

Análisis de los delitos sexuales en los últimos Anteproyectos de reforma del Código Penal de la Nación Argentina

Documento elaborado por:

Emanuel Auyeros – Mariana S. Herrera – Alejandra Mariela Malica – Bárbara Polimeni - Yamila Nahir Sammán

Resumen

Este trabajo examina la regulación de los delitos sexuales en los últimos tres anteproyectos de Código Penal de la Nación Argentina mediante una exploración comparativa con el texto vigente a partir de la sanción de la ley 25.087. En particular se analizan las principales innovaciones y propuestas de cada uno a través de la presentación de sus puntos críticos y las transformaciones más destacadas.

Palabras claves: Delitos Sexuales. Código Penal. Anteproyectos de reforma.

I. - Introducción

En las líneas que integran el presente trabajo se analizará la respuesta punitiva frente a la violencia sexual en los últimos tres anteproyectos presentados para reformar de manera íntegra el Código Penal argentino.

El documento fue elaborado en el marco de un seminario de investigación cuyo equipo se encuentra integrado por estudiantes, jóvenes graduadas/os y equipo docente; cuyo objeto de estudio comprende el examen global e interdisciplinario de los delitos sexuales.

En esa inteligencia, y con el impulso de una nueva ola reformista de la legislación penal, el grupo se abocó al estudio comparativo de los últimos anteproyectos para destacar los puntos conflictivos y las transformaciones más novedosas en materia de criminalización sexual en las propuestas más recientes.

Como resultado del proceso de cotejo de los anteproyectos referenciados, el equipo acordó analizar los siguientes tópicos: a) el bien jurídico sobre el cual se construye la respuesta punitiva frente a la victimización sexual, b) el delito de abuso sexual, c) el delito de corrupción de menores, d) la criminalización de la explotación sexual, y, finalmente, e) la violencia sexual infantil en el escenario digital examinando los delitos de pornografía con intervención de niños, niñas y adolescentes, y el delito de grooming.

II.- Los proyectos analizados

De esa manera, entonces, se analizaron los siguientes anteproyectos:

a) Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación año 2006.

El 31 de agosto de 2006 la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal” (creada por Resolución MJ y DH n° 303 del 14 de diciembre de 2004 y sus anexas N° 497/05, 136/05 y 736/06), elevó al señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la versión final del texto elaborado y sus fundamentos, dando cuenta de un trabajo desarrollado durante los años 2005 y 2006.

La Comisión estuvo integrada por los profesores David Baigún, Carlos Chiara Díaz, Joaquín Pedro da Rocha, Javier Augusto De Luca, Daniel Erbetta, Raúl Gustavo Ferreyra, Edmundo Samuel Hendler, Raúl Ochoa, Alejandro Tizón, y fue coordinada por el Prof. Alejandro W. Slokar, quien en aquel momento era el Titular de la Secretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia.

En este caso, y conforme surge del mismo texto, la Comisión – en base a fundamentos de índole político-criminal- tuvo como objetivo poder dar una respuesta actualizada, integral y eficiente al delito en la Argentina, en el marco del Estado de Derecho.

Al mismo tiempo, también, se propuso poner en vigencia un Código Penal que, adecuado a los compromisos asumidos por el país y las normas del derecho internacional, clarifique problemas que fueron motivo de diversos criterios interpretativos y proporcione instrumentos que, bajo condición de respeto irrestricto a los principios constitucionales, dé efectividad y otorgue sentido a la respuesta punitiva.

b) Anteproyecto de Código Penal de la Nación año 2014.

La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012 del 7 de mayo de 2012, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes, y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto el día 10 de diciembre de 2013. El documento final fue presentado ante el Poder Ejecutivo a comienzos de 2014.

El trabajo fue presidido por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y el equipo estaba integrado por representantes de distintos sectores políticos junto a los doctores León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo.

Los fundamentos del anteproyecto refieren a las novecientas reformas parciales que ha sufrido el Código Penal desde su sanción en 1921 y, aunado a ello, mencionan la cantidad de interpretaciones posibles existentes, en función de las jurisdicciones que reconoce la Constitución Nacional, valorando la importancia y trascendencia para que *“la ley penal recupere claridad, precisión y organicidad, o sea, para desandar el camino que nos ha llevado a nuestra realidad legislativa presente”*.

Con ese ideal, la comisión recupera el concepto de *codificación*, entendiendo por tal aquella técnica legislativa destinada al mejor cumplimiento del mandato constitucional -afianzar la justicia-, exigiendo para tal fin un orden sistemático de las disposiciones y claridad en el lenguaje, con el máximo de precisión posible.

c) Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina año 2018.

A través del decreto 103/2017 se creó una Comisión para debatir y elaborar, en el plazo de un año, la reforma y actualización del Código Penal. Esta propuesta fue impulsada en el marco del programa Justicia 2020 que tiene como horizonte de actuación el impulso de reformas para modificar el sistema de justicia con el propósito de lograr un cambio de paradigma en miras de modernizar los procesos judiciales y la respuesta estatal.

La Comisión en esta oportunidad estuvo liderada por Mariano Borinsky e integrada por Carlos Mauricio González Guerra, Pablo Nicolás Turano, Carlos Alberto Mahiques, Patricia Marcela Llerena, Daniel Erbeta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Jorge Yacobucci, Fernando Jorge Córdoba, Patricia Susana Ziffer, Yael Silvana Bendel, Guillermo Soares Gache y Diego Richars.

Los fundamentos de este anteproyecto se basan en las recomendaciones de distintos organismos y en las obligaciones asumidas por el Estado Argentino mediante la suscripción de diversas convenciones ante la comunidad internacionales. En ese sentido, se destacan también los nuevos intereses vitales y las necesidades de la sociedad argentina.

También, en las argumentaciones que acompañan el anteproyecto, se pone énfasis en la participación ciudadana y la consulta a las agrupaciones que nuclean a las víctimas del delito para acordar el texto final del documento.

III.- Examen comparativo

1).- El delito de abuso sexual

- Por Emanuel Auyeros

Se refiere como abuso sexual simple a la figura prevista en el art. 119, primer párrafo, del Código Penal argentino, cuya redacción ordena: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.”*

El tipo básico del abuso sexual, comprende la ejecución de contactos corporales, por parte de una persona sobre el cuerpo de otra, que no presta el consentimiento para la realización de los mismos, sin que exista acceso carnal¹ y sin que esta conducta típica implique un sometimiento sexual gravemente ultrajante².

Del análisis de la doctrina se desprenden dos criterios en la materia. Uno de ellos es el pensamiento subjetivista, que exige en dichos contactos corporales un ánimo en particular, la conducta debe cometerse con la finalidad de satisfacer un impulso libidinoso para configurar el delito. Por lo tanto, es indispensable para dicha corriente, que la persona que va a cometer el abuso, lo haga con el propósito de descargar su apetito de lujuria. Sin dicho requisito, la conducta no se ajustaría al tipo penal.

Por otra parte, el criterio objetivista no exige el ánimo libidinoso, basta con la materialización de cualquier acto con sentido impúdico para constituir el abuso sexual, prescindiendo de la finalidad deseada. En este sentido, Núñez resume: *“Cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso sexual, aunque de manera subjetiva el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual. Pero cuando de modo objetivo el acto es sexualmente indiferente o puede resultar*

¹ Penetración (Abuso sexual con acceso carnal está contemplado en el art. 119, tercer párrafo).

² Por su duración o las circunstancias de su realización importan un sometimiento humillante y vejatorio para la víctima (Sometimiento sexual gravemente ultrajante está contemplado en el art.119, segundo párrafo).

*equivoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que de manera subjetiva el agente le otorgue lo que lo convierta en abuso sexual*³

Ambos criterios deben ser valorados equilibradamente, según el caso, para no llegar a consecuencias inadmisibles, como lo expone Fontan Balestra es indudable que el acto sin entidad de abuso sexual objetivo es atípico y el ánimo lascivo requerido por el subjetivismo, por sí mismo, no podría reemplazar la acción objetiva.⁴

Ahora bien, no hay discusión en que resulta típica la conducta cuando se obliga a otra persona a tocar su cuerpo o realizar tocamientos a un tercero. En cambio, un sector de la doctrina considera que también puede existir el abuso sexual simple mediante acercamientos o aproximaciones⁵.

La conducta típica no puede cometerse a distancia ni de palabra.⁶ Por ello, se excluye del tipo penal los actos que pueda realizar una persona en presencia de otra y que de alguna manera lesione la moralidad de una, como por ejemplo, desnudarse o masturbarse frente a otra, propinar algún acoso verbal o palabra obscena, no configurarían el delito de abuso sexual simple atento a que no se han materializado los actos analizados, independientemente de la figura delictiva que podrían tener, como podría ser la de exhibiciones obscenas o la contravención del hostigamiento callejero.

El delito queda consumado con el contacto corporal o en su caso, las aproximaciones realizadas, es un delito formal. La mayor parte de la doctrina no admite la existencia de la tentativa, por tratarse de un verbo típico de consumación inmediata.

La norma establece ciertas circunstancias determinantes que hacen a la configuración del tipo objetivo, ellas son: 1) Que la víctima sea menor a trece años; 2) Que el hecho se cometiere mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de

³ NUÑEZ, Ricardo C. (1999). "Manual de Derecho Penal: parte especial". Córdoba: Ed. Lerner.

⁴ FONTÁN, Balestra Carlos (2008). Derecho Penal: Parte especial. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

⁵ DONNA, Edgardo Alberto (2003). Derecho Penal: Parte Especial. Tomo I. Rubinzal Culzoni - Editores. Buenos Aires (pág. 492); CREUS, Cárlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2013). Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, Astrea Editorial. Buenos Aires (pág. 210); SOLER, Sebastián (1992). Derecho Penal Argentino, Tomo III, TEA Editorial, Buenos Aires (pág. 322).

