

Un análisis sobre el delito de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual del artículo 120 del Código Penal de la Nación, en virtud del derecho a la intimidad y la revictimización

Hereñu Alicia Rocio¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

RESUMEN: En esta oportunidad, se realiza un breve análisis sobre la figura del abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual del Código Penal de la Nación, a la luz del derecho a la intimidad y la revictimización que puede sufrir el sujeto pasivo de este tipo penal, en especial en su aspecto probatorio. Considerando aún más, la modificación al antiguo título de “Delitos contra la honestidad”, del Código Penal.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la libertad sexual. Aprovechamiento de la inmadurez sexual. Revictimización. Derecho a la intimidad.

¹ Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, estudiante de carrera de especialización en Derecho Penal en Universidad de Buenos Aires.

I.- Introducción

En el año 1999, más precisamente el día 14 de abril el Congreso de la Nación sancionó la ley N° 25.087 que introdujo fundamentalmente, una modificación en el título III del Libro Segundo del Código Penal de la Nación, específicamente sobre los denominados “Delitos contra la honestidad”, siendo una de sus principales motivaciones el insistente reproche de la sociedad argentina que esperaba una mínima respuesta estatal.

Tal modificación, significó la eliminación de su título para comenzar a ser llamado “*Delitos contra la integridad sexual*”, lo cual asimismo impulsó un nuevo paradigma respecto del bien jurídico protegido hasta aquel entonces, resguardando de allí en adelante, “*el derecho de toda persona, cualquiera sea su género a un trato sexual libre y consciente, en lugar de la protección de la pureza o castidad o el honor*”². En concreto, significó proteger jurídicamente la libertad sexual de todos los individuos.³

En efecto, vale destacar que el término honestidad al que refería anteriormente el Código Penal de la Nación, encontraba una estrecha relación con la “virginidad” de la mujer, más aun con el ideal de mujer intachable o incluso con la “*mujer honesta*”⁴, por lo cual ello también significó un impulso para la reforma.

En palabras de Carlos María Russo (2004), el término desde su significación semántica hace alusión al recato o pudor y desde de su lado interpretativo “*dentro del sentido otorgado por la legislación nacional en su momento, honestidad apuntaba a una idea de moralidad sexual*”⁵.

Por otro lado, adoptar el título “Delitos contra la integridad sexual” encontraba su principal fuente de inspiración en las más modernas legislaciones,

²Inserción del Diputado Cafferata Nores, “*Antecedentes Parlamentarios*”, La Ley, 1999.

³Entendida ella como “*la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales o a la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos*”, CNCCorr., sala VI, 2018, “C., F. D.”, causa 29.727/2018.

⁴“*No es menos destacable la influencia de la moral cristiana tradicional... Así como la imposición de valores culturales dominantes propios del mundo masculino, que a través de conceptos normativos como la honestidad, la deshonra, dibujan un mundo en que la mujer se encuentra claramente subordinada y sujeta a una dimensión ideológica determinada*”, Inserción del Dip. Cafferata Nores, “*Antecedentes Parlamentarios*”, La Ley, 1999.

⁵Russo, C., “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales”, *El derecho penal*, vol. 1, Buenos Aires, Ed. El derecho, 2004.

considerando que además atendía, en cierta medida, el compromiso internacional que debía asumir el Estado argentino.

Ahora bien, el objetivo de este análisis no es detenernos exclusivamente en los cambios que impulsó la ley N° 25.087 sino más bien interpretar lo que ha sucedido con el artículo 120 del Código Penal de la Nación y la aplicación probatoria del término “inexperta sexualmente” que requiere el tipo objetivo para su configuración.

El problema que aquí se identifica, primero, recae sobre la utilización de la expresión “inexperta sexualmente”, que podría estar nuevamente vinculado al título de “delitos contra la honestidad”. Como segundo problema y aquí es donde queremos detenernos, implica la producción probatoria que identifica a un sujeto pasivo como inexperto sexualmente.

Entonces, a partir de aquí surge el interrogante de si, ¿Acaso hay que introducir prueba del comportamiento sexual anterior de la víctima?, ¿Esto podría revictimizar?, ¿Vulneramos su derecho a la intimidad? A partir de estas preguntas, intentaremos llegar a un breve análisis, para luego culminar con una conclusión personal.

II.- Desarrollo

Ante todo, es adecuado sintetizar de forma breve, los elementos que conforman la estructura del tipo penal de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, dado que sobre este artículo recae el análisis crítico del presente trabajo.

El delito en cuestión⁶, reprocha penalmente a quien incurra en alguna de las acciones que prevea el artículo 119 en su párrafo 2 y 3 del Código Penal de la Nación, con una persona que sea menor de 16 años de edad. Ello, aprovechándose de su inmadurez sexual, por supuesto siempre y cuando no exista un delito más severamente penado.

