

Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación

Por Rubén E. Figari

Sumario: 1.- Sobre la rúbrica adoptada y el bien jurídico protegido. 2.- Violación. 2.1.- Agravantes. 3.- Otros abusos sexuales. 3.1.- Agravantes. 4.- Estupro. 4.1.- Agravantes. 5.- Promoción de la prostitución de menores. 5.1.- Agravantes. 6.- Promoción de la prostitución de mayores y proxenetismo. 7.- Pornografía infantil y acceso a la pornografía. 7.1.- Agravante. 8.- Acceso a espectáculos o suministros de material pornográfico. 9.- Exhibiciones obscenas a menores. 9.1.- Agravante. 10.- Corrupción de menores.

1.- Sobre la rúbrica adoptada y el bien jurídico protegido.-

Ciertamente en el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” del Anteproyecto de Código Penal - así figura en la rúbrica - se han producido varios cambios con respecto a la vigente ley 25.087, volviéndose a etiquetar los diversos tipos penales y a producirse cambios sustanciales en sus redacciones y también en cuanto a su punición. El objetivo de este trabajo es presentarlos en sociedad y analizarlos comparativamente con el texto vigente.-

En primer término sobre la rúbrica elegida la Exposición de Motivos no dice nada concreto sobre ello, simplemente explica que: “La vigente regulación de los delitos llamados sexuales ha sido sancionada con imperfecciones técnicas que permiten la introducción de criterios arbitrarios, poco respetuosos del principio de estricta legalidad, al mismo tiempo que dejan lugar a lagunas de impunidad o lenidad graves, al menos por vía de interpretación. Se ha buscado, por un lado satisfacer al máximo el principio de legalidad y, por otro, cubrir toda posible laguna de impunidad y lenidad en su tratamiento”.-

Se observa que nuevamente se ha utilizado el término “integridad” esta vez asociado al de “libertad sexual”. Ya superadas las controversias que traía el original término “honestidad”, el cual se asociaba con la moralidad sexual, la locución “integridad” también trajo en la doctrina sus detractores.-

En efecto, por ejemplo Carreras en su momento cuestionó la rúbrica “Delitos contra la integridad sexual” y lo consideró como un despropósito porque en su segunda acepción significa “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”) ([1]).-

Por su parte Balcarce señaló que es indiscutible que el término no se debe entender como un derecho de las doncellas a mantener la integridad física de sexo - indemnidad de su himen - “es por eso que se la vincula preponderantemente a la primera acepción de íntegro, lucubrándose como objeto de protección la incolumidad de la sexualidad de las personas. En pos de “ver bajo el agua”, la doctrina intenta acceder, en forma de paráfrasis, al o a los bienes jurídicos que se encuentran potencialmente cubiertos por la microsistemática legal ([2]).-

Edwards creía que el nombre más correcto que debía llevar este título era la de “Delitos contra la libertad sexual” porque lo que intenta proteger es la libertad de determinación en materia sexual ([3]), pero no agregaba nada sobre aquéllos que no podían ejercer dicha libertad de determinación, como los menores de trece años y los incapaces, por ejemplo.-

A su tiempo Creus define la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad que se asienta sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que depende tanto de circunstancias individuales cuanto de su entorno social y agrega que: “Si bien algunos de los tipos pueden adecuarse más o menos a la denominación del rubro, otros justificarían que se los tilde de indebidamente extensos. En tren de sugerencias hubiere sido preferible seleccionar un rubro que designase una figura básica de la que los demás tipos penales 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*” ([4]).-

Donna interpretó la locución “integridad sexual” de un modo abarcativo en el sentido que se tutela la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, considerando 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. En el primer caso se emplea una vertiente positiva y también negativa, en la positiva se hace referencia a la capacidad de la persona de tener la libre disposición de su cuerpo a los efectos sexuales, o la

facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos y en la vertiente negativa, en la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar. En cuanto a los menores de trece años, o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, aquí se protege la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona ([5]).-

Pandolfi criticó el nombre elegido como rúbrica del título al cual considera no muy feliz, aunque admite que una elección del nombre no resultaba una cuestión sencilla y por su parte, sugería como apropiado, la nómina de “Delitos sexuales” o “Delitos contra la autodeterminación sexual” ([6]).-

Estrella – Godoy Lemos consideran que las variadas significaciones y contenidos del bien jurídico “Integridad sexual” que dan los autores que se han ocupado del tema evidencian que atento a las distintas figuras que componen el Título, resulta muy difícil lograr una denominación que abarque a todos los bienes jurídicos protegidos por los tipos que lo integran - tal como ocurría con la rúbrica “Delitos contra la honestidad” - porque alcanza a un complejo grupo de bienes jurídicos tales como la libertad sexual, la reserva sexual, la inexperiencia sexual, el sano y natural instinto de la sexualidad, el derecho de las personas a no ser sorprendidas, involuntariamente, con manifestaciones obscenas o pornográficas, etc. ([7]).-

En aquella oportunidad Buompadre explicaba que la integridad sexual como bien jurídicamente protegido en el Título III, importa un segmento de un bien jurídico más general: la libertad personal entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual y entiende que la denominación “libertad sexual” es la más adecuada para mencionar al bien jurídico pues abarca tanto la sexualidad de los adultos como la de los menores incapaces. La integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella conlleva una injerencia intolerable a la dignidad del ser humano y afecta al derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad ([8]).-

Tenca no está de acuerdo con los autores que le conferían diversa protección a los bienes jurídicos de los delitos considerados anteriormente contra la honestidad, pues luego de hacer un análisis de cada una de las tipologías concluye en que el factor dominante se sienta en la protección de la libertad. Así expresa que: “Resulta claro que todos los delitos contra la libertad afectan la integridad, privacidad e identidad, pero ello no empece a que el bien jurídico protegido sea la libertad, con independencia de las consecuencias que la violación de ese bien jurídico puede ocasionarle a la persona. Por todo lo expresado, consideramos que el título apropiado debió ser lisa y llanamente “Delitos contra la libertad sexual”, tal como lo designa el Código Penal español de 1995, en el que se inspiró gran parte de la reforma” ([9]).-

Algunos se plantean una serie de interrogantes respecto a si el bien jurídico protegido es la integridad sexual o la libertad sexual y al respecto razona que en principio, el significado de “libertad sexual” no se compadece con la expresión “integridad sexual” pues propiciando la primera se confunde lo que fundamentalmente se quiere proteger - integridad y dignidad física y psíquica de la persona - con la afectación previa de la libertad de repeler o aceptar la conducta del agente agresor, que es un presupuesto común para la mayoría de los delitos. En su concepto, la expresión

“libertad sexual” se identifica más con el derecho de ejercer la sexualidad de la manera en que cada uno elija, que con la facultad de repeler o aceptar las conductas de terceros dirigidas a la propia sexualidad. Si bien agrega, que en gran parte de los delitos que incluye el título se vulnera la libertad sexual, la afectación fundamental y de mayor relevancia no se encuentra en aquélla. Cita las palabras del miembro informante de la Cámara de Diputados Cafferata Nores, otro tanto hace con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/99 que modifica el Código Penal Español donde pone énfasis en los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad e indemnidad de los menores e incapaces, cuya voluntad carente de la necesaria formación, para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas, que podrían serlas en los adultos. Concluye en que el bien jurídico protegido no es la “libertad sexual”, sino la “integridad sexual” entendida en un sentido amplio de integridad tanto psíquica como física de la persona y que se instituya como rúbrica del título III “Delitos contra la sexualidad” ([10]).-

Finalmente, por mi parte - luego de hacer una recopilación de distintas opiniones - expongo la idea de que en su momento desde la intención legislativa que emerge de los Antecedentes Parlamentarios, como de la doctrina que se ha elaborado hasta el momento, el título abarca todos aquellos delitos de índole sexual y que cada uno, como también se vio, tienen un bien protegido un tanto disímil, - salvo la opinión de Tenca - 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 - de quienes por ser menores o incapaces no pueden validar su consentimiento - 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 lo mire, pues se trata de un concepto homogéneo ([11]).-

Es del caso tener en cuenta que a los efectos de la redacción de la ley 25.087 se tuvo en consideración el Código Penal español de 1995, que en estos delitos, llevaba la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual”, pero cuando se sanciona la mencionada normativa, en España se produce una reforma en 1999 y se apela a la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” que vige hasta la fecha.-

En ocasión de aportar mi colaboración - solicitada junto a otros académicos, juristas e investigadores - para sugerir alternativas en la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal, propuse en base a todos los antecedentes existentes la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” en atención a lo discutible del término “integridad” y al hecho que con tal denominación - similar a la que tiene el código penal español - se abarcaría la circunstancia de que la libertad sexual hace a los derechos inherentes de la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y elección, en cambio la indemnidad se refiere a los menores e incapaces cuya voluntad, carente de necesaria formación por la edad o por su condición intelectual o física, no puede ser considerada desde el punto de vista de la licitud de una conducta que sí podrían serlas en los adultos.-

Ya Muñoz Conde alertaba luego de la reforma del Código Penal español de 1995 que la problemática que plantea el *nomen iuris* es precisamente si se puede hablar de “libertad sexual” cuando los delitos recaen sobre menores o incapaces, ya que, mantener en estos casos qué es la “libertad sexual” en el bien jurídico protegido, resulta ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, despojándose de la realidad porque

si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación, es precisamente la de carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Entonces, lo que no aparece tan claro es que el fundamento de la regulación penal sea la protección de la “libertad sexual del menor”, en todo caso se advierte un componente adicional, difícil de definir, que tiene más que ver con la idea de indemnidad e intangibilidad que con la presunta libertad del menor para decidir sobre su sexualidad ([12]).-

El diccionario de la Real Academia entiende por “indemnidad” de latín *indemnitatis* - *atis* “propiedad, condición o situación del que está exento de sufrir daño o perjuicio” e “intangibilidad” “que no se debe o no se puede tocar”. Términos que en definitiva resumen la idea coloquial “con eso no te metas”. En este caso concreto está referido a los menores de trece años que no pueden consentir ningún acto de las características enunciadas, como así tampoco para aquéllos que presentan una incapacidad mental o que por cualquier otra causa se encuentran privadas del sentido.-

En síntesis, me parece, más adecuado el rótulo para este título V del Anteproyecto el de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.-

2.- Violación.-

En el art. 126 del Anteproyecto se ha vuelto a identificar el tipo penal como lo hacía el Código con anterioridad a la ley 25.087 - motivo de varias críticas - lo cual resulta encomiable.-

El texto dice: “**1. Se impondrá prisión de SEIS (6) a QUINCE (15) años, al que practicare coito vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Mediando violencia o intimidación. b) Cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción.**

2. El máximo de la pena será de DIEZ Y OCHO (18) años de prisión: a) Cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediare consentimiento. b) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima. c) Cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. d) Si el hecho fuere cometido por un funcionario público, en ocasión de sus funciones. e) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada” ([13]).

En la Exposición de Motivos se explica someramente los fundamentos de este texto en los siguientes términos: “...En este inciso se redefine claramente el concepto de violación, sin ahorrar palabras y sin volver al empleo de la voz *acceso*, que ha sido materia de las conocidas controversias. Se emplea la palabra *coito*, que es *ayuntamiento* y, para mayor claridad y evitar futuras controversias, se aclara que puede ser por vía vaginal, anal o bucal. Las circunstancias son las dos clásicas: a) La violencia o intimidación, es decir, la violencia real o ficta. b) Cuando la víctima no haya podido consentir, comprender o resistir, por cualquier causa que fuere, sin limitación de fuentes (inconsciencia, incapacidad, error, ignorancia, sorpresa, etc.). El supuesto de la llamada *violación impropia*, es decir, cuando la víctima es menor de trece años, donde no son necesarias las condiciones de los dos incisos anteriores y el delito se comete aunque mediare el consentimiento de la víctima, se ha considerado que es conveniente - para mayor protección del menor - someterlo a una escala penal agravada, por lo cual se lo considera entre los supuestos de mayor gravedad. Se ha entendido que la redacción que se propone para el tipo básico evita los equívocos y discusiones anteriores, sin dejar espacios de duda. En todos los casos la pena oscila entre seis y quince años de prisión. En el inciso 2º el máximo de la pena de prisión se eleva hasta diez y ocho años, en cinco supuestos expresados con claridad. La novedad consiste en la ya señalada inclusión del coito con menor de trece años entre las formas más gravemente penadas”.-

A primera vista se advierte que en el punto primero se mantiene la pena - de seis a quince años de prisión - del texto actual pero sólo referido a los incisos a) y b) y se aumenta el máximo a dieciocho años en el punto segundo en los incisos a), b), c), d) y e).-

Se ha omitido la referencia a “persona de uno u otro sexo” aunque esto se puede subsanar con la referencia que hace el art. 63 del Anteproyecto en el punto 2: “Se considerarán indistintamente masculinos y femeninos aquellos términos que correspondan”, aunque la norma en cuestión no lo mencione.-

Como dice la Exposición de Motivos se ha sustituido la palabra “acceso” por “coito”.-

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia con la redacción vigente habían determinado que el núcleo típico de la figura lo constituye 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* - ([14]). De esta forma la ley requiere sólo la penetración cualquiera sea su intensidad aunque fuera superficial, bastando para ello el llamado “coito vestibular o bulbar” y con ello se deduce que no ha menester la defloración y se descartan los actos de acercamiento o tocamiento sexuales que no importen una penetración física del órgano genital masculino, tales como los actos de molicie, los torpes desahogos o el coito interfémora ([15]).-

La Dra. María Elena Barbagelata en su disidencia propone el verbo “penetrar” condiciéndose con lo expuesto anteriormente. En efecto, el texto, en este aspecto dice: “1. Se impondrá prisión de SEIS (6) a QUINCE (15) años a quien penetrare a otra persona, u obligare a la víctima a penetrar...”. En sus fundamentos expone: “1. La sustitución, en el inciso 1), de la expresión “practicare coito” por “penetrar”, utilizando una expresión adoptada por el Anteproyecto 2006. 2. La inclusión de la conducta de “obligar a la víctima a penetrar”, que de lo contrario quedaría configurada como un abuso sexual con pena sensiblemente menor”.-

En mi colaboración aportada también sugerí el término “penetrar” con el aditamento “con el pene”, en el entendimiento que ese era el significado que la doctrina y jurisprudencia le habrían dado al verbo “acceder”.-

El Anteproyecto dispone que el coito puede ser vaginal, anal o bucal. En la Exposición de Motivos se explica “...que para mayor claridad y evitar futuras controversias, se aclara...” que el coito es factible por las tres vías indicadas. De esta forma - con la interpretación amplia - se sana el entredicho que suscitaba la redacción actual de “cualquier vía” y que daba pie para los seguidores de la interpretación restrictiva que la penetración bucal o *fellatio in ore* constituía un abuso sexual ultrajante. En esto se sigue al Código Penal español (art. 179). Particularmente propuse la tesis amplia de la cual participo ([16]).-

Barbagelata en su disidencia se inclina por la misma tesitura pero con aclaraciones: “...por vía vaginal, anal o bucal con miembros corporales o con objetos en el caso de las dos primeras vías...”. En sus fundamentos hace una exposición amplia sobre las razones por las cuales adopta el aditamento mencionado: “...3. La inclusión, en el mismo inciso, de la conducta de introducción de objetos que no merece a nuestro juicio la pena menor de dos a diez años de prisión prevista para el abuso sexual del art. 127 del Anteproyecto, sino la de seis a quince años de prisión. La introducción de objetos constituye una hipótesis de violación de entidad similar a la producida a través del órgano sexual o partes corporales como dedos etc. por las secuelas psicológicas tan o más graves que puede dejar en la víctima. En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay - art. 50 -, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002) ([17]).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales” ([18]). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Penal Castro Castro vs. Perú” ha determinado que “la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales sin consentimiento de la víctima. Además, en la perpetración de este delito se pueden usar otras partes del cuerpo del agresor u objetos e inclusive la penetración bucal del miembro viril” ([19]). Por todo ello se propone incluir dentro del tipo penal de violación la introducción de objetos por vía anal o vaginal, y además su supresión del art. 127 inciso 2, b). Se propone, además, la supresión en el inciso 1º, apartado b) del artículo 126, de la referencia a la imposibilidad de “resistir” por parte de la víctima, a fin de despejar cualquier posibilidad de exigencia de resistencia de parte de la misma para que se configure el delito, bastando para ello la falta de consentimiento o la imposibilidad de comprensión de la acción, sin más”.-

La figura se concreta en los supuestos de: a) Mediando violencia o intimidación; b) Cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción. La Exposición de Motivos revela que: “Las circunstancias son las dos clásicas: a) La violencia o intimidación, es decir, la violencia real o ficta. b) Cuando la víctima no haya podido consentir, comprender o resistir, por cualquier causa que fuere, sin limitación de fuentes (inconsciencia, incapacidad, error, ignorancia, sorpresa, etc.)”.

En el primer supuesto se utiliza la palabra “violencia” - en esto no cambia con respecto a la reforma introducida por la ley 25.087 - y se sustituye el vocablo “amenaza” por el originario término de “intimidación” del antiguo art. 119 inc. 3°.

La *violencia* material es 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 por destinatario el sujeto pasivo o víctima con el propósito dirigido a lograr el contacto sexual. Esto equivale al supuesto de *vís* absoluta que en definitiva trata de anular en forma absoluta la resistencia de la persona aunque aquélla no sea continua y hasta se podría decir heroica, sino que simplemente se hace menester que quiebre la voluntad de la víctima, debido al abuso violento del agente. Esa resistencia, a la que se hace alusión, resulta un elemento fundamental para apreciar en cada caso particular la existencia de la violencia física. Se puede decir que la resistencia existe cuando la víctima se opone y pone de manifiesto tal oposición sin que sea menester para tal situación que la misma sea desesperada y que haya vencido todos sus esfuerzos ([20]).