⁶ NUÑEZ, Ricardo Carlos (1999). "Delitos contra la integridad Sexual. Abusos sexuales", Reinaldi, Victor Félix. "Manual de Derecho Penal: parte especial" (pág. 104). Córdoba: Ed. Lerner.

autoridad o de poder; 3) Que el autor obrare aprovechándose de que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción.

Victima menor a trece años:

Para nuestra legislación, la persona menor de trece años no ha alcanzado el grado de madurez psíquica para comprender el alcance de los actos sexuales. El consentimiento de la víctima es inválido. Dicha condición fue impuesta por la ley 25.087, siendo la previsión del texto anterior de 12 años. Es una condición *iuris et de iure*, esto quiere decir que no se admite prueba en contrario, por lo cual no hay que reconocerla en cada caso concreto, solo es necesario la prueba de la edad real para configurar el delito.

La elevación del rango etario por la ley 25.087 recibió algunas objeciones como, por ejemplo, la de Donna quien ha criticado la modificación alegando que el legislador no tuvo fundamentos para esta, considerando que desde 1921 la edad fue de 12 años, siendo que en la actualidad las relaciones sexuales entre menores son más habituales, porque se inicia en edades tempranas, el legislador no tuvo fundamentos, lo que es una muestra de arbitrariedad y falta de estudio con la que se hizo.⁷

Uso de la Violencia:

Otra de las condiciones impuestas por el legislador es el abuso sexual mediante violencia. Esta condición es asimilable a la “*fuereza*” en la vieja redacción, debiendo esta ser empleada sobre la víctima, sobre las cosas o sobre terceros que impiden el contacto sexual o la aproximación sexual, en su caso, con el sujeto pasivo.

Quedan comprendidos dentro del concepto, por disposición del artículo 78 del Código la utilización de medios hipnóticos o narcóticos. En este sentido, sería aplicable la agravante del artículo 13 de la ley 23.737 por el uso de estupefacientes para quebrar la voluntad de la víctima.

Empleo de Amenazas:

De la misma manera en que la fuerza fue sustituida por el término de violencia, el de la intimidación fue por el de amenazas. Este refiere a la violencia moral.

⁷ DONNA, Edgardo Alberto (2003). Derecho Penal: Parte Especial. Rubinzal Culzoni – Editores. Buenos Aires.

Existe violencia moral cuando la víctima es sometida al abuso sexual mediante amenazas que producen en ella miedo o temor que alcanza a vencer su voluntad.⁸

Las amenazas, constituyen un anuncio de un mal, sobre la propia víctima o sobre un tercero, y las mismas pueden provenir de del propio autor o de un tercero, según la doctrina comparada.⁹

Abuso coactivo de una relación:

De la circunstancia prevista es importante remarcar que la persona que cometerá el acto se encuentra en una situación de jerarquía respecto de la víctima, en una posición que condiciona el consentimiento de la última.

La relación de dependencia puede tener lugar el ámbito laboral, educativo, militar, religioso, etc.

Víctima imposibilitada de consentir libremente:

Se hace referencia a todas las situaciones en donde la víctima no ha podido consentir libremente su acción. Estas son las que había receptado el código, la jurisprudencia y la doctrina anteriormente.

De ésta manera, el abanico de posibilidades que pueden incidir en la comisión de un abuso sexual se amplía reconociendo que la materialidad del comportamiento sexual se erige en la cancelación del libre consentimiento del sujeto pasivo.

Ahora bien, presentado este sucinto análisis del delito en cuestión, es preciso referirse a la comparación con la propuesta presentada en los anteproyectos aquí analizados.

Así es que el anteproyecto de ley de reforma y actualización del código penal del año 2006 prescribe el abuso sexual simple en el artículo 155 en los siguientes términos: “*Se impondrá prisión de DOS (2) a OCHO (8) años al que con violencia o intimidación obligare a otro a realizar o tolerar alguna acción de contenido sexual que no estuviera contemplada en el artículo anterior. La misma pena se impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de DOCE (12) años. La*

⁸ FONTÁN, Balestra Carlos (2008). Derecho Penal: Parte especial. Buenos Aires: Abeledo Perrot (pág.226)

⁹ CREUS, Cárlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2013). Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, Astrea Editorial. Buenos Aires (pág. 190).

pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo 154”.

A simple vista, comparando con la norma actual, se desprenden las siguientes diferencias:

- Se eleva la pena de 6 meses a 4 años a la escala de 2 a 8 años de prisión al que cometiere el delito analizado.
- Se incorpora la terminología “*acción de contenido sexual*” y se elimina “*abusare sexualmente*” establecida en el código vigente.
- Vuelve al término “*intimidación*” que se encontraba previsto antes de la reforma por la ley 25087. Siendo reemplazada por “*amenaza*” en el código actual.
- Prescinde de los términos “*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*”
- Disminuye la edad de 13 a 12 años para los supuestos de violación impropia, lo que representaba un regreso a la antigua redacción de la norma antes de la ley 25.087.
- Incorpora como agravante los casos en los que la víctima fuera menor de 10 años

Por su parte, el anteproyecto de ley de reforma del código penal de 2014, regula el abuso sexual simple en su artículo 127, titulado “*otros abusos sexuales*” y establece: “*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*”.

El delito analizado queda regulado en el artículo con la incorporación del término “*actos sexuales*” bajo los supuestos del artículo 126, inc. 1: *a) Mediano violencia o intimidación; b) Cuando la víctima por cualquier causa no hubiere podido consentir o comprender la acción y c) Cuando la víctima fuere menor de trece años.*

También en este anteproyecto se ha eliminado el término “*abusare sexualmente*” y se ha vuelto a los antiguos supuestos “*violencia o intimidación*” así quitando la condición de “*mediante amenaza*” por la intimidación.

A diferencia del ante proyecto de 2006, se mantiene la circunstancia de “*cuando la víctima por cualquier causa no hubiere podido consentir o comprender la acción*” entendiendo dentro de esta todos los casos en los que una persona se encuentra imposibilitada de poder prestar el consentimiento.

En relación a la pena, se proponía su elevación en la figura básica mediante una escala que iba de 1 a 6 años; pero se reducía el mínimo en los supuestos agravados para los que se proyectaba una escala de 2 a 10 años.

Una reforma interesante es la que se incluía en la tercera parte del art. 127, que disponía: “*El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente.*”

Según los fundamentos del proyecto, la inclusión de esta referencia obedecía a que:

“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 3° 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.”

Finalmente, el anteproyecto del Código Penal de 2018, contempla el delito de abuso sexual simple, en su artículo 119, cuya redacción establece: “*Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, al que abusare sexualmente de una persona, cuando ésta fuere menor de TRECE (13) años o si mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o cualquier otra circunstancia por la que la víctima no haya podido consentir libremente la acción*”.

Tal como se desprende, el texto mantiene tal cual la misma redacción que la actual norma, destacándose el aumento de la pena máxima en la figura básica quedando configurada la escala de 6 meses a 5 años de prisión.

Por su parte, elimina “*aprovechándose de la víctima*” y quedando “*o cualquier otra circunstancia (“causa” en el código actual) por la que la víctima no haya podido consentir libremente la acción*”.

En ese sentido, se observa de manera general que los anteproyectos más innovadores son los de los años 2006 y 2014 mientras que el de 2018 se ubica en un plano más conservador toda vez que no ha tenido grandes modificaciones, más que las señaladas anteriormente, manteniendo prácticamente la misma redacción de la normativa vigente.

2).- El delito de corrupción de menores

- Por Yamila Nahir Sammán

El tipo penal que nos proponemos analizar en este artículo, se encuentra previsto en el título III del Código Penal vigente, que es aquel destinado a los “*Delitos contra la integridad sexual*”, que no son ni más ni menos que aquellas conductas prohibidas que atentan contra la libertad y la voluntad sexual de cada individuo; y, a su vez, dentro del Capítulo III denominado “*Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor*”.

Dicho esto, el artículo 125 del Código Penal prevé: “*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”.

Previo continuar con el estudio en cuestión, es dable mencionar que el capítulo que contiene el tipo penal en análisis y su descripción actual, no eran tal en el Código Penal

primigenio (según ley 11.179)¹⁰, quedando redactado de la forma transcrita luego de las modificaciones de las leyes 23.487 y 25.087.

Realizada esta breve reseña legislativa, de la lectura del texto transcrito, podemos advertir fácilmente que nos encontramos ante un tipo penal que no resulta “sencillo” de explicar, ya que presenta diversos términos, tanto técnicos –desde la óptica jurídica-, como ambiguos o vagos, y quizás hasta abiertos, -por su dificultad para definirlos y/o caracterizarlos-.

El delito de referencia pretende castigar la interferencia de un tercero en el desarrollo normal, en la formación, de la sexualidad de un menor (independientemente del rango etario a los que refiere la norma), castigando como corrupción aquellos actos que ponen en jaque dicho desarrollo. Se pretende castigar esa influencia negativa de un tercero en el crecimiento sexual de las personas, mediante la realización de prácticas sexuales que tengan capacidad de pervertir o depravar sexualmente a la víctima.

Con esta breve introducción al tema, ratificamos lo dicho en un primer momento respecto a la dificultad que plantea el delito traído a estudio.

Respecto a las dificultades que plantea su análisis, un problema no menor resulta el planteo que puede realizarse desde la óptica de la legalidad, toda vez que el término “corrupción” propiamente dicho resulta ambiguo y vago, quedando muchas veces limitado a una interpretación, caracterización o conceptualización subjetiva del que aplica dicho vocablo para luego establecer qué tipo de conductas la pueden producir, vulnerando el principio constitucional previsto en el art 18 de la Constitución Nacional¹¹.

