



ABUSOS SEXUALES

Por **Jorge Buompadre**

Art. 119: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

En el supuesto del primer párrafo la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a, b, d, e o f”.



Abuso Sexual Simple:

El delito de abuso sexual simple o básico, está previsto en el párr. 1º del art. 119 y se corresponde con el delito de abuso deshonesto previsto en el viejo texto del derogado art. 127 del Cód. Penal (Capítulo III, “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”).

El antiguo delito de *abuso deshonesto* tuvo su fuente inmediata en el Proyecto de 1891, pero sólo fue introducido al derecho positivo a través de la ley 4189, de 1903. El Proyecto de 1906 mantuvo el criterio anterior, pero sustituyó la expresión “sin que haya cópula” por la de “sin que haya acceso carnal”. Las leyes de reformas 17.567 y 21.338 sólo innovaron en la denominación del Capítulo, sustituyendo la rúbrica original “Violación y estupro” por la de “Violación, estupro y abuso deshonesto”. La ley 20.509 volvió a la fórmula original del Capítulo y la ley 23.077 al texto y número original del art. 127. Posteriormente, la ley 23.487 de 1987 modificó la rúbrica original por la de “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”. Por último, la ley 25.087 introdujo una nueva configuración al delito, que es la que vamos a estudiar a continuación.

Bien Jurídico.

El bien jurídico protegido en este tipo de abuso sexual es la libertad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo con su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales. El atentado sexual violento o abusivo afecta este derecho individual, en la faz específica de la sexualidad. Cuando el abuso sexual recae sobre un menor de trece años, el atentado afecta la sexualidad del menor en su desarrollo potencial, en su futuro desarrollo personal en el ámbito de la sexualidad.

Definición.

El abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada sobre una persona, contra su propio querer consciente.

De la definición propuesta, se pueden determinar los elementos que caracterizan a los abusos sexuales: 1) una conducta abusiva de contenido sexual; 2) contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; 3) que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima; no es suficiente la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, sino



que debe mediar un contacto físico, y 4) ausencia de consentimiento en la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada por la conducta del autor.

Elementos del delito.

El abuso sexual del párr. 1º del art. 119 abarca comportamientos bien diferenciados: 1) la agresión sexual cometida contra un menor de trece años, aun con su consentimiento, y 2) la agresión sexual perpetrada contra otra persona de cualquier edad, mediando violencia o intimidación, 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.

Tipo objetivo.

1. La Acción.

La acción típica en ambos supuestos es la misma: *abusar sexualmente* de otra persona.

Pero, ¿cómo debemos entender esta expresión abuso sexual?; se trata de una expresión compleja que implica, por un lado, una conducta de contenido sexual ejecutada sobre el cuerpo de otra persona, vale decir, sobre sus partes sexuales, y, por otro lado, un aprovechamiento, un exceso, una cosificación, de la víctima. Sólo una conducta con tales características puede ser abusiva.

O sea, que una conducta es sexualmente abusiva, cuando el autor no sólo tiene conocimiento de la situación de incapacidad del sujeto pasivo, sino cuando, además, se aprovecha de ella, instrumentalizando a la víctima a los efectos de un trato sexual que no se hubiera producido en condiciones normales¹.

Existen, sin embargo, casos o situaciones (casos límite) que son objetivamente indiferentes con relación al sexo o que pueden tener más de un significado (p.ej., el beso, el abrazo, las caricias, el examen médico-ginecológico) y que resultan muchas veces difíciles de resolver. Para alguna doctrina, la solución requiere que se recurra a la subjetividad del autor, es decir, a la intención que ha guiado su conducta; de manera que, si el sujeto ha perseguido, por ejemplo un propósito impúdico, un deseo lúbrico o lujurioso, un ánimo de satisfacer su deseo sexual, etc., entonces se estaría en el ámbito del

¹ MORALES PRATS-GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES y otros, Comentarios, p. 248. El abuso implica, como subraya ORTS BERENGUER, el uso “objetual” (la cosificación) del sujeto pasivo (ver VIVES ANTÓN y otros, Derecho penal. Parte especial, p. 237).



abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor.

De acuerdo con este criterio, entonces, no serían propiamente acciones sexuales aquellas que –aún cuando recaigan sobre las partes sexuales del cuerpo de la víctima- estuvieren guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos, vengativos o vejatorios².

En nuestra opinión, nos parece que en ciertas hipótesis, como el examen médico-ginecológico (uretral, rectal, vaginal, etc.), nunca podría configurarse un abuso sexual, al menos como principio general.

No debemos olvidar que en casos como el del examen médico deben concurrir al menos dos presupuestos bien concretos y diferenciados: uno, el consentimiento del paciente, y el otro, la ausencia de alguno de los medios específicamente previstos en el párr. 1º del art. 119 del Cód. Penal, todo lo cual –a nuestro juicio– obsta a la configuración del delito. Si se dan en el caso particular estos dos extremos, cabe preguntarnos qué importancia puede tener, para el tipo penal, que el médico obtenga, además del examen objetivo del paciente, un placer sexual con ello. Claro está que si, además de la necesaria exploración profesional, el médico toca o palpa otras zonas sexuales del cuerpo del paciente (p.ej., los senos), y lo hace sorpresivamente, sin el consentimiento de éste o a través de medios violentos o compulsivos, entonces sí podríamos afirmar que estamos dentro del marco de criminalidad de esta clase de abuso sexual, pero no por la concurrencia de un ánimo o propósito especial que guía la conducta del autor, sino porque el acto ha sido objetivamente impúdico.

La nueva regulación no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito (tampoco la anterior), pero sí que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico o de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima, sin propósito lascivo, incluso guiado por otra intención (p.ej., burla, humillación, venganza, ira), configura un abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aun con un móvil sexual, no tipifica el delito. La solución para estos casos límite o dudosos debería buscarse –insistimos–, no en el marco de un elemento subjetivo no exigible típicamente, sino en los propios antecedentes del caso concreto, cuyas características nos darán una aproximación al verdadero contexto delictivo³.

² MAQUEDA ABREU, La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, “El nuevo Código Penal y la ley del jurado”, Sevilla, nov. 1996, p. 81.

³ Conf. POLAINO-ORTS, Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (especial referencia a la ley orgánica 11/1999, del 30 de abril), “Cuadernos de Política Criminal”, nº 67, p. 166, nota 43, en el que afirma que lo que distingue la



Actos materiales de tocamiento.

Un sector de la doctrina exige, para la configuración del delito, un contacto corporal directo entre el agresor y la víctima (MUÑOZ CONDE, DÍEZ RIPOLLÉS, GONZÁLEZ RUS y –entre nosotros– REINALDI, PARMA, FÍGARI y GAVIER⁴), mientras que otro sector de la doctrina, por el contrario, entiende que el tipo puede consumarse incluso sin la concurrencia de ese contacto corporal directo, pues en cualquiera de ambos supuestos puede verse vulnerada la libertad sexual de la víctima (ORTS BERENGUER, CARMONA SALGADO, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, SUÁREZ RODRÍGUEZ, y –entre nosotros– CREUS, VILLADA, ESTRELLA, CLEMENTE y otros, con distintas matizaciones). Para este último grupo de autores, entonces, el abuso sexual admite comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y llevar a cabo actos de exhibición obscena, a masturbarse u obligarla a efectuar esta clase de actos en la persona de un tercero, siempre en presencia del sujeto activo. En nuestra opinión, por el contrario, si bien este tipo de conductas implican un ataque a la libertad sexual de la víctima, no encajan en el tipo del abuso sexual simple, que exige –como dijimos– actos físicos de tocamiento y no la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual. Estos supuestos configuran, según nos parece, un tipo de coacción (art. 149 bis, Cód. Penal) como delito contra la libertad individual.

El abuso sexual se configura sólo si se afecta físicamente el cuerpo de la víctima, sea que la acción recaiga directamente sobre ella o que, por obra del autor, la víctima actúe sobre el cuerpo de

acción típica de la exploración médica, a la luz de nuestro derecho positivo vigente, no es el ánimo lúbrico o tendencia voluptuosa, que nuestra ley no exige, sino el ataque lesivo al bien jurídico protegido, la libertad sexual.

⁴ En opinión de CREUS y de GAVIER, son suficientes los actos de acercamiento o de aproximación. Sobre la opinión de estos autores debe hacerse una matización. CREUS opina que el abuso sexual abarca los actos de acercamiento, con contenido sexual, aun en los casos en que no media el acercamiento con órganos del autor sino la mediación de instrumentos (p.ej., introducción de objetos en orificios de la víctima). Según nuestro parecer, el ejemplo de CREUS encuadra más bien en el delito del párr. 2º del art. 119 y no en el de abuso sexual simple, pues en rigor de verdad no se trataría de una hipótesis de acercamiento, sino de contacto directo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, además de configurar un supuesto de sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La opinión de GAVIER, a su vez, nos parece contradictoria, pues mientras, por un lado, sostiene que, en lo que hace a su materialidad, el delito sigue consistiendo en una irrupción indebida en el ámbito de intimidad corporal de las personas, “mediante actos de aproximación”, luego expresa que “siempre será necesario que se realicen actos materiales que impliquen un contacto del cuerpo del autor con la víctima, porque el delito según se muestra de acuerdo la doctrina, no puede cometerse a distancia” (Delitos contra la integridad sexual, p. 26 y 27). Ver, con abundante cita de doctrina por una u otra posición, SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 73 y siguientes.



éste. No son suficientes las palabras obscenas, los gestos, la simple contemplación, las proposiciones deshonestas⁵, los actos de aproximación⁶, etcétera. El abuso sexual exige actos corporales directos de tocamiento; no puede cometerse a distancia.

El delito de abuso sexual simple excluye la realización de acceso carnal con la víctima, o la intención de llevarlo a cabo, en cuyo caso estaríamos en el ámbito de la consumación o de la tentativa del delito previsto en el párr. 3º del art. 119 o en el del art. 120.

Circunstancias de criminalidad. Son circunstancias de criminalidad del abuso sexual las siguientes: a) que la víctima sea menor de trece años y b) que el delito se haya cometido (contra mayores o menores de edad) mediante 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.

1) *Edad de la víctima.* Con arreglo al texto legal, el abuso sexual es punible si la víctima es menor de trece años, límite de edad impuesto por la reforma, que aumentó el de doce años de la redacción anterior⁷. Menor de trece años es aquel que, al momento del hecho, no ha cumplido aún los trece años de edad. Se trata de la edad cronológica, no de la edad mental o psiquiátrica, y su prueba puede realizarse mediante la partida de nacimiento o, en su caso, con la prueba supletoria (p.ej., pericial médica). En esta situación, la ley le niega al menor de trece años de edad la capacidad suficiente para comprender el significado sociocultural del acto sexual que protagoniza. No se trata de una

⁵ Por todos, ver LÓPEZ BOLADO (dir.), *Violación, estupro y abuso deshonesto*, p. 168.

⁶ En contra, LÓPEZ BOLADO (dir.), *Violación, estupro y abuso deshonesto*, p. 169; GAVIER, *Delitos contra la integridad sexual*, p. 26 y siguientes; ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, p. 37 y siguientes; CREUS, *El nuevo Código Penal argentino*, p. 38. De acuerdo con el texto, REINALDI, actualizador de NUÑEZ, *Manual de derecho penal, parte especial*, p. 104, y *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino*, p. 38 y ss., quien sostiene que no puede cometerse a distancia ni de palabra; PARMA, *Delitos contra la integridad sexual*, p. 30; AROCENA, *Delitos contra la integridad sexual*, en BALCARCE (dir.), *“Derecho penal. Parte especial”*, t. I, p. 256.

⁷ Es acertada la crítica que ESTRELLA formula al incremento de la edad a trece años (*De los delitos sexuales*, p. 43). En verdad, no se entiende muy bien cuál ha sido el fundamento para aumentar la edad de la víctima a trece años, más aún en la época actual en la que, precisamente, la sexualidad de los menores tiene comienzo en edades más tempranas. Por otra parte –tomando prestadas algunas expresiones de este autor– hay que convenir en que carece de toda lógica el razonamiento que conduce a pensar que el menor de trece años tenía libertad sexual en 1921 (época de sanción del Código Penal), porque así lo había decidido el legislador y no la tiene en la actualidad, porque así lo ha decidido nuevamente el legislador, sin mencionar criterio científico alguno que justifique tal decisión.



ineptitud para entender el alcance fisiológico de la relación sexual, pues bien puede el menor haber tenido conocimiento anterior de él, ya sea por aprendizaje teórico o por relaciones sexuales pasadas.