Si bien la calidad de sujeto activo la puede adquirir cualquier individuo, cuando estamos ante el sujeto pasivo, esta deberá reunir ciertos requisitos, por el

⁶ Artículo 120 Código Penal de la Nación.

cual, en primera medida tendrá que tratarse de una persona menor de 16 años, a su vez, que haya consentido y por último que denote su inexperiencia sexual.⁷

En cuanto a este último aspecto, Donna (2000) advierte que la “*inmadurez sexual es inexperiencia en lo sexual, pero en el sentido de aquella persona que no comprende la significación última del acto, aunque puede conocerla intelectualmente.*”⁸ Dicho de otro modo, el autor equipara el término de inmadurez sexual con el de inexperiencia sexual, y en síntesis agrega, que incluso una mujer violada puede ser inmadura sexualmente porque mantiene el desconocimiento de lo sexual.

Continuando con el análisis del tipo, se requiere que el aprovechamiento⁹ del sujeto activo, respecto de la inmadurez sexual del sujeto pasivo sea por mayoría de edad, por relación de preeminencia respecto de la víctima o por circunstancia equivalente y en cuanto a su materialización, se deberá configurar abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal, tal como lo requiere el tipo penal dispuesto en el artículo 19 CP.¹⁰

Ahora bien, ante la presencia de la totalidad de los elementos que hacen al tipo objetivo, habrá que dilucidar si se encuentra completa la faz subjetiva, y aquí vale decir que el delito se configura únicamente con el dolo directo del autor, es decir que no será admisible cualquier otro tipo de dolo.

Habiendo delimitado el tipo penal en cuestión, y yendo al punto central de este análisis, debemos hacer énfasis en que el requisito de inmadurez sexual, como cualquier otro elemento, no se presume en sí, por lo cual deberá ser probado desde la acusación¹¹, valorándose conforme las reglas de la sana crítica.¹²

Desde esta perspectiva, es allí donde comienza el principal problema, y por ello corresponde hacer un paréntesis para recordar que el Estado argentino ratificó instrumentos internacionales, tales como la *Convención Americana sobre Derechos*

⁷“Con la supresión del elemento “*mujer honesta*” del tipo penal del estupro, queda claro que la ilicitud que se castiga es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que la víctima, por su estado de *inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida*”, Donna, E., “*Delitos contra la integridad sexual*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 105.

⁸ Ídem, pág. 107.

⁹Aprovecharse, como sinónimo de sacar partido o utilizar ventajas propias de una situación de hecho. Donna (2000).

¹⁰Artículo 119, 2º y 3º párrafo del Código Penal de la Nación.

¹¹Donna, E., “*Delitos contra la integridad sexual*”, ob. cit.

¹²Artículo 241, Código Procesal Penal de la Nación.

Humanos, en especial los artículos 2 (c y e), 3, 5 y 15 de la CEDAW, la *Convención de Belem do Para* y en nuestro ámbito nacional adopto la ley N° 26.485 de “*Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*”, la cual en su artículo 2.C promueve las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos.

Por otro lado y en este lineamiento, habrá que tener en cuenta que nuestra ley suprema consagra el derecho a la intimidad a través del artículo 19. A propósito, veamos la postura que ha tomado la CSJN al delimitar su alcance en el fallo Ponzetti de Balbín indicando, que “*en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares... la salud mental y física y en suma las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa peligro real o potencial para la intimidad.*”¹³

Inclusive, bajo este fundamento la CSJN se expidió en los precedentes Bahamondez¹⁴ y Albarracini citando lo mencionado en Ponzetti de Balbín.¹⁵

En lo que concierne al debido proceso penal y al deber que recae en los operadores judiciales, sabido es que habitualmente, en las investigaciones relativas a delitos contra la integridad sexual, se requiere que la víctima detalle cuestiones estrictamente de su vida privada, y aunque la Convención Belem do para, no promueve un estándar de prueba distinto para tales supuestos, estableciendo únicamente “*el deber de los Estados de llevar adelante investigaciones con la debida diligencia.*”¹⁶, Di Corleto (2017), apunta a que, “*la indagación indiscriminada y compulsiva sobre datos referidos a la conducta sexual de la víctima vulnera su derecho a decidir qué aspectos de su vida privada exponer al público.*”¹⁷

Así entonces, aun cuando estas intromisiones a la esfera de privacidad de la víctima se corresponden con prácticas que hacen al derecho de defensa del

¹³CSJN, “*Ponzetti de Balbín, Idalia c. Editorial Atlántica S.A s/ daños y perjuicios*”, 1984, fallo 306:1892.

¹⁴ CSJN, “*Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar*”, 1999, fallo 316:479.

¹⁵CSJN, “*Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*”, 2012, fallo 316:479.

¹⁶Di Corleto, J., “*Genero y justicia penal*”, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017, pág. 303.

¹⁷Di Corleto, J., “*Limites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*” *Nueva Doctrina Penal*, vol. 2, 2006-B, pág. 17.

imputado, frecuentemente también se naturaliza por ejemplo, el uso de estereotipos de género.