Algunos consideran que la misma debe ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante, bastando que sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común. Así lo entiende Donna ([21]) quien alega que dicha resistencia debe tener la connotación de ser seria, verdadera, no fingida, es decir, una expresión de voluntad manifiestamente contraria al acto y también constante, referido este concepto, a que en el lapso en que se produce la agresión la resistencia no debe ser adoptada en un principio y luego abandonada. “Es de destacar que la constancia en el grado e intensidad debe surgir de la voluntad y no de la fuerza física de la víctima que, lógicamente, irá disminuyendo por el cansancio a medida que se la ejerza. El cesar de la víctima en su accionar, ya sea por agotamiento o temor que el acto inspira, no deberá, en ningún caso, entenderse como consentimiento”.-

En sus principios la doctrina, fundamentalmente sustentada en la jurisprudencia francesa y seguida por la italiana anterior al Código de 1930, exigió en cuanto a la consideración de la fórmula fuerza - resistencia, el cumplimiento de condiciones sumamente severas para que se pudiera admitir la real y efectiva resistencia por parte del sujeto pasivo. En términos generales se exigía: a) que hubiese ofrecido una oposición constante y siempre igual, sin posibilidad de declinar en momento alguno, por cuanto esa declinación era interpretada como consentimiento; b) que la lucha defensiva hubiera ido acompañada de exteriorizaciones aceptables por terceros, como ser que hubiere gritado; c) que de esa lucha hubieren quedado rastros característicos de la finalidad perseguida por el agresor y d) que las fuerzas y condiciones físicas del agredido sexualmente, fueren inferiores a la del agresor. Sólo con la reunión de tales condiciones, se admitirá la existencia del delito. Esto despertó una crítica en el sentido de que no era indispensable que se haya realizado una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos, pues la ley no exige tales extremos, tal es el caso de igualar con la violencia física la intimidación, está hablando a las claras sobre la idea direccional, de modo que no se podía tener como estereotipos mujeres heroínas ni violadores colosos de fuerza o poder. Por ende, habiendo una resistencia verdadera donde se cumplieron los medios capaces de sujetar, inutilizar, amedrentar a una persona común, la violación se encontraba justificada. Aquellos condicionamientos tan severos que caracterizaron a la resistencia en su momento, se trastocaron en otros de carácter un tanto más flexibles, en realidad más realistas, es así que la violencia en su expresión física como fuerza debía ser: a) real, que responda a una decisión verdadera de

reserva, connotación con lo serio de la resistencia; b) efectiva, suponiendo el empleo de medios al alcance de la víctima, la que actuará conforme las circunstancias del caso y c) que sea constante, en realidad la palabra más acorde sería continuada (locución empleada por Fontán Balestra) para poder desechar el término de que no sea desesperada. Todo ello lleva a la tarea de especificar que es un medio para alcanzar el acceso, reviste ribetes de cierta energía sin que sea menester que sea brutal y necesariamente, como ya se dijo, debe ser continuada y suficiente ([22]).-

Por ello se ha afirmado que la actual referencia a la violencia del art. 119 estriba en el hecho de relativizar el grado de resistencia exigible a la víctima de un abuso sexual, o sea, que lo que se debe tener en cuenta como criterio delimitador y determinante del tipo es la mayor o menor lesividad del medio utilizado por el agente para doblegar la libertad sexual de aquélla, de manera que es suficiente con probar la existencia de una *vis* idónea no destinada a vencer la resistencia del sujeto pasivo, sino para doblegar la voluntad del mismo ([23]).-

Queda descartado del término “violencia” la que se lleva a cabo durante un acto sexual consentido, como así también la denominada “*vis grata puellis*”. También hay que distinguir en que no se debe tomar en consideración la violencia que ejerce el sujeto activo sobre quien consiente la realización del acto con significación sexual pero en circunstancias distintas, por ejemplo, elegir el lugar estimado por la víctima como el más conveniente para mantener esa relación. Pero el caso debe distinguirse si al respecto la reticencia recae sobre alguna particularidad inherente al consentimiento prestado, esto es, sobre la modalidad de ejecución, por ejemplo, del acceso carnal, esto es, la vía elegida para llevarlo a cabo. Si se contraría en forma violenta esa circunstancia se estaría yendo en contra de la reserva sexual ([24]). Finalmente, no se contabiliza para el tipo penal la fuerza física desplegada sobre cosas u obstáculos - puertas, ventanas, etc. - para llegar a la víctima ([25]) ni la desplegada sobre terceros que tratan de impedir el acto o para influir sobre el ánimo del sujeto pasivo, infundiendo miedo.-

En el concepto de violencia quedan comprendidos los casos de utilización de medios hipnóticos o narcóticos (art. 78 del C.P.), norma idéntica al art. 63 inc. i) del Anteproyecto.-

Se vuelve al término “*intimidación*” que vendría a ser un sucedáneo de la amenaza. La intimidación no es otra cosa que una violencia moral o *vis compulsiva* 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 esto se hace menester recurrir a ciertos conceptos que definen la amenaza contenida en el art. 149 bis del Código Penal.-

Es así que la amenaza contiene una dosis de energía física anunciada, ya que básicamente

está destinada a causar miedo, infundir temor con el anuncio de un mal futuro, constitutivo o no de un delito, que recaerá sobre la víctima o sobre alguien que puede estar vinculado a ella, ya sea por alguna relación de afecto o parentesco, de manera tal que se pone en peligro un bien jurídicamente importante y valioso de la persona, llámese integridad personal, honor, familia, patrimonio, pudor ([26]).-

El juicio sobre lo que infunda un miedo que doblegue la resistencia de la víctima, es relativo, porque lo que en un caso no ha sido intimidatorio para el sujeto pasivo, por haber advertido la falta de seriedad o de eficacia del anuncio, lo puede ser para un espíritu menos sereno o analítico, o menos cultivado. “El punto de mira, habiendo un anuncio de esta especie por parte del autor, no está esencialmente en él objetivamente mirado, sino en lo que realmente pasó en el alma de su destinatario: si frente al anuncio de un mal objetivamente débil, la víctima se atemorizó en forma incluso reprochable, la intimidación existe” ([27]).-

El segundo supuesto menciona al caso de la víctima que por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción.-

En este caso se vuelve a la hipótesis contenida en el antiguo art. 119 que hablaba de la víctima privada de la razón o de sentido o que por enfermedad o cualquier otra causa no haya podido resistirse al acto sexual.-

El concepto es amplio - por cualquier causa - y la Exposición de Motivos habla de “...sin limitación de fuentes” enumerando algunas a modo ejemplificativo. De allí que se sigue en este aspecto las interpretaciones que se hacen con respecto a la ley 25.087. Por lo tanto es suficiente comprobar en el caso judicial que la víctima se haya visto impedida de expresar libremente su consentimiento y no sea menester probar si hubo oposición o resistencia ni mucho menos la intensidad de la misma. De todas formas se requiere por parte del sujeto activo el conocimiento de dos elementos: que se aproveche de la situación de incapacidad o vulnerabilidad en que se encuentre el sujeto pasivo para comprender el sentido y el alcance del acto sexual que realiza y el conocimiento de la incapacidad en la víctima ([28]). Entonces la imposibilidad de consentir se da no sólo en el caso de la víctima privada de la razón, carente de sentido o impedida de resistir por

enfermedad o por cualquier otra causa, sino también en el caso en que por cualquier motivo que fuere, no le es posible prestar válidamente consentimiento.

En lo concerniente a la víctima *privada de la razón* es obvio que se trata de una cuestión susceptible de ser probada en cada caso particular, de modo que se está en presencia de un caso específico de una presunción “*ius tantum*”. Entran dentro de esta categoría aquellas personas que han perdido el juicio, que han sufrido concretamente un trastorno de sus facultades mentales - insuficiente desarrollo intelectual o volitivo o sufre de alteraciones mentales que la colocan en una situación similar a la del inimputable por falta de salud mental (art. 34 inc. 1° del C.P.) ([29]) - de allí que carezcan de la capacidad de comprender la significación del acto sexual al que son sometidas. Aquí se advierte una diferencia con el supuesto de la minoría de edad, que estriba en una razón biológica de ser menor de trece años, mientras que en la presente cuestión es necesario comprobar que la patología mental del sujeto pasivo le ha impedido efectivamente y en forma absoluta, comprender o valorar el acto, quedando al margen de la punibilidad los actos mantenidos con el alineado, voluntariamente, durante intervalos lúcidos de éste, o cuando consintió el acto con plena capacidad y después perdió la razón ([30]).-

Se han citado como ejemplo ciertas enfermedades mentales como la locura epiléptica, erótica, la demencia senil, ciertos niveles de oligofrenia, por ejemplo la idiotez (que es el grado más grave de retraso mental), la imbecilidad (que representa un grado más moderado), etc. ([31]). Teniendo en cuenta esto tal como lo señalan algunos autores, y la propia lógica, aquí se advierte que en el caso concreto la importancia de una pericia médico-psiquiátrica para determinar tales condiciones es de suma relevancia. De más está decir que para que la conducta del agente sea típica se hace menester el conocimiento por parte de aquél del estado mental de la víctima en el sentido de que ella estaba impedida de expresar su consentimiento. El error de tipo elimina el dolo ([32]).-

Clemente subraya que se debe tener presente en este caso las siguientes cuestiones: a) la necesidad de que el autor conozca positivamente el estado de privación de la razón que sufre el sujeto pasivo, debiendo estarse al principio de “notoriedad”, pues no es suficiente para la figura que la persona esté privada de razón, pues si ese estado no es conocido su conducta no será abusiva; b)

tener en cuenta que la ley también exige en ese caso que haya “abuso”. Esto resulta importante teniendo en cuenta que los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción de su vida sexual. Por ende, si no hay “abuso”, no habrá delito ([33]). “La justificación de la punición reside en el abuso de la situación de la persona privada de la razón; por ello, no alcanza que el sujeto pasivo esté privado de la razón, sino, además, que el autor abuse de la situación. Por ende, el autor debe saber el estado de la víctima y querer realizar el acto sexual aprovechándose de tal situación” ([34]).

En lo que hace a la víctima *privada de sentido*, aquí también el autor aprovecha la circunstancia de que la víctima se encuentra con una ausencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas, aunque mantiene incólumes las facultades mentales, pero por razones patológicas o fisiológicas existe un impedimento en expresar su consentimiento. Los ejemplos válidos sobre este particular son el caso del sueño, sonambulismo, desmayo, epilepsia, debilidad en su máximo grado, consumo excesivo de algún estupefaciente, alcohol, etc. ([35]) y también algunas incapacidades de orden físico, congénitas o provocadas por el autor, al igual que alguna dolencia transitoria o permanente física o mental, siempre condicionada a que impida al sujeto pasivo consentir libremente la acción. Así de esta manera se pone como ejemplo las secuelas, la parálisis, la amputación de los miembros, etc. siempre y cuando haya un impedimento de la autodeterminación sexual ([36]). Aquí la víctima puede comprender el sentido del acto pero está imposibilitada de oponerse materialmente a su ejecución en virtud de una ineptitud física. “Tal imposibilidad física para repeler el acto sexual debe ser total, toda vez que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del autor, que incite al sujeto activo a la utilización de fuerza para vencer tal resistencia, estaremos frente a la hipótesis de la violencia” ([37]). La incapacidad por falta de sentido debe ser probada en cada caso y el autor debe aprovecharse de la situación en que la víctima se encuentra.-

Ese estado de privación de sentido que puede equivaler al de inconsciencia debe ser completo - se habló más arriba de ausencia - o al menos sumamente grave que impide una desconexión de las esferas intelectivas con la realidad y por ende el sujeto pasivo no actúa con sus

facultades normales de decisión, ello implica que deberá ofrecer lo que vulgarmente se denomina “ajenidad” en su generación por parte del que aprovecha de él. Vale decir, como estado que se considera, la privación del sentido puede tener cualquier causa, excepto la que pone el propio sujeto accedido, por ejemplo, con el fin exclusivo de darse fuerzas para arribar al acceso que su pudor le frena, o para facilitar la actividad del sujeto activo inhibido por timidez, ya que en ambos casos hay plena intervención de su consciencia para decidir su entrega y así lo resolvió, siendo la autocreación de su inconsciencia un medio de concretar su consentimiento previo, tal como lo aduce Fontán Balestra. No debe reconocerse tampoco, como causa la actividad desarrollada con tal finalidad generadora de la inconsciencia, por el sujeto activo, por cuanto con ella éste no haría otra cosa que aplicar su actividad para imposibilitar la decisión como causa de resistencia.-

El Anteproyecto resume en el punto b) el hecho de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción. En el Código vigente esa cláusula culminaba la oración de esta manera: “*por cualquier otra causa no pudiera consentir*”. Esta frase en cierta forma resulta más amplia de la contenida en el anterior art. 119 inc. 2° cuando se requería que “por cualquier otra causa, no pudiese resistir”. Según lo consignado en los Antecedentes Parlamentarios el cambio tuvo como objetivo “garantizar que al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino sólo que su voluntad fue quebrada”.-

Reinaldi pone como ejemplo al error y a la sorpresa. En cuanto al primero dice que debe recaer sobre la naturaleza sexual del acto cumplido por el actor, haya sido causado o no por éste o sobre la persona del que efectúa el abuso sexual. Pone por ejemplo el producido por el ginecólogo que simula la realización de un tacto vaginal cuando, en realidad, lo que hace es abusar sexualmente de su paciente ([38]). Similar ejemplificación hace Tenca ([39]). También un ejemplo de error era el hecho previsto en el anterior art. 121 que contenía al estupro fraudulento. Sobre este particular se explica que la desaparición de dicha figura y la incorporación de la norma vigente ahora, según la cual basta que el sujeto pasivo, por cualquier causa se haya visto impedido de consentir libremente la acción del autor no autoriza a diferenciar el hecho de quien acepta el acto por ignorar la

naturaleza sexual del mismo, de quien lo acepta pero con voluntad viciada por el error sobre la persona que lo cometió, porque tanto en uno como en otro caso la víctima se vio imposibilitada de consentir libremente la acción. Creus rechaza esta conclusión alegando que: “no se trata del específico aprovechamiento del “error” de la víctima, sino de una genérica “incapacidad de resistencia” por lo que ella no dejaría de rondar los límites de la analogía” ([40]). Reinaldi no acepta la crítica porque la referencia a “cualquier otra causa” lleva a aceptar todas las que puedan darse y produzcan el mismo efecto, no observándose razón para excluir a la señalada ([41]).-

En lo atinente a la situación de sorpresa que normalmente consiste en actos abusivos intempestivos tales como manoseos, besos, o abrazos, dichos hechos bajo la órbita del derogado art. 127, fueron considerados como para privar de resistencia a la víctima y por ende conductas típicas.-

Tan es así que en algunos casos la doctrina y jurisprudencia llegaron a asimilar la sorpresa a la violencia al no tener en cuenta que aquélla entraba dentro de “cualquier otra causa” impeditiva de la resistencia. Por ejemplo, Fontán Balestra consideraba que esos movimientos rápidos o sorpresivos eran un ejemplo muy claro de la *vis absoluta* porque en ellos la resistencia es mucho más difícil y entiende que en esos casos, la fuerza es ejercida ya antes de que ella pueda manifestarse ([42]).-

Estrella no comparte esta opinión pues considera que en el acto sorpresivo de impúdico tocamiento, el agente no utiliza ninguna fuerza, solamente abusa de una víctima desprevenida que por ello no puede consentir libremente o resistir el acto o tocamiento no querido, el sujeto pasivo advierte el hecho cuando ya está consumado. Asimismo, tampoco considera atinado el criterio sustentado por la doctrina y jurisprudencia que sostenía que el tocamiento, caricia, beso sorpresivo, que toma desprevenida a la víctima, ejecutados con propósitos deshonestos, noson típicos al derogado abuso deshonesto - abuso sexual - pues no son actos violentos, único medio admitido por la figura y convertir la sorpresa en violencia es sustituir el medio y proceder por analogía - circunstancia ya puesta de manifiesto más arriba por Creus -.Por ello concluye que el acto ejecutado sobre una víctima imposibilitada de consentir libremente la acción, de expresar su disenso o de cualquier forma resistirse, por cualquier causa, como es el acto sorpresivo sobre una víctima

desprevenida, o practicado sobre persona que se encuentra totalmente maniatada, aunque realmente no sea violento, se adecua a las circunstancias comitivas que se analizan ([43]).-

Pero además de las causas señaladas anteriormente, en las cuales la víctima puede comprender el sentido del acto, hay situaciones quizás más extremas en las cuales no puede oponerse materialmente a la ejecución del acto por imposibilidad física, la cual debe ser total ya que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del agente, que incite al sujeto activo a la utilización de fuerza para vencer tal resistencia se estará ante una situación de violencia ([44]).-

Barbagelata en su disidencia propone un texto similar al Anteproyecto pero con la supresión del último acto, esto es “resistir la acción”, en sus fundamentos aduce: “Se propone, además, la supresión en el inciso 1º, apartado b) del artículo 126, de la referencia a la imposibilidad de “resistir” por parte de la víctima, a fin de despejar cualquier posibilidad de exigencia de resistencia de parte de la misma para que se configure el delito, bastando para ello la falta de consentimiento o la imposibilidad de comprensión de la acción, sin más”.-

En mi colaboración propuse el siguiente párrafo: “o aprovechando que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción”. Es decir, que es similar al del Anteproyecto, pero aditando el concepto de “aprovechamiento”.

