a un menor mayor de doce años del abuso de un adulto que se prevalece de la condición inexperta de aquél a los fines de que preste un consentimiento no informado sobre el mantenimiento de un trato sexual?.-

Al echar un vistazo a la legislación comparada se puede observar, por ejemplo, que en el C.P. español esta figura se encontraba en el Art. 183 que consignaba: “El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con pena de multa de doce a veinticuatro meses. Cuando el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis meses a tres años” y de acuerdo a la Ley Orgánica 15/2003,

del 25 de noviembre pasa a ser el Art. 185.1 que incrementa la pena a prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses y en el punto 2 se cambia por lo siguiente: “Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3º, o la 4º de las previstas en el Art. 180.1 de este Código”.-

Se advierte que la fórmula para que se perpetre este hecho con una persona mayor de trece años y menor de dieciséis es la predominante conducta esgrimida por el agente consistente en el “engaño” y similar a la que apelan otros Códigos comparados tales como: el Código Penal de Bolivia (Art. 309 “seducción o engaño”); Código Penal de Cuba (Art. 305 “abuso de autoridad o engaño”); Código Penal de Ecuador (Art. 509 “seducción o engaño”); Código Penal de El Salvador (Art. 163 “engaño”); Código Penal de Guatemala (Art. 177 “interviniendo engaño”); Código Penal de Honduras (Art. 142 “engaño”); Código Penal de Nicaragua (Art. 196 “interviniendo engaño”); Código Penal de México (Art. 180 “cualquier tipo de engaño”); Código Penal de Perú (Art. 175 “engaño”).-

Otros Códigos siguen utilizando los términos: “aprovechando la falta de capacidad de la víctima para la autodeterminación sexual” (Código Penal de Alemania, § 182 (2) inc.2º), “seducción” y “aprovechamiento de la inexperiencia de la víctima” (Código Penal de Brasil, Art. 217); o “inexperiencia o ignorancia sexual” (Código Penal de Chile, Art. 363 inc. 4º); o “condición de ascendiente” (Código Penal de Costa Rica, Art. 159); o “prevalimiento” (Código Penal de El Salvador, Art. 164); o “mujer honesta mayor de doce años y menor de catorce con aprovechamiento de su inexperiencia u obteniendo su confianza” (Código Penal de Guatemala, Art. 176); o “mujer mayor de catorce años pero menor de dieciocho años con prevalencia de confianza, jerarquía o autoridad” (Código Penal de Honduras, Art. 142, primer párrafo); o “mujer doncella, mayor de catorce años y menor de dieciocho, con su consentimiento” (Código Penal de Panamá, Art. 219, primer párrafo); o “con persuasión” (Código Penal de Paraguay, Art. 137, inc. 1º); o “promesa de matrimonio o simulación del mismo” (Código Penal de Uruguay, Art. 275); o “seducción con promesa matrimonial de mujer conocidamente honesta y con consentimiento” (Código Penal de Venezuela, Art. 379, segundo párrafo).-

Como se puede observar, en algunas legislaciones americanas, aún se utilizan términos arcaicos tales como: “seducción con promesa de matrimonio”, “mujer doncella”, “mujer honesta”, en tanto que en otras se utilizan conceptos más acordes.-

El texto vigente en nuestro Código Penal del Art. 120 reformado por la ley 25.087 también hace una mixtura pues habla de una persona menor de dieciséis años como sujeto pasivo a quien se lo somete a un abuso sexual gravemente ultrajante (párrafo 2° del Art. 119) o a un abuso sexual con acceso carnal (párrafo 3° del Art. 119) aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente. Sin duda, tal redacción, no es un alarde de técnica legislativa.-

Lo que debe quedar claro y así se puntualizó en los Antecedentes Parlamentarios del tratamiento de la ley 25.087 que lo que no se quiere de ningún modo es castigar las simples relaciones sexuales entre menores adolescentes decididas en condiciones de igualdad – relaciones de noviazgo o afectivas informales –, lo cual no es lo mismo que el aprovechamiento de una persona mayor de edad (21 años) o una relación de preeminencia – elementos alternativos – acumulativos – sobre la víctima.-

La persona mayor de doce años – edad mínima del Anteproyecto – está capacitada para brindar un consentimiento válido para llevar a cabo un acto dispositivo de su libertad sexual?.-

Me temo que no, no obstante que actualmente una persona de esa edad tiene un acceso a un variado conocimiento en materia sexual lo cual resulta también un arma de doble filo pues, si bien, aquéllo redundaría en la superación de antiguos tabúes, por contrapartida según una serie de componentes socioculturales devaluados pueden conspirar en perjuicio de su futura salud psico-sexual.-

Si bien la ley presume *juris et de jure* que el consentimiento prestado para la realización de actos sexuales por un menor que no ha cumplido trece años – doce en el Anteproyecto – carece de validez al extremo de considerarse desde el punto de vista jurídico como inexistente, algunos admiten que el menor que superó dicha edad ya posee madurez y que en consecuencia para el Art. 120 del C.P. vigente resultaría impropia la expresión “inmadurez sexual” porque “el límite entre la madurez y la inmadurez sexual fue fijado por la propia ley a los trece años” y ello constituye una contradicción sin solución <sup>(65)</sup>. Esto es rebatido por Reinaldi en el sentido de que el

---

<sup>65</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 412)

paso de la inmadurez a la madurez plena no se produce en un instante – a la media noche del día en el que cumplió trece años –, sino gradualmente, por lo que el legislador, ajustándose a esa realidad, bien pudo suponer, por un lado, una incapacidad absoluta en el menor que no alcanzó los trece años para consentir, válidamente, ser objeto de cualquier abuso sexual y que autorice a prestar válidamente su consentimiento a los menores que han superado los trece años pero no los dieciséis para ser objeto de abusos sexuales simples, pero no de otros de mayor gravedad y que, por ello podían ser más perjudiciales. Ocurre una circunstancia similar en el ámbito del derecho civil <sup>(66)</sup>.-