¹⁰ *Corrupción abuso deshonesto y ultrajes al pudor. Art. 125. - El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviére o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será castigado: 1.º Con reclusión o prisión de cuatro a quince años, si la víctima fuera menor de doce años; 2.º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si la víctima fuera mayor de doce años y menor de diez y ocho años; 3.º Con prisión de dos a seis años, si la víctima fuera mayor de diez años y menor de veintidós. 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 o que hiciere con ella vida marital.*

¹¹ Paul Johann Anselm von Feuerbach estableció este principio en materia de derecho penal basándose en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera con anterioridad a la realización de esa conducta, y el castigo impuesto debe estar especificado de manera previa por la ley. La legalidad penal es entonces un límite a la potestad punitiva del Estado, en el sentido que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión del delito.

Así, se ha entendido que *“la corrupción es un elemento normativo que requiere para su delimitación, acudir a valoraciones ético sociales o culturales, sin que sean ideas excesivamente elevadas de moralidad y ascetismo”*.¹²

Otra dificultad que se presenta la parte damnificada, es que, a diferencia del resto de las figuras analizadas en el capítulo, la promoción o facilitación de la corrupción supone la potencial depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma, por lo cual hay que valorar, ex ante, si por sus condiciones objetivas y el grado de madurez de la víctima, la conducta es capaz de desviar el crecimiento sexual de la damnificada; encontrándonos con autores como Soler para quien *un beso, un tocamiento obsceno, aun el coito interfemora, son acciones que no pervierten por sí mismas el sentido de la sexualidad*¹³.

Se dice que es un estado de la persona producto de la realización de actos sexuales prematuros, excesivos o perversos; entendiendo por “acto perverso” cuando en sí mismo es depravado porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad; por “prematuro” aquello que ocurre antes de tiempo; y se dice que es “excesivo” cuando implica la lujuria extraordinaria. Nuevamente, para saber si estos conceptos se aplican así, nos encontramos ante una evaluación que se debe realizar, meramente subjetiva, en la cual se relacionan las condiciones de la víctima, ya que lo corrupto para un niño de 12 años bien puede no serlo para uno de 17 o incluso para quien, también en razón de su edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza del acto cometido en su perjuicio.¹⁴

Otro problema, en su relación con otras figuras, es que la acción corruptora, según como sea ejecutada, puede producir otras lesiones normativas al margen del art 125, cuya relación concursal cabrá determinar a la luz de las reglas generales que rigen el concurso de delitos, existiendo diversas posturas en la jurisprudencia sobre qué tipo de concurso existe entre la promoción o facilitación de la corrupción y los abusos sexuales mediante los cuales esta se consuma¹⁵.

¹² D ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., “Código Penal de la Nación, comentado y anotado”, tomo II, página 266.

¹³ D ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., op.cit. página 267.

¹⁴ D ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., op.cit. página 267/8.

¹⁵ D ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., op.cit. nota pie de página 272.

De igual manera, se han presentado discusiones en torno a las circunstancias agravantes que prevé la figura, concretamente en relación a los medios empleados, si dicha agravante se aplica a toda persona que resulte víctima de acciones de corrupción, a través de alguno de los medios previstos en la ley, cualquiera sea su edad; o si al ser una agravante de la figura genérica, solo comprende a los menores de 18 años de edad.

En este sentido, para Creus, *la aplicación de la agravante no alcanza a los mayores de 18 años, ya que se relaciona con la edad de los párrafos primero y segundo del art. 125. Para este autor, uno de los argumentos definitivos para afirmar que el párrafo tercero del art. 125 reemplazado operaba exclusivamente como agravante de la corrupción de menores era, precisamente, que la corrupción de mayores se encontraba expresamente prevista en el art. 126, que ahora reprime solo la promoción o facilitación de la prostitución de mayores. De manera coincidente con el autor, se manifiestan Donna y Gavier*¹⁶.

Nuevamente nos encontramos ante un concepto “vago” o abierto –en el sentido de no taxativo–, cuando el artículo hace referencia a las modalidades que agravan la pena, al mencionar la “*violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción*”. En este caso, la ley enumera estas formas, pero pueden existir otras que tiendan a lesionar la libre decisión de la víctima, y cuando así suceda, también agravarán la pena, produciéndose nuevamente un juicio subjetivo, debiendo valorar para ello las circunstancias de la víctima mencionadas en el análisis precedente.

Concluida la introducción y planteadas las cuestiones problemáticas que presenta el tipo penal de “corrupción” en el régimen actual, nos adentraremos en el análisis comparativo de este régimen con los anteproyectos del Código Penal mencionados en el título del trabajo.

Siguiendo con el análisis de los fundamentos del anteproyecto del año 2006, han despenalizado conductas que, conforme las valoraciones y pautas sociales de aquel momento, entendían que no justificaban un reproche penal. En este sentido, y por los problemas de interpretación que traía aparejado el tipo penal de “corrupción” –en términos generales del artículo 125 del CP–, los cuales han sido analizados oportunamente al inicio de este trabajo, eliminaron esta figura debido a “*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*”

¹⁶ D ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., op.cit. página 273.

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”¹⁷.

Otra reforma que introducía, en el cuerpo del anteproyecto del Código propiamente dicho, es que conceptualizaba en el artículo 69 la “violencia”, incluyendo la utilización de medios hipnóticos o narcóticos; y en los artículos 154 y siguientes, preveía varias modalidades para el tipo “prostitución” –en términos generales-, intentando evitar, así, lagunas de punibilidad con estas figuras.

Respecto a este anteproyecto, el cual suprimió el delito previsto en el actual art. 125, consideramos un avance en la legislación y un acierto de la comisión, el hecho que haya reconocido la dificultad de conceptualizar el término de “corrupción” en el marco de los delitos previstos en el título III del Código Penal, sin que afecte el principio de legalidad, y por ende se transforme en inconstitucional, el hecho de dar una definición a ese término.

Como ya hemos desarrollado, dar una definición de este concepto de “corrupción” en el marco de los delitos contra la integridad sexual, implicaría permitir que cada individuo realice una descripción diferente de lo que entiende, transformándose en un juicio subjetivo, relativo, no preciso, poniendo en peligro el sistema constitucional -para todos los habitantes-, traduciéndose en un alto grado de inseguridad jurídica e incertidumbre, ya que cada uno podría adjudicarle el sentido que le pareciera, basándose en sus principios, creencias, educación, pudiendo transformarse –incluso- en una descripción arbitraria.

Como se dijera, no todos tenemos los mismos parámetros para “medir” o valorar las mismas circunstancias o hechos, entre otras cosas, advirtiendo, además, el pequeño y gran detalle, que en el caso en estudio nos encontramos ante víctimas que resultan menores.

Por otro lado, consideramos atinado el hecho de que se hayan incluido, específicamente, determinados medios que deberán ser considerados dentro del concepto “violencia”, es decir, los medios hipnóticos o narcóticos, porque permite que se vaya limitando el poder punitivo, que en definitiva debería ser la *ultima ratio*, aunado a que va desasnando esa incertidumbre que se produce ante la utilización de palabras o conceptos abiertos, que dan lugar a dudas y queda

¹⁷ Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación año 2006, página 86.

liberado al criterio de lo que interprete la persona que aplica el vocablo para describir una conducta o situación.

Finalmente, esta reforma amplió las modalidades de comisión de la “prostitución”, amplió el tipo penal, previendo nuevas agravantes incluso, dentro de las cuales, de cierta forma, se continúan aplicando las que están previstas en el actual art. 125 del Código Penal, pero sin hacer referencia al término “corrupción” en sí, por eso la comisión hace referencia a que con el art. 154 y siguientes, quedan zanjadas lagunas de punibilidad.

Por su parte, en sus fundamentos el anteproyecto del año 2014, la comisión concluye en que en la redacción del art. 133 se han esforzado –aunque no lo hayan logrado-, por tratar de receptar esa dañosidad adicional que se produce en el menor.

En su articulado podemos observar la siguiente redacción:

“ARTÍCULO 133.- Corrupción de menores

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 (...).”

Advertimos, de la transcripción realizada del art. 133 -que es el que proyectado por la reforma-, en relación a las dificultades planteadas al inicio del presente análisis, que nuevamente se ha tratado, sin éxito, de conceptualizar la “corrupción”, aunado a la remisión que hace a otros artículos del mismo proyecto, por lo cual, a nuestro criterio, dista demasiado del objetivo de dar claridad, precisión y orden al que hace referencia en sus fundamentos, sobre todo al darle trascendencia al concepto de codificación.

En definitiva, el delito de “corrupción de menores” como tal no está previsto en este nuevo anteproyecto, y lo que hace la comisión es redefinir el delito como la realización de conductas determinadas, con continuidad, que tengan como víctima un menor de trece años. Lo que hace es brindar circunstancias agravantes de los tipos penales previstos en los artículos a los que hace referencia, agregando, principalmente, la continuidad en su comisión, dejando abierto este concepto de “delito continuo” o “continuado”, estrechamente relacionado con la disyuntiva

de concurso real o aparente, debiendo remitirnos para su comprensión, a la parte general del código.

En relación a los supuestos previstos en el segundo párrafo del actual art. 125, este proyecto lo que hace es bajar la pena prevista en el art. 133, inc. 1º, apartados a), b) y c).