2.1.- Agravantes.-

En el punto segundo del Anteproyecto se eleva el máximo de la pena a dieciocho años de prisión mencionando como primer causal al inc. a) es decir “cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediere consentimiento”.-

La Exposición de Motivos es contundente con respecto a esta agravante: “El supuesto de la llamada violación impropia, es decir, cuando la víctima es menor de trece años, donde no son necesarias las condiciones de los dos incisos anteriores y el delito se comete aunque mediere el consentimiento de la víctima, se ha considerado que es conveniente - para mayor protección del menor - someterlo a una escala penal agravada, por lo cual se lo considera entre los supuestos de mayor gravedad”.-

En esto no se ha alterado lo dispuesto en el Código vigente en cuanto el menor de trece años - varón o mujer - se presume *iure et de iure* que no tiene capacidad porque normativamente se entiende que no tiene una madurez o capacidad suficiente para comprender acabadamente las

situaciones sexuales que se le presentan o que puede protagonizar. Se le ha agregado el aditamento “aunque mediare consentimiento” lo cual no agrega mucho a lo ya especificado anteriormente por la doctrina.-

Barbagelata en este aspecto lo contempla en el punto uno, inc. c) sin que constituya una agravante y también le elimina el concepto “aunque mediare consentimiento”. En sus fundamentos no menciona argumento alguno respecto a porqué adopta esta posición.-

Personalmente había propuesto la frase: “*Se impondrá la misma pena, aunque no mediare violencia ni intimidación, cuando la víctima fuera menor de TRECE (13) años*”.-

Otra de las agravantes está consignada en el inc. **b) cuando el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima**. En este caso la Exposición de Motivos no hace mención alguna sobre esta agravante, lo cual parece lógico pues se conserva la actual agravante del art. 119 inc. a).-

Ya la ley 25.087 a la anterior agravante del art. 122 le había agregado la expresión “*salud mental*”. No obstante que la doctrina y jurisprudencia habían llegado a un acuerdo en el sentido que el daño abarcaba también a la salud mental de la víctima, el agregado no parece sobreabundante, pues sobre el particular había algunas disquisiciones.-

En efecto, Núñez entendía que el daño debe producirse en el funcionamiento del organismo de la víctima y no simplemente en su estructura corporal, agregando que debe haber un perjuicio de mucha importancia fisiológica ([45]). Por el contrario, Creus – Buompadre consideran que únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezcan de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia ([46]).-

Las razones de incorporación de tal agregado las da el diputado Cafferata Nores en los Antecedentes Parlamentarios que cita al efecto Clemente: “Cuando se incorpora como agravante el daño a la salud mental de la víctima se piensa en un grave plus dañino al daño que de por sí ocasionan los abusos, en un resultado, en una secuela. Se ha considerado conveniente cubrir esta hipótesis no contemplada en la redacción original - no obstante alguna opinión en contrario que sostiene que estaría subsumido en el daño físico - ya que pueden ciertos perjuicios psicológicos ser mucho más desbaratadores, y en ocasiones son excluidos al aplicar la agravante, a pesar de que la Organización Mundial de la Salud entiende que la salud es un concepto abarcador de todos los

aspectos del ser humano” ([47]). Vale citar la acotación acertada que efectúa Donna en el sentido de que hay que darle contornos precisos a esa agravante, de lo contrario nunca se podría dar el tipo básico, por ende debe entenderse como grave daño a la salud mental de la víctima el trauma inmediato que tiene el sujeto pasivo, que se traduce en problemas graves de conducta. Pone como ejemplo el abuso sexual de una menor que puede provocar en su adolescencia graves trastornos sexuales en su relación con el sexo opuesto ([48]).-

Pero lo que realmente interesa, desechado el anterior tópico, es la cuestión referible al alcance de la expresión “grave daño”, en el sentido de que si ella comprende 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 podrían ser determinables judicialmente. El nuevo texto no sana dicha controversia.-

Como en todo aspecto discutible, existen las opiniones que se alinean en un sentido amplio de interpretación, como las que lo restringen.-

En las primeras, es decir, los que entienden que la alusión al grave daño no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas, sino que comprende una expresión de naturaleza genérica determinable por el Juez, se alinean varios autores ([49]).-

En el marco opuesto, es decir, en el sentido restrictivo, se hallan Gómez ([50]), Oderigo ([51]), Moras Mon ([52]), De Luca - López Casariego ([53]) y Buompadre ([54]). Al respecto éste último señala que según su opinión, el grave daño no es una expresión genérica que permite una libre interpretación judicial sino una expresión jurídica con contenido propio, cuya única posible determinación sólo puede hacerse a partir de una interpretación legal, de modo que para el Código Penal, grave daño es siempre una lesión grave y, con mayor razón aún, si la lesión es gravísima. Cita a Moras Mon al referir que el juez carece de autoridad para apreciar otros daños graves que no sean los previstos por la ley en los arts. 90 y 91. “Una interpretación que deje librado al arbitrio judicial - más aún si tenemos presente que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez - la determinación del grado de la lesión, constituye a nuestro modo de ver, no sólo un peligroso criterio de interpretación, sino que se convierte en una verdadera fuente de inseguridad jurídica” ([55]).-

Por mi parte entiendo que al hablarse de grave daño, tal como lo sostienen los autores

mencionados en la posición amplia, la alusión no contiene los términos estrictamente técnicos concebidos en las normas de los arts. 90 y 91 del C.P., pues no sólo que de haber sido de esa manera, expresamente la ley lo hubiera dicho, tal como enfatiza Fontán Balestra, poniendo los ejemplos, de que se debe tener en cuenta que en este tipo de delitos que frecuentemente se producen en la clandestinidad y consecuentemente la probanza resulta un tanto álgida, hay que considerar una concepción un tanto amplia en tal sentido, sin que por ello se afecte el principio de legalidad. Por ello el juez debe tener la libertad de apelar a todos los elementos probatorios necesarios para constatar el daño, incluidos básicamente la pericial médica, porque ahora expresamente también incluye la salud mental; de modo que es menester el aporte de un gabinete técnico para dimensionar las secuelas del daño producido, lo que orientará la decisión judicial sobre el particular. Es sabido que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez, pero la ejecución de las mismas constituyen un medio relevante para orientar con cierta precisión el pronunciamiento de aquél ([56]).-

Barbagelata en su disidencia lo pone como una agravante con una pena que va de ocho a veinte años de prisión, en el punto dos, inc. a), sin ninguna acotación sobre el particular en sus fundamentos.-

En mi aporte me mantuve en los parámetros del texto vigente que se reproduce en el Anteproyecto.-

El inc. c) del Anteproyecto se le da otro tratamiento al agravante del parentesco y vínculo de la víctima. “*Cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima*”. La Exposición de Motivos no aporta nada sobre este cambio en la redacción vigente.-

Aquí hay que hacer una interpretación en el sentido de que debe existir una relación previa - “tener” - o valerse de la misma - “prevalimiento” -. Esa relación puede ser familiar, pero no establece el límite, tal cual lo hace el Código vigente al referirse al ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano. Asimismo, el Anteproyecto habla de una relación afectiva en forma indeterminada también, lo cual da un margen excesivamente amplio para su interpretación por parte

del juzgador. Finalmente, corona la enumeración con la relación de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. En cuanto a la primera ya está prevista en la redacción vigente en el 1º párr. del actual art. 119 y en lo referente a la relación de ascendiente sobre la víctima puede tratarse de una relación de dependencia, de poder, tal cual también lo refiere la legislación actual.-

En cuanto a la relación de autoridad atraparía aquellos casos en que el abuso se produce por parte de un superior jerárquico en el marco de una estructura u organismo que se basan sobre parámetros de autoridad o disciplina que derivan en obediencia o un sometimiento a reglas un tanto rígidas más propias de una estructura militar o de similar característica. Así lo consideran también Donna ([57]), Villada ([58]) y Reinaldi ([59]).-

En realidad en todas las situaciones mencionadas hay un uso indebido de relaciones de prevalimiento para lograr los fines sexuales, de manera tal que el sujeto pasivo se ve obligado a soportar o tolerar la situación que se le es presentada, y el sujeto activo aprovecha en cierta forma el estado o situación de inferioridad en que se encuentra la víctima ([60]).-

Barbagelata incluye idéntico texto en el punto dos inc. b), mas en su fundamento no aclara nada sobre esta nueva redacción.-

Adopté en mi modesto aporte la fórmula tradicional: “2º Si el autor se ha prevalecido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente por naturaleza o adopción, o afines en línea recta, hermano, tutor, curador, encargado de la educación o guarda de la víctima”. Delimitando así el parentesco y aquellos que tenían una obligación para con la víctima, haciendo hincapié en el “prevalimiento”.-

El inc. d) del Anteproyecto menciona *a los funcionarios públicos que hubiesen cometido el hecho en ocasión de sus funciones*. La Exposición de Motivos no se expide sobre este inciso, por razones obvias.-

Se ha ampliado el círculo de autores de la anterior redacción del Código vigente que se circunscribía al personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones y raramente se había omitido al personal del servicio penitenciario. Al mencionar a los funcionarios públicos hay que remitirse a las definiciones que da el art. 63 del Anteproyecto.-

Barbagelata con idéntica redacción lo ubica en el punto segundo en el inc. c), no expidiéndose en sus fundamentos, también por razones obvias.-

Oportunamente me expedí por la fórmula tradicional mencionando a los autores funcionales e incluyendo al personal del Servicio Penitenciario en estos términos: “5º Si el hecho fuese cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales, penitenciarias o de seguridad, en ocasión de sus funciones”.-

Finalmente el Anteproyecto en el inc. e) consigna la agravante de la comisión por el número de personas y por el modo, esto es, *si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada*. La Exposición de Motivos tampoco hace referencia a esta redacción.-

El contenido del dispositivo es similar al vigente con el aditamento de que el arma debe ser real o simulada.-

En cuanto a la definición de arma se debe recurrir al art. 63 punto cuatro inc. rr) “*Por “arma” debe entenderse la destinada por su naturaleza a lesionar gravemente o matar como también cualquier otro objeto con similar capacidad*”.-

Es requisito la intervención de como mínimo dos personas, sin que haya una limitación en cuanto al máximo. Esta situación es completamente distinta al caso previsto en el art. 80 inc. 6º que distingue entre el autor y los cómplices. El fundamento de esta calificante radica en la menor alternativa o posibilidad de defensa del sujeto pasivo ante la pluralidad de los activos, lo que denota, una mayor exposición lesiva para la persona tal cual se registra en las otras figuras calificadas por esta circunstancia. Asimismo, no ha menester que todos los partícipes tengan acceso carnal, sino que basta que otros concurren a la ejecución material del evento, no sólo a su auxilio o preparación, ni tampoco es necesario que todos sean responsables, ya que la incapacidad de alguno no hace variar el hecho ([61]). De ello se puede colegir que las dos personas actúan ya sea como coautores o uno como autor y el otro como cómplice, debiendo intervenir ambos en la ejecución del hecho. Si uno accede a la víctima mientras otro, la reduce o la desviste, funciona perfectamente la agravante. No basta que uno de los dos preste un auxilio al otro para cometer el hecho, por ej. officiar de “campana”, si no realiza una acción típica que lo convierte en autor.-

En cuanto a la agravante autónoma del empleo de arma, el Anteproyecto amplía el concepto al aducir que la misma puede ser real o simulada. En cuanto a la primera, se debe tener en consideración lo dispuesto por el art. 63, punto 4 inc. rr) y la segunda abarca un espectro bastante amplio pues entrarían tanto las armas propias como impropias y también las de utilería. Todo ello implica un poder intimidante para la víctima que vulnera toda capacidad de resistencia. Naturalmente será necesario que el arma sea utilizada como un medio intimidatorio o vulnerante con el objeto de doblegar la resistencia que eventualmente pueda oponer la víctima siendo usada en forma efectiva, ya sea - en el caso de un arma de fuego - disparándola, apuntando o amenazando con su utilización, no es suficiente la mera portación entre la ropa ni su utilización para ejercer fuerzas en las cosas. Igualmente es menester que su empleo sea en la oportunidad y con la finalidad de un despliegue de violencia física en el abuso en cualquiera de sus secuencias.-

Barbagelata incorpora esta agravante en el punto 2 inc. b) con similar redacción a la del Anteproyecto y en sus fundamentos no se expide sobre el particular.-

Personalmente aporté el siguiente texto, en consonancia con el Código Penal español: “*Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con armas u otros medios igualmente peligrosos*”. Omití expresamente el tema del arma simulada o de utilería, por las controversias que había traído anteriormente en la doctrina y jurisprudencia este último vocablo.-

3.- Otros abusos sexuales.-

El Anteproyecto en el art. 127 dice: “**1. Cuando en los supuestos del inciso 1º del artículo anterior se realizaren actos sexuales diferentes de los allí descriptos o se obligare a otro a realizarlos, se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años. 2. La pena será de prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años: a) En los supuestos del inciso 2º del artículo anterior. b) Si los actos consistieren en introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual. 3. El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente**”^[62].-

La Exposición de Motivos consigna para el tipo básico la siguiente reflexión: “Este artículo tipifica lo que siempre han sido los llamados *abusos deshonestos*, pero precisa su alcance, conforme a como lo ha entendido tradicionalmente nuestra doctrina: deben tratarse de actos de contenido sexual; deben ser distintos del coito; no deben perseguir ese fin (pues sería tentativa calificada de violación); abarca tanto la realización de la acción por parte del agente como la conducta de obligar a la víctima a realizarlos. La pena de la figura simple es de uno a seis años...”.-

Se ha estructurado el abuso sexual simple o el antiguo abuso deshonesto sobre la base del descarte de la violación, pues hace referencia a los actos sexuales diferentes a los descriptos en el artículo anterior, punto uno, agregando la circunstancia de que se obliga a otro a realizarlos y tiene que haber mediado violencia o intimidación o el supuesto de la víctima que por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción. La pena se eleva a prisión de uno a seis años en contraposición a la anterior de seis meses a cuatro años de reclusión o prisión.-

Los abusos a que se hace referencia esta normativa son aquéllos que consisten en la ejecución de actos tales como tocamientos o contactos corporales, de un sujeto con otro o con un tercero u obligar a la víctima a realizarlos en el cuerpo del sujeto activo.-

Hay una corriente doctrinaria que exige una intención o un ánimo especial del agente en la concreción del tipo, de modo que el ilícito se da si se cuenta con el elemento subjetivo en el autor que se identifica en propósitos impúdicos, lúbricos, lujuriosos o satisfacción sexual de la propia concupiscencia de forma tal que si el sujeto activo experimentase alguno de

esos ánimos, se estaría en el marco del abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima.-
En realidad a esta hipótesis que requiere algún tipo de elemento subjetivo, como el antes enunciado, se les puede contestar que ello no es menester para la tipificación del delito, sino que el acto esté caracterizado por un contenido sexual objetivamente impúdico, con prescindencia del elemento subjetivo ya que su connotación focalizada en la libertad sexual y dignidad de la persona contra el ultraje de un tercero - sin analizar sus deseos - puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente ([63]).-

En realidad la concepción objetiva-subjetiva es la que ha predominado en la doctrina argentina basándose substancialmente en dos ítems: a) si el acto es objetivamente obsceno, el abuso sexual o abuso deshonesto quedará consumado; b) si objetivamente no lo es, de todas formas podrá constituir delitos en los casos en los cuales el sujeto activo le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo. La jurisprudencia de nuestros tribunales adopta esta tesis mixta. Vale decir, que en ese contexto el delito se materializa con tocamientos sobre las zonas públicas o inverecundas, sin requerir que el autor le haya dado al acto contenido sexual alguno, o bien mediante contactos corporales en partes no pudendas si el autor le otorga contenido lúbrico ([64]).-

Se le ha asignado a este contenido al supuesto del beso propiciado en contra de la voluntad de la víctima. Sobre esto hay un vasto aporte doctrinal y jurisprudencial que exceden los límites de este análisis.-

En definitiva, se puede concluir en que el abuso sexual se concreta si se afecta físicamente el cuerpo del sujeto pasivo, tanto que el acto recaiga sobre él o que por obra del sujeto activo la víctima actúe sobre el cuerpo de éste. Quedando descartadas cualquier tipo de actitudes tales como las palabras obscenas, gestuales, el “voyeurismo”, los actos de aproximación, las proposiciones deshonestas, en fin, requieren la exigencia concreta de actos corporales directos de tocamiento, excluyendo el acceso carnal - o coito - o su conato ([65]).-

La Dra. Barbagelata en su disidencia propone el siguiente texto: “1. Cuando en los supuestos a) y b) del inciso 1º del artículo anterior se realizaren actos sexuales diferentes de los allí descriptos o se obligare a otro a realizarlos, se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años. 2. La pena será de prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años en los supuestos del inciso 1º, apartado c) y 2º del artículo anterior. 3. El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente”. En sus fundamentos se remite a lo dicho en la disidencia del anterior artículo, la que se transcribirá *ut - retro*.-

Oportunamente aporté a la Comisión el siguiente texto: “Se impondrá prisión de UNO (1) 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... (referido a la violación). La misma pena se impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de TRECE (13) años”.-

3.1.- Agravantes.-

En el abuso sexual se eleva la pena de dos a diez años en los supuestos del punto dos, es decir: cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediare consentimiento; si el hecho causare un grave daño a la salud física o mental de la víctima; cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima; si fuere cometido por un funcionario público en ocasión de sus funciones y si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada. Asimismo, si los actos consistieren en introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual. Finalmente el punto tres se refiere al caso del matrimonio preexistente con la víctima que no excluye la punición de los delitos de este artículo ni del anterior.