El legislador ha considerado que una persona menor de trece años está incapacitada para comprender el sentido del acceso carnal, por lo cual no puede prestar válidamente su consentimiento para él. Es una incapacidad presunta *iuris et de iure* (no admite prueba en contrario), por lo cual no hay que reconocerla en cada caso concreto; para acreditar la tipicidad es suficiente con la prueba de la edad real⁸.

De aquí que el consentimiento prestado por el menor para la realización del contacto sexual no tenga eficacia desincriminante. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al tratar, en forma específica, el consentimiento del sujeto pasivo.

El error acerca de la edad de la víctima impide la tipificación del delito, pues elimina la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad criminal, pero no producen ese efecto la duda o la ignorancia, que no benefician al autor.

2) *Violencia y Amenaza*. La dinámica comisiva del abuso sexual a través de estos medios típicos debe entenderse en el mismo sentido y alcance que refirió la doctrina y jurisprudencia sobre los conceptos de fuerza e intimidación con respecto al antiguo delito de violación.

La *violencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra índole, llevada a cabo por el autor o un partícipe, que recae sobre la persona de la víctima o se dirige directamente hacia ella, con el propósito de lograr el contacto sexual.

“Violencia” equivale a fuerza física, a medios de acción material, que actúan sobre el cuerpo de la otra persona o se proyectan hacia ella. Se trata de un supuesto de *vis absoluta*, aun cuando su empleo no demande una resistencia continuada o persistente (hasta el cansancio) opuesta por la víctima; basta con que la voluntad de ésta haya sido quebrada por el abuso violento del autor. El consentimiento libremente prestado por la víctima mayor de trece años hace desaparecer el delito, con excepción de aquellos supuestos en que se acordó un tipo de contacto sexual y, posteriormente, por la fuerza, se logra otro distinto (p.ej., manipular el ano u otras partes sexuales no permitidas).

Al concepto de “violencia” quedan equiparados el uso de hipnóticos o narcóticos (art. 78, Cód. Penal).

⁸ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 185 y siguientes.



La *amenaza* es la intimidación o anuncio de un mal para infundir temor en la víctima, y así lograr el contacto sexual. Es la *vis compulsiva*, que puede ser empleada por el autor o por un tercero, pero, en cualquier caso, debe constreñir psicológicamente al sujeto pasivo y determinarlo a someterse a los deseos del autor.

La amenaza es un medio para provocar miedo o temor en la víctima, pero para que sea típica, debe reunir ciertas características: debe ser grave, seria, inminente, injusta, determinada o determinable por las circunstancias, futura, posible y dependiente de la voluntad del autor.

La amenaza es la contrapartida de la acción libre y autónoma de una persona. Su empleo implica un acto compulsivo que afecta la libertad de decisión del sujeto pasivo con respecto a su libre actividad sexual.

3) *Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.* El abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder es una nueva modalidad de abuso sexual introducida por la Ley 25.087 y consiste en el empleo de medios compulsivos que tienen su causa en una situación de superioridad de la que se prevalece el sujeto activo. Esta situación de superioridad tiene su correlato en una condición de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, que demanda obediencia o acatamiento funcional o laboral por parte de éste a aquél. Es de esta situación de prevalencia funcional, laboral o de otro tipo de la que se aprovecha el autor para el logro de sus objetivos sexuales.

Esta modalidad supone la obtención de un consentimiento viciado, por cuanto el tipo requiere que la conducta sea abusiva sexualmente, esto es, que el autor use indebidamente el cuerpo de la víctima como consecuencia del aprovechamiento de una relación de dependencia, autoridad o poder.

La nueva regulación no ha significado la incriminación del **acoso sexual** como figura autónoma en el marco de esta modalidad delictiva. La dinámica comisiva de ambas hipótesis es estructuralmente diferente. En todo caso, podría configurar un supuesto de tentativa de abuso sexual o una amenaza coaccionante prevista en el párr. 2º del art. 149 del Cód. Penal⁹.

⁹ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 192. En contra, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 24; REINALDI, en NUÑEZ, Manual de derecho penal. Parte especial, p. 106, y Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, p. 60 y ss.; PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 46. Conforme con el texto, MORALES PRATS-GARCÍA ALBERO, Delitos contra la libertad sexual, en QUINTERO OLIVARES y otros, “Comentarios”, p. 249 y 258; EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 17; PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 69 y ss.; DONNA,



El acoso sexual consiste, en general, en la solicitud o requerimiento de favores de naturaleza sexual, prevaleciendo el autor de una situación de superioridad, docente, laboral o de prestación de servicios y anunciándole a la víctima males relacionados con sus legítimas expectativas en el ámbito relacional, funcional o de trabajo que la une al agente, si no accede a sus pretensiones sexuales (p.ej., “si no accedes a tener relación sexual serás despedida del trabajo”). Los supuestos de acoso sexual – al contrario de lo que sucede con el delito de abuso sexual– excluyen los contactos corporales entre el autor y la víctima. Se trataría, más bien, de actos no consumados de abuso sexual o de una coacción especializada por el propósito sexual perseguido por el autor. El abuso sexual, en cambio –tal como lo venimos sosteniendo–, exige para su perfeccionamiento actos directos de tocamiento de las partes sexuales de la víctima. El límite mínimo de intervención penal en un atentado sexual viene marcado por la exigencia de un contacto corporal¹⁰. En todo caso, si el sujeto pasivo accediera a las propuestas del acosador y mantuviera el contacto sexual, será de aplicación el delito de abuso sexual en la modalidad que estamos analizando. Como puede apreciarse, el acoso sexual no fue tipificado como delito autónomo en nuestro ordenamiento penal.

4) *Aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.* Este supuesto de aprovechamiento (en el que la víctima no puede consentir libremente la acción) hace referencia a una especial situación de debilidad en que se encuentran ciertas personas por hallarse afectadas de enfermedades o padecimientos, o por encontrarse en determinadas situaciones que las colocan en una condición de inferioridad ante el autor, y que le reportan mayor dificultad (o una imposibilidad) para oponerse a los designios sexuales del agresor.

En estos casos, se presume *iuris tantum* (admite prueba en contrario) que la víctima carece de la capacidad suficiente para consentir o rechazar libremente la relación sexual. Por la propia naturaleza que tiene tal presunción, desaparecerá la razón de la incriminación si el sujeto pasivo tenía capacidad para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. Se trata, en definitiva, de una cuestión que necesariamente deberá ser sometida a comprobación en el proceso judicial.

Esta nueva modalidad introducida en el párr. 1º del art. 119 abarca las hipótesis contempladas

Delitos contra la integridad sexual, p. 30; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 258 y siguientes.

¹⁰ MAQUEDA ABREU, La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, “El nuevo Código Penal y la ley del jurado”, Sevilla, nov. 1996, p. 81.



expresamente en el texto derogado; a saber, víctima privada de razón o de sentido o que por enfermedad o cualquier otra causa no haya podido resistirse al acto sexual.

Se exige, además, una especial referencia subjetiva en el obrar del autor, cuyo alcance abarca distintos aspectos: uno, que se aproveche de la situación de incapacidad o de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima para comprender el sentido y alcance del acto sexual que realiza; otro, el conocimiento de tal incapacidad en el sujeto pasivo.

Con arreglo al nuevo texto, entonces, no toda relación sexual con un enfermo mental o con un incapaz resulta punible, sino que lo será sólo aquella que implica un abuso (aprovechamiento) de la incapacidad del sujeto pasivo.

Una víctima *privada de razón* supone la falta de la capacidad para comprender el significado ético-social del acto que realiza. Hay ausencia de aptitud valorativa o, lo que es lo mismo, la víctima se encuentra imposibilitada de poder efectuar un juicio crítico acerca del acto que ha consentido. Es un caso, como dijimos, en el que la capacidad de intelección del sujeto se determina a través de un juicio presuntivo *iuris tantum*, pues, tratándose de un acto sexual voluntario –vale decir, con consentimiento de la víctima¹¹–, podría suceder que la incapacidad sobrevenga al acto sexual o, por el contrario, que el contacto sexual se haya producido durante un intervalo de lucidez de la víctima.

Existen diferentes estados que pueden quedar abarcados por el tipo penal, por ejemplo ciertas enfermedades mentales (congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, etc.) como la locura epiléptica, erótica, la demencia senil y ciertos niveles de oligofrenias (p.ej., la idiotez –que es el grado más grave de retraso mental–, la imbecilidad –que representa un grado más moderado–), entre otras.

Una víctima está *privada de sentido* cuando se encuentra ante la imposibilidad de comprender el acto que realiza, sea por padecer un estado de inconsciencia o por estar con la conciencia gravemente perturbada, por ejemplo el sueño, el sonambulismo, el desmayo, el sopor, la epilepsia y la ebriedad en su máximo grado, entre otros.

La nueva fórmula abarca distintos tipos de incapacidades de orden físico, congénitas o

¹¹ Ponen el acento en el consentimiento, SANDRO, Violación (víctima privada de razón), “Doctrina Penal”, 1983-513; LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal. Parte especial, vol. II, p. 351.



provocadas por el autor¹², así como cualquier dolencia transitoria o permanente, física o mental, pero condicionada a que impida a la víctima consentir libremente la acción. Quedan comprendidas, por lo tanto, las secuelas dejadas por la enfermedad (p.ej., la parálisis, la amputación de los miembros), pero siempre que la causa opere impidiendo a la víctima su libre autodeterminación sexual.

5) *Consentimiento de la víctima.* El consentimiento no plantea ningún problema cuando se trata de una víctima mayor de 13 años o no sea de aquellas especialmente vulnerables (incapaces, trastornados mentales, etc.). Pero, en situaciones de menores de esa edad o de personas especialmente vulnerables, la cosa es diferente. En estos últimos casos, la doctrina entiende que el consentimiento carece de eficacia desincriminante, por cuanto el derecho no les reconoce capacidad suficiente para consentir libremente un acto de naturaleza sexual. Vale decir, que la prestación del consentimiento es indiferente para el derecho penal: la falta de reconocimiento legal encierra una verdadera presunción de que la persona que se encuentra en tales condiciones carece de capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual. De acuerdo con este razonamiento, entonces, la conclusión es que, si se dan en el caso particular las condiciones de minoridad o incapacidad, la presunción se torna absoluta (*iuris et de iure*), importando la aplicación automática del art. 119.

Sin embargo, nosotros creemos que en ciertas hipótesis, el consentimiento del sujeto pasivo (menores e incapaces) tiene relevancia desincriminante. Nosotros creemos que no es suficiente con la existencia de la menor edad o de la incapacidad para la aparición del delito, sino que hace falta algo más: que se “abuse” de ellas.

En tales supuestos, el consentimiento que han prestado el menor o el incapaz es no sólo posible sino válido, pues, de lo contrario, no tendría explicación la exigencia normativa del “abuso” para considerar cometido el delito.

Si el legislador ha exigido como condición típica que el autor “abuse sexualmente” del sujeto pasivo, es porque le ha reconocido el derecho a ejercer su sexualidad libremente, tanto que, de no mediar una conducta abusiva, la relación sexual con el menor o con el incapaz no constituye delito. Y, si esto es así, entonces hay que concluir que el menor o el enfermo mental pueden válidamente otorgar el

¹² Ejemplo de incapacidad física provocada podría ser el caso de un sadomasoquista que se somete a una sesión atado de pies y manos, en una posición que permite fácilmente el acceso, y el autor lo penetra no obstante la voluntad contraria de aquél.



consentimiento para el acto sexual. De lo contrario, si se debiera entender que la presunción de invalidez del consentimiento es absoluta, entonces todo comportamiento de contenido sexual con personas comprendidas en tales categorías (aun las conductas no abusivas) debería considerarse delictivo.