Finalmente, en el anteproyecto del año 2018, podemos observar dos artículos vinculados al tema que nos compete:

“(…) ARTÍCULO 78.- También se considerarán las siguientes reglas: 1º) Queda comprendido en el concepto de “violencia”, el uso de medios hipnóticos o narcóticos. 2º) Cuando en este Código se haga referencia a relaciones de parentesco a través de los términos “ascendientes” o “descendientes”, sea para excluir, atenuar o agravar la punibilidad, se considerarán comprendidas en esos términos todas las personas que se hallaren unidas por un vínculo jurídico en línea recta en razón de la naturaleza, la adopción o las técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad con lo dispuesto en el CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 3º) El término “hermano” comprende a los hermanos en razón de la naturaleza, la adopción o las técnicas de reproducción humana asistida, de conformidad con lo dispuesto en el CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 4º) Con el término “conviviente” se designa a los integrantes de una unión convivencial en los términos del Título III del Libro Segundo del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (…)”.

“(…) ARTÍCULO 125.- Se impondrá prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, al que promoviere o facilitare la corrupción de una persona menor de DIECIOCHO (18) años, aunque mediare el consentimiento de la víctima. Si la víctima fuere una persona menor de TRECE (13) años, la pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión. En todos los casos, la pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión: 1º) Si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2º) Si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3º) Si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria (…)”.

En este caso, la reforma introduce nuevamente –en su artículo 78 inc 1º-, los medios hipnóticos o narcóticos como medios que deberán ser considerados dentro del concepto

“violencia”, por lo cual, en este sentido, nos remitimos al análisis realizado en igual sentido al momento de comentar el proyecto de reforma del año 2006.

Por otro lado, nos parece acertado que incluya, en los incs. 2º y 3º del artículo mencionado anteriormente, la conceptualización de los grados de parentesco mediante los cuales se agrava la pena, pese a que haga mención a la definición brindada en el Código Civil, quedando establecido en la redacción del mismo artículo el alcance que debe dársele a estos términos; aunado a que incluye otros vínculos dentro de las agravantes que en su redacción actual no se encuentran previstos.

Finalmente, siguiendo la comparación con el artículo vigente, en el art. 125 proyectado, mantiene las mismas penas previstas en el artículo actual e incluye nuevas modalidades en las agravantes, las que hemos subrayado en la transcripción de la norma mencionada, ampliándolas y, permitiendo a la vez, que se limite la aplicación de poder punitivo a los supuestos previstos en la ley; aunque, respecto a la inclusión de la “situación de vulnerabilidad”, nuevamente habrá que llevar a cabo un juicio subjetivo ex ante de resolver la situación que se presente, a los efectos de determinar que se entiende por tal circunstancia.

3).- Promoción y facilitamiento de la prostitución

- Por Mariana S. Herrera

El actual artículo 125 bis dispone que *“El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”*.

Antecedentes Legislativos:

Proyecto de 1906.

Proyecto 1917

Proyecto de 1937 de Coll y Gómez,

Proyecto de 1941

Proyecto de reforma de 1951

Proyecto de 1953

Proyecto de 1960

La Ley de Facto N°: 17567 (derogada por la Ley N°: 20.509)

La Ley de facto N°:21.338

Ley 25.087

El delito de Promoción o facilitación de la prostitución de una persona mayor de dieciocho años aparece en el Proyecto de 1906. En dicho proyecto se exigía que el autor se hubiera valido de los siguientes modos comisivos: violencia, amenaza, abuso de autoridad o de cualquier otro medio de coerción. Por otro lado, cabe mencionar que el art.129 de dicho proyecto se establecía una presunción iuris tantum en relación a la autoría para todos aquellos que regenteaban casas de prostitución, pública o clandestina, donde se encontrara a alguna víctima de los delitos previstos en los artículos anteriores. No obstante, ello, en el art. 131, se sancionaba a quien por algún medio de coerción, hubiera facilitado o permitido la detención de una persona en una casa de prostitución o la hubiera obligado a entregarse a dicha actividad. Ello, aun cuando la persona hubiese tenido la mayoría de edad.

La figura penal en análisis, también estuvo presente en el Proyecto 1917 y en el Código de 1921 de Carlos Tejedor ¹⁸. Allí, se penaba la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare consentimiento de la víctima y también la acción de promover o facilitar la corrupción o prostitución de mayores de edad.

En el Proyecto de 1937 de Coll y Gómez, en el art. 170 se sancionaba a quien, para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la corrupción o prostitución de un menor, induciéndolo a realizar actos sexuales con un tercero. En el caso de mayores, se exigía algún vicio del consentimiento o que el autor fuera el marido de la víctima o hiciera con ella vida marital (art. 172).

¹⁸ El código de 1921. El Proyecto de 1917, que en el senado fue objeto de reformas que no alteraran su estructura, recibió sanción como Código Penal, el 30 de septiembre de 1921. Fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.

En el Proyecto de 1941, se castigaba a quien, para satisfacer la lasciva ajena, promoviera la prostitución o corrupción de una persona menor de edad o en estado de enfermedad o deficiencia psíquica.

Asimismo se preveía la Promoción de la prostitución o corrupción de mayores de edad, siempre que hubiera mediado engaño, fuerza o intimidación, o el autor fuera ascendiente, marido, amante, hermano, tutor o curador, o se le hubiera confiado la persona por motivos de cura, educación, instrucción, vigilancia o custodia. En caso de que la acción típica del sujeto activo se hubiese limitado a facilitar la prostitución o corrupción, la sanción era de menor cuantía.

En el Proyecto de reforma de 1951, se estableció un tratamiento diferencial entre la promoción o facilitación de la corrupción en relación a la promoción o facilitación de la prostitución.

En el supuesto de la promoción o facilitación de la prostitución, se preveía la conducta de quien promoviera o facilitara el trato sexual promiscuo de personas menores de veintiún años (21), mientras que en el caso de que las víctimas fueran mayores de edad, el tipo penal exigía que el autor se hubiera valido de los siguientes modos comisivos: violencia física, amenaza o engaño.

En el Proyecto de 1953 incluyó Título III “Delitos contra la Libertad Sexual y las Buenas Costumbres” al art. 202 la promoción o facilitación, a persona de uno u otro sexo, al trato sexual promiscuo y habitual, exigiéndose la imposibilidad de resistir o el medio comisivo de engaño, violencia o intimidación en el caso de las víctimas mayores de edad (art. 202 inc.2°).

El Proyecto de 1960, bajo el Título “Proxenetismo” en el art. 169, describía la conducta típica de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de edad. Sin embargo, el Proyecto no incluía la promoción o facilitación de la corrupción de mayores de edad.

La Ley de Facto N°: 17567 -derogada por la Ley N°: 20.509- también contemplo la figura penal de la promoción o facilitación de la prostitución.

En el art. 216, reprimía a quien, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviera o facilitara la prostitución de una persona, sin distinción de sexo, ni edad. En el caso de que la víctima fuera menor de dieciocho años (18) se preveía una agravante-

La Ley de facto N°:21.338, mantuvo sustancialmente la redacción de las figuras de promoción y facilitación de la corrupción y prostitución del Código de 1921 de Carlos Tejedor.

No obstante, ello, agrego el art. 127 bis la figura de la rufianería y el art. 127 ter que penaba la trata de personas-mujeres y menores- para el ejercicio de la prostitución.

La ley 23.077 de 1984 derogó las modificaciones efectuadas por la anterior, restableciendo el código originario, y el art. 17 de la ley 12.331 y mantuvo como art. 127 bis al art.127 ter de la anterior ley de facto 21.338.

Luego de hacer mención a los antecedentes legislativos, corresponde hacer un mayor énfasis en relación a la última reforma que data del 14 de abril del año1999, momento en el cual el Honorable Congreso de la Nación, sanciona la Ley 25.087 (la cual entró en vigencia el 14 de mayo de 1999).

Dicha ley introdujo una significativa modificación al Título III del Código Penal. El bien jurídico con anterioridad a la Ley 25.087 tutelaba la “honestidad” y luego paso a tutelar la “integridad sexual”.

Ello obedeció a que nuestro ordenamiento debía adecuarse a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país luego de la reforma Constitucional de 1994.

En ese sentido cabe mencionar que se redujo la edad del sujeto pasivo en el delito de la corrupción y prostitución de menores, modificando la edad de 21 a los 18 años, conforme lo requiere la Convención Internacional de Derechos del Niño.

En relación a la prostitución, reguló en dos artículos la promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores. Así, introdujo el art. 125 bis que establecía: *“El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro 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 encargada de su educación o guarda.”

Por otra parte, el delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años se hallaba previsto en el art. 126, que disponía: *“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad, mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción”*.

En el art. 127 se castigaba la explotación económica del ejercicio de la prostitución, mientras que en los arts. 127 bis y ter -luego derogados por ley 26.364- se sancionaba la trata de personas -menores y mayores- para el ejercicio de la prostitución.

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.

Es atinado mencionar que, el tipo penal queda configurado, aun cuando medie consentimiento de la víctima. Y en cuanto al modo comisivo, no exige la figura 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. Toda vez que ello quedó previsto en la figura agravada del art. 126.

Presentado el tipo penal, es oportuno comenzar con la comparación de los últimos proyectos de reforma.

En el Código Penal esbozado en el año 2006, la figura penal básica de la prostitución, se encuentra regulada en el Título V “Delitos contra la Integridad Sexual”, en el artículo 158, el cual expresaba: *“Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción”*.

A los fines de analizar la figura típica, cabe destacar que el verbo típico que describe el alcance de la prohibición es: explotare económicamente. Es decir, aquello que implique la obtención de un resultado concreto de lucro, pero a la vez toda esa obtención económica viene

de la mano del abuso que se ejerce contra la víctima ya que dicho aporte económico no cuenta con su consentimiento.

En cuanto al sujeto activo: puede ser tanto un hombre como una mujer.

En relación al sujeto pasivo: puede ser tanto un hombre como una mujer.