La Exposición de Motivos al respecto dice: “...Siempre se ha observado que existen abusos deshonestos particularmente graves. Se llamó la atención con la discusión acerca del coito oral, que en el proyecto queda fuera de consideración por configurar violación, pero existen otros actos que son singularmente graves. En principio son los que se cometen con las agravantes comunes a la violación (inciso 2º del artículo 126º). En segundo lugar, cuando los actos consistan en la introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual. En ambos casos la pena oscila entre dos y diez años de prisión. **Matrimonio.** En todos los tiempos ha habido sentencias aberrantes en esta materia. Entre otras, dada la rúbrica de delitos contra la honestidad del código de 1921, no faltó la tesis de que la prostituta no podía ser violada, porque carecía de honestidad. Algo parecido sucedía con el viejo requisito de la mujer honesta del estupro en su versión original, que algunos asimilaban a virginidad y otros se planteaban la cuestión de la mujer viuda. Semejantes

absurdos no pueden plantearse en el texto proyectado, donde desde el rubro hasta los tipos se ha omitido por completo cualquier referencia nebulosa a la honestidad. Pero aún en la doctrina a veces se plantea el caso de la violación intramatrimonial, aduciendo que no puede haberla, porque el marido puede exigirle a la mujer el débito conyugal, pasando por alto que una eventual causal de divorcio no le da el derecho a forzar a su esposa para realizar el coito. Aunque esto parece elemental, dado lo anterior, no lo es, de modo que se ha considerado necesario introducir el inciso 3º de este artículo proyectado, dejando claro que el matrimonio no excluye la punición de este delito, o sea, precisando que esa conducta del marido sería violación o abuso sexual, según el caso”.-

Los supuestos del inc. 2º o punto segundo, ya fueron analizados en ocasión de tratar las agravantes del art. 126, por lo tanto se hace una remisión a ellos.-

El otro caso contemplado en el punto 2 b) que consiste en la introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual hace referencia, en cuanto a los objetos, por ejemplo a los palos, botellas, consoladores o cualquier otro elemento de connotaciones sexuales que no sea el pene. El miembro no sexual podría constituir la introducción de un dedo o la lengua - *cunnilingus* -. Son manifestaciones que se acercan a lo que en la legislación vigente se condicen con el abuso sexual gravemente ultrajante. En realidad, en estas circunstancias se somete a la víctima a humillaciones y a la “cosificación” de ésta.-

En el Código Penal español la introducción de objetos (art. 179 ([66])) por las vías descritas se ha considerado como una violación.-

Esto posiblemente ha dado lugar a la disidencia de Barbagelata en cuanto a que sugiere en el art. 126 la siguiente redacción: “*Se impondrá prisión de seis a quince años a quien penetrare a otra persona, u obligare a la víctima a penetrar por vía vaginal, anal o bucal con miembros corporales o con objetos en el caso de las dos primeras vías en cualquiera de los siguientes supuestos: ...*”. En los fundamentos se expide tal como se lo ha expuesto *ut-supra* al hablar de la violación.

De esta manera el texto propuesto para el art. 127 es el siguiente: “*1. Cuando en los supuestos a) y b) del inciso 1º del artículo anterior se realizaren actos sexuales diferentes de los allí descriptos o se obligare a otro a realizarlos, se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años. 2. La pena será de prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años en los supuestos del inciso 1º, apartado c) y 2º del artículo anterior. 3. El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente*”.

En ocasión de expedirme sobre esta agravante propuse la siguiente redacción: “*La pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo anterior o si los actos consistiesen en la introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual*”.-

Finalmente, el punto 3 que alude al matrimonio, en el sentido que el mismo con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del anterior, es un precepto que no figura en el Código vigente, pero que era una circunstancia aprobada por la doctrina, tal como se explicita en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.-

En efecto, había una tendencia con el texto anterior a la ley 25.087 que entendía que no resultaba punible la violación del marido contra la esposa y ello se fundaba en la existencia del débito conyugal que emergía del vínculo matrimonial, cuya obligatoriedad está prevista en los arts. 198 ([67]) y 199 del C.C. ([68]) (ley 23.515). De esto también se deduce que los cónyuges tienen el deber jurídico de no incurrir en adulterio y a tener relaciones sexuales únicamente entre ellos (arts. 202, 214 y 220 del C.C. ([69])).-

Sin prejuicio de todo lo antes dicho, lo cual se fundamenta en el matrimonio heterosexual, a partir de la introducción en el Código Civil del matrimonio homosexual - ley 26.618 (15/07/2010, B.O. 22/07/2010) - habrá que revisar algunas soluciones que se han dado y hacerlas extensivas a

esta nueva modalidad. Pues, en primer lugar ya la ley ha suprimido la palabra “cónyuges” y la ha cambiado por la de “contrayentes” para abarcar tanto al matrimonio heterosexual como el homosexual. Por otra parte, entiendo que la violación entre los contrayentes heterosexuales sigue existiendo, haciéndose extensiva a los contrayentes homosexuales de sexo masculino, más no en el caso de contrayentes de sexo femenino, dado que entre mujeres no puede darse el acceso carnal o penetración, sin perjuicio de que el hecho recaiga en otra figura ([70]).-

La cuestión referida a esta casuística de abusos sexuales o violaciones presentaba algunos matices de opinión que se reducían a los siguientes:

a) Un sector consideraba que el acceso violento o abusivo de la esposa legítima no es ilícito cuando se consuma por vía normal, ya que el autor tiene derecho a exigir la relación sexual. Pero ésta pasa a ser ilegítima cuando en aquélla hay actos contra natura. Son partidarios de esta postura Soler ([71]), Nuñez ([72]), Fontán Balestra ([73]), Peco ([74]), Creus - Buompadre ([75]). No obstante la reforma, según apunta Buompadre, algunos sostienen que es condición necesaria para que el acceso carnal constituya un abuso sexual punible que el autor no tenga derecho a exigirlo, lo que ocurre en la relación carnal entre contrayentes que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal y en ese caso el delito podría quedar excluido, sin perjuicio de la figura de lesiones o de coacción que pudiera corresponder si se utilizó violencia o amenazas ([76]).-

Esta última consideración parece ser el sustento de la posición de Reinaldi quien concretamente expresa que entre los contrayentes existe el derecho - deber a la prestación sexual recíproca y si uno de ellos se manifiesta renuente a cumplir con esa obligación y el otro logra hacerlo contra su voluntad, no comete delito de violación, no obstante “porque no tiene derecho a lograrlo *ab torto collo*, por la fuerza sin respetar la dignidad del otro, su conducta indiscutiblemente antijurídica lesionará otros bienes suyos merecedores de protección legal y, por consiguiente, encuadrará en otro delito previsto para su protección: el de coacción, contemplado en el art. 149 bis § 2º C.P. cuya criminalidad “no reside en la ilicitud de lo exigido a la víctima, sino en la ilicitud del hecho de exigir en sí”, del modo en que se lo hace, constriñendo a efectuar una acción que ese otro, pese a estar obligado, se rehúsa a cumplir” ([77]).-

b) También tiene lugar el delito cuando el rechazo del contrayente tiene su fundamento en circunstancias motivadas en enfermedades contagiosas por razones de profilaxis o fisiológicas. Así lo entienden Soler ([78]), Fontán Balestra ([79]), Creus – Buompadre ([80]). En la posición contraria se encuentra Núñez, quien entiende que “el acceso vaginal violento o abusivo no constituye violación cuando la oposición de la esposa se basa en razones profilácticas o fisiológicas porque el acto no ofende la honestidad de la esposa sino otros intereses como la salud o la de la prole. El acceso normal violento o abusivo entre esposos sólo puede configurar una violación cuando su ejecución, por las circunstancias que la rodean, constituyen un atentado al pudor de la esposa” ([81]).-

c) Finalmente, se encuentra la tesis - mayoritaria - que sostiene que existe violación en todos los supuestos en que el marido accede carnalmente a la esposa contra su voluntad y mediante el uso de violencia ([82]).-

Cabe señalar que si bien existen una serie de obligaciones que impone el matrimonio de acuerdo a la ley civil, en última instancia los disensos que podrían darse en el curso de aquél serían factibles de ser saneados por los remedios que el mismo fuero contempla, tal es el caso de la separación o el divorcio ([83]).-

Pero lejos de ello se encuentra el hecho de que el matrimonio legitime cualquier tipo de intimidación o violencia que se ejercite en perjuicio del contrayente, tal es el acceder en forma violenta a algún tipo de relación sexual, de lo contrario se estaría instrumentando una cosificación de la víctima y sí el abuso sexual con acceso carnal - violación - es sancionado cuando tiene lugar en detrimento de cualquier persona, se estaría discriminando en forma injustificada al contrayente por el solo hecho de adquirir la calidad de cónyuge. Es menester remarcar que en esta línea de pensamiento el derecho a tener acceso carnal - coito - en el matrimonio sólo está legitimado en la medida que medie consentimiento de la otra parte. “El asentimiento es el mejor camino hacia el débito conyugal; la violencia o el abuso, por el contrario, son el camino más seguro al delito. Sólo cabe hablar de derechos si se ejerce legítimamente, con consentimiento y con respeto a la dignidad y libertad de la persona” ([84]) ([85]). De la misma manera cabe reflexionar respecto a los casos en que el contrayente ha accedido a una relación sexual consentida para una determinada especie o

forma en que ésta se realice, y tal voluntad se contraría mediante violencia o amenaza a que el trato sexual sea de una manera diferente. “El consentimiento dado para un acto no se extiende indiscriminadamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no sólo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico de las agresiones sexuales (besos, abrazos, caricias íntimas, etc.) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal - coito -, sino también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (*cunnilingus*, heteromasturbación, etc.)” ([86]).-

Las mismas argumentaciones deben adoptarse con respecto al concubinato y a la violación de la prostituta/o, debido a que lo que está en juego y el bien jurídico protegido tiene en cuenta es la libertad sexual.-

4.- Estupro.-

En este caso el Anteproyecto postula la siguiente regulación en el art. 128: “**1. Será penado con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que siendo mayor de edad, realizare cualquiera de los actos de los artículos 126 y 127 con el consentimiento de una persona mayor de trece años y menor de diez y seis, aprovechándose de una situación o relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. 2. El máximo de la pena será de OCHO (8) años: a) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima. b) Si la relación de autoridad o de ascendiente proviniere del ejercicio de una función pública**” ([87]).-

En la Exposición de Motivos los miembros de la Comisión explicitan que: “El estupro se configura nuevamente, sobre la base de que la víctima es una persona mayor de trece años y menor de diez y seis, que consiente la relación. Tradicionalmente, en el derecho comparado el estupro requería seducción, concepto vago por cierto. Nuestro código de 1921 exigió que la víctima fuera mujer honesta y no hizo referencia a la seducción, con lo cual tampoco mejoró el tipo, sino que introdujo un elemento valorativo de contenido moral subjetivo que hoy parece intolerable, sin contar con la lesión a la legalidad y al propio artículo 19º constitucional que encerraba. En el texto proyectado no se ignoran los cambios que sufrió la sexualidad desde 1921 y la frecuencia de las relaciones adolescentes. Por tal motivo no se quiere proyectar la punición de esos actos entre adolescentes, por lo cual se exige que el sujeto activo sea un mayor de edad, es decir, una persona mayor de diez y ocho años. Pero tampoco es suficiente para configurar un delito de la gravedad del presente, con una simple relación consentida, que bien puede estar asentada en un vínculo afectivo fuerte y serio. Descartada la vieja seducción que evoca a un mítico Don Juan y que ha dado material para la imaginación - no siempre sana - de varios penalistas, se exige que el mayor de edad se aproveche (es decir, que abuse) de una situación o relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima, cuyo caso más frecuente -aunque no el único, por cierto- es el del padrastro o conviviente de la madre, que se observa cotidianamente en los tribunales”.- En la nueva redacción propugnada por el Anteproyecto se advierten varios cambios al texto vigente, aunque se conservan algunos. En efecto, en primer término, en la figura básica el mínimo de la pena se baja de tres a dos años de prisión, conservándose el máximo - seis años -.-

Se aclara expresamente que el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad - dieciocho años para arriba - cuestión que ya había sido clarificada por la doctrina ante la redacción del texto vigente “en razón de la mayoría de edad del autor” que se prestaba a algunas interpretaciones equívocas en el sentido de que el sujeto pasivo podría tener mayor edad que la víctima mayor de trece y menor de dieciséis años pues se agrega al tema de otras circunstancias previstas por la ley en vigor como ser la “relación de preeminencia” o bien “otra circunstancia equivalente”. Reinaldi expresa que estas pautas dadas por la ley para determinar la existencia de aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, son alternativas. No son forzosamente acumulativas. En consecuencia, la falta de una de ellas, como la mayoría de edad, no impide aceptar que hubo aprovechamiento si se dan algunas de las otras circunstancias que, para la ley lo pone de manifiesto ([88]). La enumeración no es taxativa sino ejemplificativa.-

Los actos punibles son los previstos en los arts. 126 y 127 del Anteproyecto, es decir, la violación y los abusos

sexuales, por eso la remisión se impone.-

El sujeto pasivo es una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, tal cual figura en el art. 120 del C.P., pero se consigna en forma expresa la necesidad del consentimiento de aquél. Buompadre señala que en el texto actual la mayoría de edad puede ser, a lo sumo, un elemento indicativo de la obtención del consentimiento de la víctima, pero no, por esa sola razón, debe automáticamente pasar a constituirse en una presunción *iuris et de iure*. En el proceso judicial deberá someterse a comprobación, independientemente de la conducta sexual abusiva de que se trate, la existencia o inexistencia del aprovechamiento de tal inmadurez del sujeto pasivo, demostración que estará a cargo, naturalmente, de la acusación. Si los hechos de la causa demuestran que el consentimiento fue libremente prestado, porque no hubo tal inmadurez sexual o aprovechamiento por parte del sujeto activo, la conducta sexual será atípica ([89]). En mi concepto, puedo agregar que el consentimiento es un elemento que no se tiene muy en cuenta como integrativo del tipo, pues se parte de la base de que el mismo padece de cierto menoscabo fruto de la propia inexperiencia. Pero es del caso que el mismo es relevante, pues hace la diferenciación entre la violación y el abuso coactivo ([90]).-

Se omite el “aprovechamiento de la inmadurez de la víctima”, frase que tantas complicaciones interpretativas ha concitado en la doctrina y jurisprudencia ([91]), pero se sigue utilizando el término aprovechamiento en el sentido de sacar una ventaja o partido de una determinada situación de hecho que implica algo más que la antigua seducción presunta, sino más bien el llamado “prevalimiento” a que hace alusión el Código Penal español ([92]). El aprovechamiento por parte del sujeto activo se produce derivado de una situación por relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. Redacción similar a la del art. 126, punto dos, inc. c). En la Exposición de Motivos se menciona como ejemplo - aunque no el único - el caso del padrastro o conviviente de la madre, con referencia a su hijo o hija.-

En realidad, para este caso tienen vigencia los conceptos que se han esbozado al tratar las agravantes de la violación en el punto dos, inc. c), aunque también resulta de singular importancia compatibilizarlo con la actual “relación de preminencia u otra circunstancia equivalente” pues la doctrina sobre ese particular se ha manifestado en el sentido de que tal situación se da cuando el autor se encuentra en una posición de superioridad, prevalencia o prerrogativa frente al menor, cualquiera sea la causa que pueda haberla originado. De modo que la relación puede emerger de una situación parental, de tutoría o curatela, del encargo de la educación o guarda o por una relación de índole religiosa, laboral, funcional, de adopción, etc. ([93]). Desde luego que dichas circunstancias deben ser determinadas en cada caso particular mediando la prudente valoración judicial.-

4.1.- Agravantes.-

El punto segundo del art. 128 del Anteproyecto se refiere a las agravantes y en este caso se mantiene el mínimo en dos años de prisión pero se aumenta el máximo a ocho años de la misma especie de pena. En la Exposición de Motivos simplemente se argumenta que: “El inciso 2º aumenta la pena hasta ocho años cuando las consecuencias fueren lesivas para la salud de la víctima o cuando la relación de autoridad se derive del ejercicio de la función pública”.-

Las agravantes son las mencionadas en los incs. a) y b) referentes al grave daño en la salud física o mental de la víctima y a la relación de autoridad o de ascendiente derivados del ejercicio de una función pública, respectivamente. Ambas circunstancias agravatorias ya han tenido su comentario al abordar las agravantes del art. 126, referido a la violación - inc. b) - y en el otro caso habría una conjunción de la relación que derive de la autoridad o ascendiente del ejercicio de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que da a entender que el suceso es aprovechado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones.-

Barbagelata no hace ninguna disidencia sobre este texto.-

5.- Promoción de la prostitución de menores.-

El art. 129 del Anteproyecto contempla este tipo penal normándolo de la siguiente manera: “1. Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años, al que promoviere o facilitare la prostitución de menores, aunque mediere el consentimiento de la víctima. 2. Será penado con prisión de SEIS (6) a DOCE (12) años, el que cometiere el hecho con violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o si el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. 3. Si la víctima fuere un menor de trece años, la pena será de prisión de SEIS (6) a DOCE (12) años” ([94]).-

Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Por Rubén E. Figari 26/53

En la Exposición de Motivos la explicación es concisa pues simplemente se dice que: “corresponde al vigente art. 125”. En rigor la remisión es errónea, porque el art. 125 del Código vigente trata la promoción y facilitación de la corrupción y sus agravantes. En tanto que el art. 125 bis (Texto según ley 26.842 (B.O. 27/12/12)) se refiere a la promoción y facilitación de la prostitución y el siguiente - art. 126 - a sus agravantes.-

Lo que primero se puede observar es que se aumenta la pena en el tipo básico de seis a diez años de prisión. El texto es idéntico al art. 125 bis vigente.-

Actualmente, el art. 125 bis fue modificado por la ley 26.842 -que, a su vez, modificó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas- y pasó a contemplar como sujeto pasivo a cualquier persona, sin efectuar distinciones en cuanto a su edad, previéndose una agravante en caso de que la víctima fuera menor de edad. Además, el tipo básico le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima y ya no exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular -engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad, o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima-, que quedaron previstos en la figura agravada del art. 126 ([95]).-

En cuanto al concepto de prostitución se ha caracterizado como un trato sexual promiscuo, habitual y por precio, estas son las tres características que tradicionalmente se han tenido en cuenta para su definición, de allí que el trato carnal venal, realizado circunstancialmente con determinadas personas, no llega a ser prostitución, porque falta la entrega indiferenciada, al margen de los impulsos de la libido, que es lo que hace de la prostitución la característica de un modo de vivir, que por algo se lo llama “comercio”. Es una actividad ([96]).-