De hecho, el caso del estupro debe ubicarse en un contexto del consentimiento – disminuido o viciado – de la víctima, el cual es inducido por el prevalimiento del sujeto activo en razón de la mayoría de edad, lo cual parece determinante, ya que como se ha adelantado *ut-supra* una cosa sería si la víctima tiene quince años y es seducida por una persona de dieciocho y otra si lo es por una persona adulta de mayor edad y experiencia. Según Creus, la voluntad de estos menores no proviene ya de la ausencia de un consentimiento válido sino, precisamente de la existencia que un consentimiento *insuficiente* para borrar esa ilicitud, por haber sido prestado por una víctima que la ley reputa desconocedora de las consecuencias del acto <sup>(67)</sup>.-

En torno a la cuestión referida a la “inmadurez sexual”, se trata de una madurez o inmadurez relativa y, por ende, la víctima es protegida para evitar que sufra alteraciones que incidan en su vida o su equilibrio psíquico futuro a fin de que, cuando sea adulto, ejerciten en plenitud su derecho a la autodeterminación sexual <sup>(68)</sup>.-

En definitiva, estimo que debe conservarse esta figura, a pesar de su complejidad, tal cual se advirtió al principio del acápite y una redacción factible podría ser similar a la adoptada por el C.P. alemán en el § 182 (2) inc. 2º donde se protege a la persona menor de dieciséis años que sea abusada por una persona mayor de veintiún años aprovechando de la falta de capacidad de la víctima para disponer de su libertad sexual.-

En el Anteproyecto, dado que se ha reducido la edad de la víctima a menor de doce años, la franja contemplada por el estupro, podría ir desde esa edad hasta la menor de dieciséis años.-

### **VII-III) Muerte de la persona ofendida.**

---

<sup>66</sup> Reinaldi Víctor (ob.. cit. p. 156)

<sup>67</sup> Creus Carlos, Derecho Penal. Parte especial”, t. I, Sexta edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 187

<sup>68</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 154)

El Código en vigencia con la reforma de la ley 25.893 (B.O. 26/5/04) en su Art. 124 dispone que: “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida”.-

Esta disposición ha sido suprimida en el Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. en razón de la posición adoptada por los proyectistas en el sentido de eliminar los delitos calificados por el resultado y resolver la cuestión por el sistema concursal. Ello obedece a una política criminal en la que se enrolan, de modo que en sí no es objetable y la posibilidad estriba simplemente en que se esté o no de acuerdo con tal postura.-

### **VIII-) Promoción o facilitación de la prostitución de menores de dieciocho años.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. en el Art. 156 dispone: “Se impondrá prisión de TRES (3) a OCHO (8) años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de DIECIOCHO (18) años. Se impondrá prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de DOCE (12) años. La pena prevista en los casos anteriores se elevará en UN TERCIO (1/3) del mínimo y del máximo si el hecho se cometiera con violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción o si el autor, fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o encargado de la educación o guarda del menor”.-

La diferencia con el Código vigente es que se reduce la pena a tres (3) a ocho (8) años de prisión, contra los cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión. Y se elimina la frase “aunque mediare el consentimiento de la víctima”, lo cual parece acertado ya que tal circunstancia – consentimiento – no es integrativa del tipo penal, de modo que resulta indiferente para que el delito se consuma (<sup>69</sup>).-

Asimismo, tal como ha sido la tónica en el Título V, Art. 154, 2º párrafo, se disminuye la edad – menor de doce años – y allí la pena para la promoción o facilitación de la prostitución de dichos menores se disminuye, con relación al texto vigente, a tres (3) a diez (10) años de prisión en contraposición a los seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión de la norma actual.-

La pena en los casos anteriores – menores de doce y menores de dieciocho años – se eleva en un tercio (1/3) del mínimo y del máximo cuando el hecho se cometiera con violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción o si

---

<sup>69</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 289)

el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o encargado de la educación o guarda del menor.-

En el texto actual esta circunstancia se conmina con pena de reclusión o prisión de diez (10) a quince (15) años y figura, como medio coactivo la “amenaza” y como las personas involucradas la denominada “persona conviviente”, los que están ausentes en el Anteproyecto, aunque paradójicamente figuran en el Art. 159.-

Para el comentario de la presente norma valen todas las expresiones doctrinales y jurisprudenciales que se han hecho con referencia a la ley 25.087, pues como se ve no hay mayores variaciones.-

#### **IX-) Promoción o facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N prevé este tipo en el Art. 157 el cual establece que: “Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de DIECIOCHO (18) años de edad mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.-

La única diferencia con el texto legal vigente del Art. 126 es la referida a la pena que en el Anteproyecto es de dos (2) a seis (6) años de prisión, mientras que en aquél es de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión.-

Al igual que en el tipo anterior valen los comentarios que oportunamente se han realizado en ocasión de la ley 25.087.-

#### **X-) Rufianería.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N mantiene en el Art. 158 este tipo consignándolo de la siguiente forma: “Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.-

Tal como en el caso anterior la única diferencia con el texto actual estriba en la pena que es de dos (2) a seis (6) años de prisión en contraposición a los tres (3) a seis (6) de prisión impuestos por la ley 25.087.-

#### **XI-) Trata de personas de menores de dieciocho años.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N le dedica el Art. 159: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de DIECIOCHO (18)

años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años. La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión, cuando la víctima fuere menor de DOCE (12) años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena de prisión se elevará de UN TERCIO (1/3) del mínimo y del máximo cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como así también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente con el encargado de su educación o guarda”.-

También en este caso la diferencia con el texto vigente está referida a la minoridad de doce años y a la punición que para el caso del que promueve o facilita la entrada o salida del país de los menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución la pena será de tres (3) a ocho (8) años – contra cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión de la ley vigente – y de cuatro (4) a diez (10) años cuando la víctima fuese menor de doce años – contra seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión de la ley actual – y cualquiera fuese la edad si mediaren las circunstancias y la calidad de las personas que se describen en la norma la pena se eleva un tercio (1/3) del mínimo y del máximo – en contraposición con los diez (10) a quince (15) años de reclusión o prisión de la norma del Art. 127 bis –.-

#### **XII-) Trata de personas de mayores de dieciocho años.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N establece en el Art. 160 el caso de la promoción o facilitación a la entrada o salida del país de una persona mayor de dieciocho años para el ejercicio de la prostitución mediante los actos consignados en la norma. “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de DIECIOCHO (18) años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años”.-

Nuevamente la diferencia con el Código actual finca en la pena. Dos (2) a seis (6) años de prisión en contraposición con los tres (3) a seis (6) años de reclusión o prisión.-