El tipo penal exige que la acción típica se lleve a cabo mediante los siguientes medios comisivos: 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.

En el artículo 160 sanciona: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de DIECIOCHO (18) años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años”

Agravantes:

Se encuentran reguladas en el artículo 159.

En el caso del art.159 procede cuando se promueve o facilita la entrada o salida del país de menores de DIECIOCHO (18) años para que ejerzan la prostitución.

La primera agravante impone una pena de tres (3) a ocho (8) años.

Y la pena se agrava aún más— de cuatro (4) a diez (10) años— cuando la víctima sea menor de 12 años.

Por último, se eleva la pena de un 1/3 del mínimo y del máximo cuando se cometa con los siguientes medios comisivos: engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como así también cuando el autor fuera: ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda.

En el anteproyecto de 2014, la figura de la Promoción de Prostitución de menores se encuentra en el art.129°; el cual corresponde al vigente artículo 125° de nuestro Código Penal.

Y la figura de la Promoción de la Prostitución de mayores y proxenetismo se encuentra en el art. 130° del anteproyecto.

Correspondiendo el inciso 1° al art.125 bis de nuestro Código Penal y el inciso 2° corresponde al art.127 de nuestro Código de fondo.

Aquí corresponde hacer mención a la disidencia parcial de la Dra. María Elena Barbagelata, quien propone una redacción alternativa y la inclusión de un tipo de financiamiento, administración y regenteo de establecimientos donde se explote la prostitución, sobre la base del artículo 17° de la Ley 12.331(Ley de profilaxis).

Finalmente, el anteproyecto de 2018 regula la actividad de la prostitución dentro del Título III “Delitos contra la Integridad Sexual”.

Quedando amparados en dicha regulación los menores de edad, en el artículo 126: “Se impondrá prisión de DIEZ (10) a QUINCE (15) años, el que promoviere o facilitare la prostitución de una persona menor de DIECIOCHO (18) años, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

La acción típica del art. 126 consiste en: promover y facilitar.

En cuanto al sujeto activo: puede ser tanto un hombre como una mujer.

En relación al sujeto pasivo: puede ser tanto un hombre como una mujer, menor de 18 años.

El tipo penal queda configurado, aunque la víctima preste su consentimiento.

Los supuestos de explotación sexual de personas mayores de edad, se encuentra regulado en el artículo 127: “*Se impondrá prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años, al que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.*”

La pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión:

1°) Si mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediare concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2°) Si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3°) Si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad,

policial o penitenciaria.

Si la víctima fuere una persona menor de DIECIOCHO (18) años, la pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión”.

En el caso del art. 127, la descripción del tipo penal exige que la conducta típica sea la explotación económica en el ejercicio de la prostitución y al igual que en caso del art. 126 no admite el consentimiento de la víctima.

En cuanto al sujeto activo: puede ser tanto un hombre como una mujer.

En relación al sujeto pasivo: puede ser tanto un hombre como una mujer.

Las agravantes establecen una pena de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión y proceden en las siguientes circunstancias:

Según el medio comisivo: Si mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediare concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

Calidad de autor: Si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

Funciones que ejerce el autor: Si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Calidad de la víctima: Si la víctima fuere una persona menor de DIECIOCHO (18) años, la pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión”.

Es oportuno mencionar que actualmente en nuestra legislación, está contemplada la figura de la Explotación Económica del Ejercicio de la Prostitución de una persona, en el artículo 127 de nuestro código de fondo.

Y si se observa la redacción propuesta por el anteproyecto en análisis y la actual redacción del art. 127 C.P, se puede contemplar que la propuesta la comisión reformadora consiste sólo en elevar las escalas penales de manera exponencial. Toda vez que en el

anteproyecto la escala penal es de cuatro (4) a quince años (15) y actualmente el tipo penal contempla una escala penal de cuatro (4) a seis (6) años.

A los fines de que resulte más gráfico:

En cuanto a la figura básica que propone la comisión: “Se impondrá prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años, al que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima”

La redacción actual del art. 127 C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

Y relación a las agravantes la comisión reformadora propone:

“...La pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión:

1º) Si mediere engaño, fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediere concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2º) Si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

3º) Si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Si la víctima fuere una persona menor de DIECIOCHO (18) años, la pena será de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión”.

Las agravantes del actual art.127 C.P.:

“...La pena será de cinco (5) a diez (10) 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 (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

Respecto al análisis de las agravantes, corresponde señalar que tanto la redacción de la comisión reformadora como la del actual art. 127 C.P; analizan las agravantes en razón del modo comisivo, la calidad de autor y la función del sujeto activo respecto a si ostenta calidad de funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad o penitenciaria. Estableciendo diferencias en las escalas penales, ya que la comisión reformadora establece penas seis (6) a quince (15) años y en la actuación redacción la penas son de cinco (5) a diez (10) años.

Sin embargo, en los casos de menores de 18 años la escala penal no plantea modificación, ya que se sigue conservando la pena de diez (10) a quince (15) años.

Por último, en cuanto al Anteproyecto liderado por Borinsky, la figura de la prostitución se encuentra en el Título III “Delitos contra la Integridad Sexual” en el art.128, el cual establece:”
...Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, al que, sin estar comprendido en los casos del artículo 127, con ánimo de lucro promovere o facilitare de cualquier otro modo la prostitución de una persona mayor de DIECIOCHO (18) años, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

Si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediare concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, la pena será de CUATRO (4) a OCHO (8) años de prisión.

En los casos del párrafo anterior, si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima, o fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, la pena será de SEIS (6) a OCHO (8) años de prisión.”

En primer lugar, el anteproyecto en estudio, establece en un mismo artículo (el art. 128) la figura básica de la prostitución, como así también sus agravantes.

Para la figura básica se impone una escala penal de uno (1) a cuatro (4) años. Exigiendo el tipo un elemento subjetivo distinto del dolo que es al “ánimo de lucro”.

Cabe aclarar que el art.125 bis del C.P; no se exige ultrafinalidad alguna, motivo por el cual, quedan comprendidos en la acción típica todos aquellos que promovieron o faciliten la prostitución sin exigir el ánimo de lucro.

En cuanto a las agravantes se dividen en relación al modo comisivo, calidad de autor y calidad del autor en relación a la función que ostenta.

Y la diferenciación en cuanto a las escalas penales actuales en nuestro código penal, son las siguientes:

Para los casos que medien modos comisivos de: 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, la escala penal es de cuatro (4) a ocho (8) años. Y en la actual legislación la escala penal las agravantes de la figura de la prostitución la encontramos en el art. 126 C.P, cuya escala penal es de cinco(5) a diez (10) años.

La escala penal del agravante, en relación a la calidad de autor en el anteproyecto, es de seis (6) a ocho (8) años, con lo cual plantea una baja en la escala penal, toda vez que la pena que se encuentra vigente en el art. 126 C.P es de cinco(5) a diez (10) años.

Sin embargo, la agravante cuando la víctima fuera menor de 18 años, no se encuentra contemplada en el anteproyecto.

4).- Imágenes o videos de abusos sexuales infantiles (pornografía infantil)

- Por Bárbara Polimeni

Con la sanción de la Ley 25087, el legislador abandonó la idea de tutelar un bien jurídico colectivo y difuso para abocarse a la protección de los menores de dieciocho años. De esta forma, el Artículo 128 del C.P.- pornografía con participación de menores- introdujo una serie de modificaciones novedosas.

Por un lado, elevó la pena de 6 meses a 4 años en los casos de producción o publicación de imágenes pornográficas en los que se exhibieran menores de 18 años, organización de espectáculos en vivo en los que se expongan escenas pornográficas en que hayan participado dichos menores o distribución de imágenes pornográficas en las que se haya grabado o fotografiado su exhibición. A su vez, contempló el supuesto de quienes facilitaren el acceso a espectáculos pornográficos o suministraren material pornográfico a menores de catorce años, reprimiéndolos con una pena de un mes a tres años. Antes de la sanción de esta ley, la pena contemplada era de 15 días a un año.

Además, la Ley 25087 definió el objeto del ilícito al mencionar específicamente a “*las imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años*”. También amplió las conductas típicas al contemplar la producción, publicación, organización de espectáculos, distribución, facilitación del acceso y suministro de estas imágenes.

Algunas de las críticas que se le realizaron a esta reforma fueron: la imprecisión que acarrearba el concepto de pornografía – ya que por ser un elemento normativo, resultaba difícil delimitar si un acto era o no pornográfico y por ende si sería o no penado -, que no se incluía expresamente la distribución por medios digitales -lo que obligaba a replantearse cuál era el alcance del verbo típico “distribuir”, más aún teniendo en cuenta la creciente masividad en la utilización de medios informáticos-, que no se contemplaba el verbo típico “comercializar” - por lo que quedaba fuera del tipo penal - y la falta de referencia alguna a la tenencia de material pornográfico infantil en su redacción.

Otra de las críticas estuvo centrada en que este delito se circunscribía a un ámbito de explotación más bien individual dejando de lado otra clase de explotaciones colectivas o relacionadas con la criminalidad organizada, de matriz internacional.

La aprobación del Segundo Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño a un año de la sanción de la Ley 25087 - que entró en vigencia en 2002 y fue incorporado por Argentina en 2003 por medio de la Ley 25763 – permitió que nuestro país contara finalmente con una base normativa al brindar un concepto de Pornografía Infantil en su Artículo 2 inciso C. De esta forma se entendió a la utilización de niños en la pornografía 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”*.