La prostitución en sí misma no es un comportamiento delictivo - según nuestro sistema abolicionista -, pues la conducta sancionada consiste en promover o facilitar esa conducta. También se debe poner de resalto que la realización por parte de una persona de un acto carnal por lucro o eventuales entregas por lucro a una misma persona no implica un estado de prostitución, en última instancia podría tildarse de una conducta sexual desarreglada.-

El perfil sexual que puede tener esta actividad abarca los coitos normales o anormales u otro tipo de actividades o tocamientos sexuales, aunque no signifique verdaderos actos de penetración y, desde ya, los sujetos pasivos son indistintos.-

Las conductas típicas son las tradicionales, es decir: la promoción y la facilitación. La primera consiste en la actividad desplegada por el sujeto activo que da inicio en el sexo a un menor por dinero o lo incita a mantener contactos de esa naturaleza con terceros en las mismas condiciones, mantenga o intensifique si ya tiene el estado de prostitución, como el caso de quien trata que el sujeto pasivo en vez de buscar clientes en la calle ingrese en una casa de tolerancia o prostíbulo ([97]). Es así que lo punible no es entonces, como ya se dijo *ut-supra*, el ejercicio de la prostitución, ni el pago del precio por parte del cliente, sino la actividad realizada por el autor tendiente a introducir a la víctima en un modo de vida que implica el ejercicio de la prostitución, o a mantenerse o intensificar el que ya tenía ([98]).-

“Facilita” el que allana o hace más sencillo los obstáculos que pueden encontrarse para la autoprostitución del menor o el sujeto activo que proporciona los medios para que caiga, se mantenga o se agrave aquel estado tal como cuando se analiza la promoción, la facilitación puede darse por medio de conductas positivas, tal es el caso de ceder una habitación al menor para que ejerza la prostitución o proponerle clientes, o por medio de omisiones devenidos de deberes de guarda o educación, de vigilancia o protección jurídicamente impuestos. Se habla de autoprostitución porque en este caso la víctima ya se encuentra inmersa en un contexto y quien facilita la prostitución solamente allana el camino de quien ya tomó una decisión de ejercer la prostitución o lo ha hecho por iniciativa de un tercero, pero en cambio no sólo allana sino que favorece esa práctica y aquí la conducta del favorecedor tiene una connotación con la del cómplice pues no es otra cosa que una cooperación, ayuda o auxilio a quien está promoviendo la prostitución de un menor y la gradación de cómplice primario o secundario dependerá del aporte que ha de efectuar.-

Tanto la normativa vigente como la propuesta por el Anteproyecto hacen irrelevante el consentimiento de la víctima.-

En cuanto a la minoridad de la víctima, en el tipo básico, en el Anteproyecto, se refiere a la menor de dieciocho años, pues la menor de trece años está considerada como un agravante. En cambio el texto vigente pune, en el art. 125 bis a la promoción y facilitación de la prostitución de “una persona” sin limitación de edad.-

De hecho se trata de un delito formal que se consuma aunque no se logre el fin deseado.-

Barbagelata en este tipo penal impulsa una disidencia, denominando al tipo como “promoción de la prostitución y proxenetismo” y como tipo básico propone el siguiente: “1. *Se impondrá prisión de TRES (3) a SEIS (6) años y multa de sesenta (60) a trescientos sesenta (360) días al que promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediare su consentimiento...*”. En sus fundamentos alega: “Las recientes reformas introducidas por la ley 26.842, del 19 de diciembre de 2012, modificatoria de la ley de trata 26.364, cuya reglamentación aún está pendiente, han significado un importante avance en esta materia al considerar irrelevante el consentimiento supuestamente prestado por las personas mayores de 18 años para ser sometidas a las condiciones de indignidad que implican la trata y la explotación sexual y para tener por configurada la comisión de estos delitos. El Anteproyecto no sigue este criterio en lo atinente a promoción y explotación de la prostitución ajena. Si bien en materia del delito de trata de personas se ha obtenido consenso para seguir el lineamiento del texto legal vigente, conforme surge del art. 111 -incluso elevando la pena en su límite superior - no sucedió lo mismo en el caso de los arts. 129 y 130. Por consiguiente, siguiendo el criterio de política criminal hoy vigente proponemos considerar irrelevante el consentimiento de las víctimas para tener por configurados estos delitos. Asimismo, nos parece acertada la propuesta formulada por CELS, UFASE e INECIP, en un documento que fuera remitido a la presidencia de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación en septiembre de 2012, titulado “Modificación a la ley 26.364 de trata de personas y asistencia a sus víctimas. Análisis y propuestas sobre los aspectos penales del proyecto de ley aprobado por el Senado de la Nación Argentina el 31 de agosto de 2011 (Cámara Revisora: Diputados. Expediente: 0128-S-2011)”, en el cual se plantea la necesidad de incorporar otros aspectos además del lucro, como el ejercer dominio sobre una persona en situación de prostitución. En este sentido, en el texto mencionado se dice: “*Quien ejerce dominio sobre el ejercicio de la prostitución ajena, amén de no recibir una compensación económica directa en algún caso en particular, vulnera la libertad e integridad sexual del otro/a. El dominio incorpora otras dimensiones de sujeción, no siempre posibles de ser reflejadas en un sentido económico o material. Este puede definirse como el poder del explotador sobre su víctima, expresado en, por ejemplo, la exclusividad en relación al lugar y al explotador, anulándose la capacidad de decidir o rechazar con quién se realizan las prestaciones sexuales que se pactan a merced de la víctima. También puede expresarse en el cómo y quién define las condiciones y modalidades del ejercicio de la prostitución, o en la disposición o autonomía de las ganancias, etc.*”^[99].-

En su oportunidad y a requerimiento, propuse el siguiente texto del delito base: “*Se impondrá prisión de TRES (3) a OCHO (8) años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de DIECIOCHO (18) años, aunque mediare consentimiento...*”.-

5.1. Agravantes.-

En este ítem el Anteproyecto sigue algunos lineamientos del texto actual, pero lo primero que se aprecia es el aumento de la pena en las agravantes tradicionales, que van de un mínimo de cinco - actual - a seis años de prisión y un máximo de diez años - actual - a doce años de la misma especie de pena. En el punto segundo, se consignan como agravatorias del delito base los casos de violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o si

el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima y en el punto tercero la punición se eleva a un mínimo de seis a doce años de prisión en el caso que la víctima fuera menor de doce años de edad. En este aspecto la punición se disminuye con relación al texto actual, último párrafo del art. 126 que es de diez a quince años de prisión cuando la víctima fuere menor de dieciocho años.-

En la Exposición de Motivos no se habla de las agravantes, pues son las consabidas.-

Poco hay que agregar al comentario de las diferentes circunstancias agravatorias, que no se haya hecho antes, pues sobre la violencia, el abuso de autoridad, la relación familiar afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima, se debe acudir a la remisión para evitar tediosas repeticiones.-

Sólo se podría acotar algo referente al “engaño” - que figura tanto en el texto vigente como en el Anteproyecto -. El mismo consiste en algún tipo de maniobra o maquinación tendientes a determinar un error en el sujeto pasivo y que en forma eficaz la realiza el autor para la concreción o la tentativa del ilícito. Por ejemplo, llevar a la víctima a un prostíbulo haciéndole creer que es una casa de pensión para menores, ejemplo tomado de SOLER ([100]). De hecho debe tratarse de una víctima que sea susceptible de ser engañada, de modo que deba tener capacidad para comprender en alguna medida el carácter de los actos, es decir hacer incurrir en un error para determinarla a la comisión del tipo penal.-

Con atinencia a la frase “cualquier otro medio de intimidación o coerción” se puede decir que se trata de aquellos actos que están destinados a coartar de alguna manera la libertad de decisión de la víctima. Suelen darse persuasiones coercitivas que difieren de las simples persuasiones, pues éstas consisten en razones o halagos de los que se vale el autor para lograr que sus víctimas hagan lo que él se propuso obtener de ellas. Vendría a ser una suerte de seducción. En cambio, las persuasiones coactivas, consisten en que las conductas pretendidas por el autor se logran en razón del temor que éste ha provocado ([101]). Definitivamente, con esta fórmula, se ha tratado de incluir cualquier otra manera diferente de las enunciadas en la norma que afecte la libertad de decisiones de la víctima.-

Barbagelata en su disidencia postula como agravantes las siguientes: “2. La pena de prisión será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años si concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Si la víctima fuere menor de 18 años. b) Si mediare engaño, violencia, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o cualquier otro medio de intimidación o coerción o concesión o recepción de pagos o beneficios o el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. 3. Si la víctima fuere un menor de trece años, la pena de prisión será de SEIS (6) a DOCE (12) años. 4. Será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años y multa de SESENTA (60) a TRESCIENTOS SESENTA DIAS (360) días, el que ejerciere dominio o explotare económicamente u obtuviere cualquier otro beneficio del ejercicio de la prostitución ajena, en forma habitual o no, aunque mediare consentimiento de la víctima. 5. La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión y multa de DOSCIENTOS (200) a SETECIENTOS VEINTE (720) días cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Si la víctima fuere menor de 18 años. b) Si mediare engaño, violencia, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o cualquier otro medio de intimidación o coerción o concesión o recepción de pagos o beneficios o el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. c) El autor fuere funcionario público; 6. La pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión y multa de TRESCIENTOS (300) a SETECIENTOS VEINTE (720) días cuando la víctima fuere menor de trece años”. Los Fundamentos ya han sido transcritos *ut-supra*. -

En lo personal consideré factible que se concentraban las agravantes de la promoción y facilitación de la prostitución en el siguiente texto: “Se impondrá prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de TRECE (13) 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 situación de vulnerabilidad, o si el autor, fuera ascendiente, cónyuge, conviviente estable, hermano, tutor o encargado de la educación o guarda del menor”. -

6.- Promoción de la prostitución de mayores y proxenetismo.-

En el siguiente texto normado en el art. 130 el Anteproyecto destina la manda de acuerdo a estos términos: “1. Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años y multa de SESENTA (60) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de edad,

mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. 2. Será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años y multa de SESENTA (60) a TRESCIENTOS SESENTA (360) días, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder” ([102]).-

En la Exposición de Motivos escuetamente se expresa: “El inciso 1º corresponde al vigente artículo 125 bis. El inciso 2º corresponde al vigente artículo 127”.-

En realidad, el texto del punto primero de esta norma se compadece más con la redacción del art. 126, según ley 25.087 y no con el art. 125 bis al que se hace referencia. Y el punto segundo se asimila más a la normativa del art. 127, de la misma ley mencionada.-

La pena se reduce a tres a ocho años de prisión más la multa de sesenta a trescientos sesenta días para el primer caso. Para el segundo, también se reduce a tres a seis años de prisión y la multa es similar al primer caso.-

Aquí lo que se pretende proteger es un derecho a la incolumidad del trato sexual de los mayores de dieciocho años, acorde con la dignidad que debe tener toda persona dado que en este caso hay una constricción que contraría la voluntad expresa o tácita de ellas, tendiente a ejercer la actividad sexual promiscua con caracteres que conlleva la prostitución. De este análisis deviene en forma natural y sin mayor esfuerzo, que si existe consentimiento libremente manifestado por estas personas mayores de dieciocho años, la situación se vuelve atípica pues su accionar encontraría marco en lo dispuesto por el art. 19 de la C.N. ([103]).-

En el primer punto se pune al que promoviere o facilitare la prostitución de mayores de edad - entiéndase mayores de dieciocho años - con el fin del *ánimo de lucro* que en este caso se vuelve a la tradicional concepción de que sin realizar actos de satisfacción del propio sexo, lo hace para obtener una ganancia o provecho - no moral - consistente o no en dinero, sea grande o pequeño. Dicha ganancia o provecho debe ser para el autor, aunque sea en forma indirecta. En este caso la ley no requiere simplemente que el autor obre por cualquier finalidad de carácter lucrativo, que puede ser la ganancia o provecho de otro, sino que obre con ánimo de lucro, es decir, con ánimo de ganar o beneficiarse. “No basta que el autor pueda obtener algún provecho a raíz del hecho o que, incluso, lo haya obtenido, sino que es necesario que la idea de ganancia o provecho esté en su ánimo al obrar aunque ella no sea la razón determinante de su conducta (móvil)” ([104]). Se requiere la existencia del ánimo de lucro y no el lucro propiamente dicho.-

Naturalmente la actividad la lleva a cabo el llamado proxeneta, lenón o alcahuete pues éstos son los que pretenden la ganancia o provecho material susceptible de apreciación económica.-

Apunta Gavier que no debe confundirse el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo que está especializando el dolo y señalando cuál es la intención y finalidad del autor, con el precio pagado por el cliente como contraprestación, porque éste puede decirse que es un presupuesto necesario para que exista la prostitución ([105]).-

Otra modalidad que ha previsto la ley y que queda como uno de los sedimentos de la anterior redacción es la de *satisfacción de deseos ajenos* - queda claro que se trata de deseos sexuales, ya sean estos normales o anormales -.-

Según Núñez este elemento subjetivo concurre tanto cuando el tercero a satisfacer por el autor en sus deseos sexuales está determinado y ligado o no, como instigador o cómplice, con el proxeneta, como cuando éste obra para arrojar indeterminadamente a la víctima al libertinaje o a la prostitución. De esta manera se considera proxeneta al que mediante actos que no son de satisfacción del propio sexo, se constituye en agente intermediario de prostitución. También existe lenocinio si una depravación sexual intentada o lograda por el autor sin seducción personal obedece simplemente al fin de prostituir en sí mismo, en este caso el autor deprava para satisfacción del

deseo sexual ajeno, incluso sólo el de la propia víctima ([106]).-

En cambio para Fontán Balestra los deseos, además de ser sexuales, normales o anormales deben estar referidos a personas indeterminadas en el caso de la prostitución porque este último delito requiere entrega promiscua, indiferenciada ([107]).-

Creus - Buompadre entienden que una cosa es que el autor tenga presente, al actuar, que la prostitución de la víctima terminará en la satisfacción de deseos ajenos, y una distinta es que se quiera satisfacer deseos ajenos, que es lo que reclama el tipo, de allí que éste no necesita la satisfacción de personas indeterminadas ([108]).-

Coincido en este aspecto con Reinaldi ([109]) en el sentido de que no es factible de promover o facilitar la prostitución para satisfacer los deseos de una única persona determinada porque de lo contrario habrá corrupción, característica que había sido desechada en esta conducta por la ley 25.087.-

Amén de los condimentos que se han analizado *ut-supra*, en la promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad debe mediar violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, autoridad o de poder. Circunstancias estas de las cuales ya se ha hablado lo suficiente.-

El segundo punto incluido en esta norma - art. 130 - del Anteproyecto trata de la explotación económica del ejercicio de la prostitución mediando las circunstancias anotadas más arriba. En concreto se trata nuevamente de la figura de rufanería.-

Cabe resaltar que el hecho típico consiste en la explotación económica por algunos de los medios coactivos o ardidosos que determina la norma, de una persona que ejerce la prostitución y se aprovecha de sus ganancias, de modo que en cierta forma, amén de constituir de por sí una actividad ruin y reprobable desde el punto de vista moral o ético, en realidad se atenta en definitiva contra la libertad sexual, pues aquella persona que ejerce la prostitución - que no es punible por ese mero hecho - tiene derecho a hacerlo pues puede disponer de su cuerpo según lo crea conveniente y beneficiarse con el producto de dicho “comercio” sin que sea constreñida a brindárselo al parásito ([110]).-

La acción típica en este ilícito tiene por objeto explotar económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona prostituida y que esté ejerciendo tal actividad, es decir, la obtención de alguna utilidad o provecho de naturaleza económica, esto es, dinero u otros bienes totales o parciales. Concretamente, debe haber un lucro por parte del sujeto activo con el ejercicio de la prostitución de otra persona.-

A primera vista se advierte una sensible diferencia con lo normado por las leyes *de facto* 17.567 y 21.338, pues allí se requería que el rufián se hiciera mantener por una persona que ejerza la prostitución explotando las ganancias provenientes de esa actividad.-

Como atinadamente advierte Arocena la anterior redacción requería más de lo que exige la figura penal vigente, esto es, que el autor viviera a expensas del sujeto pasivo del delito quien le proveía los medios económicos necesarios para atender a la subsistencia y gastos superfluos. En tanto que con la actual redacción, sólo es menester la explotación económica del ejercicio de la prostitución del sujeto pasivo. “Basta que el autor se apodere de la totalidad de la ganancia proveniente del ejercicio de la prostitución por parte de una persona o sólo de una parte o porcentaje de los ingresos de ésta en dicho concepto, pero obviamente no debe consistir ni en la promoción ni en la facilitación de la prostitución” ([111]).-

Lo cierto y concreto es que el hecho de haber suprimido de la norma la circunstancia de “hacerse mantener, aunque sea parcialmente”, que representaba básicamente la actitud del rufián, por la explotación de las ganancias de la prostitución ajena, en lo esencial tales conductas no marcan ninguna diferencia, pues si el agente explota dichas ganancias tal como un comercio del que se obtienen réditos, es irrelevante si con dicha actividad, se mantiene o no, ya que lo puntual es que el sujeto activo percibe todo o parte de lo que a su vez cobra la persona prostituida ([112]).-

Barbagelata en esta ocasión en su disidencia propone para el art. 130 la rúbrica “Financiamiento, administración y regenteo de establecimientos donde se explote la prostitución” y el texto siguiente: “*Será reprimido con prisión de UNO (1) a TRES (3) años y multa de CINCUENTA (50) a CIENTO OCHENTA (180) días el que financiare, administrare o regenteare establecimientos donde se explote el ejercicio de la prostitución ajena, en los términos del artículo 129*”.-