#### **XIII-) Producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas con menores de dieciocho años.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N en su Art. 161 reproduce el texto del Art. 128 del C.P.. En efecto, “Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de DIECIOCHO (18) años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo

con escenas pornográficas en que participaren dichos menores. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiestas que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de DIECIOCHO (18) años de edad al momento de la creación de la imagen. Será reprimido con prisión de QUINCE (15) días a DOS (2) años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de CATORCE (14) años”.-

En esto lo único que cambia es la pena ya que en la disposición actual el máximo de la misma es de cuatro (4) años y la facilitación al acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material del mismo tenor a menores de catorce años se disminuye a prisión de quince (15) días a dos (2) años en contraposición del mes a tres (3) años que estipula el Art. 128.-

La sustitución del término “obsceno” del antiguo Art. 128 por el término “pornográfico” del mismo artículo, pero con la modificación de la ley 25.087, no terminó con el conflicto que acarreaba la interpretación de dichos vocablos y el Anteproyecto tampoco. Bien es sabido toda la discusión que ha traído aparejada en la doctrina y en la jurisprudencia tales calificativos.-

Oportunamente, el Diputado Cafferata Nores, al abordar la cuestión en los Antecedentes Parlamentarios, afirmaba que “asimismo, se reemplaza el discutible concepto de “lo obsceno” por el término “pornográfico””<sup>(70)</sup> con lo cual se pretendía terminar con la dilucidación de la significancia de dichos vocablos, lo cual no cesó.-

Diversos autores han tratado de dar una explicación sobre ello, pero en definitiva sólo se puede arribar a la conclusión de que existe una gran dificultad para determinar con cierta precisión el concepto dada la ambigüedad del mismo. “Sin duda alguna, la ley penal trata de proteger derechos individuales evitando que las personas sean agredidas por manifestaciones que ofendan su sentido de pudor, de modo que se reprime a quienes invaden esa esfera de intimidad o reserva que es sorprendida con exhibiciones lesivas para quienes no están dispuestos a presenciar en forma voluntaria, pero en realidad el problema de lo obsceno es que se trata de un concepto cultural y no un mero hecho perceptible por los sentidos, de manera tal que el juez al hacer una valoración sobre el caso concreto debe tener en cuenta la conciencia social en un determinado lugar y tiempo, pues las modificaciones sobre los juicios de valor que los seres humanos

---

<sup>70</sup> Antecedentes Parlamentarios, ps. 16/17.

denotan en su evolución, o a veces en su involución, están regidos por factores antropológicos, tales como la raza, el sexo, etc., por aspecto físico, incluso por cuestiones sociales como la educación o instrucción, nivel económico, costumbres, las variables territoriales históricas, todo ello constituye un conjunto que se debe tener en cuenta para arribar a una conclusión eficiente y no incurrir en algunos extremos de la línea – una actitud permisiva o una actitud arbitraria -, asimismo, si es atendible lo expuesto anteriormente se está en presencia de un concepto de perfil variable y dinámico” (71). Incluso se ha llegado a plantear la dudosa constitucionalidad de dicha norma y de la siguiente (Art. 129) por estar redactadas con conceptos vagos o indeterminados que suelen ser totalmente normativos, fundados en seudoconceptos de naturaleza emocional (72) y, por ende, no se respeta el principio de estricta legalidad (*lex stricta*) al no describir taxativamente cuál es la conducta prohibida, dependiendo solamente su concreción del libre albedrío del operador jurídico de turno, deviniendo en un tipo abierto – excesivamente abierto al decir de Estrella y Godoy Lemos –.

También en la doctrina española se han planteado similares cuestiones interpretativas respecto al tema ya que el Art. 186 castiga con pena de prisión de seis (6) meses a un (1) año y multa de doce (12) a veinticuatro (24) meses al que “por cualquier medio directo, vendiere, difundiere, o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces”. Sobre este particular Muñoz Conde alude a la vaguedad del concepto de “pornografía”, obligando a la doctrina a diferenciar entre pornografía “blanda” y pornografía “dura”, entendiendo por tal aquellas representaciones sexuales que utilizan la violencia, el bestialismo o las relaciones sexuales con menores – cita a Díez Ripollés – y señala que “una interpretación restrictiva del precepto puede lograrse al limitar el Art. 186 el círculo de sujetos pasivos a los menores de edad o incapaces, ya que en este caso el “material pornográfico” debe ser, de algún modo, idóneo para producir algún daño en el desarrollo o en la psique de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de sus instintos sexuales...” (73).

#### **XIV-) Supresiones.**

##### **XIV-I) Promoción y facilitación de la corrupción.**

---

<sup>71</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 374/375) con cita de Vázquez Rossi Jorge, “Lo obsceno”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 128

<sup>72</sup> Sobre este particular vid. *in extenso* Riquert Fabián L., “Exhibiciones obscenas”, Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2003; López Casariego Julio, “Exhibiciones obscenas en la vía pública”, LL 2000-F-554

<sup>73</sup> Muñoz Conde Francisco (ob. cit. p. 204)

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N suprime la figura del Art. 125 que hace alusión a la promoción y facilitación de la corrupción.-

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 25.087 el capítulo se denominaba "Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor", de modo que abarcaba dos especies de tipos diferentes: la promoción y facilitación de la prostitución y de la corrupción que eran tratadas en forma conjunta. El Art. 125 se refería a menores de edad y el Art. 126 a los mayores; el Art. 127 hacía alusión al abuso deshonesto, las publicaciones obscenas (Art. 128) y las exhibiciones de ese mismo tenor (Art. 129).-

La ley 17.567 trata por separado las figuras de promoción de la corrupción – elimina la facilitación – y la promoción y facilitación de la prostitución, aunque define cuales son los actos corruptores: “actos sexuales perversos, prematuros o excesivos”.-