A partir de la incorporación de este Protocolo, los pedidos que surgían en el ámbito doctrinario estaban abocados a la modificación del Artículo 128 en pos de adecuarlo a los estándares internacionales, a que la tipificación abarcara toda la cadena de producción de la pornografía infantil y a que se contemplara el supuesto de la simple tenencia como conducta típica.

La Ley 26388, llamada Ley de Delitos Informáticos, sancionada y promulgada en 2008, modificó la redacción del Artículo 128 (Representación de menores dedicados a actividades sexuales explícitas)¹⁹.

En primer lugar, amplió las conductas típicas contempladas (abarcando toda la cadena de producción de la pornografía infantil, incluso actos preparatorios).

Por otra parte, cuando se enunciaron las conductas de “divulgación o distribución” se hizo expresa mención a que sea “por cualquier medio” zanjando el vacío que la Ley 25.087 había dejado en cuanto a los medios digitales. El legislador, claramente, tuvo en miras que este delito comenzaba a abandonar su forma “tradicional” de perpetración (por ejemplo, a través de fotografías o mediante grabaciones VHS) para escalar a otras prácticas relacionadas con la esfera informática y digital.

¹⁹ Artículo 128 según la redacción de la Ley 26388 “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) 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 (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

Además, se utilizó la definición que el Segundo Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño brinda sobre pornografía infantil, pero con la salvedad que el legislador argentino omitió aclarar que esas representaciones sean “reales o simuladas” (como así lo expresa el Protocolo), lo cual podría ocasionar problemas constitucionales (por ejemplo, si pensamos en dibujos eróticos, comics o Hentai con representaciones de menores de edad).

Como novedad, la Ley incorporó la tenencia pero con fines de comercialización estipulando una pena de 4 meses a 2 años.

Las críticas que se le realizaron a esta Ley son de las más variadas. Por un lado, se consideró que la escala penal era reducida, ya que era la misma que se había estipulado para el Delito de Abuso Sexual, con la diferencia de que en el caso de la Pornografía Infantil el ilícito se perpetua en el tiempo (si la exposición es por un medio informático, por ejemplo, esa representación jamás será borrada de la red, lo que conlleva a que se prolongue el sufrimiento de quien fuera víctima del delito).

También se observó que no establecía agravantes según la edad del sujeto pasivo y que no incluía las imágenes virtuales como objeto del delito (entendiendo que teniendo en cuenta el contexto actual -signado por la creciente informatización- deberían abarcarse estas formas de representación a fin de que no se trivialice el delito de pornografía infantil). Más allá de estas advertencias, la crítica más fuerte que se le realizó fue la no incorporación de la simple tenencia como conducta típica.

Existieron dos argumentos fuertes para sostener su inclusión: por un lado, la protección integral a la infancia, que establecía que no era moralmente aceptable que el Estado persiga a los que la producen este material pero no a quienes posean contenido pornográfico infantil y, por otro, la afectación del bien jurídico de un tercero, que apunta directamente al principio de lesividad, estipulando que con cada reproducción de esa imagen, se afecta al niño en su intimidad y sexualidad.

La Ley 27436 – sancionada en marzo de 2018 – vino a modificar nuevamente al Artículo 128²⁰ del Código Penal poniendo fin a muchas de las discusiones que se plantearon anteriormente. Su redacción es la que rige actualmente en materia de pornografía infantil.

En torno a esta modificación, se han sentado dos criterios que intentan determinar cuál es el bien jurídico que intenta resguardar el ordenamiento jurídico. Por un lado, algunos autores sostienen que se trata de una protección integral a la infancia, mientras que otros se inclinan por la afectación de un tercero, en este caso de un niño, que ve vulnerada su imagen, sexualidad e integridad sexual.

En su primer apartado mantiene la redacción de la Ley 26388 con la salvedad de que amplía la escala punitiva “de 3 a 6 años”, a diferencia de su antecedente normativo que la fijaba “de 6 meses a 4 años”. Esta modificación no es menor, ya que al ampliar el mínimo de la pena a 3 años se evita la suspensión del juicio a prueba.

Con respecto al tipo penal, se mantienen las mismas conductas típicas aunque se incluyó a la simple tenencia, además de disponer una agravante genérica cuando el sujeto pasivo es una persona menor de 13 años.

Presentada la figura, entonces, es preciso comenzar con la comparación de los anteproyectos.

El Anteproyecto de 2006 receptó el delito de pornografía infantil en su Artículo 161²¹.

Como nota característica se puede enunciar, a modo general, que la Comisión Redactora

²⁰ ARTICULO 128.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) 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 (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

²¹ Artículo 161.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de DIECIOCHO (18) años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiestas que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de DIECIOCHO (18) años de edad al momento de la

consideró apropiado – a fin de poder reflejar mejor el objeto de tutela procurado – no limitar esta clase de delitos únicamente a la integridad sino también a la libertad sexual, por lo que denominó a la rúbrica “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”.

En lo que hace a la redacción del tipo penal, el Anteproyecto propuso reducir la escala de la pena que era “de 6 meses a 4 años”, a “de 6 meses a 3 años” para las conductas típicas contempladas en el primer y segundo párrafo del artículo.

Con respecto a quienes facilitaren el acceso a espectáculos pornográficos o suministraren material pornográfico a menores de catorce años, el Anteproyecto planteó modificar la escala penal que era “de 1 mes a 3 años” a “de quince días a 2 años”.

El Anteproyecto de 2014 receptó el delito de pornografía infantil en su Artículo 131 (Pornografía Infantil y Acceso a la Pornografía)²².

Si bien los tres primeros incisos se corresponden con el entonces vigente Artículo 128, en los fundamentos del Anteproyecto se ilustra que uno de los objetivos fue mejorar la técnica legislativa, corrigiendo la redacción y suprimiendo el exceso de verbos con el objeto de precisar y sistematizar su contenido y elaborar fórmulas claras²³.

En el primer inciso se utilizan como verbos típicos únicamente producir, publicar, comercializar y divulgar imágenes de actividades sexuales explícitas de menores. Se propone eliminar los verbos financiar, ofrecer y distribuir que estaban contemplados en la Ley 26388 y ampliar la pena de “6 meses a 4 años” a “de 1 año a 6 años” en el caso de realizar las conductas típicas anteriormente mencionadas.

creación de la imagen. Será reprimido con prisión de QUINCE (15) días a DOS (2) años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de CATORCE (14) años.

²² ARTÍCULO 131.- Pornografía infantil y acceso a la pornografía

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.

En el segundo inciso se recepta la misma pena a quienes hayan organizado espectáculos en vivo con escenas pornográficas en las que participen menores. Esta hipótesis estaba contemplada dentro del primer inciso de la Ley 26388. También se propone modificar la pena de “6 meses a 4 años” a “de 1 año a 6 años”.

El tercer inciso trae una novedad al imponer un agravante en caso de que los delitos de los anteriores incisos sean cometidos contra menores de 13 años, imponiendo una pena de 3 a 10 años. Esta propuesta viene a responder a aquellas críticas que se le realizaban a la Ley 26388 con respecto a que debían configurarse agravantes según la edad del sujeto pasivo del delito.

Por último, en el inciso 4 se hace referencia a quienes facilitaran el acceso a espectáculos pornográficos o suministraren material pornográfico a menores de 13 años (y no ya de 14, como estaba establecido en la Ley 26388) a los que le correspondería una pena de 1 año a 6 años de prisión (y no de 1 mes a tres años como refería la Ley 26388).

El Anteproyecto de 2018 receptó el Delito de Pornografía Infantil en su Artículo 123²⁴ cuya redacción obedece al actual art. 128. Sin embargo, las principales innovaciones se presentan a la hora de disponer las figuras agravadas.

En efecto, el Artículo 124²⁵ establece que las escalas penales que fueron previstas en el Artículo 123 se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando:

1. La víctima fuera menor de 13 años.

²⁴ ARTÍCULO 123.- 1. Se impondrá prisión de TRES (3) a SEIS (6) años, al que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de una persona menor de DIECIOCHO (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes

genitales con fines predominantemente sexuales.

La misma pena se impondrá al que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren personas menores de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor actuare con fines de lucro, el mínimo de la pena de prisión se elevará a CUATRO (4) años.

2. Se impondrá prisión de CUATRO (4) meses a UN (1) año, al que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el apartado 1.

Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, al que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el apartado 1 con fines inequívocos de distribución o comercialización.

3. Se impondrá prisión de UN (1) mes a TRES (3) años, a la persona mayor de edad que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a personas menores de CATORCE (14) años.

²⁵ ARTÍCULO 124.- Las escalas penales previstas en el artículo 123 se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo:

1°) Si la víctima fuere menor de 13 años.

2°) Si el material pornográfico representare especial violencia física contra la víctima.

3°) Si el hecho fuere cometido por ascendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

2. Si el material pornográfico representare especial violencia física contra la víctima.

3. Si el hecho fuere cometido por ascendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

5).- **Grooming**

- Por Alejandra Mariela Malica

El hecho de que la expansión de la utilización de internet, para todo tipo de actividades diarias, sea cada vez mayor, ha provocado unas consecuencias que afectan a los menores de edad en cuanto a los abusos que se practican a través de las redes sociales.

El ciberespacio, no es un vacío abstracto sin consecuencias, es un escenario social donde se construye una interacción entre las personas, y que afecta directamente en la vida real de estas, de la misma manera que produce unos riesgos y peligros que eran desconocidos hasta hace muy poco.

El acoso sexual a través de las redes sociales es un problema actual que afecta principalmente a los jóvenes adolescentes. Su desconocimiento, la falta de información y la inocencia de estos en la mayoría de los casos, les confiere el rol de posibles víctimas en este ciberespacio anónimo, enmascarado e incontrolado.