Si la libertad sexual comporta una manifestación concreta de un bien jurídico más general: la libertad individual, resulta obligado concluir que tanto los menores como los incapaces son titulares del derecho a la libertad; lo contrario, implicaría reconocer la existencia de personas sin derechos, algo que no parece concebible en el estado actual de nuestro derecho. De aquí que, para que la conducta sexual sea típica, debe haber sido una “conducta abusiva”¹³.

La exigencia de una “conducta abusiva” implica –según nos parece– el reconocimiento legislativo de que la mera relación sexual con menores de trece años o con personas con capacidades diferentes carece de incidencia negativa alguna en el desarrollo de su vida sexual. Por lo tanto, la presunción de invalidez del consentimiento no es absoluta sino relativa, de manera que, si en el caso particular se comprueba que el menor o el incapaz prestaron su acuerdo para la realización del acto sexual, y la conducta del autor no fue abusiva de la situación padecida por estas personas, el hecho no puede considerarse delictivo. La inexistencia de abuso implica la inexistencia de delito.

Una interpretación que otorgue valor absoluto a la presunción legal sólo podía haber tenido cabida durante la vigencia del texto derogado, según el cual para que la conducta sea ilícita era suficiente con que se la llevara a cabo con un “menor de doce años”, pero no frente a un texto como el actual en el que, además de la edad o la situación de vulnerabilidad de la víctima, la dinámica del tipo penal exige que el autor abuse sexualmente de la otra persona. De lo contrario, deberíamos admitir que carece de todo sentido que el legislador haya exigido en el tipo objetivo el elemento del “abuso” de la situación en que se encuentra la víctima, pues, por imperio de la presunción legal, era suficiente para la consumación típica con la realización de la conducta sexual, aun cuando no se concrete bajo la modalidad abusiva.

Como conclusión, entonces, se puede afirmar que la conducta sexual realizada por el sujeto activo sólo será típica cuando ella tenga verdadera incidencia negativa en la formación y desarrollo de la vida sexual del sujeto pasivo, circunstancia que se dará únicamente cuando se demuestre que el menor o el

¹³ Ver GARCÍA PÉREZ, La regulación del derecho penal sexual en España, en REYNA ALFARO (dir.), “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, p. 237.



enajenado han sido instrumentalizados por el autor, vale decir, cuando éste se ha aprovechado de las limitaciones cognoscitivas y volitivas de la víctima para obtener de ella su consentimiento e involucrarla en un contexto sexual determinado, lo cual justificaría la intervención penal¹⁴.

7) *Sujetos*. Sujetos activo y pasivo del delito puede ser cualquier persona, sin que se exija la concurrencia de ninguna cualidad especial que no sean aquellas que agravan el hecho (art. 119, párr. 5º). Se trata de un delito común, de autor y víctima indiferenciadas, hetero u homosexual.

8) *Consumación y Tentativa*. El delito es de pura actividad y se consuma cuando se ejecuta el acto de contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima¹⁵. La posibilidad de la tentativa ha dividido a la doctrina. La rechazan GÓMEZ, PECO, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, MOLINARIO, etc., mientras que la admiten SOLER, NÚÑEZ, CREUS, LAJE ANAYA, AROCENA, FONTÁN BALESTRA¹⁶, REINALDI, GAVIER y DONNA, entre otros. En verdad, si bien pueden ser imaginables formas imperfectas de ejecución, en la praxis puede resultar muy confuso el deslinde entre los actos preparatorios y la tentativa punible, en la que la intención del sujeto juega un rol preponderante.

8) *Tipo Subjetivo. Cuestiones al respecto*. Con relación a la culpabilidad en este delito, la

¹⁴ SÁNCHEZ TOMAS, Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre menor de doce años y abusando de trastorno mental, “Cuadernos de Política Criminal”, n° 59, p. 121 y ss., quien explica que resulta necesario reconducir a sus justos términos la exigencia del abuso, evitando que su concurrencia quede condicionada a la mera presencia de una persona con trastorno mental. Ello supondría desprestigiar la existencia de la exigencia típica de que el comportamiento del sujeto pasivo quede condicionada por la conducta abusiva del sujeto activo. La exigencia del abuso, aunque presupone el elemento cognoscitivo-intelectivo del dolo, no debe confundirse con él. Sólo estaremos en presencia del abuso cuando el sujeto sea consciente del trastorno mental del sujeto pasivo. Pero ésta es una comprobación del dolo, y si nos refiriéramos únicamente a él se haría innecesaria la nueva previsión del elemento subjetivo. Por ello, la conciencia del trastorno mental es requisito necesario pero no suficiente para afirmar su abuso. El ámbito propio del abuso radica en el aprovechamiento del trastorno mental para involucrar insidiosamente al sujeto en una relación sexual.

¹⁵ LEDESMA, Abuso deshonesto o tentativa de violación, “Doctrina Penal”, 1982-541. AROCENA, por su lado, entiende que el delito es de lesión y se consuma con el tocamiento, contacto o aproximación corporal; sin embargo, afirma –contrariamente– que el abuso sexual no puede cometerse a distancia ni de palabra, sino que la conducta típica exige tocamientos o contactos corporales entre el autor y la víctima, salvo –al parecer– cuando se trate de objetos con connotación sexual que se aproximan a partes del cuerpo ajeno [Delitos contra la actividad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 256 y 260].

¹⁶ FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, t. V, p. 124, acepta la tentativa conceptualmente, pero manifiesta sus dudas en la práctica.



doctrina plantea distintas propuestas. Una, llamada “subjetivista”, exige para la consumación típica la concurrencia de un elemento subjetivo especial en el autor, esto es, que se proponga con el acto deshonesto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito¹⁷. El dolo, para esta doctrina, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar la propia lascivia, quedando caracterizado como un elemento subjetivo del tipo de injusto. La opinión ha sido defendida por un importante sector de la doctrina italiana (MAGGIORE, MANZINI, RANIERI, etc.) y buena parte de nuestros autores (PECO, ODERIGO, GÓMEZ, MALAGARRIGA, MORENO, MOLINARIO, entre otros).

La otra propuesta, denominada “objetivista”, considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impúdico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor (satisfacción sexual, venganza, broma, etc.), el delito se consuma con el acto objetivamente impúdico. Sostienen esta postura, entre otros, NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, LÓPEZ BOLADO, LAJE ANAYA, CREUS, REINALDI y AROCENA.

El abuso sexual es un delito doloso, pero de dolo común. La ley no exige ningún elemento subjetivo del tipo de injusto. Basta –como se tiene dicho– con el dolo común, esto es, con la conciencia de que el acto es impúdico y con la voluntad de realizarlo, con exclusión del acceso carnal. Las conductas torpes o culposas no están incriminadas.

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 equívoca 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 sexual¹⁸.

d) *AGRAVANTES*. Las circunstancias agravantes para el simple abuso sexual están previstas en el párr. 5º del art. 119 del Cód. Penal, las cuales, salvo la excepción hecha de la contemplada en el inc. c –

¹⁷ FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, t. V, p. 121.

¹⁸ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 185.



que “*el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio*”–, son las mismas que las previstas para los supuestos de los párrs. 2º y 3º.

La pena, para estos supuestos, es de tres a diez años de prisión o reclusión.

Este nuevo esquema de agravantes podemos sintetizarlo de la siguiente manera:

1) *POR EL RESULTADO*. Comprende el grave daño en la salud (art. 119) y la muerte de la persona ofendida (art. 124).

a) **Grave daño**. La nueva disposición, salvo el agregado de la expresión “salud mental”, es la misma que la del anterior art. 122. Lamentablemente, el legislador no reparó en que el problema que se había suscitado en la doctrina no residía en si el concepto de salud física abarcaba o no el de salud mental (algo sobre lo que todos estaban de acuerdo), sino en el alcance de la expresión “grave daño”; vale decir, si la redacción comprendía sólo las lesiones graves y gravísimas de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal o si, por el contrario, el concepto se hacía extensible también a otros daños graves determinables judicialmente.

Respecto de esta cuestión, algunos autores entienden que grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Se trata más bien de una expresión genérica que le permite al juez apreciar libremente la gravedad del daño. Son esta opinión SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, GARONA, GAVIER, REINALDI, ESTRELLA, CLEMENTE, VILLADA y AROCENA.

Otros, en cambio, sostienen una posición restringida, según la cual la expresión “grave daño” equivale a las lesiones de los arts. 90 y 91 del Cód. Penal. Siguen esta postura GÓMEZ, ODERIGO y MORAS MOM.

En nuestra opinión, *grave daño* no es una expresión genérica que permita una libre interpretación judicial, sino una expresión jurídica con contenido propio, cuya única posible determinación sólo puede hacerse a partir de una interpretación legal. La expresión “grave daño” es un concepto normativo y, por lo tanto, es siempre una lesión grave y, con mayor razón aún, si la lesión es gravísima.

Una interpretación que deje librado al arbitrio judicial –más aún si tenemos presente que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez– la determinación del grado de la lesión constituye, a nuestro modo de ver, no sólo un peligroso criterio de interpretación, sino que se convierte



en una verdadera fuente de inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista subjetivo, la agravante es de naturaleza preterintencional, vale decir, que el resultado más grave (culposo) no debe haber sido querido ni buscado por el autor. Por lo tanto, “grave daño en la salud” debe ser entendido, de un lado, como un daño fisiológicamente importante, esto es, de mayor entidad que las lesiones leves (por lo tanto, siempre será una lesión grave o gravísima) y, de otro, que debe afectar el cuerpo de la víctima (daño anatómico) o su salud mental (daño funcional).

b) **Muerte de la víctima.** El art. 124 establece: “*Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida*” (texto según Ley 25.893/04).

Se trata de un resultado preterintencional no conectado subjetivamente al autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe “resultar” de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7º, del Cód. Penal¹⁹.

Cabe poner de relieve que la agravante sigue suscitando opiniones encontradas. Para Arocena, con cuya postura coincidimos, se trata de un tipo cualificado por el resultado. De Luca y López Casariego, por el contrario, entienden que, por la escala penal prevista en el tipo penal, se trata de un resultado equiparado a los del art. 80 del cód. penal, de modo que la muerte de la víctima debería estar abarcada, cuanto menos, por el dolo eventual del autor. Nosotros seguimos creyendo, no obstante la fundada

¹⁹ En contra, NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. IV, p. 270, para quien también queda comprendida en la agravante la muerte producida con dolo eventual. En opinión de DONNA, sólo integran la agravante los resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo con el homicidio culposo en los casos que así suceda (Delitos contra la integridad sexual, p. 82). AROCENA comparte la postura que sostenemos en el texto, aunque categoriza a la agravante como un tipo cualificado por el resultado [Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 271 y siguientes]. En igual sentido, Klappenbach Fernando y Giúdice Bravo Juan F., en Código penal comentado y anotado (Dir.: Andrés D’aleccio), cit., pag. 188) opinión compartida por Breglia Arias y Gauna, conf. Código penal comentado, pags. 1071 y sig.. Para De Luca y López Casariego, teniendo en cuenta la escala penal prevista por el art. 124, se trata de una muerte equiparable a la del art. 80 CP, por lo tanto, dolosa, cuanto menos –dicen– abarcada por el dolo eventual (conf. Delitos contra la integridad sexual, cit., pags. 130 y sig.).



opinión de estos autores, que se trata de una agravante, cuyo resultado escapa a los designios del autor; la muerte no es querida, ni siquiera prevista como probable; la remisión al delito del art. 120 constituye un punto apoyo a la tesis del resultado preterintencional que sustentamos, por cuanto la muerte de la víctima no parece ser un resultado compatible con la estructura típica del estupro, cuya dinámica comisiva requiere el consentimiento del sujeto pasivo. Con respecto a las penas, eso sí, entendemos que la escala penal contenida en el art. 124 no respeta el principio de proporcionalidad ²⁰.

2) *POR EL PARENTESCO CON LA VÍCTIMA.* La agravante exige para su aplicación no sólo la existencia del vínculo parental entre víctima y victimario que deriva del propio art. 119, sino también la concurrencia de la situación de abuso prevista en el primer párrafo del mismo artículo. Fuera de estos casos, la simple relación carnal consentida entre personas unidas parentalmente (incesto) no configura delito en nuestro régimen penal.