Se ha dicho – y con razón – que el tratamiento de la promoción y facilitación de la corrupción en forma separada de la promoción y facilitación de la prostitución, es acertada, por tratarse de dos conceptos legales distintos. En efecto, Núñez sostiene que por ser diferentes ambos conceptos legales, perfectamente caracterizados y separables como objetivos del autor dentro de los diversos tipos delictivos comprendidos por los artículos que se refieren a ellos, no es posible “que los tipos delictivos de prostitución y de corrupción funcionen prácticamente en forma convergente o sustitutiva y complementaria. Lo que únicamente es una promoción o facilitación de la prostitución, no puede ser una promoción o facilitación de la corrupción, y viceversa”. Pone el ejemplo de quien promueve o facilita el trato sexual normal pero lucrativo de una menor, promueve o facilita la prostitución, pero no la corrupción. Si a una conducta que se orienta hacia la prostitución le falta algo para constituir el acto de promoverla o facilitarla, sin que presente notas orientadas hacia la corrupción, no es calificable como promoción o facilitación de ella <sup>(74)</sup>.-

“El tratamiento de esos delitos en disposiciones legales diferentes, permite su concurrencia material (Art. 55 del C.P.). Puede multiplicarse la delincuencia porque ya no se está frente a un tipo delictivo con pluralidad de hipótesis alternativas, como ocurría antes de la reforma” <sup>(75)</sup>.-

De modo, que con la hipótesis de trabajo adoptada por los proyectistas, considero que se ha dado un paso atrás pues no sólo no se vuelve a la redacción anterior

---

<sup>74</sup> Núñez Ricardo (ob. cit. p. 343)

<sup>75</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 174)

a la ley 25.087 del Art. 125, sino, que ni siquiera se contempla el caso de la corrupción de menores, circunstancia que se legisla en la legislación comparada.-

#### **XIV-II) Exhibiciones obscenas.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N asimismo suprime la figura del Art. 129 alusiva a las exhibiciones obscenas.-

A esto le cabe las mismas apreciaciones que se han hecho en el acápite XIII. De modo que los proyectistas han interpretado que debía suprimirse el tipo de exhibiciones obscenas. Sin embargo, para ser coherentes con el mantenimiento de la figura de “Producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas con menores de dieciocho años” podría adoptarse el texto del Art. 185 del C.P. español que sólo hace referencia al sujeto pasivo “menores de edad o incapaces” pues tales personas no pueden autodeterminarse sexualmente y, en el caso de que el sujeto pasivo sea un mayor de edad, y si se siente afectado, que la acción sea dependiente de instancia privada, tal como lo propugna Riquert <sup>(76)</sup> introduciéndolo como tal en la redacción del Art. 50 del Anteproyecto.-

Sobre la norma española se expresa que se trata de un concepto delimitado que en absoluto requiere la adición del calificativo “obsceno”, pues el término evoca inmediatamente connotaciones de “contrario al pudor o las buenas costumbres” que es precisamente lo que le da a este delito el componente moralista que lo hace cuestionable. Así, las razones de la incriminación del exhibicionismo pueden ser discutibles y de diversa índole, pero nunca apoyarse en criterios de moralidad pública o de obscenidad. El exhibicionismo puede ser castigado por su idoneidad para atemorizar a la víctima o incluso para posibilitar el tratamiento de los autores por la vía de la medida de seguridad posdelictual, bien complementaria, bien sustitutiva de la pena, pero no por su inmoralidad intrínseca, pues ello supondría tanto como resucitar la vieja teoría de la “anatomía moral del cuerpo humano”. La exhibición de los órganos genitales no tiene por qué ser más desaprobada que la de otras partes de la anatomía, salvo que se realicen en un contexto sexual susceptible de afectar a algún bien jurídico de carácter individual. Díez Ripollés afirma que la penalización debe ser de la acción sexual provocadora por su idoneidad para lesionar la libertad sexual – incluyendo también en ella la indemnidad sexual – pero no por su obscenidad o inmoralidad. Interpretación que puede ser apoyada en la exigencia de que los sujetos pasivos, tanto de los actos lúbricos,

---

<sup>76</sup> Riquert Fabián (ob. cit. p. 150)

como los de exhibición obscena, sean menores de edad o incapaces, de modo tal que queda nítido que no es la obscenidad como tal el objeto de punición de los actos de exhibición <sup>(77)</sup>.-

#### **XIV-III) Privación de la libertad con propósitos sexualmente abusivos (rpto).**

Resulta atinado que el Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. haya suprimido el Art. 130.-

Ya lo decía Carrara quien interpretaba el rpto como la abducción o retención violenta o fraudulenta de una mujer contra su voluntad, con un fin libidinoso o de matrimonio dando las razones – en los párrafos 1373 y 1478 – por los cuales no lo colocaba ni entre los delitos contra la familia ni entre aquellos contra el pudor. “... El rpto, considerado como *especie*, tiene, en los términos más completos, el agotamiento de su subjetividad y de su objetividad en la consumación de la ofensa a la *libertad*, merced a la abducción resistida...” <sup>(78)</sup>.-

Núñez, en cambio, estima que al haberse incluido al rpto como un delito contra la honestidad – antigua denominación – frente a la concurrencia de ambas – libertad y honestidad – el Código Penal le ha conferido prevalencia a la ofensa de la reserva sexual sobre la ofensa a la libertad <sup>(79)</sup>. En igual sentido se expedían Soler <sup>(80)</sup>, Creus <sup>(81)</sup>, Donna <sup>(82)</sup>, Reinaldi <sup>(83)</sup>.-

Tenca afirma que el delito de rpto puede ser considerado un delito contra la libertad, porque no altera su naturaleza que eventualmente concurra un fin deshonesto. Pero a continuación agrega que los precedentes legislativos lo han considerado como un delito contra la honestidad y el C.P. sigue ese criterio ya que frente a la concurrencia de ambos bienes jurídicos se le ha conferido mayor importancia o prevalencia a la ofensa, a la reserva sexual sobre la ofensa a la libertad <sup>(84)</sup>.-

Por su parte, Arocena entiende que es un delito de ofensa compleja ya que abarca dos bienes jurídicos: libertad de la víctima e integridad sexual de la misma y también es pluriofensivo pues si bien existe un atentado a la libertad ambulatoria ello se

<sup>77</sup> Muñoz Conde Francisco (ob. cit. p. 202)

<sup>78</sup> Carrara Francesco “Programa del curso de derecho criminal” t. IV, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945 párrafo 1684

<sup>79</sup> Núñez Ricardo (ob. cit. p. 319)

<sup>80</sup> Soler Sebastián (ob. cit. p. 333)

<sup>81</sup> Creus Carlos (ob. cit. p. 250)

<sup>82</sup> Donna Edgardo (ob. cit. p. 184)

<sup>83</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 280) quien estima que el delito agravado del Art. 130 párrafo 3º, ataca el derecho a la libertad de los menores de trece años y a su intangibilidad sexual y el párrafo 2º de ese mismo artículo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de dieciséis años.