Fundamenta esta postura con los siguientes argumentos: “Se propone la incorporación al Anteproyecto de esta figura que se encuentra prevista en la actual Ley 12.331 (art. 17), - hoy vigente -, y que penaliza a quienes sostengan,

administren o regenteen casas de tolerancia. Coincidimos con la opinión vertida en este sentido por el ya mencionado documento de CELS, UFASE e INECIP ([113]), como así también con la opinión de la Defensora General de la Nación, vertida en el anteriormente citado documento remitido para su consideración por parte de esta Comisión ([114]). Se considera que la inclusión de esta norma permitiría reforzar una estrategia de persecución penal dirigida a las estructuras de comercialización e intermediación del ejercicio de la prostitución ajena, lo que aportará importantes elementos probatorios más sencillos de obtener que para probar la comisión de otros delitos. Por otro lado, su incorporación al código despejará dudas sobre su vigencia”.-

En esta ocasión propuse la redacción de dos artículos que en sustancia se refunden en uno solo - art. 130 - en el Anteproyecto. Ellos contenían las normas siguientes: *Ánimo de Lucro*. Art... “*Se impondrá prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, al 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*”. *Proxenetismo*. Art... “*Se impondrá prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, al 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*”.-

7.- Pornografía infantil y acceso a la pornografía.-

El Anteproyecto en el art. 131 se expide sobre este ítem de esta forma: “**1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años, el que produjere o por cualquier medio publicare, comerciare o divulgare imágenes de actividades sexuales explícitas de menores. 2. La misma pena se impondrá a quien organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores. 3. Si los delitos de los incisos precedentes se cometiesen contra menores de trece años, la pena de prisión será de TRES (3) a DIEZ (10) años. 4. El que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de trece años, será penado con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años**” ([115]).-

En la Exposición de Motivos se alegan los fundamentos para reformular el actual art. 128: “Los tres incisos de este artículo proyectado corresponden al art. 128, pero se entiende que debe mejorarse su redacción, suprimir el exceso de verbos, precisar y sistematizar su contenido, elaborar fórmulas claras y evitar la aglomeración de hipótesis. Su redacción actual es de pésima técnica. Se propone una redacción que, en sustancia, no altera el contenido prohibitivo, pero supera sus defectos de técnica legislativa. El acceso a espectáculos y el suministro de material pornográfico se pena cuando el destinatario es menor de diez y seis años, en lugar de los catorce del texto vigente”.-

El texto originario de la ley 25.087, fue modificado por la ley 26.388 (04/06/2008 B.O. 25/06/2008) y en este aspecto resultan atinadas las consideraciones que se hacen en la Exposición de Motivos, pues el texto vigente con dichas modificaciones está atiborrado de verbos superpuestos y conductas que pueden simplificarse sin que se pierda el

sentido de la norma. Si algo se le puede rescatar al legislador en la confección de dicha norma es el de abarcar un espectro de actividades disvaliosas a partir de la denominada “ley de delitos informáticos” y en atención a la Convención de los Derechos del Niño (arts. 1 y 34); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (arts. 2 y 3) y el Convenio sobre la cibercriminalidad (título III).-

En primer término en el punto 1 del art. 131 que sustituiría a la primera parte del art. 128 se observa que se aumenta el mínimo de la pena de seis meses - actual - a un año de prisión y también el máximo de cuatro años - actual - a seis años de prisión.-

La norma del Anteproyecto pone como sujeto pasivo a los “menores” entendiéndose por tales a los que no hayan cumplido los dieciocho años de edad - similar al actual art. 128 -.-

Sin duda lo que se procura es brindar una protección al derecho de los menores a no ser utilizados en producciones, publicaciones o espectáculos que pongan en peligro el normal desarrollo de su personalidad. Ya no se protege la decencia sexual pública de aquellas ofensas a la moral manifestadas mediante conductas obscenas restringiendo el objeto de la tutela a la utilización de menores de dieciocho años en actividades o material pornográfico.-

En el Anteproyecto se reducen las acciones típicas pues en el texto vigente se observaban ciertas superposiciones y por lo tanto se asoma la incongruencia.-

Así, se castiga al que “produjere”. “*Producir*” implica hacer, crear, fabricar, imprimir, construir materialmente una cosa, en este caso de naturaleza pornográfica; también comprende la reproducción o reimpresión de la imagen o la edición, filmación, retrato, dibujo, etc. ([116]). Para Carbone producir se refiere al concepto amplio de la palabra, abarcando al que crea, el que hace, pero también quien organiza la empresa, pone los recursos, elige las personas, los protagonistas, y los artistas que van a hacer la representación del menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales ([117]). En realidad aquí también se está abarcando a quien financia, al invocar al que pone los recursos o el aporte económico.-

“*Publicar*” por cualquier medio implica la tarea de difusión o divulgación de la imagen sin que tenga trascendencia el medio por el cual se lo haga pues abarca desde la prensa graficada hasta el enlace por vía de internet. Desde luego que en esa tarea de divulgación existe la impresión o la reimpresión, pues es la forma en que el material se encuentre al alcance de todos. Gavier afirma que es poner lo producido al alcance de un número indeterminado de personas, para que puedan verlo o

apreciarlo ([118]). En términos “informáticos” también implica imprimir o colgarlas en la red en un lugar de acceso a una pluralidad de personas, en algún formato que las haga visibles.-

Se apunta que este tipo penal establece una limitación a la libertad de publicar, a la libertad de expresión, mas teniendo en consideración su contenido ideológico y formal, no es menos cierto que una de las limitaciones es la obscenidad, pues si aquella libertad no estuviera sometida a las leyes que reglamentan su ejercicio se podría caer en la degradación social y moral, como así también en la familiar e individual ([119]). Este comentario se hacía con la anterior redacción y si ello pretendía cuestionar el alcance o extensión a la limitación del marco legal derogado, lo restrictivo y grave de la actual legislación - pornografía con intervención de menores o destinada a ellos - echan por tierra toda posibilidad de una deslegitimación sobre el particular ([120]).-

“*Comerciar*” vendría a ser negociar - a cambio de dinero u otra contraprestación - con la distribución, facilitación y/o publicación de imágenes ([121]) o dar al producto determinadas condiciones y vías de distribución para su venta y también realizar esta última actividad.-

“*Divulgar*” implica dar a conocer a un número indeterminado de personas. Cabe la posibilidad de que el envío sea destinado a una persona ([122]).-

Estas acciones están determinadas y circunscriptas a imágenes de actividades sexuales explícitas de menores - el texto vigente habla también de partes genitales -claramente se refiere a mostrar a dichos menores practicando determinadamente actos de trato sexual, de deleite sexual. Toda esta terminología deviene del “Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” que complementa la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, aprobada por la ley 25.673 de esta manera el art. 2 inc. c) del Protocolo define la pornografía infantil como “toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.-

El segundo punto aborda la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en la que participen menores de dieciocho años. Esto consiste en coordinar las personas y los medios adecuados para preparar, producir y presentar al público dichos espectáculos que pueden

ser en vivo de representaciones sexuales explícitas, en lugares públicos, ya sea teatros o en cualquier otro edificio o lugar en el que se congrega la gente para presenciarlos y para complementar la tipicidad se requiere que en esas representaciones participen menores ([123]).-

7.1.- Agravante.-

El punto tercero agrava la pena en el supuesto de que en los anteriores casos interviniera un menor de trece años.-

8.- Acceso a espectáculos o suministros de material pornográfico.-

Finalmente, el cuarto punto trata la facilitación al acceso de espectáculos pornográficos o suministro de material del mismo tenor a menores de trece años y lo conmina con una pena de uno a seis años de prisión. El texto es similar al vigente, sólo que se aumenta la pena y se disminuye la edad del sujeto pasivo - de catorce a trece años de edad -.-

La facilitación está dada por el que permite la entrada a un espectáculo pornográfico, sea a título oneroso o gratuito y no se requiere que el menor vea o no dicho espectáculo, basta con que ingrese al lugar donde se lleva a cabo aquél ([124]). El espectáculo puede incluir la exhibición de videos, películas, muestras fotográficas, escenas de sexo explícito o en vivo, etc. con un deliberado fin o carácter pornográfico. También, se ha opinado que la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos puede hacerse vía internet, ya sea por intermedio de website y blogs donde se ofrecen los sistemas de transmisión de pornografía en tiempo real a través de cámaras web. En dicho caso bastará con poner a disposición tales sitios ([125]).-

“Suministra” aquél que hace entrega de material de la naturaleza especificada para que el menor lleve consigo o lo ponga directamente a su alcance, sea a título gratuito o por precio, también incluye el préstamo o la facilitación. En síntesis, abarca la idea de que el menor tenga acceso al mismo siendo captado por los sentidos. Asimismo, esta maniobra se puede dar por internet aunque se plantea la problemática sobre si técnicamente se trata de un suministro el material que se halla estático en el sitio web, ya que como la recepción de la información por el usuario no es pasiva, sino que implica una búsqueda de su parte, por medio de los programas de buscadores, a partir de lo cual el sitio entrega, se puede decir que suministra ([126]).-

El concepto “material” es más abarcativo que el de “imágenes”, pues la enumeración puede ser variada ya que en él pueden quedar comprendidas, no sólo las imágenes sino también, esculturas, películas, objetos de la más variada índole, descartándose todas aquéllas de carácter científico o auténticas obras de arte ([127]).-

Personalmente en mi aporte propuse dos dispositivos legales que en definitiva se resumen en uno solo con distintos incisos como es el caso del Anteproyecto. En efecto: Pornografía Infantil. Art... *“Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, al que por cualquier medio produjere, publicare, comerciare o divulgaré imágenes pornográficas de actividades sexuales explícitas en que se exhibieran menores de DIECIOCHO (18) años, al igual que al que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren aquéllos. Si se tratara de menores de TRECE (13) años, la pena será de UNO (1) a SEIS (6) años de prisión”*.-

Acceso a la Pornografía. Art... *“Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años a quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de TRECE (13) años”*.-

9.- Exhibiciones obscenas a menores.-

En este contexto el Anteproyecto postula el art. 132 bajo la siguiente redacción: *“1. Será penado con prisión de UNO (1) a TRES (3) años, el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros, actos de exhibiciones obscenas para ser vistas por menores de diez y seis años. 2. El máximo de la pena será de SEIS (6) AÑOS, si se tratare de menores de trece años”* ([128]).-

En la Exposición de Motivos se explica que: “Las exhibiciones obscenas del segundo párrafo del vigente artículo 129 se penan cuando están destinadas a menores de diez y seis años”.-

Tal como se expresa más arriba el Anteproyecto ha procurado punir las exhibiciones obscenas con pena de prisión de uno a tres años si son vistas por menores de dieciséis años y la pena se agrava a un máximo de seis años si se tratare de menores de trece años.-

Voy a obviar toda la discusión y argumentaciones que se han desplegado a través del tiempo en torno al polémico término “obsceno”, pues ellas excederían el ámbito de este análisis. Lo que sí es conveniente remarcar es que en este caso el bien protegido no es ya el “pudor público”

entendido como sentimiento medio de decencia sexual sino que lo que se protege es el derecho de que la persona no sea confrontada involuntariamente con la pornografía o con el acto sexual de otro, circunstancia ésta que es aplicable al texto vigente. Asimismo se elimina la situación de que se realicen los actos de modo tal que se encuentren expuestos a ser vistos involuntariamente por terceros.-

En la redacción propuesta por el Anteproyecto se eliminan esas circunstancias y lo que realmente se pune es la ejecución de actos de exhibiciones obscenas para ser vistas por menores de dieciséis años o de trece años. Por ende, lo que se trata de proteger es el normal desarrollo de la sexualidad de esas posibles víctimas. En definitiva, se ha procurado una mayor precisión en el tipo penal y una concisa individualización del sujeto pasivo, en este caso los menores de determinada edad.-

Se reprime al que “ejecuta” o sea, a quien realiza los actos por sí mismo y al que “hace ejecutar”, valiéndose de otra persona para llevar a cabo el acto.-

Se han planteado algunas cuestiones en materia de autoría y participación en este segundo caso, que como es una constante ha dividido a la doctrina. En tal sentido, Nuñez considera que si a la acción se la hace ejecutar por una persona inculpable o inimputable, se está ante una circunstancia de autoría mediata, y si el tercero es penalmente responsable habría un caso de instigación ([129]). En contraposición Fontán Balestra interpreta que la ley no puede haberse referido con estos términos ni a la instigación ni a la autoría mediata, ya que en este delito nada obsta para que se sigan las reglas de la participación ([130]).-

Buompadre, con cita de Carmona Salgado, dice que esa modalidad tiene dos alternativas: la primera, consiste en utilizar un tercero como instrumento para que realice los actos de provocación sexual, en cuyo caso, éste será irresponsable por tratarse de un inimputable o haber sido suficientemente instrumentalizado por quien deberá responder como autor mediato; la segunda, se materializa en la conducta de inducción a dicho tercero, que libre y espontáneamente decide exhibirse ante el sujeto pasivo, respondiendo como autor directo en materia de la infracción ([131]).-

Cabe poner de resalto que el autor mediato debe tener un control absoluto de la situación calificada como la utilización del otro como un instrumento que será el ejecutor, estándose en presencia del dominio de la voluntad - el famoso “hombre de atrás” -, de lo contrario si el instrumento del que se habla es responsable no se estaría en presencia de una autoría mediata sino de un caso de instigación. “Pero ninguna duda cabe de que los principios de la autoría mediata y de la participación son perfectamente aplicables; lo que la ley ha querido es incluir en la responsabilidad penal propia de la autoría al agente que no realiza él mismo los actos obscenos; es una forma de clarificar la extensión de aquella responsabilidad para evitar los conflictos interpretativos que podría suscitar la particular naturaleza de la acción material” ([132]).-

Con respecto a los actos propiamente dichos éstos pueden consistir en la mostración de partes sexuales, por ejemplo el miembro viril o genital femenino, o en actitudes denominadas de inverecundia sexual, como sería el coito o su simulación en la vía pública, un acto de bestialidad u orinar intencionalmente en dirección a otras personas. Ejemplos puestos por Nuñez y Reinaldi ([133]).-

Se incluyen los gestos obscenos que al igual que las actitudes con una inequívoca significación sexual que consisten en posturas o movimientos que expresan algo, por ejemplo, aquéllos que representan la copulación carnal o un acto *cunnilingus*. Y quedan fuera del tipo las palabras obscenas, ya que en realidad no se trata de un “acto”. “No lo sería en cambio, sin perjuicio de su trascendencia en el ámbito contravencional, el acto indecente pero no obsceno de quién orina o se baña desnudo, ni tampoco las obscenidades vertidas verbalmente, si no van acompañadas de actos o al menos de gestos” ([134]).-

Para este tipo penal propuse la siguiente normativa: Art... “*Se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años al que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas para ser vistas por menores de TRECE (13) años*”.-

9.1.- Agravante.-

En el punto segundo se prevé un aumento de la pena máxima a seis años de prisión si el sujeto pasivo fuere un menor de trece años de edad.-

10.- Corrupción de menores.-

El Anteproyecto con respecto a la corrupción de menores le da un tratamiento completamente diferente al texto vigente. En efecto, en el art. 133 postula la siguiente manda: “**1. Cuando se cometiere con continuidad, será penado como corrupción de menores: a) Con el máximo de la pena de prisión elevado hasta DOCE (12) años, el delito del inciso 3º del artículo 131º. b) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del inciso 4º del artículo 131º. c) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del artículo 132º. 2. Será penado con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título**” ([135]).-

La Exposición de Motivos brinda una extensa argumentación respecto a este tipo penal: “Coexisten dos serios problemas en el tratamiento de estos delitos. Por un lado, en la práctica existen algunos de ellos cuya comisión pone de manifiesto un alto grado de perversidad y de desprecio por la víctima o por las consecuencias que no puede dejar de tenerse en cuenta, en forma muy especial cuando se trata de menores y, más aún, cuando son menores de trece años. Por otro lado, infructuosamente se ha tratado de precisar el concepto de *corrupción*, tanto en ensayos legales como doctrinarios. No sólo no se lo ha logrado, sino que se ha abierto el espacio para cualquier opinión subjetiva y arbitraria. El *normal desarrollo* y expresiones similares, no hacen más que confundir y ampliar zonas grises donde tanto puede tener lugar la impunidad o la lenidad como la arbitrariedad punitivista, dependiendo de los valores subjetivos de cada juez. A efectos de poner orden en esta materia, se ha pensado en la tipificación de las conductas de corrupción, que por lo general son formas calificadas o recalificadas de las ya tipificadas, pues recorriendo la jurisprudencia y las sentencias prudentes, no se hallan otras que algunas de las anteriores con particulares características de perversión. De esa jurisprudencia prudente se desprende que en general, son las mismas conductas tipificadas que en supuestos particulares resultan particularmente dañosas para el menor, superando el daño psíquico que usualmente la conducta misma conlleva, o sea, que tienen un plus de dañosidad. Al recorrer la legislación comparada, se observa que las previsiones más atinadas, en el fondo, procuran captar ese mismo plus de lesión a la víctima, aunque no siempre lo logren. Sin pretender haberlo logrado, se ha hecho un esfuerzo en el mismo sentido, cuyo resultado es el artículo 133º que se proyecta. Varias conductas corruptoras se han ubicado como supuestos agravados de los respectivos delitos: se establece un máximo de dieciocho años de prisión para la violación impropia, o sea, el coito con persona menor de trece años, aunque mediare consentimiento (artículo 126, inciso 2º, apartado a); y un máximo de diez años de prisión para el abuso sexual de un menor de trece años, aunque mediare consentimiento (artículo 127, inciso 2º). Además, se prevé una pena de prisión de hasta doce años, en cualquier caso, cuando la víctima del delito de promoción de la prostitución de menores fuere menor de trece años (artículo 129, inciso 3º). Por su parte, la producción, publicación, comercialización o divulgación de pornografía infantil, y la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas, son delitos penados con prisión de tres a diez años cuando se cometieren contra menores de trece años. Además, se eleva a seis años el máximo de la pena del delito de exhibiciones obscenas, si se tratare también de menores de trece años. El delito

continuado (artículo 13º) importa una sucesión de actos iguales o semejantes en el tiempo, unidos por una decisión única, llevados a cabo sobre la misma víctima y con unidad de circunstancias, cuando se trate de bienes personalísimos como en estos casos. Por aberrante que sea cualquiera de estos hechos aislados, su efecto sobre la víctima no es el mismo cuando se trata de una continuidad de la conducta que se prolonga en el tiempo, con frecuencia durante meses y años, como se verifica en la práctica judicial en forma permanente. Es obvio que en estos supuestos el daño a la víctima es mucho mayor y sobran al respecto los ejemplos. La jurisprudencia trata de resolver el caso como concurso real, omitiendo aplicar los principios del delito continuado, pero técnicamente se trata de delitos continuados, porque no falta ninguno de sus elementos. El texto proyectado en la parte general reconoce expresamente esta categoría (artículo 13º e inciso 3º del artículo 49º), indispensable para no llevar a sentencias ridículas, que no prestigian al magisterio penal. Por ende, para no buscar atajos por donde violar las reglas del sano pensamiento penal, es preferible tipificarlos como tales y penarlos adecuadamente. Eso es lo que se intenta en el texto previendo en estos casos: a) El delito del inciso 3º del mismo artículo 131º, o sea, la producción, publicación, comercialización o divulgación de pornografía infantil, y la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas de menores de trece años, son delitos que revisten mayor gravedad cuando tienen continuidad con la misma persona, supuesto en el que como corrupción, se propone elevar el máximo de la pena a doce años. b) El delito del inciso 4º del artículo 131º, o sea, el acceso a espectáculos pornográficos o el suministro de ese material a menores de trece años, reviste gravedad cuando tiene continuidad con la misma persona, supuesto en el que como corrupción, se propone la pena de tres a diez años de prisión. c) En el delito del artículo 132º (exhibiciones obscenas para ser vistas por menores), se propone la pena de tres a diez años de prisión. No se trata de cualquier exhibición obscena, sino de la destinada a ser vista por un menor: no tiene la misma gravedad la exhibición de un exhibicionista que sorprende a un menor en un instante, que el que practica el coito frente al menor. Y tampoco es igual el daño de este último acto en un menor de diez y seis años que en uno de menos de trece. El inciso 2º de este artículo es el único que introduce un tipo cuya modalidad ha crecido con la tecnología digital. Se trata del mayor de edad que simulando o no ser menor, toma contacto o diálogo con un menor de trece años y mantiene con éste diálogos o le hace relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un encuentro para cometer otro delito, que no necesariamente es de los previstos en este título, aunque por lo general lo sea. Se trata de la tipificación de un acto preparatorio que si alcanza el nivel de comienzo de ejecución del otro delito desaparece en función de las reglas del concurso aparente. Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento”.-