3) *POR LA CALIDAD DEL AUTOR.* La nueva legislación ha reemplazado la vieja expresión “sacerdote” por la de “*ministro de algún culto reconocido o no*”, en la pretensión de acabar con la polémica acerca de si la voz *sacerdote* hacía referencia únicamente a aquella persona vinculada a un culto que estaba reconocido oficialmente en el país. Con la nueva frase incorporada por la reforma, queda comprendida en la agravante cualquier actividad ministerial religiosa, de cualquier jerarquía, careciendo de relevancia el que haya sido o no reconocida como tal por el Estado.

Lo que fundamenta el mayor castigo en este supuesto, a nuestro modo de ver, es la simple calidad del sujeto activo, esto es, su condición sacerdotal. Basta con que el autor, al momento del hecho, ostente la calidad exigida por la norma. Por ello, con la regulación anterior la agravante concurría aun cuando la víctima ignorase la calidad de sacerdote que revestía el autor. Sin embargo, de acuerdo con la actual estructura que presenta la agravante, debe tratarse de una conducta abusiva, vale decir que el autor se prevalezca o aproveche de su condición de sacerdote. Por lo tanto, la víctima debe conocer su

²⁰ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado, cit., pags. 403 y sig..



calidad de tal²¹.

La nueva expresión que trae la ley es comprensiva de cualquier ministro de una religión y de la jerarquía que sea, reconocido o no por el Estado. Por consiguiente, el término abarca al sacerdote del culto católico, al rabino, al pastor protestante, al guía espiritual de un grupo religioso, al gurú de una secta, etcétera²².

En cuanto a la agravante de haber sido el hecho cometido por personal perteneciente a las *fuerzas policiales o de seguridad*, se trata de una circunstancia calificante novedosa que no estaba prevista en la legislación derogada. El fundamento de la mayor penalidad reside en la posición de poder o de dominio que representa la autoridad policial ante los terceros, que ven debilitadas sus defensas frente al ataque sexual de que son objeto.

Con arreglo al texto legal, la agravante sólo resulta aplicable si el abuso sexual se lleva a cabo por la autoridad pública, “*en ocasión de sus funciones*”. De modo que no resulta suficiente con la mera condición de personal policial o de seguridad que revistan formalmente al momento del hecho (p.ej., un agente de la policía que comete el hecho estando en franco de servicio), sino que el abuso sexual debe haberse cometido en oportunidad de estar desarrollando o ejecutando una actividad en el marco de su competencia funcional y territorial.

La expresión “*fuerzas policiales o de seguridad*” comprende a las policías provinciales, Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria.

4) *POR LA EXISTENCIA DE CIERTOS DEBERES ESPECIALES*. La nueva fórmula, a diferencia de la anterior, ha incluido expresamente al tutor (art. 377 CC) y al curador (art. 468 CC) al lado de los dos supuestos ya previstos y que según la doctrina se encontraban comprendidos en ellos: el encargado de la educación y el encargado de la guarda.

En todos estos casos, el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor.

²¹ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 198. En contra, requiriendo sólo la cualificación del autor para la aplicación de la agravante, circunstancia que lleva a que la víctima no debe conocer la condición de aquél, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 269.

²² En contra (sólo al sacerdote católico), PEÑA GUZMÁN, citado en LÓPEZ BOLADO (dir.), en Violación, estupro y abuso deshonesto, cit., p. 201.



a) *Encargado de la educación.* Es aquel a cuyo cargo está la tarea de enseñar, instruir, educar, corregir, impartir lecciones, etc., a otra persona.

Puede tratarse de una relación jurídica o una de hecho y el ejercicio del cargo o el mantenimiento de la situación fáctica puede ser permanente (o de cierta estabilidad o permanencia) o meramente transitoria o circunstancial.

Son ejemplos de este supuesto el profesor universitario, el secundario, el maestro de escuela, el preceptor de un colegio, la institutriz, el maestro de algún arte u oficio, el maestro particular, etcétera.

b) *Encargado de la guarda.* Es aquel a cuyo cargo está el cuidado del sujeto pasivo, sea que la relación provenga de un acto jurídico o de una mera situación de hecho.

Esta relación, al igual que en la hipótesis anterior, puede ser transitoria o permanente, pero no meramente circunstancial, como sería el caso, por ejemplo, del amante estable de la madre de la víctima. Se requiere, al menos, entre el autor y la víctima, que exista la relación a que hace referencia la ley cuando alude a encargo (o encargado) de la guarda (cuidado) del sujeto pasivo. El encargo significa tener a cargo o bajo el propio dominio o poder el cuidado (guarda) de la víctima.

5) *POR LA PATOLOGÍA DEL AUTOR.* Esta nueva agravante solamente tiene relación con los párrs. 2º y 3º del art. 119 (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual agravado por el acceso carnal) y no con el abuso sexual simple del párr. 1º. La exclusión de la agravante para los casos de abuso sexual simple se explica, seguramente, por la dificultad de contraer el peligro de contagio de la enfermedad si no existe penetración sexual, pero es harto sabido que este tipo de enfermedades también pueden transmitirse por otras vías distintas del contacto sexual.

El autor debe tener conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave contagiosa y que se encuentra en actividad, es decir, en período de contagio. Además, la conducta sexual tuvo que haber creado concretamente el peligro de contagio en la otra persona. Se trata de una figura de peligro concreto.

Son enfermedades de transmisión sexual grave, entre otras, la sífilis, el chancro blando, blenorragia, hepatitis B y el sida.

6) *POR EL NÚMERO DE AUTORES.* La nueva redacción incrementa la pena del abuso sexual cuando ha sido cometido por dos o más personas. De esta manera, las modificaciones introducidas en el texto han venido a solucionar el viejo problema planteado en la doctrina sobre el número mínimo de



personas requerido por la agravante derogada, que hacía referencia al concurso de dos o más personas.

Para que resulte aplicable el tipo agravado, en el hecho deben haber intervenido como mínimo dos personas, sin límites en su máximo²³.

El fundamento de la agravante debe buscarse en la menor posibilidad de defensa que experimenta la víctima frente a un hecho de plural participación y en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico que importa el ataque de un grupo de personas.

La agravante se configura aun cuando uno o más de los autores sean inimputables. Lo que importa es el número, no la capacidad penal de los intervinientes. Es suficiente con que sólo uno de ellos haya cometido la agresión sexual. La participación se rige por las reglas comunes. La pluralidad de agravantes no multiplica el delito, sólo tiene incidencia en la ponderación de la pena. La intervención pasiva igualmente da lugar a la agravante²⁴.

7) *POR EL MEDIO EMPLEADO*. El art. 119, inc. *d*, párr. 4º, agrava la pena cuando el abuso sexual haya sido cometido “*con armas*”.

El fundamento de la mayor penalidad reside en el incremento del peligro corrido por la víctima del ataque sexual, no sólo en relación con el bien jurídico específicamente protegido, sino con otros bienes cuya integridad también corre peligro (p.ej., la vida o la integridad corporal del sujeto pasivo). El uso de un arma, además de mejorar la posición del agresor sexual, disminuye los mecanismos de defensa de la víctima.

La agravante comprende las armas propias e impropias, de fuego o de disparo. Pero, en cualquier caso, el abuso sexual debe haber sido cometido con armas, es decir, mediando el empleo de ellas, no siendo suficiente la mera portación del arma²⁵, que únicamente podrá ponderarse como un acto de intimidación. Pese a que el sustantivo “armas” está empleado en plural, es suficiente con el uso de una sola arma, en singular.

²³ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 201 y siguientes.En una misma dirección, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal.Parte especial”, t. I, p. 269 y siguientes.

²⁴ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 201 y ss.; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal.Parte especial”, t. I, p. 269 y siguientes.

²⁵ En contra, PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 92 y siguientes.En el sentido del texto, DONNA, Delitos contra la integridad sexual, p. 89.



8) *POR LA EDAD Y SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA.* El inc. f del párr. 4º del art. 119 introduce una nueva modalidad agravatoria de los abusos sexuales: haber cometido el hecho contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con él.

Esta modalidad de abuso sexual agravado requiere para su configuración de los siguientes elementos: un menor de dieciocho años, varón o mujer; una situación de convivencia con el sujeto pasivo que sea preexistente al hecho mismo, y el aprovechamiento de tal situación por parte del autor.

La situación de convivencia puede ser transitoria o permanente, ya que la ley nada indica al respecto, pero seguramente habrá que tener especial cuidado con aquellas situaciones de cohabitaciones pasajeras, esporádicas, de muy corta duración y que revelan la inexistencia de una verdadera convivencia entre el autor y la víctima, que supone una vida en común compartida.

La convivencia implica algo más que el “estar o permanecer en el mismo lugar que el autor”; no se trata de una situación meramente material o física, sino de una situación que tiene como presupuesto una comunidad de intereses, de afectos y de situaciones compartidas que son similares a las de una familia, que puede estar formalmente constituida o conformar simplemente una unión de hecho (concubinato). De aquí que no resulta suficiente con solo “vivir bajo el mismo techo”, como piensa alguna doctrina. De cualquier modo, la agravante sólo resulta aplicable en la medida en que el autor se aproveche de la situación de convivencia, vale decir, se prevalezca o utilice las ventajas que tal situación le brinda para consumar el abuso sexual. Se trata de un elemento subjetivo que acompaña el obrar del autor, sin el cual la figura resulta excluida.

Abuso Sexual Gravemente Ultrajante

Art. 119, párrafo segundo: *“La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.*

Se trata de un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el art. 119, párr. 1º, de forma que su aplicabilidad dependerá, además de la concurrencia de los elementos propios que contiene el tipo, de los requisitos exigidos para la figura básica.

El tipo requiere un comportamiento sexual abusivo que, ya sea por su duración (elemento temporal



indeterminado), o por ciertas circunstancias de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etc., (elemento circunstancial), haya significado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

El abuso puede ser temporalmente variable, pero en cualquier caso deberá tratarse de una conducta sexual abusiva que se prolongue de manera excesiva en el tiempo, por un lapso cuya duración –por no estar prevista en la ley– sólo podrá determinarse sobre la base de criterios ponderables por vía judicial.

Un sometimiento sexual es gravemente ultrajante para la víctima cuando afecta su dignidad como persona humana o cuando tiene un particular signo degradante y envilecedor. Lo que caracteriza a conductas de esta clase es la humillación que causa en sus víctimas. Son ejemplos de abusos que producen en la víctima esta sensación de envilecimiento, los actos sexuales realizados en público, o ante la propia familia, empleándose objetos o instrumentos mecánicos o de cualquier naturaleza, pero de connotación sexual; introducción de los dedos o la lengua en la vagina o el ano de la víctima, y la *fellatio in ore*, entre otros. Con referencia a los objetos, deben ser corpóreos e inanimados, debiendo actuar como sucedáneos del pene, vale decir, que deben tener una significación sexual²⁶.

En cuanto a la vía de introducción deben ser la vaginal o la anal, excluyéndose otros orificios del cuerpo humano, entre ellos la boca, salvo que la introducción se produzca mediante la penetración del órgano genital masculino por vía oral (*fellatio in ore*), en cuyo caso estaremos dentro de la tipicidad de esta conducta agravada.

Por tratarse de un subtipo derivado (agravado) de la figura básica del párr. 1º del art. 119, los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, siendo irrelevante que sean o no del mismo sexo. El abuso puede perpetrarse tanto contra un menor de trece años como contra cualquier otra persona mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o aprovechando la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Pero, en cualquier caso, la conducta típica deberá plasmarse en un contacto corporal

²⁶ La jurisprudencia ha puesto de relieve las notas características de este tipo de abuso sexual. En este sentido, ha dicho el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que “el art. 119, párr. 2º, Cód. Penal, es un tipo abierto por medio del cual el legislador ha delegado al juez la prudente ponderación sobre la extensión del tipo, exigiéndole que compruebe la existencia de un abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima y que ello derive de su duración o de las circunstancias de su realización. Los actos sexuales ‘gravemente ultrajantes’ son los que objetivamente considerados tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Incurre en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, el accionar del acusado que llevó a su habitación por la fuerza a una menor de quince años, con la que convivía en calidad de guardador, y con quien procedió a mantener sexo oral (en el caso, el imputado abusó sexualmente de la joven, en contra de su voluntad, le subió el camión, le bajó la bombacha y le succionó la vagina)” (ST Córdoba, Sala Penal, 9/9/04, “González”, “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 6, p. 163).



de inequívoca significación sexual, sin que se llegue al acceso carnal.