<sup>84</sup> Tenca Adrián (ob. cit. p. 206)

erige en un medio para ofender la integridad sexual y dentro de ella la libertad sexual del sujeto pasivo de modo que éste es el bien que el legislador considera preeminente para ambos <sup>(85)</sup>.-

Breglia Arias – Gauna destacan que se trata de una figura híbrida pues so pretexto de proteger la integridad sexual de la víctima de un eventual ataque se prevé un delito contra la libertad <sup>(86)</sup>.-

Buompadre entiende que la opinión predominante es la que se trata de una ofensa a la reserva sexual de la mujer. Sin embargo, apoyándose en la doctrina española, los delitos de raptó sólo en segunda línea son delitos sexuales pues constituyen ante todo infracciones contra la libertad y seguridad de las personas de modo que deben desincriminarse como figuras autónomas y encuadrarlas en tipificaciones como atentados contra la libertad personal más específicamente en el marco de las detenciones ilegales y sustracción de menores <sup>(87)</sup>.-

Por mi parte, sostuve que si bien es cierto que de acuerdo a los verbos utilizados en la norma tales como “sustraer” o “retener” con la aportación de fuerza, intimidación o fraude, todo indicaría que se vulnera la libertad personal del sujeto pasivo mediante la utilización de tales maniobras, y por ende, parecería que el bien jurídico protegido que debería primar, sería la libertad antes que nada, pero el legislador al adosarle una intencionalidad como es la de “menoscabar la integridad sexual”, la sustracción o retención – que vulnera la libertad individual – se constituye en un medio para lograr un fin que es justamente el menoscabo de la integridad sexual – que vulnera la reserva sexual – <sup>(88)</sup>.-

De todo lo antes dicho, se advierte que ha prevalecido la idea de que el raptó constituía esencialmente un delito contra la libertad individual, pero al tener las connotaciones sexuales se lo ubica dentro de este capítulo.-

Sin embargo, como se dijo al principio, resulta acertada su supresión pues la conducta tipificada en el Art. 130 atenta en principio contra la libertad, de modo tal que cabría dentro del Título IV “Delitos contra la libertad”, Capítulo I “Delitos contra la libertad individual” del Anteproyecto.-

---

<sup>85</sup> Arocena Gustavo (ob. cit. p. 164); Edwards Carlos (ob. cit. p. 90); Gavier Enrique (ob. cit. p. 97) y Estrella Oscar – Godoy Lemos Roberto (ob. cit. p. 444)

<sup>86</sup> Breglia Arias Omar – Gauna Omar (ob. cit. p. 971)

<sup>87</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 461)

<sup>88</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 404/405)

Incluso, no se justifica su existencia al no ser la honestidad el bien jurídico protegido. Tenca apunta que el delito de rapto conlleva una connotación de carácter romántico, que podía obtener su justificación en el siglo XIX o incluso entrando el siglo XX de la mano de la honestidad como bien jurídico protegido, pero en el siglo XXI cuando la honestidad ha dejado paso a la libertad como único bien jurídico protegido el tipo ha perdido su razón de ser. “Si el rapto propio es derogado, cobran vida inmediatamente los delitos contra la libertad, que en muchos casos prevén pena mayores que las prescriptas para este delito. Se repite, entonces, la misma incongruencia señalada respecto de las penas previstas en los arts. 125 y 127 bis del ordenamiento derogado, y los arts. 125 y 127 ter de la nueva ley. Ello significa, ni más ni menos, que la existencia del delito de rapto propio puede resultar en la práctica a favor de quien comete la privación de la libertad y no de la víctima, aunque resulte paradójico. En cuanto al rapto impropio, la estructura misma del delito poco aporta desde el punto de vista político – criminal. Aun cuando no es un delito frecuente, en la práctica importa la intromisión del derecho en cuestiones amorosas de consecuencias múltiples e imprevisibles, por lo que poco puede hacer. Y generalmente, ese poco es bastante perjudicial en la resolución del conflicto. A ello cabe agregar el peligro que significa la existencia de un delito formal sobre una base exclusivamente subjetiva. Pareciera entonces que el delito de rapto pretende materializar una exacerbada protección del bien jurídico libertad sexual, al prohibir acciones que, por los fundamentos esgrimidos, debieran permanecer en la zona de libertad”<sup>(89)</sup>.-

#### **XV-) Avenimiento.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. en el Art. 162 norma el avenimiento: “En los delitos previstos en los artículos 154, primer párrafo, y 155, primera oración, la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas, de protección o ayuda a las víctimas sin fines de lucro. Si ella fuere mayor de DIECISEIS (16) años podrá, con intervención del ministerio pupilar en los casos en que correspondiere, proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá admitir la propuesta que haya sido libremente formulada y aceptada en condiciones de plena igualdad, cuando en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de

---

<sup>89</sup> Tenca Adrián (ob. cit. p. 211/12)

la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación del artículo 52 de este Código”.-

En lo sustancial, esta norma no presenta mayores cambios con el actual Art. 132 del C.P.. Sólo se agrega que en el caso de la víctima menor de dieciséis años que propone el avenimiento, debe intervenir el ministerio pupilar en los casos que correspondiere. Por otra parte, en cuanto a las facultades del Tribunal, en el nuevo texto el mismo “podrá admitir la propuesta”, mientras que en la norma vigente habla de la “excepcionalidad de la aceptación” de aquélla.-

Ya se había dicho, al comentar el instituto del avenimiento, que ésta es la primera admisión legislativa de la conciliación en materia penal y le es conferida a la víctima mayor de dieciséis años que pueda acordar con el imputado ciertas condiciones bajo supervisión del Tribunal para tratar de armonizar el conflicto, y en caso de que ello ocurra, la acción penal queda extinguida o puede aplicarse la suspensión del juicio de prueba. Ello sustituye, aunque no lo excluye, al matrimonio con la víctima – eximente de pena que anteriormente se alojaba en la previsión legal –. Siempre, en estos casos, la propuesta que haya sido libremente formulada y aceptada en condiciones de plena igualdad queda sujeta a la valoración del juez – el Anteproyecto en tal sentido dispone que el Tribunal “podrá” admitir la propuesta – lo cual sugiere que es facultativo de aquél. En este sentido, no se ha cambiado mucho pues en el texto vigente la frase reza “podrá excepcionalmente”. Quizás, al eliminar esta última palabra, le da más amplitud de criterio al juzgador.-