La normativa se estructura como corrupción de menores sobre la base de la continuidad de los actos corruptores. De esta manera en el caso del delito de pornografía infantil y acceso a la pornografía (art. 131) cuando se cometieren en perjuicio de menores de trece años - cuya pena es de tres a diez años de prisión - el máximo será

elevado hasta doce años de prisión. En el supuesto del mismo artículo que concierne a la facilitación al acceso de espectáculos pornográficos o suministros de material pornográfico a menores de trece años - cuya pena es de uno a seis años de prisión - se aumenta a prisión de tres a diez años de prisión. Y en el supuesto de las exhibiciones obscenas a menores (art. 132) la pena prevista será de tres a diez años de prisión. Finalmente, en el último párrafo, como punto dos se pune con pena de uno a cinco años de prisión el supuesto del “grooming”.-

El término “corrupción”, al igual que lo “obsceno” y “pornográfico”, ha sido una de las cuestiones que más han dado que hablar en la doctrina y jurisprudencia ante la dificultad para entender acabadamente, en este caso, en qué consiste la acción de corromper en consideración a los cambios existentes en materia sexual a través de los tiempos. De modo que el intérprete se encuentra con la problemática propugnada por el legislador, de dar conceptos y no describir conductas. De allí que se ha dicho que el concepto de corrupción es vacío, pues queda librado enteramente al intérprete de especificar su contenido ([\[136\]](#)).-

Tradicionalmente se ha considerado que el bien jurídico afectado por las conductas previstas en el actual art. 125 es el normal desarrollo de la sexualidad que se vería afectada por el modo de su práctica. No obstante, se sostiene que dicho acuerdo se fisura cuando se trata de establecer qué es lo “normal” en el ámbito sexual, pues desde distintos puntos de vista cada persona puede tener su propia concepción y esto es lo que genera la indefinición legal. “Esta última razón es la que nos persuade de no insistir en la búsqueda de un concepto que, en cualquier caso, sería discutible y no lograría sortear el último obstáculo realmente relevante: lo que importa, a los fines de definir la tipicidad, es lo que la ley entiende por corrupción y, si ésta no lo ha definido y además resulta imposible hacerlo mediante los demás métodos que proporciona la teoría de la interpretación, corresponde sincerarse y propiciar la declaración de inconstitucionalidad de esta figura por su seria violación al mandato de certeza de la ley penal que integra el principio de legalidad (arts. 18 Const. Nacional y 9º CADH)” ([\[137\]](#)).-

Los que critican la constitucionalidad del tipo penal de corrupción actual, aceptan que las necesidades de política criminal que ameritan su persistencia pueden ser cubiertas por otros preceptos y en el caso de conductas reiteradas es suficiente la aplicación de la teoría de los concursos, en tanto que si se comprueban daños psíquicos de mayor entidad o perdurabilidad por algunas de las acciones de los arts. 119 y 120, se podrá contemplar una pena mayor de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P. o en su defecto aplicar las agravantes de los tipos que se han vulnerado ([\[138\]](#)).-

A tal extremo se ha llegado, que por ejemplo, el Proyecto del M.J.D.H.N. de 2006 directamente no legisla esta figura. En su Exposición de Motivos se argumenta: “Se eliminó la figura de la corrupción por la imposibilidad de definir legalmente el concepto sin una seria afectación al principio de legalidad, ya que en materia de integridad sexual, cada habitante parece tener su propia visión sobre la materia y la jurisprudencia ha sido reflejo acabado de esta observación, generando inseguridad jurídica para los habitantes en general y para los justiciables en particular. Ello sin perjuicio de

las graves incoherencias tales como que al autor de múltiples agresiones sexuales, le correspondería una pena menor a su sumatoria (concurso real) por el efecto “aglutinador” de conductas que se le atribuye al término corrupción. En cualquier caso, la regulación de las otras disposiciones del Título evita cualquier laguna de punibilidad”.-

Los miembros de la Comisión han optado por la alternativa característica de la corrupción el baremo de la “continuidad” de los hechos y en esa inteligencia la aplicación del instituto del delito continuado, en vez del concurso de delitos. El primero, según la Exposición de Motivos importa una sucesión de actos iguales o semejantes en el tiempo, unidos por una decisión única, llevados a cabo sobre la misma víctima y con unidad de circunstancias ([139]).-

Con la normativa vigente se dice que tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que el tipo de corrupción no requiere de la repetición de los actos y puede consumarse el delito con un solo acto corruptor. Empece, la reiteración puede funcionar como una circunstancia de hecho de la cual dependa la significación corruptora de la conducta. Tenca pone el ejemplo de un padre que le dé un beso en la boca a su hija de 8 años en una oportunidad y por una circunstancia determinada, podría significar un abuso sexual simple o incluso una acción atípica. Mas si ello se lleva a cabo en forma consuetudinaria, podría devenir en el delito de corrupción, pues es precisamente la reiteración lo que le da al acto su potencialidad corruptora ([140]).-

En definitiva, el Anteproyecto considera como corrupción de menores los delitos enumerados en los incisos a), b) y c) - pornografía infantil y acceso a la pornografía en perjuicio de menores de trece años, facilitación al acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material de similar tenor a menores de trece años y exhibiciones obscenas a menores, respectivamente -. Dejando de lado otras conductas que consideran que han sido calificadas o recalificadas y excederían el marco punitivo de doce años de prisión.-

Finalmente, en el punto segundo de esta normativa, se introduce el *grooming* - figura prevista en el actual art. 131 por la ley 26.904 (B.O. 11/12/2013) ([141]) -, una técnica legislativa a mi criterio cuestionable, pues se debería haber asignado un artículo específico.-

El *grooming*, que en inglés se traduce como “preying sexuality on a child” o ser presa sexual de un niño o “aprovecharse sexualmente de un niño” ([142]). “En la habitualidad de los casos, se utiliza el término *grooming* - o acoso sexual tecnológico, como se señalara - para describir las prácticas *online* de ciertas personas mayores de 16 años para ganarse la confianza de un menor de 18 años y crear una conexión emocional con el mismo, a fin de disminuir sus inhibiciones, fingiendo empatía, cariño, etc. con fines de su satisfacción sexual, como mínimo y casi siempre para obtener imágenes de los menores desnudos o realizando actos sexuales, por lo cual está relacionado con la pederastia y la pornografía infantil en Internet, aunque pueda posteriormente derivar en casos de abuso y hasta de violación de menores, así como en su captación con fines sexuales, entre ellos, la prostitución infantil” ([143]).-

Según Lo Giudice esta conducta tiene una intención determinada que se puede dividir en etapas o fases, y

pueden durar semanas o meses, el modus operandi o desarrollo de la relación es el siguiente: 1) una inicial o de "relación", donde se trata de acercarse al menor generalmente "suplantando identidad", por lo que se suele hacer pasar por otro menor, en los términos más amigables posibles. Estadio donde se habla de gustos, amigos, deportes, etc.; 2) una intermedia o de "amistad", donde ganada ya la confianza, se va obteniendo datos personales de la víctima, de la familia, relaciones sociales. Comienza un intercambio de confidencias, secretos. Se trata de ganar el afecto o despertar admiración o compasión. Se crea el lazo emocional. Pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso, generalmente bajo amenazas extorsivas con el propósito de obtener imágenes o videos de contenido sexual explícito o implícito por cualquier medio de comunicación por plataforma online y 3) la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede consistir en lograr, mediante engaño, una cita real destinada a obtener, un fin sexual ([144]).-

Tal cual como está concebido el delito en vigencia el mismo puede ser cometido por cualquiera, lo que incluye a los menores imputables - la pauta la da la frase indeterminada "el que" - como supuestos sujetos activos ([145]). Sin embargo, en la práctica, en términos generales, se aduce que el *groomer* es un adulto que crea una falsa identidad, generalmente haciéndose pasar por menor, o que recurre a sustitución de identidad o el uso de un virus para procurar la clave de acceso a los datos del menor para apropiarse de su información ([146]).-

El sujeto pasivo es un menor sin ningún tipo de distinción.-

La acción típica consiste en contactar a un menor mediante alguna TIC (tecnologías de la información y la comunicación) que incluye tanto los SMS, el chat, los e-mails, Facebook, Twitter o cualquier otra de las redes sociales, Skype, WhatsApp, MySpace o aplicaciones similares.-

Se trata de un delito de peligro abstracto pues describe medidas preparatorias o actos ejecutivos para la comisión de algunos de los delitos contra la integridad sexual de un menor. El tipo subjetivo reclama el dolo directo y la conducta se consuma cuando se establece un efectivo contacto con el menor de manera tal que se ponga de manifiesto el propósito ilícito de la comunicación que persigue una finalidad específica.-

Se ha criticado en varios flancos la normativa vigente desde el punto de vista de la condición etaria del sujeto pasivo hasta la punición. Con respecto a esta última se manifiesta que se castiga con una pena de hasta cuatro años de prisión el simple acercamiento telemático con un menor de edad, pero si se comete un abuso sexual simple, la amenaza de pena es idéntica. También, si se entrega material pornográfico o se allana la entrada para acceder a un espectáculo de esa índole a un menor de catorce años la expectativa de pena no superará los tres años. La determinación de la edad de la víctima en la franja de los menores de dieciocho años contemplada en la figura actual implica arbitrario adelantamiento de la barrera de punición de las conductas caracterizadas por la falta de contacto físico entre el actor y la víctima ([147]).-

El Anteproyecto es en este sentido más preciso en algunas cuestiones, en primer término establece una pena

que va de uno a cinco años de prisión para el mayor - sujeto activo mayor de dieciocho años - que tomare contacto - no dice específicamente por qué vía, aunque en la Exposición de Motivos se menciona la tecnología digital, lo cual aclara el concepto - con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual con el fin de preparar un delito contenido en este título. Se reconoce que tipificar un acto preparatorio “no es simpático” porque en definitiva se trata de un adelantamiento de la punición pero la ultraintencionalidad del sujeto activo se traduce en un indicio serio de procurar un contacto directo con la víctima.-

En lo que a mí concierne propuse una redacción muy similar a la del art. 183 bis del Código Penal español, en estos términos: “*Será reprimido con prisión de UNO (1) a TRES (3) años al que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de TRECE (13) años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos de este capítulo, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.-

[1] CARRERAS Eduardo “*Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 25.087*” LL 2000-C-1059.

[2] BALCARCE Fabián “*El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual*” www.eldial.com DC 316.

[3] EDWARDS Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7

[4] CREUS Carlos “*Delitos sexuales según la ley 25.087*” JA 1999 -III- 807/15

[5] DONNA Edgardo “*Delitos contra la integridad sexual*” 2º edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 14. En igual sentido REINALDI Víctor “*Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*” 2ª edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, ps. 36/37; AROCENA Gustavo “*Ataques a la integridad sexual*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 4/8.

[6] PANDOLFI Oscar “*Delitos contra la integridad sexual. (Ley 25.087)*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 21.

[7] ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*”, 2ª

edición, t. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 387; ESTRELLA Oscar “*De los delitos sexuales*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 23

[8] BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*”, 2ª edición actualizada, t. II, Ed. Mave, Corrientes, 2003, p. 335; “*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*”, 1999-2, Ed. Mave, Corrientes, p. 52. Parece ser la opinión también de D’ ALESSIO Andrés (director), DIVITO Mauro (coordinador) “*Código Penal Comentado y Anotado. Parte especial*”, 2ª edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 221.

[9] TENCA Adrián “*Delitos sexuales*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 14 y sgtes.

[10] ELHART Raúl “*El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual. ¿Es la integridad sexual? ¿Es la libertad sexual? ¿O aún no ha sido correctamente individualizada?*” en Suplemento Actualidad LL 28/10/2000.

[11] FIGARI Rubén “*Delitos de índole sexual. Doctrina Nacional actual*”, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. S&S, Río Cuarto, Córdoba, 2011, ps. 38/39

[12] 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. 175/181.

[13] Art. 119: “...La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía”. Remisión: “... persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción...”. Agravantes: “...En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)”.

[14] FIGARI Rubén “*Casística Penal Doctrina y Jurisprudencia*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 363; FONTAN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*”, t. V, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 63; NUÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*”, t. III, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 248; URE Ernesto “*Los delitos de violación y estupro*”, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15; REINALDI Víctor (ob. cit. p. 95).

[15] SOLER Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 282; TENCA Adrián (o. cit. p. 77); MORAS MON Jorge “*Los delitos de violación y corrupción*” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 20; LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “*Notas al Código Penal Argentino*” t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, p. 136; DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 83; DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio - RIQUERT Marcelo y FELLINI ZULITA en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco (coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*”, 2ª edición, t. IV, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 599; ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 96/99); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte Especial*”, t. I, 7ª Edición actualizada y ampliada Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 211.

[16] FIGARI Rubén “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 156/159)

[17] Así, los Elementos de los Crímenes establecen como violación, tanto para su consideración como delito de lesa humanidad (art. 7 del Estatuto) como de guerra (art. 8 del Estatuto): 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de

poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

[18] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso N° ICTR-96-4T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 686.

[19] Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N°. 160, párr. 310.

[20] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 63)

[21] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 28).

[22] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 64)

[23] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 368).

[24] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 66).

[25] En contra CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 189) o sobre terceros que se oponen o se pueden oponer a aquél, siempre que constituya impedimentos en los que participa - aunque sea moralmente - la víctima (la fuerza típica no se da cuando se realizan los actos de violencia sobre terceros que se oponen a que el agente lleve a cabo la conducta sexual sobre una mujer que ha prestado su consentimiento); pero también la fuerza puede hacerse recaer sobre un tercero para cumplir con el modo amenazador (p. ej., castigar al hijo para que la madre se preste al contacto sexual). (Idem ob. cit. ps. 189/190).

[26] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 71)

[27] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 263)

[28] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 372)

[29] GAVIER Enrique “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 23; DONNA Edgardo (ob. cit. p. 34).

[30] ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 400).

[31] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 372).

[32] REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 57/58).

[33] CLEMENTE José “*Abusos sexuales*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 46.

[34] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 34)

[35] CLEMENTE José (ob. cit. p. 47); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 58); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 27); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 46).

[36] Idem anteriores y BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 373).

[37] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 36)

[38] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 59) citando a BARBERÁ de RISSO María “*Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*”, vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 313.

[39] TENCA Adrián (ob. cit. p. 36)

[40] CREUS Carlos (ob. cit. p. 808)

[41] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 60)

[42] FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V. p. 119).

[43] ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 54/55).

[44] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 36); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 55).

[45] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 268).

[46] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 203).

[47] Antecedentes parlamentarios p. 1615, citado por CLEMENTE José (ob. cit. p. 59).

[48] DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 88/89).