Abuso Sexual Agravado por Acceso Carnal

Art. 119 párrafo tercero, se corresponde con el viejo delito de violación del anterior art. 119, que ha desaparecido como tipología autónoma para pasar a configurar un subtipo agravado del abuso sexual simple previsto en el primer párrafo del mismo artículo. La conducta típica, no obstante, ha quedado centrada, como antes, en el acceso carnal.

a) *EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.* El bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual de las personas, entendida como la facultad del individuo de autodeterminarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual.

Esto implica reconocer, en principio, que la actividad sexual entre las personas, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser objeto de reproche punitivo. La sexualidad de los individuos debe mantenerse libre de toda injerencia del derecho penal. La intervención penal sólo puede justificarse frente al disenso del otro o ante situaciones especiales del sujeto pasivo.

La violación no es punible por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro. Si el derecho penal ha de intervenir, ha de ser para poner de manifiesto que tal conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso, lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el prevalerse de determinadas circunstancias en que se encuentra el otro sujeto²⁷.

b) *ELEMENTOS DEL DELITO.* El núcleo rector del tipo es el **acceso carnal**, que puede ser definido como la *penetración del miembro viril del actor en cavidad receptiva de naturaleza orgánico-funcional, o en el conducto rectal de la víctima, con el propósito de lograr el coito*²⁸.

1) *ACCESO CARNAL.* La noción abarca el acceso carnal vaginal y el anal (*coito per anus*), heterosexual y homosexual, quedando excluidos la *fellatio in ore (immissio membri in os)* y otras

²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Manual, p. 134.

²⁸ Así lo decíamos en BUOMPADRE, La “fellatio in ore” no es violación, LL, 1984-A-861, y en nuestro Tratado de derecho penal, cit., T.I, p.



prácticas antinaturales (p.ej., coito *inter femora*, cunnilingus, actos de bestialismo). Sin embargo, la cuestión no es pacífica, ni en doctrina ni en jurisprudencia²⁹.

La expresión “acceso carnal” no tiene precedentes en nuestra historia legislativa. El Proyecto Tejedor empleó la fórmula “aproximación sexual”, en tanto que el Código de 1886 le agregó “aunque el acto no llegue a consumarse”. La ley de reformas de 1903 sustituyó esta expresión por la de “tener concúbito”, fórmula proveniente del Proyecto de 1891. Lo cierto es que, en el proceso legislativo posterior, la exigencia del acceso carnal aparece por primera vez, y sin ninguna explicación, en el Proyecto de 1906, trasladándose luego a los proyectos posteriores y al Código Penal de 1921. De manera que, al no haberse dado ninguna explicación sobre cómo debía entenderse esta expresión, su sentido y alcance quedó librado a la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

En verdad, la fórmula había dado mucho que hablar a nuestra doctrina, no sólo con respecto al propio concepto de “acceso carnal” sino en todo lo atinente a determinar sus verdaderos límites, esto es, si toda práctica sexual violenta o abusiva podía constituir o no acceso carnal a los fines del antiguo delito de violación.

Con relación a esto, se expusieron en doctrina dos criterios bien definidos sobre acceso carnal: uno biológico y otro jurídico.

a) *Criterio biológico.* Esta concepción, cuyos orígenes se remontan a la legislación española, apunta a dar una solución de carácter fisiológico al problema, otorgando prevalencia sólo al acoplamiento por vía natural. De esta manera, se hace consistir el acceso carnal en la penetración del órgano sexual masculino, por vías naturales, normales o anormales, en el cuerpo de la víctima³⁰.

b) *Criterio jurídico.* Según este criterio, de mayor amplitud que el anterior, se entiende por acceso carnal toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste (PECO,

²⁹ Para mayores detalles sobre el tema en nuestra doctrina, ver CHIAPPINI, La “fellatio in ore”, ¿violación?, en “Cuestiones de derecho penal”, p. 67, y La “fellatio in ore”: una réplica, JA, 1993-I-766; GARONA, El delito de violación, en LÓPEZ BOLADO (dir.), “Violación, estupro y abuso deshonesto”, p. 28 y ss.; MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 15 y ss.; BUOMPADRE, La “fellatio in ore” no es violación, LL, 1984-A-861.

³⁰ Puede verse con mayor amplitud ambos criterios en MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 15 y siguientes. El criterio fue seguido por un importante sector de nuestra doctrina, pudiéndose citar, entre otros, a URE, FRÍAS CABALLERO, GARONA y FONTÁN BALESTRA.



MORAS MOM, GOLDSZTERN, MANIGOT, ODERIGO y, al parecer, también CHIAPPINI, aunque no expresamente)³¹.

Otros autores, como NÚÑEZ, SOLER, MOLINARIO, CARRERA y LAJE ANAYA, aun sin pronunciarse expresamente en favor de uno u otro criterio, estiman que tener acceso carnal significa introducción, aun en forma imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (NÚÑEZ), o bien que acceso carnal significa penetración sexual del órgano genital en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal (SOLER).

c) *Nuestra opinión.* En nuestra opinión, tanto el criterio biológico como el jurídico merecen objeciones. El primero resulta demasiado estricto frente al texto de nuestra ley, ya que, al hacerse referencia en el párr. 1º del art. 119 a “persona de uno u otro sexo”, se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal, de donde se concluye que sujeto pasivo del delito también puede ser un varón. El segundo criterio, por el contrario, es excesivo. Su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18, Const. nacional) que prohíbe, precisamente, la aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal. Es lo que sucede, según nuestro parecer, con la *fellatio in ore* y otras prácticas sexuales antinaturales, las cuales, de ser incriminadas a título de abuso sexual agravado por el acceso carnal, significarían una aplicación extensiva del art. 119 del Cód. Penal.

Descartado el criterio biológico por insuficiente, el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, del que pueda inferirse que también quedan abarcados en la fórmula el coito oral u otras prácticas sexuales equivalentes.

Identificar acceso carnal con prácticas sexuales que puedan representar el coito o formas degeneradas o equivalentes de éste, o considerarlo como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (algunos autores hacen referencia a cavidad natural), es decir más de lo que el propio concepto dice. Es, sin más, pecar por exceso, pues sabemos que el cuerpo de una persona posee cavidades naturales (que no son la vagina o el ano) que no resultan aptas ciertamente para configurar el coito (p.ej., las fosas nasales y auditivas)³². Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal

³¹ CHIAPPINI, El acceso carnal en el estupro, JA, 1985-III-663, y La “fellatio in ore”: una réplica, JA, 1993-III-742.

³² En contra, MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 23 y 24.



que estamos analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales (p.ej., heridas)³³, o en cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos transexuales³⁴, etcétera.

La penetración, para configurar el acceso carnal requerido como conducta típica, debe realizarse en cavidad que represente una receptividad sexual funcional en la víctima³⁵ y no en cualquier orificio, natural o artificial, del cuerpo humano. Tal cavidad no es otra que la vagina de la mujer, pero, como es la propia ley la que posibilita que también el hombre pueda ser sujeto pasivo del delito, necesariamente la penetración anal violenta o abusiva (en ambos sexos) configura el delito.

Con respecto a la *fellatio in ore*, los criterios de interpretación tampoco han sido coincidentes –ni lo son con la ley vigente– entre nuestros autores. Un sector doctrinal sostiene que la felación es una de las formas anormales de la violación, pues implica penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural de la víctima. Siguen esta opinión URE, FONTÁN BALESTRA, GARONA, TIEGUI, GOLSZTERN, MORAS MOM, CHIAPPINI y VÁZQUEZ IRUZUBIETA. Otros, en cambio, no se han pronunciado expresamente sobre la cuestión, aun cuando se han ocupado de analizar el concepto de acceso carnal. Entre éstos, puede citarse a ODERIGO, PECO, MANIGOT, PAGANO (H.), RODRÍGUEZ GRONDONE, GONZÁLEZ ROURA y SOLER, aunque, con respecto a este último, pareciera tener razón LAJE ANAYA al ubicarlo entre aquellos autores que descartan la felación como constitutiva de violación³⁶, pues –sabemos– SOLER ha escrito que no se pueden considerar como violación los actos de molicie, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal³⁷. Con distinto parecer pueden mencionarse, entre otros, a JOFRÉ, GÓMEZ, NÚÑEZ, MOLINARIO, LAJE ANAYA, ACHÁVAL, CREUS, CLEMENTE, TENCA y

³³ URE, Los delitos de violación y estupro, p. 15.

³⁴ GARONA, El delito de violación, en LÓPEZ BOLADO (dir.), “Violación, estupro y abuso deshonesto”, p. 30; MORAS MOM, en cambio, acepta como violación la penetración en el cuerpo del sujeto operado por cambio de sexo (Los delitos de violación y corrupción, p. 24 y ss.); en este último sentido, también CHIAPPINI, La “fellatio in ore”: una réplica, JA, 1993-III-742.

³⁵ ACHÁVAL, Manual de medicina legal y práctica forense, p. 403.

³⁶ LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal. Parte especial, vol. II, p. 341. Sin embargo, ver la opinión contraria de CHIAPPINI, respecto del pensamiento de SOLER, en Cuestiones de derecho penal, p. 68, nota 3.

³⁷ SOLER, Derecho penal argentino, t. 3, p. 282.



PANDOLFI³⁸, para quienes la felación configuraba, en la versión anterior, una hipótesis de abuso deshonesto.

La reforma que ha experimentado el art. 119 mediante la ley 25.087 ciertamente que no ha contribuido a mejorar el estado de cosas. Muy por el contrario, la ambigua como equívoca frase “acceso carnal por cualquier vía” ha traído mayor confusión y oscuridad al problema que el que en su día originara el texto derogado.

Dos son, fundamentalmente, las observaciones que pueden hacerse al nuevo precepto, y que justifican, al mismo tiempo, el rechazo de la tesis amplia que pretende castigar la *fellatio in ore* a título de violación.

De un lado, si abrevamos en los antecedentes parlamentarios podremos verificar que la idea del legislador ha sido equiparar la felación al tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal previsto en el art. 119, párr. 3°. En el marco de un consenso parlamentario como éste y frente a una clara intención de castigar la felación a título de violación, nos surge obligadamente esta pregunta: ¿por qué, entonces, no se introdujo expresamente la figura (como su antecedente español) en vez de recurrir a una frase tan imprecisa como equívoca que iba –sin duda– a reeditar viejas discusiones?, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión “por cualquier vía” puede ser interpretada en el marco de una visión tan amplia que la penetración del pene por cualquier vía del cuerpo humano, sea natural (orificios nasales y auditivos) o artificial (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.), conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, debemos interpretar (porque así lo permite el texto de la norma) que ha optado por dejar la figura al margen de la tipicidad del delito que analizamos (se trata de una hipótesis en la que la voluntad de la ley excede a la del legislador)³⁹. De otro lado,

³⁸ Ver, por todos, PANDOLFI, “Fellatio in ore”: ¿violación o abuso deshonesto?, JA, 1993-I-766, y con mayor desarrollo, Delitos contra la integridad sexual, p. 31 y siguientes. Igualmente, para una detallada información sobre el estado actual de la doctrina argentina, ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 99 y ss., y CLEMENTE, Abusos sexuales, p. 94 y siguientes.

³⁹ En favor de la tesis restrictiva, vale decir, que la *fellatio in ore* no encuadra en la figura prevista en el art. 119, párr. 3°, sino en la del párr. 2°, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 34, y PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 53. Manifiesta sus dudas CREUS, El nuevo Código Penal argentino, p. 4 y 5, nota 3, pero nos da toda la impresión de que participa de la opinión que sostenemos en el texto, al referirse a “lo irremplazable de la precisión terminológica en la confección de las leyes, porque la ley dice lo que dice, no lo que los legisladores quieren que diga, principio de interpretación hartamente conocido”. En CREUS y BUOMPADRE, contrariamente, se afirma de manera categórica que el acceso carnal típico en la violación y el estupro es la penetración del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal únicamente



consecuentes con el concepto de acceso carnal que hemos propuesto, nos parece que la boca no resulta un conducto apto para generar el coito, aun cuando –como lo hace notar NÚÑEZ⁴⁰– sirva para producir el desfogue sexual del autor.