Se ha agregado la intervención del ministerio pupilar, lo cual ya se tenía en cuenta con el texto vigente pues si la víctima es menor de veintiún años y mayor de dieciséis deberá ser asistida por un representante legal.-

La propuesta debe haber sido libremente formulada por la víctima, lo que significa que se trata del resultado o la consecuencia de un hecho voluntario, es decir, ejecutado con discernimiento, intención y libertad de acuerdo a lo estipulado por los arts. 897, 921, 922 y concordantes del C.C. (<sup>90</sup>). Arocena cita la opinión contraria de Travallini de Azcona, quien afirma que la libertad a que alude la nueva disposición no puede equipararse rasamente con los requerimientos civiles del consentimiento válido (arts. 921 y s.s. del C.C.), ni considerársela excluida sólo cuando la víctima es obligada

---

<sup>90</sup> Laje Anaya Justo, “La bendición judicial, el casamiento con la ofendida y el flamante artículo 132 del Código Penal”, en “Estudios de Derecho Penal”, t. I, Ed. Lerner, Córdoba 2001, p. 551; Clemente José (ob. cit. p. 155); Donna Edgardo (ob. cit. p. 202)

mediante amenazas, cuando actúa incurso en error o ignorancia, o si el consentimiento es prestado por personas que por su menor edad o sus condiciones no pueden consentir válidamente (<sup>91</sup>).

Tanto de la ley como de los Antecedentes Parlamentarios no se deduce expresamente ni se establece una regla precisa sobre el contenido de este nuevo instituto, es decir, acerca de lo que pueda consistir la propuesta de la víctima. Lo cual ha traído un desacuerdo entre los autores que han abordado el tema.

Así por ejemplo, Laje Anaya sostiene que la única propuesta a formular se traduce en una de carácter matrimonial que parte de la mujer víctima destinada a un especial imputado (<sup>92</sup>).

Creus por su parte expresa que: “La ley no regula el contenido del “avenimiento”, con lo que, desde luego no queda excluido el matrimonio de los sujetos del delito” (<sup>93</sup>).

Reinaldi admite que la propuesta a formularse puede ser el matrimonio, en caso de participación delictiva múltiple, la víctima podrá celebrarlo con uno sólo de los intervinientes en el hecho que sea de distinto sexo al suyo. Esta opinión puede cambiarse en caso de admitirse las uniones civiles entre personas del mismo sexo. “Ello, sin perjuicio de que con los demás se avenga en otros aspectos, como los indemnizatorios. Esta posibilidad que la norma anterior no brindaba al que no se casara con la ofendida es, tal vez la diferencia más pronunciada que se advierte entre esta norma y la actual. El avenimiento no tiene que constituir, en un acuerdo de contenido económico, para los cuales el juez deberá ser quien contenga todo uso. Pero no puede consistir, tampoco en el perdón liso y llano otorgado por la víctima con posibilidad de

---

<sup>91</sup> Arocena Gustavo (ob. cit. p. 187) citando a Travallini de Azcona Mónica “Las desaveniencias de un avenimiento – a propósito del nuevo art. 132 del C.P.”, p. 296, en Pensamiento Penal y Criminológico, Año II, N° 2, Mediterránea, Córdoba, 2001. “Concluir que la libertad se excluye sólo por amenazas, error, ignorancia o incapacidad derivada de la menor edad o de la insuficiencia mental importa desestimar los paradigmas de la reforma en la que se amplía los nuevos factores que anulan el libre consentimiento más allá de la fuerza y la intimidación, incluyendo los supuestos de coacción, engaño, abuso de poder, aún cuando fuera en el marco de relaciones conyugales o de concubinato, e incorporando otras relaciones de autoridad y jerarquía que esfuercen el libre consentimiento. Por un imperativo hermenéutico, si ello es válido para tipificar las conductas atentatorias de la integridad sexual, desde ya que debe ser sopesado en los mecanismos que tienden a despenalizar idéntica criminalidad, puesto que lo contrario equivaldría a aceptar que una norma (la ley 25.087) diferencia conceptos cuando expresamente no lo hace, ni exhibe razón para hacerlo”

<sup>92</sup> Laje Anaya Justo (ob. cit. p. 553)

<sup>93</sup> Creus Carlos (ob. cit. p. 812)

extinguir la acción y la pena. El perdón, con este alcance, no es posible ni en caso de delitos de acción privada (Art. 73)”<sup>(94)</sup>.-

Pandolfi incluye en el avenimiento a una propuesta exclusivamente económica o incluso el establecimiento de relación connubial estable, con o sin matrimonio<sup>(95)</sup>. Le asiste razón a Arocena cuando puntualiza que el legislador tuvo como intención y plasmó en la norma la eliminación de la eximente por matrimonio con la víctima, para sustituirla por un instituto compositivo entre autor y víctima que permita una mejor satisfacción de los intereses de ésta a través de cualquier medio – no sólo el matrimonio – eficaz a tal fin<sup>(96)</sup>. La ley no impone pautas sobre el contenido del avenimiento, por lo que puede ser cualquiera, en la medida que no sea ilícito o inmoral y no hay impedimento en que se pacten indemnizaciones pecuniarias u otros modos de compensación<sup>(97)</sup>.-

La propuesta debe ser formulada al imputado, dice la norma, refiriéndose a aquél que ha atacado la integridad sexual de quien tenía con la víctima una especial relación de carácter afectivo preexistente o existente al momento de la comisión del delito. Es obvio que con ello quiere vincularse en la institución a personas conocidas o más o menos conocidas. Así se ha dicho que se circunscribe: “a una persona a la cual se está ligado, vinculado por sentimientos que traducen una determinada unión espiritual permanente, rota o quebrantada por el conflicto que ha creado el imputado por la comisión del delito. En este sentido, el avenimiento deberá concretarse, por ejemplo, con el concubino, con el novio o prometido, hayan vivido, o no hubiesen vivido bajo un mismo techo”<sup>(98)</sup>. Relación afectiva, amorosa, noviazgo, romance, relación familiar mutua, concubinato, matrimonio, etc. sin que tenga mayor importancia el tiempo de duración de dicha relación<sup>(99)</sup>.-