El fenómeno del Grooming es una realidad que se ha propagado rápidamente entre nosotros. La irrupción de las nuevas tecnologías y el acceso masivo a la red Internet han permitido la proliferación de conductas tendientes a contactar a menores de edad para involucrarlos en situaciones que atentan contra su indemnidad sexual. Como era de esperar, se ha reaccionado frente a este nuevo peligro con demandas de mayor control y regulación para prevenir su proliferación. La intervención del Derecho Penal en este ámbito ha sido una de las principales herramientas que ha echado mano la comunidad internacional, tipificando las conductas que encierran esta práctica. En nuestro país no se ha estado ajeno a esta nueva forma de abuso sexual virtual, contándose con numerosos casos que presentan estas características. Por ello, es que desde hace un par de años se han originado una serie de iniciativas legales que han buscado proponer una eficaz regulación jurídico-penal al respecto.

Por otra parte, en el panorama internacional, varios países ya han dado respuesta a esta problemática elevando los actos que la constituyen a la categoría de delito²⁶. Esta opción político criminal no está fuera de controversias en la doctrina, especialmente en lo que refiere a la legitimación de adelantar la intervención penal y la consecuente creación de nuevos tipos de delito²⁷. No obstante lo anterior, la elevada necesidad de protección de los bienes jurídicos involucrados, junto con la obligación de dar un efectivo cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por los Estados²⁸, han prevalecido en la idea de penalizar todas estas conductas como delitos independientes.

De partida, el “Child grooming”, como se conoce²⁹, nos es una terminología recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, se trata de una expresión que describe principalmente un nuevo fenómeno criminológico. En términos generales, su denominación alude principalmente al conjunto de acciones desplegadas por un adulto, para tomar contacto con un niño, a través de cualquier medio tecnológico con el objeto de entablar una relación con él, ganarse su confianza y en definitiva determinarlo a involucrarse en situaciones de carácter sexual. Sentado lo anterior, conviene entonces centrarse en la naturaleza de estas acciones, que como dijimos, constituyen verdaderos medios de acercamiento para la comisión de cualquiera de los ilícitos que forman parte del mecanismo de protección frente a cualquier atentado contra la esfera sexual de menores de edad, contenidos en el Código Penal. La regulación de los actos preparatorios en el Derecho Penal no es pacífica, en el sentido de si deben o no, ser castigados.

²⁶ Entre los países que han adoptado medidas penales para hacer frente al grooming, podemos mencionar a Alemania, Australia, Estados Unidos, Escocia, Inglaterra, y también España, MAGRO (2010) p 8.

²⁷ En palabras de Puschke, “*El Derecho penal de peligro constituye un ámbito difícil, sin contornos claros, siendo sus conceptos, su sistemática y los límites de su legitimidad altamente controvertidos.*” (PUSCHKE, 2010, p 4).

²⁸ En este sentido, interesante resulta observar lo sostenido por Künsemüller, quien refiere que “*la presión de la normativa internacional se ha hecho sentir en la evolución legislativa de diversos países, tanto europeos, como americanos. En Italia, Alemania y España, las autoridades políticas han emprendido una vasta tarea de adecuación de sus códigos a las nuevas exigencias derivadas del consenso supranacional a que se ha llegado respecto de la necesidad ineludible de revisar-en términos de incrementar la severidad de la respuesta penal-el tratamiento tradicional dado por los Códigos a los hechos de abuso o explotación de niños con fines sexuales y divulgación o tráfico de ellos, tema éste, que de cara a los impresionantes avances tecnológicos, como por ej., las redes de Internet, enfrenta al Derecho Penal clásico, regido por principios tan esenciales como los de intervención mínima, última ratio, subsidiariedad, cuya precisa y conveniente solución no se divisa como algo fácil de lograr*”, (KÜNSEMÜLLER, 2003, p 8).

²⁹ La palabra *grooming* proviene de un vocablo de habla inglesa, en referencia al verbo *groom*, que alude a “*conductas de acercamiento, preparación, acicalamiento de algo*” (INOSTROZA, MAFFIOLETTI, CAR, 2008, p 230). Por su parte, la expresión “*Child grooming*”, en el uso dado por los anglosajones consiste en “*las acciones deliberadas que toma un adulto para crear una relación de confianza con un niño, con la intención de tener contacto sexual con posterioridad*”. Cómo citar: “Grooming”. En: *Significados.com*. Disponible en: <https://www.significados.com/grooming/> Consultado: 16 de diciembre de 2018.

Sin embargo, en el panorama internacional, en atención a la función de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal, se ha impuesto la idea de elevar los actos preparatorios a la categoría de delito, lo que sucede en nuestro ordenamiento penal actual con el “grooming”.

En noviembre de 2013 la Cámara de Senadores aprobó la Ley N° 26.904, que incluyó bajo el título correspondiente a los “Delitos contra la Integridad Sexual” un artículo en el Código Penal que criminaliza el grooming. El texto aprobado dispone: *“Artículo 131: Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) 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.”*

Tanto el texto aprobado como el procedimiento fueron objeto de críticas por parte de distintos actores como expusieramos precedentemente.

Sobre la discusión previa a su inclusión en el Código Penal, el entonces diputado Manuel Garrido³⁰ consideró que la *“(..) la falta de debate en un tema tan sensible como la inclusión de un nuevo delito en el Código Penal constituye un hecho grave que tiene como consecuencia un texto deficiente y con errores manifiestos.”* Según él, *“(..) no se explicitó ni hay claridad sobre los motivos que justificarían la necesidad de crear una figura penal autónoma y distinta de los delitos contra la integridad sexual que ya se encuentran tipificados en el Código.”*³¹

Cabe destacar que al momento de ser aprobada la norma por parte del Senado, se encontraba ya conformada una Comisión con el objeto de llevar adelante una reforma del Código Penal actual. Sin embargo, no hubo un intercambio en el Congreso.

Presentados los antecedentes de la figura, es preciso comenzar la comparación con los anteproyectos.

El anteproyecto de 2006 entre sus artículos no se hace mención al delito de “grooming”, entendiéndose que en dicha data era muy reciente el avance de las nuevas tecnologías de la comunicación y su acceso desde temprana edad. Recién se estaba gestando en la comunidad internacional la necesidad de sancionar leyes que tengan por objeto la tutela de la infancia para

³⁰ Los diputados Manuel Garrido (UCR-CABA), Paula Bertol (PRO-CABA), Oscar Albriey y Hernán Avoscán (ambos del FPV Río Negro) y Paula Gambaro (Peronismo Federal- Buenos Aires) presentaron un proyecto conjunto de modificación de la ley en la sesión del 11 de septiembre de 2013.

³¹ Observaciones del diputado Manuel Garrido. 25 de junio de 2013.

evitar la exposición a conductas sexuales inapropiadas por parte de personas adultas a través de medios tecnológicos.³²

Atento que en nuestro país se presentaron diversos proyectos a partir del año 2010 para incorporar esta práctica como delito en nuestra legislación, resulta lógico su ausencia en el anteproyecto comentado.

En cambio, el anteproyecto de 2014 en su artículo 133 sobre corrupción de menores del Anteproyecto, que contempla a la figura de “grooming”, quedó formulado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 133.- Corrupción de menores

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 3° del artículo 131°.

b) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del inciso 4° del artículo 131°.

c) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del artículo 132°.

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.”

Podemos observar que la figura actual de “grooming” está contenida en el segundo inciso del artículo proyectado, con varios cambios respecto del texto actual. Los fundamentos del Anteproyecto son escuetos respecto de esta figura. En este sentido, la Comisión refiere que “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, de los previstos en este título.

³² Álvarez, Javier Teodoro. “Delitos Sexuales. Coerción sexual e internet”. Año 2018, p. 93.

El aspecto objetivo del tipo penal requiere de un sujeto activo sin ningún requerimiento típico específico, pudiéndose tratar de una persona de uno u otro sexo. El único requisito exigible es que se requiere la condición de persona punible mayor de edad.

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.*³³

A primera vista, consideramos positivo que se haya eliminado el requisito de que el contacto sea por medios tecnológicos, una distinción que a nuestro parecer no tiene sustento legal. Si bien en los fundamentos se menciona que el “grooming” es una figura que ha crecido con la tecnología digital, en el Anteproyecto no se la incluye como requisito del tipo penal. Es decir, el medio por el que se lleven a cabo las conversaciones o relatos de contenido sexual puede no ser necesariamente tecnológico.

Respecto de la precisión del texto, parece haber un avance en la descripción de la conducta típica. A diferencia del texto actual, que pena a quien “contactare” a un menor de edad “con el propósito” de cometer un delito contra su integridad sexual, el texto proyectado parece acotar la conducta a mantener conversaciones o relatos de contenido sexual con menores de trece años. Si bien puede advertirse cierta vaguedad en el término “relatos de contenido sexual”, y aun cuando siga siendo difícil determinar si hubo intención de cometer un delito, la nueva redacción parece avanzar respecto de la normativa actual en términos de precisión.

También avanza el texto proyectado respecto de las críticas al texto actual sobre la edad del sujeto activo, al aclarar que debe ser mayor de edad. En relación con la edad de la víctima, el texto del Anteproyecto aclara que serán aquellos menores de 13 años. Esta distinción es coherente con otras disposiciones del Anteproyecto que, al igual que el Código Penal actual, establecen que los menores de 13 años nunca pueden prestar consentimiento para ningún tipo de actividad sexual.

³³ Anteproyecto de Código Penal. Infojus. Diciembre de 2013. P. 203. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal>

Asimismo, los fundamentos del Anteproyecto parecen resolver la crítica sobre la relación del delito de “grooming” con un delito consumado, sosteniendo que “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.”