La *fellatio in ore*, entonces, no constituye una modalidad del concepto de acceso carnal. De modo que, frente a la nueva regulación, la *fellatio in ore* configura un caso de abuso sexual agravado por el sometimiento gravemente ultrajante previsto en el art. 119, párr. 2º, cuya escala penal de cuatro a diez años de prisión o reclusión resulta a todas luces proporcionada con la gravedad del hecho.

En lo que parece haber acuerdo es en que, a los fines consumativos del delito, no interesa que la penetración sexual sea perfecta, esto es, que haya habido eyaculación (*inmissio seminis* o *seminatio intra vas*: eyaculación en el cuerpo de la víctima). Es suficiente con la *inmissio penis* (penetración), aunque haya sido incompleta o parcial. El *coitus interruptus* (retiro del pene de la vagina antes de la eyaculación) supone ya la consumación delictiva. Tampoco importa que haya habido desfloración o goce genésico. Quedan excluidos, por tanto, del tipo de abuso sexual agravado por el acceso carnal, el denominado coito perineal o *inter femora*, el coito *per os* (coito oral o *fellatio in ore*), el cunnilingus (succión vaginal, frecuente en el campo de la homosexualidad femenina) y la introducción de objetos, comportamientos que quedan encuadrados en el delito de abuso sexual agravado por el sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima previsto en el párr. 2º del art. 119.

2) *SUJETO ACTIVO*. Con respecto al antiguo delito de violación, la doctrina más extendida venía sosteniendo que se trataba de un delito de propia mano, es decir, que sólo un varón

(Derecho penal.Parte especial, t. 1, p. 209). También con muchas dudas y muy poca claridad, EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 30, que no se pronuncia expresamente sobre la cuestión, pero podría ser incluido entre los partidarios de la tesis restrictiva en atención a estas palabras: “Más allá de esta opinión [hace referencia al debate parlamentario], el objeto de interpretación siempre es la ley, y no la voluntad o finalidad del legislador, motivo por el cual lo que los jueces deberán dilucidar es el alcance de la expresión ‘por cualquier vía’”. Tampoco es tan claro REINALDI, pero al parecer se pronuncia por la tesis amplia, en el sentido de que la expresión “por cualquier vía” resulta abarcadora de las vías vaginal, anal y bucal (Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, p. 108). Más categórico es PARMA, Delitos contra la integridad sexual, p. 74, cuando afirma: “Aquí lo que movió los hilos de la reforma fue el poder introducir la *fellatio in ore* al cuerpo legal positivo vigente, solucionando de esta manera un viejo anhelo victimológico, pues la figura equipara la citada *fellatio in ore* a la violación, dando seguridad jurisprudencial a esta discusión sine die”; en una misma dirección, VILLADA-SARAVIA TOLEDO, Curso de derecho penal, p. 175; con igual criterio, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal.Parte especial”, t. I, p. 263 y siguientes. DONNA, por su parte, en áspera crítica al legislador, sostiene que la felación no entra en el concepto de acceso carnal, ya que éste corresponde únicamente al coito vaginal y al anal (Delitos contra la integridad sexual, p. 59).

⁴⁰ NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. III, p. 291.



fisiológicamente dotado para realizar el acceso carnal podía ser, en principio, sujeto activo del delito de violación.

El tenor de la nueva formulación legal, en nuestra opinión, ha introducido cambios que requieren de ciertas matizaciones.

El nuevo texto punitivo incrementa la pena del delito de abuso sexual cuando “*mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*”. Independientemente de la ambigüedad de la fórmula, cuya crítica ya hicimos en otro lugar⁴¹, creemos que el nuevo imperativo legal permite sostener que sujeto activo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, conclusión a la que arribamos por diferentes razones.

a) La propia normativa no hace ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos (activo y pasivo) indiferenciados.

b) El término “acceso carnal”, si bien en su sentido literal y semántico equivale a *penetración*, no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que no es éste ni su significado gramatical ni el legal⁴².

c) Al haberse trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad (el abuso sexual agravado por el acceso carnal es un subtipo agravado del abuso sexual simple del párr. 1º, art. 119), sería un contrasentido admitir la indiferenciación de sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada. Por otra parte, entendemos que la *ratio legis* de la reforma ha residido, fundamentalmente, en una razonable voluntad de ampliar el círculo de posibles sujetos, por lo cual pareciera ser en principio irrelevante que, tratándose de un comportamiento abusivo, sea un hombre o una mujer el sujeto activo, u hombre o mujer la víctima⁴³.

d) La expresión “acceso carnal” debe traducirse como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., en el que intervienen dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente un

⁴¹ BUOMPADRE, Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, “Revista de Ciencias Penales”, 1992-2-55 y siguientes.

⁴² ORTS BERENGUER, El delito de violación, en COBO DEL ROSAL y otros, “Comentarios”, t. XIV, p. 432 y ss., y Delitos contra la libertad sexual, en Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, Universidad del País Vasco, nov. 1996.

⁴³ Son expresiones de MAQUEDA ABREU, referidas al Código Penal español de 1995 (La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, en Congreso de Derecho Penal y Procesal, “El nuevo Código Penal y la ley del jurado”, Sevilla, nov. 1996, p. 81).



varón, de manera que se produzca la penetración de su órgano genital en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. Si acceso carnal quiere decir cópula, ayuntamiento, coito, yacimiento, etc., no puede dudarse de que estos comportamientos pueden realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí (es suficiente, entonces, que el órgano sexual masculino resulte introducido en las dos cavidades señaladas, quedando abarcados por el tipo únicamente el coito hétero u homosexual; no así las prácticas homosexuales femeninas)⁴⁴.

e) La conclusión precedente se relaciona muy estrechamente con la sustitución del núcleo del tipo penal que efectuó la reforma. En efecto, el reemplazo del verbo típico “tuviera” del anterior art. 119 por “hubiera” en el nuevo texto deriva en una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo “tener” no posee el mismo significado que el verbo “haber”. Frente al texto derogado, la doctrina dominante había considerado al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima y casi unánimemente se había sostenido que sólo el hombre podía ser sujeto activo, porque era el único que podía “tener” acceso carnal. Con la nueva redacción, en cambio, ya no se requiere que el autor “tenga” acceso carnal, sino que en el abuso sexual “hubiera” acceso carnal, vale decir, que lo que actualmente la nueva modalidad exige es que, en el marco del contexto sexual, haya habido acceso carnal, esto es, penetración del órgano sexual masculino en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. De forma que serán típicos tanto la penetración de un hombre contra una mujer u otro hombre como cuando el hombre o la mujer se hacen penetrar por el otro sujeto⁴⁵.

f) Por último, creemos que el bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona tanto se ve afectada cuando la conducta es llevada a cabo por un hombre cuanto por una mujer, puesto que de lo que se trata, en definitiva, es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinados en la

⁴⁴ BOIX REIG-ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley orgánica 11/1999, “Actualidad Penal”, n° 35, p. 676.

⁴⁵ Participa de este argumento, AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 264, al expresar que conviene recordar que el tipo legal exige que haya acceso carnal (penetración total o parcial del pene en el cuerpo de otra persona, por las vías admitidas por la ley), y no que el sujeto activo acceda carnalmente a la víctima. La ley se conforma, pues, con que exista un acceso carnal.



norma o, en fin, porque se trata de una víctima especialmente vulnerable⁴⁶. Entendemos que la *ratio legis* de la reforma, según lo que dijimos anteriormente, ha residido en una razonable voluntad del legislador de ampliar el círculo de posibles sujetos. El acceso carnal, en esta modalidad, sólo cumple el rol de ser la razón determinante del incremento de la pena, pues lo que caracteriza el tipo penal vertebralmente es la conducta sexual abusiva.

3) *SUJETO PASIVO*. Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona viva, sin que importen la edad o el sexo. Ciertas perversiones sexuales, como la necrofilia (acceso carnal a un cadáver) o los actos de bestialismo (actos sexuales con animales) no están abarcados por el tipo penal.

En este tema, dos problemas preocupan desde antiguo a la doctrina: la violación de la prostituta y la de la propia esposa.

a) *Violación de la prostituta*. Hemos dicho en su lugar que lo que está en juego en este delito no es la condición moral de la víctima (“honestidad”, en la vieja expresión de la ley), sino su libertad individual de practicar el acto sexual con quien mejor le plazca y en la forma y condiciones bajo las cuales ha sido consentido.

El derecho de disposición sexual es idéntico tanto para la meretriz como para la mujer que no lo es. De ello se infiere claramente que la prostituta puede ser accedida carnalmente con violencia, como cualquier otra mujer.

La prostituta, sea que ejerza el meretricio en un prostíbulo –habilitado o no– o fuera de él (en la vía pública o en habitación particular), merece la protección de la ley penal. Todo acceso carnal violento, tendiente a hacer cumplir la negativa de prestarse al acto, haya o no habido pago de un precio, configura el delito que estamos estudiando⁴⁷.

⁴⁶ PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 58 y ss., aunque reduciendo el campo del abuso a sólo dos situaciones: haciéndose penetrar por un menor de trece años o por una persona privada de razón. También PARMA entiende que la mujer puede ser sujeto activo en esta modalidad de abuso sexual (Delitos contra la integridad sexual, p. 76 y 81). Son partidarios de la tesis amplia, entre otros, ESTRELLA, CLEMENTE, REINALDI, TENCA, etc., mientras que por la tesis restringida se han pronunciado FÍGARI, GAVIER, DONNA, CREUS y otros. EDWARDS, siguiendo la vieja doctrina, y sin comprender el alcance de la reforma, se pronuncia también por la tesis restrictiva, es decir, que sólo el varón puede ser sujeto activo, ya que es el único que puede penetrar sexualmente (Delitos contra la integridad sexual, p. 33).

⁴⁷ En contra, NÚÑEZ, Derecho penal argentino, t. IV, p. 251 y ss., cuando el acceso carnal violento o abusivo se logra en un prostíbulo oficializado, luego del pago del precio por parte del cliente. La mujer –dice este autor– no tiene derecho a negarse al acceso y el cliente incurre en un ejercicio arbitrario del propio derecho, no punible como delito en el país. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, ver GONZÁLEZ RUS, El bien jurídico protegido en el delito de violación, en GONZÁLEZ RUS y otros, “Estudios penales”, p. 302 y ss.; SUÁREZ RO- DRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 278 y siguientes.



b) *Violación entre cónyuges.* Los actos sexuales violentos o abusivos seguidos de acceso carnal, en el ámbito del matrimonio, configuran el delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal. Esta opinión, sin embargo, no es pacífica y ha sido matizada de diversas maneras.

Están quienes piensan que no puede haber violación entre cónyuges, porque el autor (por lo general, el marido) tiene derecho a exigir el acto sexual, salvo que se trate de acceso carnal contranatura (SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, CREUS, RAMOS, ORGEIRA, ODERIGO, etcétera), o por razón de enfermedad contagiosa, motivos profilácticos, ebriedad del marido, durante el período menstrual, amamantamiento, cópula frente a terceros, etc. (ODERIGO, URE, SOLER, CREUS, FONTÁN BALESTRA, PECO). Otros opinan, por el contrario, que cuando el marido accede carnalmente a la esposa, en contra de su voluntad y mediante el uso de violencia, comete violación en todos los casos, cualquiera que sea la razón del disenso (GÓMEZ, JOFRÉ, MORAS MOM, DONNA, GARONA, LAJE ANAYA, REINALDI, CLEMENTE, ESTRELLA y AROCENA).

En nuestra opinión, el deber de fidelidad que deriva del art. 198 del Cód. Civil (importante en el plano civil) no tiene ninguna incidencia en el ámbito del derecho penal. El disenso opuesto al sometimiento compulsivo del débito conyugal sólo puede generar una sanción de carácter civil (p.ej., divorcio, cesación de la obligación alimentaria), pero nunca puede convertirse en un castigo para la mujer, cuya pena deba ser la de soportar una relación carnal violenta no deseada.