De lo dicho se desprende que la propuesta tal como lo especifica la ley “podrá” ser aceptada por el Tribunal no sólo cuando haya sido libremente formulada en condiciones de plena igualdad<sup>(100)</sup> con una comprobada relación afectiva preexistente,

<sup>94</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 299)

<sup>95</sup> Pandolfi Oscar (ob. cit. p. 128)

<sup>96</sup> Arocena Gustavo (ob. cit. p. 189)

<sup>97</sup> Breglia Arias – Gauna (ob. cit. p. 979)

<sup>98</sup> Laje Anaya Justo (ob. cit. p. 548)

<sup>99</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 468)

<sup>100</sup> “... El considerar como condición necesaria que el avenimiento de la víctima haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado soslayan la potencial desigualdad entre víctima e imputado, neutraliza cualquier exageración de sus pretensiones y restan posibilidad de privatización del derecho, acentuando la participación estatal en la solución del conflicto. Asimismo, elimina cualquier posible actuación abusiva del imputado. Creemos que de este modo, se satisface la pretensión punitiva del

sino que aquél considere que es el modo más equitativo de armonizar el conflicto con el mejor resguardo del interés de la víctima. Esto pone a las claras que en definitiva es el Juez el que debe valorar la propuesta (<sup>101</sup>) y es recomendable que se lleve a cabo una audiencia personal a fin de que en razón de la inmediatez que campea en ello, sea factible para el juzgador tener una impresión nítida, real y sincera de la propuesta. En este sentido éste puede asesorarse con expertos en la materia o persona de confianza de las partes (<sup>102</sup>). Asimismo el Juez podrá rechazar “*in limine*” la petición cuando ésta no cumpla con los extremos objetivos exigidos por el tipo (por ejemplo, si la víctima tiene dieciséis años). En este caso podrá hacerlo por decreto, pero si existiera otro tipo de causa como ser que el avenimiento sea inconveniente para los intereses del menor, es aconsejable que se exteriorice mediante un auto. La propuesta de avenimiento puede interponerse en cualquier instancia (<sup>103</sup>). En caso de que se haga lugar a las propuestas del avenimiento la acción penal quedará extinguida y se podrá disponer la suspensión del juicio a prueba, de lo contrario se ordenará el archivo (<sup>104</sup>).

Como se ha puntualizado más arriba, en caso de arribarse a un avenimiento una de las alternativas que propone la ley, además de la extinción de la acción penal, es el del supuesto de la suspensión del juicio a prueba – circunstancia que se reitera en el Anteproyecto – al hacer mención de lo consignado por los art. 76 ter y 76 quáter del C.P. (Art. 52 del Anteproyecto). Pero en este último caso sigue subsistiendo el problema de la legislación vigente pues la suspensión del juicio a prueba sólo será aplicable en el caso del primer párrafo de la primera oración del Art. 155 ya que tal como lo determina la norma del Art. 52 el imputado podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba por única vez y hasta la citación al juicio en caso que la pena no exceda de tres (3) años en su mínimo pero no, en el caso del primer párrafo del Art. 154 que tiene un mínimo de cuatro años de prisión. De modo que la pregunta que surge naturalmente es cómo se armoniza dicha incongruencia.

Hay quienes sostienen – con la legislación vigente que se reitera en el Anteproyecto con el caso del primer párrafo del Art. 154 – que esto lleva a pensar dos cosas: a) al legislador no le preocupa el límite de los 3 años que se fija en el párrafo 1°

---

estado, como así también se toma en cuenta el reclamo de la víctima de que se atiendan sus intereses, recurriendo a una alternativa legítima cual es la de participar, decidiendo el conflicto de acuerdo a los puntos de vista de los protagonistas ...” Antecedentes Parlamentarios, p. 1617

<sup>101</sup> Parma Carlos (ob. cit. p. 42)

<sup>102</sup> “... Los Jueces pueden asesorarse por expertos en la materia o por personas de confianza de las partes ...” Antecedentes Parlamentarios p. 1617

<sup>103</sup> Parma Carlos (ob. cit. p. 42), Buompadre Jorge (ob. cit. p. 468)

<sup>104</sup> Figari Rubén (ob. cit. ps. 433/434)

del 76 bis, pues los delitos de esta ley superan ese límite; y b) que la efectividad de la “suspensión del juicio a prueba” puede concretarse aunque el imputado no haya solicitado esa suspensión. Incluso se cuestiona la constitucionalidad del artículo, puesto que el legislador nacional ha avanzado aquí sobre la regulación de la acción procesal, excediendo sus posibilidades. Reinaldi advierte que en el caso de los delitos previstos en el título III, del libro II del C.P. la suspensión del juicio a prueba alcanzaría a la imputación de una sustracción o retención de un menor de dieciséis años con su consentimiento, aunque seguidamente agrega que: “Debe entenderse que, dado que la ley 25.087 es posterior a la ley 24.316, a establecido una excepción a las reglas de ésta”<sup>(105)</sup>. Sin duda, este es un conflicto, no previsto por el legislador al abordar la reforma, de modo que el mismo tendrá que ser saneado en los estrados judiciales.-

Con respecto a la pluralidad de agentes se ha interpretado que la extinción de la acción penal beneficia a quien ha participado en el avenimiento, en tanto que la suspensión del juicio a prueba es para los copartícipes<sup>(106)</sup>. En realidad, sería más ajustado a derecho y de conformidad con las finalidades del instituto que la extinción de la acción se haga extensiva a todos. “Si el menor ya no desea el proceso, carece de sentido que continúe para los que intervinieron en el hecho. O el proceso termina para todos o continúa para todos”<sup>(107)</sup>.-