[49] “Grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Es una expresión genérica y, en consecuencia, el Juez puede libremente apreciar si el daño es o no suficientemente grave” (Cfme. SOLER Sebastián ob. cit. p. 289). “Puede coincidir con el tipo de lesiones graves (art. 90) o gravísimas (art. 91), pero puede apreciarse por el Juez, con ayuda médica, con otros criterios distintos” (Cfme. NUÑEZ Ricardo ob. cit. p. 269). “Durante la vigencia del art. 122, algunos sostuvieron el grave daño en la salud de que habla el art. 122 es el que puede considerarse comprendido en los arts. 90 y 91 (Gómez), últimamente, la doctrina parece coincidir en que no necesita adecuarse a los conceptos típicos de las lesiones previstas en esas normas: aunque por lo común las comprende; puede tratarse también de un daño de importantes consecuencias (como puede ser una enfermedad curable que no origine incapacidad laborativa por más de un mes), que no alcance los límites de las lesiones del art. 90 del Cód. Penal, y menos los del art. 91... La referencia actual de la ley al grave daño *en la salud* física o mental de la víctima comprende tanto el detrimento en la estructura corporal, como en el funcionamiento del organismo humano...” (Cfme. CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 203). “Es indudable que cuando el Código se ha referido a un *grave daño* ha debido querer incluir en la agravante consecuencias lesivas de determinada entidad y excluir otras de cuantía menor. Es dudoso, sin embargo, si los términos *grave daño* deben ser identificados con el concepto de lesión grave o gravísima y limitados, por tanto, los resultados calificantes de la violación a las figuras descriptas en los arts. 90 y 91 del C.P.. Pensamos que es dudoso, porque la ley, en otros casos, ha hecho referencia expresa a los mencionados arts. 90 y 91 (arts. 97 inc. 2° , 99 inc. 2° , 166 inc. 2° y 190, tercer párrafo). Tomando en cuenta las características del delito de violación y la exigencia de que el daño sea una consecuencia directa de él, parece lo exacto tener por bueno el punto de vista que interpreta que el Juez puede apreciarlo con un criterio distinto del que fija el Código de manera taxativa en los arts. 90 y 91” (Cfme. FONTÁN BALESTRA Carlos ob. cit. p. 93). “No debe darse a la expresión grave daño en la salud de la víctima un sentido y alcance restringido; por tales, debe entenderse aquellas lesiones que teniendo repercusión fisiológica, revisten alguna entidad o importancia para la salud de una persona, hablando en términos generales y no técnicos, es decir, sin acotar el término *grave daño a la salud* al ámbito fijado en los arts. 90 y 91 del C.P., porque cuando la ley ha querido limitar el concepto lo ha hecho en forma expresa y muy clara, como los arts. 72 inc. 1° , 97 inc. 2° , 99 inc. 2° y 166 inc. 1° (Cfme. GAVIER Enrique ob. cit. p. 46). REINALDI Víctor (ob. cit. p. 120). CLEMENTE José (ob. cit. p. 60). TENCA Adrián (ob. cit. p. 103). VILLADA Jorge “Delitos Sexuales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 70; EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 39). BREGLIA ARIAS Omar – GAUNA Omar “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado*”, 6° edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1059. LAJE ANAYA Justo – GAVIER Enrique (ob. cit. p. 360). ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 405). AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 83). GARONA José “*Violación, estupro y abuso deshonesto*”, Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 71. D´ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “*Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial*” t. II, 2° Edición Actualizada y Ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009/10, p. 254.

[50] GÓMEZ Eusebio “*Tratado de Derecho Penal*” t. III, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, p. 113.

[51] ODERIGO Mario “*Código Penal anotado*”, nota 501, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965.

[52] MORAS MON Jorge “*Los delitos de violación y corrupción*” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 88.

[53] DE LUCA Javier – LÓPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 104); DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio – RIQUELME Marcelo y FELLINI Zulita en BAIGÚN David – ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco (coordinación) (ob. cit. p. 615).

[54] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 377).

[55] Idem (ob. cit. p. 377).

[56] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 206)

[57] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 32).

[58] VILLADA Jorge (ob. cit. p. 35).

[59] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 74) quien agrega que también se da esta relación cuando es la ley misma la que establece la subordinación de uno al otro, es decir, es una relación de derecho.

[60] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 78)

[61] DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 94/95); CLEMENTE José (ob. cit. p. 76); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 130)

[62] El texto vigente dice: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

[63] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 23); ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 393); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 40/41); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 48); CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 184); AROCENA Gustavo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 256)

[64] TENCA Adrián (ob. cit. ps. 23/24); FIGARI Rubén (ob. cit. p. 51)

[65] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 60)

[66] Art. 179: “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 como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.

[67] Art. 198 C.C.: “Los esposos se deben mutuamente, fidelidad, asistencia y alimentos”.

[68] Art. 199 C.C.: “Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas...”.

[69] Art. 202 C.C.: “Son causas de separación personal: 1° el adulterio...”.

Art. 214 C.C.: “Son causas de divorcio vincular: 1° las establecidas en el art. 202...”.

Art. 220 C.C.: “Es de nulidad relativa... inc. 3° en caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos...”.

[70] FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 176/181)

[71] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

[72] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 252).

[73] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 66).

[74] PECO José “*El delito de violación*” LL 5-42. para quien cualquiera sea la forma, el acto, aunque inmoral, no es contrario al derecho.

[75] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 214/215). Agregando los casos de evitación de contagios, o daños en las relaciones sexuales pre o posparto o cuando se agrave el pudor de la esposa por el lugar por la oportunidad en que pretende realizarla.

[76] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 401) citando a GAVIER Enrique (ob. cit. p. 44).

[77] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 110); LAJE ANAYA Justo – GAVIER Enrique (ob. cit. p. 358), tanto el primero como los segundos también contemplan la responsabilidad por lesiones.

[78] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

[79] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 66).

[80] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 214).

[81] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 252/53).

[82] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 402/403); CLEMENTE José (ob. cit. p. 107); DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 71/72); PARMA Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 82 y sgtes); BREGLIA ARIAS Omar – GAUNA Omar (ob. cit. p. 1052); D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 173); DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 93/94); DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio – RIQUELT Marcelo y FELLINI Zulita en BAIGÚN David – ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco (coordinación) (ob. cit. p. 577); ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 429); AROCENA Gustavo “*¿Violación en el matrimonio? (Apostilla para el estudio de la cuestión)*”, en “*Ley, razón y justicia. Revista de investigación en Ciencias*

Jurídicas y Sociales”, Neuquén, año 2, N° 4, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, p. 116; ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 114); VILLADA Jorge “*Delitos sexuales...*” (ob. cit. ps. 127/129).

[83] Si bien el derecho positivo no determina los fines del matrimonio, ello se induce de la confrontación de las normas particulares que organizan los denominados deberes- derechos personales. El Código Civil enumera - en el caso del matrimonio - básicamente la cohabitación (arts. 199 y 200), la fidelidad recíproca (art. 198) y la asistencia (arts. 198, 207 a 209 y 231). El llamado débito conyugal, que se traduce en la prestación de las relaciones sexuales que mantienen recíprocamente los esposos está contenido en la fidelidad y no en la cohabitación, como lo sostiene parte de la doctrina, aunque lo sea implícitamente. Vivir juntos en la misma casa, asistirse afectiva y económicamente, y guardarse mutua lealtad o fidelidad (lo que incluye la entrega sexual), constituye las bases éticas del matrimonio. Es así que los llamados derechos - deberes personales entre los cónyuges no categorizan, en el sentido tradicional verdaderos derechos subjetivos y deberes jurídicos tal como ellos son presentados y definidos por la dogmática civilista. Ello en razón de que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los deberes jurídicos en término general, cuando se trata de los denominados deberes personales entre los cónyuges se advierte que no es axiológicamente valioso su cumplimiento coactivo, no obstante que su incumplimiento pueda dar lugar a una causa de separación personal o de divorcio u otras sanciones. Las relaciones conyugales están dominadas por la exigencia de una satisfacción espontánea del contenido que es inherente a esas relaciones (amor, encuentros físicos, comprensión recíproca, entrega, fidelidad y ayuda mutua, apoyo afectivo) y que tienen la impronta de su incoercibilidad. Las relaciones conyugales sintetizan un proyecto de vida común, incoercible. (Cfme. ZANNONI Eduardo “*Derecho Civil. Derecho de familia*”, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 405 y sgtes.). Si bien el débito conyugal no lo alude la ley argentina, no se puede dudar de su existencia, pues hace al cumplimiento de fines esenciales de la unión de la pareja humana - como son la satisfacción del instinto sexual y la perpetuación de la especie - y que justifica la sujeción al deber de fidelidad. Por lo tanto aún no expresado específicamente en los textos legales, el débito conyugal existe y su incumplimiento injustificado puede fundar sanciones civiles (Cfme. BELLUSCIO Augusto “*Derecho de familia*”, t. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 386). El deber de fidelidad que emerge del art. 198 del C.C. impone como aspecto positivo el denominado “débito conyugal”, esto es, “el derecho del cónyuge a que el otro sostenga con él relaciones sexuales” y si bien el acceso carnal es un derecho que tiene el cónyuge derivado del deber de fidelidad no está fincado en el conjunto de los denominados “derechos - deberes” sino que tiene un fuerte contenido moral (Cfme. BOSSERT Gustavo - ZANNONI Eduardo “*Manual de derecho de familia*” tercera edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 202. “La negativa infundada del *ius in corpus* o débito conyugal constituye injuria grave capaz de fundar una acción de separación o divorcio (art. 2 inc. 4° C.C.)” (Cfme. FANZOLATO Eduardo “*Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, BUERES Alberto (dirección), HIGHTON de NOLASCO Elena (coordinación), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 928).

[84] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 403).

[85] “¿Tiene el esposo el derecho a violar sexualmente a su mujer por medio del ejercicio de un derecho?. ¿Será legítimo ese ejercicio?. Es intuitivo que aún cuando mediara para la mujer la obligación de tener relación sexual con su marido, el derecho de éste no podría llegar a tanto o hasta tanto. Es que el ejercicio del derecho tiene, ahora frente a la ley, sus límites. De que se puede ejercer legítima o ilegítimamente: dentro de sus límites, o fuera de ellos. Intuitivamente, parece también que si el marido violara a su cónyuge, habría ejecutado un hecho que no se presenta, al menos, como bueno. Se presenta como malo. Es que el ejercicio del derecho debe ser ejercido regularmente para que sea lícito. No lo es, cuando contraría a las buenas costumbres, cuando contraría los fines que tuvo la ley al reconocerlo, o cuando fuera más allá de los límites impuestos por la moral. ¿Cómo andaría, y por qué caminos, una institución jurídica que hace al matrimonio civil, que autorizara expresa o tácitamente al marido a violar a su mujer, e impusiera a ésta ese deber?. Sencillamente, y para responder a esa pregunta, podríamos decir que le habría impuesto el deber o la obligación legal de soportarlo. En otras palabras, habría derogado para ella, y para ese caso, el derecho a la legítima defensa; de defenderse, para evitar así, ser víctima del delito de violación. Veamos el punto más cerca. Si en efecto, el esposo tuviera el derecho a tener con su cónyuge un acceso carnal violento, no sería un agresor ilegítimo porque para que alguien pueda defenderse, es necesario que el acometimiento, la agresión, sean indefectiblemente ilegítimas. Sin que esto ocurra, el que se “defiende” no estará justificado y los daños que causen su reacción ya no serán daños

justificados, sino ilícitos, y dará lugar a que el agresor, que era agresor no ilegítimo, pueda actuar él, ahora, en legítima defensa. Según esto, la mujer que defendiera su derecho frente al marido para no ser víctima de un acometimiento de carácter sexual no estaría amparada y, lejos de situarse en el art. 35 del C.P. pasaría a ser autora de un hecho ilícito y, además, doloso. A su vez, el marido estaría dentro de los límites de la defensa, porque habría defendido su derecho a tener relaciones violentas con aquella, en razón de que la mujer estaba obligada por su débito conyugal. No parece razonable que, jurídicamente, las cosas deban ser así” (Cfme. LAJE ANAYA Justo “*¿Es posible la violación entre cónyuges que cohabitan?*” en “*Estudios de Derecho Penal*”, t. I, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 503).

[86] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 403) citando a SUÁREZ RODRIGUEZ Carlos “*El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*”, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1995, p. 315.

[87] Art. 120 “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, 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, siempre que no resultare un delito más severamente penado. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119”.

[88] REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 151/152); CLEMENTE José (ob. cit. p. 133); BREGLIA ARIAS Omar – GAUNA Omar (ob. cit. p.1067); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 261); VILLADA Jorge “*Delitos...*” (ob. cit. p. 160)

[89] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 414)

[90] FIGARI Rubén “*Casística Penal Doctrina y Jurisprudencia*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 377

[91] Idem “*Un caso más sobre el interrogante de si la “inmadurez sexual” es sinónimo de “inexperiencia sexual”*”
www.ijeditores.com.ar

[92] “Los casos verdaderamente merecedores de pena pueden, la mayoría de las veces, incluirse dentro del abuso sexual de prevalimiento, en la medida en que la edad y las circunstancias del sujeto pasivo determinen una auténtica inferioridad respecto del sujeto activo” (Cfme. MUÑOZ CONDE Francisco ob. cit. p. 196) citado por idem (ob. cit. p.291)

[93] REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 164/165)

[94] Art. 125 bis: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro a seis años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Art. 126: “En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco a diez años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afin en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión”.

[95] DE LUCA Javier – LANCMAN Valeria en “*Código Penal comentado de acceso libre*”,
www.pensamientopemal.com.ar

[96] FONTÁN BALLESTRA Carlos (ob. cit. p. 124)

[97] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 233)

[98] GAVIER Enrique (ob. cit. p. 76)

[99] Modificación a la Ley 26.364 de trata de personas y asistencia a sus víctimas. Análisis y propuestas sobre los aspectos penales del proyecto de ley aprobado por el Senado de la Nación Argentina el 31 de agosto de 2011 (Cámara Revisora: Diputados. Expediente: 0128-S-2011)”

[100] SOLER Sebastián (ob. cit. p. 319)

[101] REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 194/195)

[102] Art. 127: “Será reprimido con prisión de cuatro a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco a diez años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión”.

[103] AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 133) citado por FIGARI Rubén (ob. cit. p. 377) sosteniendo que se tiende a tutelar la libertad sexual o autodeterminación que tiene una persona en ese aspecto y a que no se vulnere su voluntad.

[104] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 352)

[105] GAVIER Enrique (ob. cit. p. 80)

[106] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 452).

[107] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 132).

[108] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 238).

[109] REINALDI Víctor (ob. cit. p. 223).

[110] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 389)

[111] AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 138); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 81).

[112] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 159)

[113] Ídem, nota anterior.

[114] Defensoría General de la Nación, “Dictamen para la elaboración del nuevo Código Penal de la Nación con perspectiva de género”.

[115] Art. 128: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años”.

[116] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 443); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 139); REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 251/252) quien le adita que los medios pueden ser mecánicos o electrónicos y se puede utilizar compaginaciones en base a fotografías “inocuas” que se altera por la tecnología de la computación transformándola en imágenes pornográficas; DONNA Edgardo (ob. cit. p. 174); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 91); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 149); PARMA Carlos (ob. cit. p. 137). Hacer notorio o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, algo, es decir, un escrito, una estampa, etc. (Cfme. FILLIA Leonardo – MONTELEONE Romina – NAGER Horacio – ROSENDE Eduardo – SUEIRO Carlos “Análisis a la reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación (Ley 26.388)” LL 2008 – E-938).

[117] CARBONE Diego “Comentario a la ley de delitos informáticos, 26.388. Nuevos delitos – viejos delitos” en www.microjuris.com citado por PALAZZI Pablo “Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 45.

- [118] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 443); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 139); REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 251/252); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 174); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 91); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 149); PARMA Carlos (ob. cit. p. 137). Imprimir o colgarlas en la red en un lugar de acceso a una pluralidad de personas, en algún formato que las haga visibles (Cfme. PONT VERGÉS Francisco “*¿Debe prohibirse y sancionarse penalmente la divulgación de pornografía?*” elDial – DCC2.)
- [119] MERCADO Ángel “*El “destape” y el delito de publicación obscena*” LL 1984-A- 981.
- [120] RIQUERT Marcelo en BAIGUN David – ZAFFARONI Eugenio (ob. cit. ps. 764/765).
- [121] PONT VERGÉS Francisco (ob. cit. elDial – DCC2E).
- [122] Idem (ob. cit. el Dial – DCC2E).
- [123] AROCENA Gustavo “*Ataques...*” p. 111
- [124] DONNA Edgardo (ob. cit. p. 175). En contra DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 220)
- [125] PONT VERGES Francisco (ob. cit. el Dial – DCC2E).
- [126] DE LUCA Javier – LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 221) citando a PONT VERGES Francisco (ob. cit. el Dial – DCC2E).
- [127] FIGARI Rubén (ob. cit. p. 469)
- [128] Art. 129: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”.
- [129] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 387).
- [130] FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 174).
- [131] BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 456/457).
- [132] CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 258).
- [133] NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 387); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 272).
- [134] GAVIER Enrique (ob. cit. p. 93).
- [135] Art. 125: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.
- [136] DONNA Edgardo (ob. cit. p.133)
- [137] DE LUCA Javier – LÓPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 143/144)
- [138] Idem (ob. cit. p. 148)
- [139] Art. 13: “Cuando los hechos constituyan delito continuado la pena aplicable será solamente la más grave de las previstas para esos hechos”.-
- [140] TENCA Adrián (ob. cit. p. 150)
- [141] Art. 131: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.
- [142] CUETO Mauricio “*Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal*” en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*” año IV, nº 2, marzo 2014, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 44, nota 2.
- [143] Idem (ob. cit. p. 44)

[144] LO GIUDICE María “*Con motivo de la sanción de la ley que introduce el “delito de grooming” en el Código Penal (año 2013)*” www.eldial.com.ar DC1C0B

[145] RIQUERT Marcelo “*El nuevo tipo penal de “cibergrooming” en Argentina*” en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*” año IV, n° 1, febrero 2014, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p.24; CUETO Mauricio (ob. cit. ps. 44/45). “Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. Se plantean algunos interrogantes sobre la calidad de autor cuando se trata, a su vez, de un menor de edad, por ejemplo, de diecisiete años. En nuestro caso, la responsabilidad penal plena se alcanza recién a los dieciocho años (ley 22.278), si bien existe una responsabilidad atenuada o restringida para el segmento de los menores de edad que van desde los dieciséis hasta la mayoría de edad ...” (Cfme. ABOSO Gustavo “*El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código Penal argentino*” en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*” año IV, n° 2, marzo 2014, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 157

[146] LO GIUDICE María (ob. cit.)

[147] ABOSO Gustavo (ob. cit. ps. 154 y 156)