Tiene razón MORAS MOM cuando afirma que la mujer, por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no pasa a ser un instrumento de satisfacciones sexuales de su marido⁴⁸. La institución matrimonial no implica la sumisión de un cónyuge hacia el otro, por lo que nunca podría legitimarse el uso del débito conyugal mediante la violencia o la amenaza. Sostener lo contrario importaría un verdadero contrasentido con el contenido del bien jurídico que se tutela en el ámbito de estos delitos, más aún en el marco de un derecho penal moderno y pluralista que rechaza todo tipo de discriminación en razón de la calidad, condición o sexo del sujeto pasivo.

El abuso sexual del cónyuge es posible, así como es posible el abuso sexual de cualquier persona. Una opinión contraria colocaría a la esposa en peor situación que la de cualquier mujer soltera (incluso, la que vive en concubinato) o que la de la propia prostituta⁴⁹. El derecho al acceso

⁴⁸ MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 67.

⁴⁹ MORAS MOM, Los delitos de violación y corrupción, p. 69.



carnal en el matrimonio sólo es legítimo en tanto medie el consentimiento de la otra parte. Sólo cabe hablar de derechos si se ejercen legítimamente, con consentimiento y con respeto a la dignidad y libertad de la persona⁵⁰.

A la misma conclusión debe arribarse en aquellos casos en que el cónyuge ha prestado el consentimiento para una especie de actividad sexual y el consorte le impone mediante violencia o amenaza un trato sexual diferente. El consentimiento elimina la tipicidad de la conducta, pero debe ser mantenido en todo momento: si el titular manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el derecho penal; un previo acuerdo no supone la pérdida de libertad para actuar de otra manera, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio⁵¹. El consentimiento dado para un acto no se extiende indiscriminadamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no sólo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico de las agresiones sexuales (besos, abrazos, caricias íntimas, etc.) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal, sino que también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (cunnilingus, heteromasturbación, etcétera)⁵².

Circunstancias de criminalidad.

Las circunstancias de criminalidad de este delito, son las mismas que ya analizamos en oportunidad de realizar el comentario del abuso sexual del párr. 1º del art. 119, por lo que hacemos allí la remisión.

Consumación. Tentativa. Concurso. Culpabilidad. La Acción Penal.

El delito se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración, aunque no fuera perfecta o

⁵⁰ BOIX REIG, El delito de estupro fraudulento, p. 13. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, ver GONZÁLEZ RUS, La violación en el Código Penal español, p. 416 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 282 y siguientes.

⁵¹ GÓMEZ PAVÓN, El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal del 23 de noviembre de 1995, "Revista de Derecho Penal y Criminología", n° 5, p. 315.

⁵² SUÁREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, p. 315.



completa (haya o no haya habido eyaculación). Es suficiente con que el acceso carnal sea parcial⁵³.

No es suficiente el coito *inter femora*, esto es, cuando el miembro viril permanece entre los muslos en contacto con los labios mayores o externos, pero sin penetrar en el interior de la vulva. Esta situación, sin embargo, puede configurar un signo inequívoco del propósito del autor de lograr el coito, lo cual implicaría el comienzo de ejecución del delito en los términos de una tentativa punible.

Este tipo de abuso sexual es un delito de acción, que se realiza a través de una conducta activa (la cópula), con exclusión de todo comportamiento omisivo. Es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima). Es, en suma, un delito instantáneo, pues se consuma con el acceso carnal y, al mismo tiempo, se agota y desaparece. No requiere de resultado material alguno (la eyaculación del actor o el ulterior embarazo de la mujer). La tentativa es admisible⁵⁴ y la participación se rige por las reglas comunes.

El delito es doloso y el dolo consiste en la voluntad de tener acceso carnal con la víctima, con conocimiento de la situación en que se encuentra.

Con respecto a la edad de la víctima por debajo del límite legal, es suficiente el dolo eventual⁵⁵.

En lo referente a las relaciones concursales, este abuso sexual puede concursar con otros delitos, tales como las lesiones, la privación ilegítima de la libertad, el homicidio, el rapto, la corrupción, la violación de domicilio, etc., para lo cual habrá que estar, en la generalidad de los casos, a las circunstancias particulares en que ellos se han llevado a cabo⁵⁶.

La acción penal es pública de instancia privada, esto es, que su ejercicio depende de la voluntad de la persona ofendida, su tutor, guardador o representante legal, salvo que resultase la muerte de la víctima o lesiones gravísimas de las tipificadas en el art. 91 (art. 72, Cód. Penal), en cuyos casos la acción sigue

⁵³ BREGLIA ARIAS-GAUNA, Código Penal, t. 1, comentario al art. 119, § 14, p. 1056.

⁵⁴ La doctrina coincide con este criterio. Ver CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 213; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), "Derecho penal. Parte especial", t. I, p. 266.

⁵⁵ SOLER, Derecho penal argentino, t. 3, p. 286; CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 216.

⁵⁶ Para consulta de la jurisprudencia, ver GALLEGOS-YÁÑEZ, El delito de violación, JA, reseñas 1971-64; LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal. Parte especial, vol. II, p. 355 y siguientes.



siendo pública pero su ejercicio puede ser instado (denunciado) por cualquier persona o por el órgano público de la acusación (Ministerio Fiscal). Según el art. 72 mencionado, también se debe proceder de oficio cuando el delito fuese cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

La ley 25.087 introdujo un nuevo párrafo en el art. 72 del Cód. Penal, según el cual, “*cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos [representantes legales] y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél*”.

Abuso Sexual por Aprovechamiento de la inmadurez Sexual

Art 120: “*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.*”

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediere alguna de las circunstancias previstas en los incs. a, b, c, e o f del cuarto párrafo del art. 119”.

Consideraciones Generales sobre la Figura.

Como puede verse con el nuevo literal del artículo 120⁵⁷, la ley 25.087 sustituyó el viejo delito estupro por una novedosa fórmula, en la que se describe dos modalidades típicas diferentes: el abuso sexual constitutivo de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el abuso sexual con acceso carnal, exigiendo –para ambos supuestos– que el agente se aproveche de la inmadurez sexual de una persona menor de 16 años, en las condiciones previstas por el tipo penal. Los elementos de la nueva figura serán analizados a continuación.

⁵⁷ El art.120 derogado reprimía con pena de 3 a 6 años de prisión a quien tuviera acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menos de 15, con su consentimiento.



Elementos comunes de las nuevas Estructuras Típicas

Estos dos nuevos delitos tienen en común varios elementos típicos, que serán analizados a continuación.

a) *SUJETOS*. A diferencia del texto derogado, en el que sujeto activo sólo podía ser un varón y sujeto pasivo únicamente una mujer honesta, con arreglo a la nueva disposición legal los sujetos activo y pasivo son indiferenciados; tanto pueden ser un hombre como una mujer⁵⁸ (sobre el punto ya nos hemos referido al tratar el art. 119, y allí hacemos la remisión).

b) *CONDUCTAS TÍPICAS*. Con arreglo a la nueva legislación, se castiga a quien realizara algunas de las acciones previstas en el art. 119, párrs. 2º o 3º, de forma que las conductas tipificadas para las dos nuevas figuras se caracterizan por constituir un abuso sexual, pero con la diferencia de que en el tipo previsto en el párr. 3º la acción incriminada es el acceso carnal.

c) *ELEMENTO CRONOLÓGICO*. Debe tratarse de una persona menor de dieciséis años. Luego de la reforma, el límite mínimo surge del párr. 1º del art. 119 que hace referencia a un menor de trece años. De modo que la escala temporal mínima y máxima está dada por una persona de trece años cumplidos, pero menor de dieciséis. Si la víctima es menor de trece años, la figura se desplaza al segundo o tercer párrafo del art. 119, pero si tiene dieciséis o es mayor a esta edad y no concurren algunas de las circunstancias del primero o segundo párrafo del art. 119, la conducta es atípica.

La edad a que hace referencia el tipo legal es la edad cronológica, no la edad mental de la víctima, aunque esta última, en ciertos casos, pueda tener incidencia en términos de adecuación típica (p.ej., el acceso carnal con una demente de quince años puede desplazar el hecho hacia el delito del art. 119, párr. 3º).

La edad del sujeto pasivo es un elemento objetivo del tipo, por lo que debe ser motivo de comprobación en el caso judicial, de acuerdo con las prescripciones legales (p.ej., partida de nacimiento, pericial médica). El término, que es de carácter absoluto, se debe contar según las previsiones de los

⁵⁸ De la misma opinión, PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 79, “porque el verbo típico es abusar”; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, en BALCARCE (dir.), “Derecho penal. Parte especial”, t. I, p. 274; de otra opinión, GAVIER, Delitos contra la integridad sexual, p. 58 y ss.; EDWARDS, Delitos contra la integridad sexual, p. 54, y DONNA, Delitos contra la integridad sexual, p. 106, quienes admiten que la mujer puede ser sujeto activo únicamente en el supuesto previsto en el art. 119, párr. 2º; no así en el 3º, ya que sólo el hombre se encuentra apto físicamente para realizar la acción típica.



arts. 24 y 25 del Cód. Civil (art. 77, Cód. Penal).

d) *INMADUREZ SEXUAL DE LA VÍCTIMA*. La antigua fórmula de la honestidad como elemento del tipo de estupro en la versión anterior del art. 120 fue suprimida por la reforma y reemplazada por una no más afortunada ni menos imprecisa: la inmadurez sexual de la víctima.

La expresión *inmadurez sexual* debe ser entendida como “inexperiencia, desconocimiento, falta de hábito, en las relaciones sexuales”. La fórmula empleada por la ley presupone un menor no iniciado en la sexualidad, esto es, una persona sexualmente inexperta, de cuya condición debe aprovecharse el autor.

El consentimiento sólo perderá eficacia desincriminante ante conductas violentas o abusivas, de lo que se deduce que una relación sexual normal entre una persona menor o mayor de edad con otra menor de dieciséis años, aunque el consentimiento haya provenido tanto del proceso seductor del agente como de la autoseducción de la víctima -según NÚÑEZ, “por la propia naturaleza del acto sexual”- (curiosidad, deseos despertados por sus propios mecanismos mentales y fisiológicos), no es típica para nuestra ley. De más está decir que la inmadurez sexual del sujeto pasivo, como elemento del tipo, tiene que ser probada en el proceso judicial. La ley no la presume, así como no presume la existencia de seducción en la conducta del autor⁵⁹.

e) *APROVECHAMIENTO DE LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA*. El nuevo artículo contiene una referencia subjetiva relacionada con el obrar del autor: el sujeto activo, para ser punible, debe aprovecharse de la inmadurez sexual del menor.

Se trata de una situación de prevalencia o de obtención de ventajas derivadas de una condición de inferioridad o de especial vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo por su falta de madurez sexual, condición que le facilita al sujeto activo el logro de sus objetivos sexuales. El aprovechamiento de la condición de inmadurez sexual configura un elemento del tipo objetivo que no debe ser presumido por el intérprete, ya que la ley no lo presume (ni siquiera con carácter aleatorio), sino que lo requiere expresamente; por lo tanto, se convierte en un elemento del tipo que debe ser probado en cada caso en concreto⁶⁰.

⁵⁹ CREUS-BUOMPADRE, Derecho penal. Parte especial, t. 1, p. 219 y siguientes. En un mismo sentido, De Luca y López casariego, Delitos contra la integridad sexual, cit., pag. 123.

⁶⁰ En el mismo sentido, CNCrimCorr, Sala V, 26/9/06, “D., A. M.”, c. 30.407.



El Sujeto Activo Mayor de Edad. La mayoría de edad del sujeto activo, su relación de preeminencia sobre la víctima o cualquier otra circunstancia equivalente no son más que puntos de referencia que deberán ser apreciados prudencialmente por el juez en el caso concreto, de modo de evitar la penalización de las simples relaciones sexuales entre los jóvenes⁶¹.

Con arreglo al precepto legal, el autor se debe aprovechar de la inmadurez sexual de la víctima, en razón de su mayoría de edad, su relación de preeminencia con respecto a ella u otra circunstancia equivalente. La fórmula legal, como se podrá suponer (por su muy escasa claridad), ha dado lugar a distintas opiniones doctrinales sobre su interpretación.