De hecho, es evidente que hay que trabajar más sobre el instituto del avenimiento – quizás sea esta la oportunidad – pero es innegable que el camino compositivo en estos tipos delictivos reivindican el papel esencial que tiene la víctima en este proceso y que no obstante la propuesta que pueda ser efectuada por ésta, el sistema queda relegado a la decisión judicial, la cual, en definitiva, valorará lo que estime más conveniente para los intereses del sujeto pasivo de la relación delictual y con ello se rodea al instituto de las garantías necesarias para que el mismo sea eficiente.-

La Justicia, como la define Jorge Joaquín Llambías, *es la proporción entre las exigencias de las personas y los bienes aptos para satisfacer esas exigencias*; de la misma manera se podría decir que la víctima exige una salida alternativa, y la ley puede hacerlo mediante el avenimiento; será el juez quien deberá, - diría Kant -, concientizarse

---

<sup>105</sup> Reinaldi Víctor (ob. cit. p. 301)

<sup>106</sup> Gavier Enrique (ob. cit. p. 109)

<sup>107</sup> Buompadre Jorge (ob. cit. p. 467), Parma Carlos (ob. cit. p. 43), Donna Edgardo (ob. cit. p. 195) aunque la eximición la asimila al perdón, Breglia Arias – Gauna (ob. cit. p. 978)

moralmente, para verificar si la propuesta de la víctima va en resguardo de su interés, y armoniza el conflicto sin necesidad de la pena (<sup>108</sup>).

## **XVI-) Supresión.**

### **XVI-I) Reglas aplicables a la complicidad secundaria.**

El Anteproyecto de Reforma del M.J.D.H.N. suprime la norma del Art. 133 del C.P. vigente reformado por la ley 25.087 que establece: “Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores”.-

Las formas de participación secundaria que comprende la norma ya traía insita una discusión doctrinaria en cuanto a los efectos dogmáticos de dicha regla. Tan es así que Creus opinaba que: “Si se piensa que el cómplice necesario tiene la misma pena que el autor, la función de la regla del art. 133 es la de agravar la punibilidad correspondiente al que participa en el delito como cómplice secundario, derogando las reglas del art. 46 del C.P., en lo que hace a la individualización legal de la pena que a él le corresponde” (<sup>109</sup>).

Núñez entiende que se trata de un agravamiento de la pena establecida por la norma general sobre la complicidad secundaria (art. 46 del C.P.), sin embargo el art. 133 no modifica el tipo de la cooperación constitutiva de la complicidad secundaria (<sup>110</sup>).

Fontán Balestra, sobre este problema, dice que el art. 133 equipara en cuanto a la penalidad la participación no necesaria del art. 46 a la necesaria del art. 45 para las personas indicadas en la norma, de modo que se deroga para estos casos la reducción de la escala penal prevista en el art. 46, siendo aplicable a todas las formas de cooperación la pena correspondiente al delito. Acota que: “La agravación no alcanza a los que prestan una *ayuda* posterior a la ejecución del hecho, porque no *cooperan* a la perpetración del delito” (<sup>111</sup>).

---

<sup>108</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 436)

<sup>109</sup> Creus Carlos (ob. cit. p. 263)

<sup>110</sup> Núñez Ricardo (ob. cit. p. 398/99)

<sup>111</sup> Fontán Balestra Carlos (ob. cit. p. 209), Clemente José (ob. cit. p. 160). “La equiparación comprende todas las formas de participación secundaria, porque la *cooperación* no está tomada en el sentido restringido del art. 46 sino, como sucede en el art. 47, con el significado de intervención en el delito de otro en cualquiera de las formas de participación secundaria, especificadas por la ley” Núñez Ricardo (ob. cit. “Manual ...” p. 128)

Para Soler, el sentido de la disposición es el de agravar la pena que corresponde a la participación accesoria del art. 46, de manera que se deroga, para estos casos, la disminución de un tercio a la mitad, que forma la base de la escala penal del cómplice (<sup>112</sup>).-

Resume bien la situación Gavier cuando expresa que la agravación funciona como una regla especial de participación que deroga los principios generales de la materia (arts. 45 y 46) para someter a todos los que cooperan a la misma escala penal correspondiente al autor del delito de que se trata, sea porque están unidos con la víctima por alguno de los vínculos parentales especificados, en cuyo caso basta la mera relación parental, o porque lo hicieron aprovechándose de alguno de los casos o de las situaciones mencionadas en la segunda parte de la norma (<sup>113</sup>).-

Lo extraño es que se suprima esta norma, pero se hace subsistir la esencia de la misma en el Art. 91 del Anteproyecto: “El que causare un aborto será reprimido: a) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer; b) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. Incurrirán en las mismas penas y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos o parteras que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo”.-

## **XVII-) Colofón**

Se hace menester reconocer y elogiar la encomiable tarea desarrollada por los integrantes de la Comisión al encarar una reforma integral del Código Penal, lo cual a todas luces resulta absolutamente necesaria, máxime teniendo en cuenta los sucesivos “parches” que se han realizado, lo cual ha deteriorado su hermenéutica y sobre todo la proporcionalidad de las penas, entre otros ítems.-

En el caso puntual de los “Delitos contra la integridad sexual” existen algunos puntos que se han analizado someramente y que necesitan de un estudio o profundización un tanto más ajustada, debido a las razones que se han invocado en cada uno de los tipos. No se debe olvidar que todo lo tratado en este título es una materia muy sensible a la sociedad y al individuo pues se trata ni más ni menos que de la libertad e integridad sexual de la persona.-

---

<sup>112</sup> Soler Sebastián (ob. cit. p. 341)

<sup>113</sup> Gavier Enrique (ob. cit. p. 107). “En definitiva, en los delitos contra la integridad sexual no existían diferencias punitivas entre la participación primaria y la secundaria, para aquéllos que cumplían con los requisitos del tipo objetivo. El art. 86 establece una excepción similar” Tenca Adrián (ob. cit. p. 225)

Lo que se ha hecho es un análisis con trazos más o menos gruesos – circunstancia que admite algún error de apreciación – pero, en definitiva sirve para continuar en la búsqueda en cuanto a que los contenidos de las normas sean lo más adecuados a la realidad contemporánea.-

Rubén Enrique Figari

Buenos Aires 206

Villa Mercedes (San Luis) 5730

TE: 02657-422790

[rfigari@arnet.com.ar](mailto:rfigari@arnet.com.ar)

[rubenfigari@gmail.com.ar](mailto:rubenfigari@gmail.com.ar)