Por otro lado, respecto del principio de proporcionalidad de las penas, el texto proyectado aumenta los plazos. Mientras que la figura actual de “grooming” prevé una pena de entre 6 meses y 4 años de prisión, el Anteproyecto contempla entre 1 y 5 años. En este aspecto, consideramos que el texto propuesto implica un retroceso en cuanto a la proporcionalidad de las penas, ya que prevé casi el mismo rango de penas de otros delitos contra la integridad sexual consumados.

En líneas generales, acordamos con Riquert en que el texto proyectado retoma la mayoría de sugerencias y correcciones señaladas por la Cámara de Diputados al texto del Código Penal actual.³⁴ Sin embargo, advertimos que debería revisarse tanto el rango de penas, a fin de cumplir con el principio de proporcionalidad, como también la falta de precisión del tipo penal y el hecho de que se lo considere un delito de acción pública (por los problemas que puede acarrear, los que han sido descriptos anteriormente).

El anteproyecto de 2018 El artículo 122 sobre Pornografía infantil y otros ataques del Anteproyecto comentado, que contempla a la figura de “grooming”, quedó formulado de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 122.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que: 1º) Tomare contacto con una persona menor de TRECE (13) años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual.

2º) Le requiera, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.

3º) Le proponga, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos

³⁴ Riquert, Marcelo. “El cibergrooming”: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el “Anteproyecto” Argentino de 2014, p. 17.

materiales encaminados al acercamiento. 4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISÉIS (16) años, aprovechándose de su inmadurez sexual o si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

5°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de DIECISÉIS (16) años y menor de DIECIOCHO (18) años si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.”

Podemos observar que la figura actual de “grooming” está contenida en el artículo proyectado que frecuenta el tema de Pornografía infantil y otros ataques, con grandes cambios respecto del texto actual.

Los fundamentos del Anteproyecto se basan en las recomendaciones de organismos internacionales y de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en convenciones internacionales.

Todo el artículo trata del mayor de edad. El aspecto objetivo del tipo penal requiere de un sujeto activo sin ningún requerimiento típico específico, pudiéndose tratar de una persona de uno u otro sexo. El único requisito exigible es que se requiere la condición de persona punible.

El texto proyectado se avanza en cuanto a la precisión del tipo penal, al medio empleado y en cuanto a la edad del sujeto activo y del sujeto pasivo, pero sigue acarreado las mismas falencias que el tipo penal actual, en cuanto al principio de proporcionalidad y que continúa siendo un delito de acción pública.

El **delito de grooming**, es un delito en sí mismo, con entidad propia, aunque consista en actos preparatorios para cometer un segundo delito (abuso sexual, agresión sexual, actividades sexuales....) que es realmente el objetivo del delincuente.

Se castiga las conductas realizadas por cualquier medio y de cualquier modo, por una persona adulta y encaminada a ganarse la confianza de un **menor de 13 años**, para a posteriori cometer otro delito, de carácter sexual, y que será castigado con la pena que le corresponda.

Es importante resaltar que este delito en sus incisos 1°, 2° y 3° se comete sólo contra **menores de 13 años**. Es la indemnidad sexual del menor de 13 años ya que éste **no**

puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales. Se trata de un tipo mixto acumulativo en el que han de concurrir los siguientes **REQUISITOS**:

- 1º.- Tomar contacto con un menor de 13 años;
- 2º.- Que el contacto se haga por cualquier medio y de cualquier modo;
- 3º.- Que mediante conversaciones o relatos de contenido sexual; le requiera realizar actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual; le proponga concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Resulta menester destacar que ha sido correcta la especificación de la edad del sujeto pasivo, reconociendo el límite de los 13 años y evitar así un paternalismo excesivo que desconoce la sexualidad adolescente y la progresividad de la tutela penal otorgada a las personas menores de dieciocho años.³⁵

Hay una clara ampliación del medio empleado ya que no queda suscripto a sólo los medios tecnológicos. Es menester destacar que si bien el acoso u hostigamiento de índole sexual puede ocurrir en el plano real, la comisión de esta conducta a través de un medio digital suele ser mucho más rápida y progresiva, pues el autor puede usar una variedad de técnica de persuadir, presionar y manipular a un niño mientras se aprovecha del anonimato que le proporciona internet.³⁶

A diferencia del texto actual, que pena a quien “contactare” a un menor de edad “con el propósito” de cometer un delito contra su integridad sexual, el texto proyectado parece expandir la conducta a que mediante conversaciones o relatos de contenido sexual; le requiera realizar actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual; le proponga concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con menores de trece años. La nueva redacción hace un gran avance en cuanto establece que haya principio de ejecución. Es decir, que se haya llevado

³⁵ Álvarez, Javier Teodoro. “Delitos Sexuales. Coerción sexual e internet”. Año 2018, p. 108.

³⁶ Álvarez, Javier Teodoro. “Delitos Sexuales. Coerción sexual e internet”. Año 2018, p. 104.

adelante la ejecución de actos materiales tendientes a la concreción de tal encuentro... “*que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con menores de trece años*”. Por lo tanto, se requiere la realización de actos materiales concretos que demuestren la intención de llevar a cabo el encuentro con el menor de edad a fin de cometer un delito. La redacción disipa toda inquietud en el trato sobre el adelantamiento punitivo a la preparación de actos preparatorios que en la actualidad sigue siendo una clara violación al principio de lesividad, toda vez que no se requiere ni lesión, ni puesta en peligro del bien jurídico del sujeto pasivo para que se configure la comisión del delito.

Asimismo se incorpora en el mismo artículo la penalización de los actos del adulto tendientes a embaucar al menor para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor.

Siguiendo el criterio del resto del Anteproyecto y los lineamientos del Código Penal actual, se incluye como víctimas a los menores de entre 13 y 16 años cuando se den ciertas circunstancias. Por ejemplo, siguiendo el criterio de otros artículos del Anteproyecto, cuando el sujeto activo se hubiera aprovechado de la inmadurez sexual o si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, siguiendo la propuesta de la Cámara de Diputados en su redacción alternativa. Por lo expuesto en su inciso 4º se amplía la edad del menor como víctima de este delito hasta los 16 años y en su inciso 5º se amplía la edad hasta los 18 años si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción. No resulta menor resaltar el amparo jurídico a los mayores de 13 años y menores de 18 años cuando concurren las circunstancias mencionadas, atento que frente a las mismas el sujeto pasivo no es libre de prestar su consentimiento.

Respecto del principio de proporcionalidad de las penas, el texto proyectado aumenta los plazos. Mientras que la figura actual de “grooming” prevé una pena de entre 6 meses y 4 años de prisión, el Anteproyecto contempla entre 6 meses y 5 años, previendo el mismo rango de pena que contempla el abuso sexual simple del texto proyectado, delito que examina un tipo penal consumado.

IV.- Conclusiones

Desde los inicios de la primera década de este siglo XXI, la República Argentina se ha propuesto la recodificación de su legislación penal, buscando la supresión de las leyes complementarias y llevando a cabo un proceso de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación. Una prueba cabal de ello son los anteproyectos analizados en el presente trabajo. La incesante proliferación de leyes penales, tanto especiales complementarias como modificatorias de la Parte General y Especial del Código Penal de la Nación, han llevado a contar hoy, en la segunda década del siglo XXI, con un instrumento normativo que ha perdido su finalidad y razón de ser.

Con el último anteproyecto del Código Penal se puede afirmar que el objetivo fue armonizar, simplificar, sistematizar y reconstruir el Código Penal de 1921. Empero sigue acarreado las mismas falencias que fueron resistidas en el actual Código Penal, utilizando las mismas terminologías, con cierta vaguedad e imprecisión en la redacción de algunos tipos penales que fueron objeto del presente análisis. Los términos empleados presentan puntos problemáticos en su definición y/o conceptualización que pueden afectar principios y garantías constitucionales. Sólo se puede observar un avance significativo en la figura del Grooming, en cuanto a las críticas emanadas al tipo penal actual.

La mayoría de los tipos penales aquí analizados no han tenido grandes modificaciones en el anteproyecto del año 2018, manteniendo prácticamente la misma redacción de la normativa vigente, con la diferencia que se elevan las escalas penales, como si con esa clasificación se diera respuesta al reclamo emanado por la ciudadanía.

Resulta conveniente sancionar normativas que contemplen una modificación en sentido terminológico, sustituyendo expresiones como lo han detectado los primeros anteproyectos mencionados, a los fines de evitar interpretaciones y discusiones difusas al respecto, sin dejar de contemplar los reclamos que ha hecho la doctrina y los precedentes que han surgido de la jurisprudencia. En consecuencia, no es recomendable sancionar una nueva normativa, omitiendo los antecedentes y observaciones que se han hecho, otorgando como una solución la simple repetición del texto con el aumento de la pena prevista para el delito de manera aislada sin una fundamentación coherente.

Es conveniente una ardua –y valiente- tarea de debates y consultas previas, incluso populares y con especialistas, a los efectos de lograr una tipificación que permita circunscribir los conceptos utilizados, para que de esa forma no se consientan –o se limiten al máximo posible- debates subjetivos sobre qué deberá entenderse por cada término empleado en el tipo penal, siendo, así, consecuentes con el principio constitucional de legalidad y con los objetivos previstos en el preámbulo de nuestra Constitución Nacional, entre ellos, afianzar la justicia.

Retornar a un Código Penal de la Nación carente de leyes complementarias, en cuyo ordenamiento se encuentren condensadas y a la vez contempladas todas las figuras penales previstas con escalas penales proporcionales y equitativas al bien jurídico tutelado o protegido con una lógica intrasistemática y armónica, resulta indispensable si se pretende llevar a cabo una administración de justicia respetuosa del debido proceso, de las garantías constitucionales y de los derechos humanos de las personas sujetas a investigación criminal.