En este sentido, como bien indica Pique (2017), existen determinadas prácticas que, aplicadas desde el momento en que la víctima denuncia, nos llevan ineludiblemente a la revictimización, tales como el uso de estereotipos de género, la poca influencia de las víctimas en el proceso, las intromisiones o indagaciones indebidas en la intimidad y privacidad, la privación de atención de emergencia a las víctimas de violencia sexual, las repetidas convocatorias durante el procedimiento, las prácticas que aumentan el riesgo de padecer nuevas revictimizaciones y la excesiva duración del proceso.¹⁸

Desde esta mirada, la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires en el año 2020, en un precedente que ha sido de público conocimiento, entendió como una clara estigmatización, el resultado de “*victimización secundaria o revictimización*”¹⁹ sufrida por la víctima, tanto en su intimidad como en su dignidad, incluso después de su muerte, haciendo énfasis en “*que aparece como un despropósito que el Tribunal se haya efectuado indagaciones tales como las conductas de Lucía a la luz de detalles preexistentes en su historia vital, sin centrarse en el episodio y sus distintas secuencias.*”²⁰

Oportunamente, de esta manera el tribunal destacó, que adentrarse en circunstancias estrictamente de la vida íntima de la víctima, poco aporta a la elucidación del hecho que se enjuicia, al contrario como se mencionó precedentemente, conforma una práctica que revictimiza.

En definitiva se deja en evidencia que este fenómeno también, “*ocurre no como resultado directo del delito sino a través de la respuesta de las instituciones y de los individuos hacia la víctima.*”²¹

III.- Conclusiones

A modo de corolario, primero es dable decir que resulta paradójico que el artículo 120 del Código Penal de la Nación en su diseño normativo utilice el

¹⁸ Pique, M. L., “*Género y justicia penal*”, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

¹⁹ “*Los conceptos de victimización secundaria y revictimización están elaborados en referencia al de victimización primaria, que a su vez alude a la consecuencia natural y el daño que sufre una persona que es víctima directa o indirecta de un delito.*” Ídem, pág. 317.

²⁰ “*FARLAS, Matías Gabriel y OFFIDANI Juan Pablo s/recurso de Casación*” Votante Juez Dr. Natiello.

²¹ Pique, M. L., “*Género y justicia penal*”, ob. cit.

concepto de inmadurez sexual, incluso, estando frente a una interpretación que inevitablemente y a los fines probatorios nos remite a la honestidad, siendo que dentro de sus fundamentos la ley N° 25.087 pregonaba la idea de remover y dejar atrás cualquier resabio de moralidad.

En segunda medida, como se destacó, es evidente por un lado el compromiso que asume el Estado argentino en materia de violencia de género y en especial sobre el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de delitos, y por el otro, es de manifiesta visibilidad el alcance que ha adquirido el derecho a la intimidad, no solo por nuestra Constitución de la Nación sino también por la jurisprudencia nacional.

Tercero, hemos puesto de relieve que el tipo penal requiere para su configuración demostrar la inexperiencia sexual de la víctima, lo que conlleva en sí la ardua tarea de quienes ejercen el rol de acusador, de indagar sobre cuál ha sido el pasado sexual de la víctima, cuáles han sido sus conductas anteriores o que vivencia han atravesado. Ello, obteniendo como resultado una grave injerencia en su esfera de intimidad personal o incluso familiar, (a propósito hemos citado el fallo emitido por la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires en el precedente “*FARLAS, Matías Gabriel y OFFIDANI Juan Pablo s/ recurso de Casación.*”)

Por lo que, considerando especialmente estos puntos, podemos decir que a través de estas prácticas se revictimiza a quien ya ha padecido los efectos del hecho constitutivo del delito, y como tal, no resulta una cuestión que debemos permitir desde nuestras funciones de operadores judiciales si lo que pregonamos es lograr una justicia con amplia visibilidad en cuestiones de género, responsable y respetuosa de los derechos no solo del imputado sino también de la víctima.

En contrapartida, insistimos, carece de sentido que una norma nos remita de forma directa a apreciar la prueba sin tener en cuenta la perspectiva de género, porque al fin y al cabo, ello nos dirige a recaer en estereotipos, prejuicios, o en arbitrariedades que no son propias de un Estado de derecho.

En opinión, teniendo en cuenta el principio de mínima intervención penal como límite al ejercicio del poder punitivo estatal, resulta fundamental repensar la necesidad o no de mantener la estructura de este tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico, considerando que las conductas desplegadas de esta índole podrían encuadrarse en el artículo 119 del Código Penal de la Nación.

Finalmente, así podríamos evitar mencionar nuevamente conceptos de moralidad u honestidad, por consiguiente de entrometernos en la vida privada e

íntima de las víctimas y así, estaríamos respetando la amplia normativa con jerarquía constitucional por la cual el Estado se ha comprometido.

IV.- Bibliografía

- Di Corleto, J., “Genero y justicia penal”, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- Di Corleto, J., “Limites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, Nueva Doctrina Penal, vol. 2, 2006-B.
- Donna, E., “Delitos contra la integridad sexual”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000.
- Pique, M. L., “Género y justicia penal”, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- Russo, C., “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales” El derecho penal, vol. 1, Buenos Aires, Ed. El derecho, 2004.