Con anterioridad a la reforma de la Ley 26.579 –que estableció la mayoría de edad a los 18 años–, un sector doctrinal entendió que el sujeto activo debía ser una persona “mayor de edad”, es decir que, al momento del hecho, debía tener 21 años cumplidos (Parma, Fígari, Gavier, Reinaldi, Tenca, Villada, De Luca y López Casariego, entre otros). En su oportunidad, prestamos adhesión a esta interpretación doctrinal ⁶². Otros autores, sin embargo (por ej. Pandolfi), entendieron que la mayoría de edad a que hace referencia el precepto legal debe apreciarse con relación a la edad de la víctima, vale decir, que es suficiente con que el autor sea “mayor que la víctima”, resultando indiferente que, al momento del hecho, hubiera tenido o no 21 años ⁶³.

La Ley 26.579 introdujo sustanciales reformas al código civil, estableciendo que el límite por el cual se alcanza la mayoría de edad son los 18 años, de manera que, hoy por hoy, si bien la interpretación del art. 120 CP en este punto seguramente habrá de ser la misma que se sostuvo con anterioridad a esa ley (“mayoría de edad” debe entenderse como “18 años cumplidos”), la reforma legal generará situaciones que, con la fórmula de la ley 25.087, el legislador quiso evitar: el castigo de las relaciones sexuales entre adolescentes.

⁶¹ Ver las reflexiones que sobre esta temática hicimos en BUOMPADRE, Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer). Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, “Revista de Ciencias Penales”, 1992-2-62 y siguientes.

⁶² conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado, cit., pag. 440 y sig.; idem Creus-Buompadre, op.cit., T.1, pag. 219.

⁶³ Conf. PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 81.



Con arreglo al nuevo panorama que presenta la Ley 26.579, se podría llegar a castigar penalmente por estupro la relación sexual llevada a cabo entre una persona con 18 años cumplidos (porque “ya es mayor de edad”) y un menor de 16 años (porque, según el legislador, es un inmaduro sexualmente), lo cual estaría en contradicción con lo que se pensó al sancionarse la ley 25.087.

Antes de la reforma de la Ley 26.579, la persona de 18 años cumplidos tenía libertad sexual plena y podía mantener relaciones sexuales con su pareja de 16 (o menos), sin correr el riesgo de ser incriminado penalmente, porque así lo decidió el legislador; actualmente, las cosas han cambiado, aquella misma persona de 18 años deberá abstenerse de mantener relaciones sexuales con su pareja de 16 (o menos), porque corre el riesgo de ser perseguido penalmente por estupro, porque así lo decidió nuevamente el legislador.

Esta inconcebible situación a la que conduce la Ley 26.579, implica un obstáculo a la libre determinación sexual de los jóvenes, poniendo, por un lado, una traba a la libertad sexual de las personas con 18 años cumplidos y, por otro lado, al presumir la inmadurez sexual de las personas menores de 16 años (aunque presunción *iuris tantum*), resultando contradictorio con lo establecido en el art. 119, cuyo texto establece los 13 años como edad mínima de iniciación sexual de las personas.

Repárese en esto: una persona menor de 16 años es calificada por la ley como “inmadura sexualmente”, aun cuando nada suceda si tiene relaciones sexuales con otro menor de 16 años o más (pero siempre menos de 18 años), aunque el sujeto activo se haya “aprovechado” de tal inmadurez sexual. Pero si éste cumplió los 18, entonces puede estar en problemas, porque ya es mayor de edad, que es uno de los elementos que tuvo en cuenta el legislador para incriminar esta conducta. Ahora bien, si este mismo menor de 18 años cumplidos tiene una relación sexual con otro menor pero mayor de 13 años, con su consentimiento, entonces el hecho es atípico, porque así también lo ha decidido el legislador en el art. 119. Se escapa de la violación pero puede caer en el estupro. Un verdadero disparate.

Tampoco la Ley 26.449 ha contribuido a mejorar las cosas. Según esta normativa, la edad legal para contraer matrimonio, tanto para el hombre como para la mujer, es la de 18 años. Con lo que se presenta la siguiente situación: tanto el hombre como la mujer pueden tener relaciones sexuales a partir de los 13 años de edad (art. 119 CP) pero, por decisión del legislador, recién adquieren su plena madurez



sexual a partir de los 16 (art. 120 CP), pero (otro pero), también por decisión del legislador, no pueden contraer matrimonio hasta los 18 años (art. 166.5 CC). Otro verdadero disparate.

La Seducción.

El tipo penal ¿exige la concurrencia de la denominada “*seducción real*” (empleo de maniobras, artificios, engaños, etc.) por parte del autor para concretar sus objetivos sexuales?. Un sector de la doctrina entiende que el delito requiere la llamada “seducción real”, en el sentido de que el autor debe realizar ciertas maniobras o utilizar ciertos medios (promesa de matrimonio, excitación del instinto, regalos, engaños, halagos, etc.) para lograr el consentimiento de la víctima y así conseguir sus objetivos sexuales. En esta dirección puede mencionarse a DONNA, ESTRELLA, LEDESMA, TENCA, etcétera. Otros autores, en cambio, sostienen un criterio contrario (que nosotros compartimos), en el sentido de que el tipo penal no requiere la comprobación de maniobra o artificio alguno para lograr el consentimiento de la víctima, sino que es suficiente con acreditar en el proceso judicial la concurrencia del aprovechamiento de su inmadurez sexual para lograr los cometidos impuestos. Defienden esta idea REINALDI, CLEMENTE, FÍGARI y AROCENA.

En efecto, el delito del art. 120 no requiere la concurrencia de la seducción real (ni de ninguna otra) de la víctima, en el sentido de que el autor debe emplear ciertos y determinados mecanismos tendientes a lograr el acceso carnal con el sujeto pasivo, pues es perfectamente factible que la relación sexual se lleve a cabo como consecuencia de actos de seducción provenientes de la propia víctima. Aun cuando la tesis sea más rigurosa, con menos beneficios para el sujeto activo, hay que reconocer que la seducción de la víctima no constituye una exigencia del tipo penal; por lo tanto, no hay nada que probar en torno a este extremo en el caso judicial. La circunstancia de aprovecharse de la inmadurez sexual del menor de dieciséis años no implica, necesariamente, que el autor haya empleado algún tipo de seducción o maniobra para lograr sus objetivos sexuales. Puede haber existido “aprovechamiento” sin seducción de la víctima ⁶⁴.

Veamos este ejemplo: imaginemos una pareja en solitario (él, 18 años; ella, 15), mirando una película que contiene fuertes escenas eróticas, lo que determina que, al cabo de un cierto tiempo, la

⁶⁴ Para quienes exigen la seducción real, se trata de un elemento del tipo que debe ser verificado y probado en el proceso judicial, en el sentido de que el sujeto pasivo cedió ante la conducta seductora desplegada por el agente (conf. Tenca, op.cit., pag. 134).



mujer manifieste alguna excitación que es advertida por el varón; ante esta circunstancia, éste “aprovecha” (pues sabe que la mujer nunca tuvo relaciones sexuales) la situación que ella atraviesa, comienza con algunos juegos amorosos y termina yaciendo con ella. En este caso, hubo aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la menor (vale decir, existió el delito), pero, sin embargo, no puede afirmarse que haya habido seducción real, pues el autor no realizó ningún artificio, ninguna trama para lograr el consentimiento de su pareja (el consentimiento para el acto sexual sobrevino como consecuencia de un deseo irrefrenable de la mujer), salvo que se interprete que los juegos amorosos constituyan un ejemplo de seducción real, algo que nos parece inaceptable.

Este ejemplo demuestra la “peligrosidad” de esta novedosa y poco afortunada figura incorporada al Código Penal, pues, en los hechos, importará la punición de conductas que, precisamente, han querido ser evitadas por el legislador. Con arreglo al texto actual, quien entregue “regalos” o efectúe “halagos” (ejemplos doctrinales de seducción real)⁶⁵ con el fin de captar la voluntad del sujeto pasivo, y obtener con él una relación sexual, incurrirá en el delito que estamos analizando. Tal vez una política criminal –como sostiene ESTRELLA– coherente con la evolución cultural que desde la sanción del Código Penal ha experimentado nuestra sociedad, en materia de conductas sexuales⁶⁶, aconseje la derogación de esta figura y su reemplazo por otra que respete mínimamente la libertad sexual de los menores.

f) *CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO*. Se trata de un requisito que no está expresamente establecido en la ley, pero de su interpretación sistemática y armónica surge que el menor de dieciséis años debe haber prestado el consentimiento para la realización del acto sexual, de modo que su disenso o negativa desplaza el hecho a algunos de los tipos previstos en el art. 119, párrs. 2° o 3°.

El consentimiento libremente prestado por el menor, vale decir, sin que haya sido obtenido por el sujeto activo aprovechándose de su situación (o condición) de especial vulnerabilidad, elimina la tipicidad de la conducta.

Si los hechos de la causa demuestran que el consentimiento fue libremente prestado, porque no hubo tal inmadurez sexual o aprovechamiento por parte del sujeto activo, la conducta sexual será

⁶⁵ Son ejemplos de seducción real aportados por DONNA y ESTRELLA.

⁶⁶ ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 143.



atípica⁶⁷.

Culpabilidad. Consumación. Tentativa. Acción Penal.

Los tipos delictivos previstos en el art. 120 sólo pueden imputarse a título doloso. La referencia subjetiva “aprovechándose” de la inmadurez sexual de la víctima presupone el dolo directo. El dolo supone el conocimiento de la edad requerida por la ley, la inmadurez sexual del menor y la voluntad de realizar el abuso sexual. Vale decir que la acción de aprovecharse integra el dolo propio del delito. El error excluye ese conocimiento⁶⁸. No resultan admisibles ni el dolo eventual ni las formas culposas.

El delito se consume de acuerdo con la dinámica comisiva de cada tipo penal; en la modalidad del art. 119, párr. 2º, la consumación coincide con el contacto corporal, mientras que en la modalidad prevista en el párr. 3º el delito se consume con el acceso carnal. La tentativa resulta admisible en todos los casos. Estas figuras pueden concursar con otros delitos, para lo cual serán de aplicación las reglas generales.

La acción penal por el delito de estupro es pública pero de instancia privada, esto es, que la apertura de la instancia requiere de la denuncia o acusación de la persona agraviada, tutor, guardador o representantes legales. Excepcionalmente, se procederá de oficio cuando el menor carezca de representantes legales o el delito fuese cometido por el ascendiente, tutor o guardador. Para el caso de existencia de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales, el fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultase más conveniente para el interés superior de aquél (art. 72, Cód. Penal).

Agravantes.

Las circunstancias que califican cualquiera de las modalidades del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima se encuentran previstas en el art. 120, párr. 2º, por el que se conmina con una pena de seis a diez años de prisión o reclusión cuando resultase un grave daño en la salud física o mental de la víctima; si el hecho fuese cometido por ascendiente, descendiente, afin

⁶⁷ PANDOLFI, Delitos contra la integridad sexual, p. 80. En el mismo sentido, ESTRELLA, De los delitos sexuales, p. 146; AROCENA, Delitos contra la integridad sexual, p. 276.

⁶⁸ Para los casos de error y las soluciones dadas por la jurisprudencia, remitimos a lo dicho respecto del abuso sexual simple (ver § 146). Puede confrontarse, además, la reseña de jurisprudencia efectuada por RUFINO, Estupro, JA, 1991-III-1019, y la de GALLEGOS-YÁÑEZ, El delito de estupro, JA, doctrina 1971-691.



en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, o por el encargado de la educación o guarda de la víctima; si el autor tuviera conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiese existido peligro de contagio; si el hecho fuese cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones, o contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con él.

Quedan al margen de la mayor penalidad las circunstancias previstas en el art. 119, párr. 4º, inc. *d*, esto es, cuando el abuso sexual ha sido cometido por dos o más personas, o con armas, puesto que la mayor gravedad que implica la comisión del hecho en grupo o con el uso de medios peligrosos para otros bienes jurídicos justifica que se aplique la mayor penalidad de las figuras más graves de los párrs. 2º o 3º.

Se agrava también el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, cuando resultare la muerte de la persona ofendida, según se establece en el art. 124 del Cód. Penal.